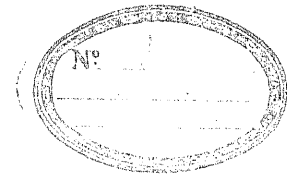


16a 3-5

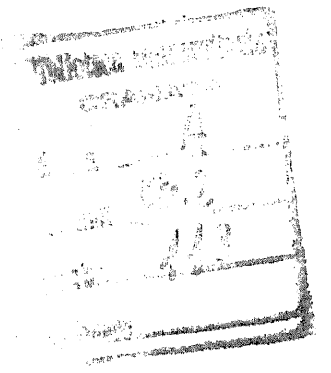


409 40 **Palto** MADE IN SPAIN





*M. de la Comp. de l'Impr. de Fran. B. C.*



ANTONII  
FABRICII.  
SEBVSIANI, SERENIS-  
SIMI SABAVDIÆ DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS,  
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV  
Præsidis Primarij

RATIONALIA  
IN SECVNDAM PARTEM  
PANDECTARVM.

*Ad Serenissimum Principem MAVRICIVM à Sabaudia Serenissimi Sabaudia Ducis  
CAROLI EMANVELIS filium S.R.E. Cardinalem,*

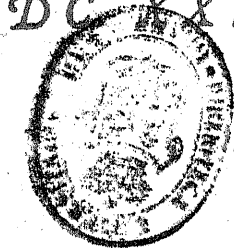
Cum INDICE Rerum & Verborum locupletissimo.



L V G D V N I,

Apud Petrum & Iacobum Chouët.

M. DC. XXVI.





# SERENISS. PRINCIPI

MAVRICIO A SABAVDIA

CAROLI EMANVELIS SERE-

NISS. SABAVDIÆ DVCIS FILIO

S. R. E. CARDINALI

ANTONIVS FABER S. & F. P.



VM tam multa de Iurisprudentiæ nostræ dignitate à prudentibus ipsis grauitè ac perhonorificè tractata sunt, Princeps Cardinalis Serenissime, Tum illud imprimis si quid iudicij mei est, quod de legibus circa quas potissimum tota versatur Iurisprudentia, tam præclarè sentiunt, vt nihil diuinius à Deo Opt. Max. datum hominibus esse prædicent, Nihil ad res humanas benè felicitèrque gerendas accommodatius, Nihil denique ad vitam ciuilitèr ac sapientèr instituendam conuenientius esse gloriantur. Neque verò si leges *δύρημα* sunt *καὶ δάεον τῶ θεοῦ, καὶ δάεμα τῶ αἰ θεοῦ τῶν φρονίμων*, vt Demosthenes dicebat, negari certè potest quin sancta planèque diuina res sit Iurisprudentia, Quam qui ciuilem Sapientiam esse dixerunt, iidem non immeritò diuinarum illam atque humanarum rerum notitiam, quæ germana Sapientiæ definitio est, & hoc amplius iusti atque iniusti scientiam esse addiderunt: Nimirum vt ex tantæ dignitatis præstantiâ & commendatione constaret, quales quantòsque deceret esse illos, qui tam vastæ, profundæque cœlestis scientiæ professione superbiunt Prudentes, Scientes, & vno verbo, sed, quod duobus illis maius est, Sapientes: Nisi fortè putandum est talem nostros effinxisse Iurisprudentiam, qualem Cicero perfectum Oratorem, suam Plato Rempublicam, Morus *ὀυτοπίδου*, quæ nusquam extet gentium, & quam facilius sit verbis adumbrare, quàm factò assequi, Ambire quàm tenere, Quid plura? Quæ sectatores & amatores habeat quàm plurimos, Possessorem verò neminem. Quod vtiq; ita esse tam facilè mihi persuaderem, quàm difficile esse video, vt in tam breui temporis curriculo, quo vel longissima hominis vita.

EPISTOLA

concluditur, ac in tam cæca quæ nobiscum nascitur & viuit rerum omnium ignorantia possit quis ea consequi & addicere vniuersa, quæ Iurisprudentiæ diffinitione continetur, Si non viderem extitisse tam multos ex iis ipsis prudentibus nostris, de quorum scriptis Iustinianus veterem illam efformauit, quanta tota est, Iurisprudentiam, Quos planè fatendum est nihil penitus eorum ignorasse omnium quæ ipsa, si loqui & cerni oculis, vel percipi auribus posset, scire se gloriaretur Sapiencia. Quid enim est, obsecro, quod in Labeonibus (ne Seruios, Trebatios, Tuberones & alios vetustiores memorem?) Cassiis, Sabinis, Proculis, Neruis, Scaeuolis, Neratiis, Pomponiis, Iulianis, Vlpianis, Paulis, Caiis, Modestinis, Tryphoninis, Papinianis nostris, aliisque ordinis huius viris, nec tam miris inter humanas voces oraculis, quàm meris naturæ miraculis requirere quisquam iure posset vt pleniorum rerum omnium diuinarum, atq; humanarum cognitionem, iustiq; & iniusti scientiam habuisse viderentur, si quantū ad res diuinas pertinet, ad eorum dignitatem felicitas Christianæ lucis accessisset? Quid tam obscurū, & abstrusum in rebus humanis quod illi non viderint? Quid in ambiguis stricti iuris cum æquitate pugnantis quæstionibus tam dubium, quod non æquissimis temperamentis stabilierint? In summa, quid potuit natura ipsa formare certius? Quid æquitas firmare iustius? Quid Iustitia dicere sanctius? Hinc mihi prima iustissimæ causa indignationis aduersus quàmplurimum ex leguleiis, & sciolis nostri temporis siue amentiam dicere liceat, siue impudentiam, qui prorsus *αμωσοι* cum ne primoribus quidem labris humaniores literas attigerint, Philosophiam verò nec de limine, quod aiunt, salutarint, Principiorum autem iuris nostri omnino rudes, & imperiti sint, nec nisi in Pragmaticorum, & vulgarium interpretum erroribus, ac nescio quibus Brocardicis, quæ illi pro Principiis habent, versatissimi, ad eò tamen sibi blandiuntur, vt non modò Iureconsultorum nomen sibi adrogent superbissimè, sed etiam, si quando accidat, quod passim accidere necesse est, vt Papiniani vel sententiam assequi, vel sententiæ rationem percipere non possint, statim Papiniano insultent, Nimiam illi subtilitatem ingenij pro vicio & iniquitate obiiciant, Denique suis exquisitis ineptiis id agant quantum possunt, vt Papiniano ipso eruditiores, æquiores, & sapientiores, non sibi tantum, quod parum esset, verum etiam aliis esse videantur. Diceret nouos è cœlo delapsos istos iuris arbitros & æquitatis magistros, atque artifices peregregios, quibus nihil aridè possit, aut sapere, nisi quod deprauatissimo ipsorum palato satisfaciat, Nihil tam insipidum esse ac putidum, quàm quod aduersus cerebrinam istam æquitatem, à Papiniano, aut alio Iureconsulto, quisquis ille sit, responsum vident:

Apud

DEDICATORIA.

Apud quos si patroni officio Papinianus fungeretur, cui solemne fuit respondere semper aduersus ea quæ prima facie probabiliora videbantur, numquam certè non vinceretur. Sic euenit, de quo iam sæpe, antehac conquestus sum, vt cum à Deo Opt. Max. nihil hominibus datum sit certius iure ac ratione ex qua semper ius æstimandum est, faciant isti omnia incerta, & arbitraria, vt impunè legibus, totique illudant Iurisprudentiæ. Nec solùm de eo iam quærendum sit, de quo quærere piaculum olim fuisset, An ius nostrum re vera consistat, an hominum duntaxat opinione, Sed eò tandem absurdi deueniendum, vt negari vix possit, quod nec pudet istos adfirmare, Ius totum quo vtimur hodie non nisi in hominum eorumque imperitorum opinione consistere. Quod si ita esset, quid per Deum immortalem dici posset Iurisprudentia nostra stultius? quid indignius? quid infamius? Vtinam verò quemadmodum isti nihil nisi glossas & Bartolos sapiunt, quorum ingenijs & laboribus sola infelicitas seculi maiora inuidit, & meliora nomina, (laudandi enim certè sunt, mirandique, quòd tam malè instituti, labore tamen improbo eò vsque eruditionis peruenerint, non si cum prudentibus ipsis, sed sicum pragmaticis & sciolis istis conferantur) Ita & eorum saltem modestiam ac verecundiam imitentur, quibus religio semper fuit, à prudentum responsis vel tantillum recedere, minorèque ipsis auctoritatem, quàm Iustinianus datam voluerit, accommodare. Adeò perpetui illi in hoc vno fuerunt, vt de vera & genuina legum omnium interpretatione perscrutanda & inquirenda laborarent: De quo nec scio, an istis vquam contigerit, vel per somnium cogitare. Neque hoc, vt puto, imprudenter. Frustra enim tantopere se torquerent miseri in addiscendo eo, quod vbi didicissent, nescire tamen fortassis mallent. Vnde igitur habere possunt, quod ad eò insolenter suberbiant, tantamque & iuris & æquitatis peritiam sibi audeant adrogare? Non aliunde, vt arbitror, quam quia se putant scire omnia, quæ veteres illi glossatores, & Commentatores tradiderunt, Quasi eorum scriptis nec addi posse quicquam nec detrahi debere arbitrentur: Quorum tamen pars maxima, vti que minima est eorum quæ ab istis ignorantur. Faciendum itaque fuit, non minus ad retundendam istorum audaciam, quàm ad Iurisprudentiæ nostræ dignitatem, quod vnicum ambitionis meæ votum iam pridem fuit, ab Accursianorum barbarie vindicandam, vt ostenderem quàm multis grauibusque erroribus scateant glossæ illæ & Commentarij veterum, Non vt nullam ipsis auctoritatem tribui patiar, Sed vt de iis id ipsum dicere liceat quod de inueterata consuetudine non ineleganter in libris nostris proditum est, Non vilem eorum auctoritatem esse equidem debere, Sed

EPISTOLA

non vsque adeò sui valituram momento, vt aut rationem vincere debeant, aut legem. Id verò cum adgressus primùm essem viginti Coniecturarum mearum libris, in quibus ausim dicere plusquam sexcentos iuris locos ex iis qui obscuriores credebantur, nouis à me cum interpretationibus tum emendationibus explicatos esse. Interea comperi tam multa passim apud interpretes nostros reprehensione magis quam obseruatione digna occurrere, vt tum primùm in mentem venerit experiri an tot Errorum Ilias vna saltem Chiliade concludi posset. Inde susceptum consilium & institutum conscribendæ Chiliadis De erroribus pragmaticorum, & interpretum iuris: Quam vbi post multos annos non absque singulari Dei Opt. Max. beneficio absolutam videre contigit, Vidi puduitque videre ingentem adhuc materiam superesse tot ferè conscribendarum Chiliadum, quotiam scripseram Decades, si non plus otij ad scribendum, quam ad parandam scribendi materiam requireretur. Nec vllus vnquam sane scribendi finis esset si quis in tam vasto Errorum pelago vagari diutiùs, ne dicam errare cum errantibus perpetuò vellet. Hydra Errorum ista est, quam nec rediuius ipse Hercules aut ferro, aut aliter quam igne possit extinguere. Cum tamen nec immensitas materiæ, nec difficultas operis deterrere me aut reuocare ab instituto posset, Visum est non posse meliùs aut certius omnes interpretum omnium Errores vno velut impetu detegi, ac profligari, quam si possem perficere quod antea iam cœperam, sed penè deserueram, vt legum omnium, quæ quinquaginta præsertim Pandectarum libris continentur, vera & aperta extaret interpretatio. Quenam enim posset errandi siue materia, siue occasio superesse si explosis malis interpretationibus, quæ tot Erroribus causam præbuerunt. Leges omnes, sed Prudentum maximè responsa, ex quibus potissimùm tota fluxit Iurisprudencia, benè omnia, atque ex iuris arte ac ratione intelligerentur? Aut quisnam eo casu imperitiæ quæ vnica Errorum omnium mater est, locus relinqueretur? Fateor doleoque susceptum à me tardiùs hoc consilium non modò instituendi tanti operis, sed etiam prosequendi: Cum mihi satis ad gloriam esse videretur eam scribendi rationem inchoasse, cuius non solum laudatores quam plurimos sperare possem, sed etiam ex tot laudatoribus sectatorem aliquem, cuius opera & industria subsidiaria faciliùs ad exitum & feliciùs perducere rem totam posset. Tantò autem doleo magis, quòd institutum meum & præstantissimis ætatis nostræ Iureconsultis, & studiosis omnib. quibus vera Iurisprudencia cordi est, quique Papinianum Ducem habere malunt, quam antesignanum Accursium aut Bartolū, audio placuisse. Nec ab aliis aliud quicquā in scriptis nostris reprehensum

DEDICATORIA.

sum fuisse, quam quòd in primam duntaxat Pandectarum partem scripsissemus. Beneuola certè reprehensione. Quid enim dici ab iis fieri uel potuit amantiùs, vt testarentur quanto studio absolui opus cuperent, quod nos ipsi aliquando prædixeramus non nisi benè absolutum laudari bene posse. Quid dulcius, votisque meis fauentius, quam quòd deo reprehensionis genere longiorem nobis vitam si non pollicentur; optant certè atque ominantur, Dum sperant posse nos in hac ætate opus tantum absoluere, quod vix alius quisquam iunior, si modò prudentior inchoare fortassis ausus fuisset? Quod verò alij non pauci, nec minùs beneuoli obiurgatores Papinianeam nostram Iurisprudenciam à nobis absolui, vt audio, maluissent, faciunt equidem non amicè tantum, sed ex animi etiam mei sententia & pro Iurisprudenciæ dignitate, quæ tractari nec nobiliùs nec meliùs ex arte iudicio meo potest, quam si leges omnes sub Principiis suis potiùs, quam sub Titulis explicentur. Sed agnoscant tamen necesse est longè commodiorem & expeditiorem esse hanc conscribendorum Rationalium rationem, Illam autem & operosiorum multò & longiorem. Quantum enim temporis impendi consumique necesse esset in libris nostris tam sæpe reuoluendis, dum id ageremus, vt Principia iuris omnia sub suis quæque Titulis, leges item omnes sub suis singulè Principiis tam diligenter, tamque appositè & ex ordine collocarentur, vt nullum penitus iuris Principium à nobis prætermissum dici posset, nulla omnino lex, à prima vsque ad vltimam, quæ non ex suo Principio interpretationem propriam, certissimamque accepisset. At in exarandis Rationalibus longè paratiora vtrò se offerunt omnia, Nullum in perquirendis Principiis, Nullum in eligendis quæstionibus, aut denique, quod omnium difficillimum est, in legibus omnibus quæ ex eodem Principio pendeant, ad memoriam reuocandis tempus teritur, sed totum quantum ab otio subministratur assiduæ scriptioni vtiliter impenditur. Quo minùs videri mirum debet nos de prosequendis Rationalibus potiùs quam de Papiniana nostra Iurisprudencia peragenda cogitasse, Non equidem quasi concepta spe absoluendi huius potiùs quam illius operis, æquè enim vastum & immensum opus vtrumque est, sed ea primùm mente vt si absolui nunquam posset, omnes tamen intelligerent, vitam mihi & otium potiùs quam animum, Addam audacter fortasse, sed addam tamen & quam ingenium defuisse. Deinde, vt si secunda saltem pars absolui posset, facile esset etiam posteris coniciere quid & quantum à nobis præstari in reliquas partes potuisset si absoluere concessum fuisset. Fecit immensa Dei Opt. Max. solitaque erga me meaque omnia liberalitas, vt post compositos viginti



## EPISTOLA

Coniecturarum libros, post delineatam Iurisprudentiæ Papinianæ scientiam, post absolutam De erroribus pragmaticorum & interpretum iuris Chiliadem, post editum denique sæpius auctumque Codicem, quem de meo nomine inscripsi Fabrianum, ut cætera minora taceam, hanc quoque secundam Rationalium partem feliciter absoluerim, Priore sicut vberiore longè materiæ & multitudine, & amplitudine, ita & prolixiorē sanè quàm speraram: sed quæ vel ob hoc ipsum, nisi me fallo, videri tantò plausibilior omnibus debeat, siue quòd soleant ea quæ ampliora sunt, etiam clariora esse & illustriora, siue quòd mihi de absoluendo vnquam opere propemodum desperanti faciendum certè fuit, ut quoties difficilior aliqua lex occurreret ex iis quæ ad alias Partes pertinent, de illius quoque vel interpretatione vel emendatione dicere aliquid deberem, Ut si Deus Opt. Max. qui inchoare dedit, daret etiam perficere, tantò breuiores essemus, cum ad earum legum Titulos veniremus, Aut si quid humani antè mihi contingeret, tantò minùs ab industria & diligentia nostra requirendum haberet posteritas. Quid enim Iurisprudentiæ interest an hoc aut illo loco lex aliqua explicetur? Commodius esset studiosis, fateor, si sub suo quæque Titulo. Sed cum facere non licet quod libet, cur non libère debeat quod licet? Verùm enim uerò ineptus planè sum & parùm consideratus, Princeps Cardinalis Serenissime, qui Celsitudinem tuam in minutiis istis tam diu moror. Nimirum totius consilij mei ratio reddenda tibi & aperienda fuit, ut quem Mecœnatem habere gestio, haberem primùm instituti mei conscium, & adprobatoem. Nam post dicatam sacræ Maiestati Cæsareæ Rudolphi Imperatoris horum primam partem Rationalium, cui secundam vouere potius debui quàm tibi, Princeps Serenissime, qui quanquam neque Imperatores, neque Imperij Vicarius, Vicarij tamen filius dilectissimus es, & ijs præterea moribus ac virtutibus planè imperatoriis insignitus quæ Celsitudinem tuam imperio dignam reddant, Tantò certè honorificentius, quanto præclariùs longè est Imperio dignum esse, quàm imperare. Cui, inquam, potius quàm tibi Princeps Serenissime, in omni literarum & scientiarum genere, excultissimo, sed meæ potissimùm Iurisprudentiæ amantissimo, Mecœnati meo iam pridem fauentissimo, ipsarum denique Musarum omnium Apollini sapientissimo! Memini, cum ante annos quatuor Taurini essem, quòd me Serenissimi patris tui imperia vocauerant ad præclaram illam de Montisferrati Ducatu controuersiam Mediolani, ut sperabatur, coram arbitris ex ore scriptoq; disceptandam, Eum mihi delatum à Celsitudine tua honorem fuisse, ut in celeberrimâ istam Academiam quæ sub tuis instituta

## DEDICATORIA.

tuta primùm auspicijs, inter tot cæteras quibus vniuersa meritò superbit Italia tantis gloriatur Academicis, me non modò admissum libentissimè, sed etiam inuitatum esse vtrò volueris, Quasi ego is essem qui ut numerum Academicorum tuorum, ita & ipsius Academiæ dignitatem, atque amplitudinem augere aliqua ex parte possem. Quod etsi per se magnum fuit & perhonorificum, multò tamen illud honorificentius, quod me sæpius nunc latina lingua perorantè, nunc etiam Italica interdum nec sine pudoris mei quadam offensione balbutientem veriùs quàm loquentem aut differentem de variis rebus ac scientiis post tantos Deus bone, & quantos viros in augustissimo illo Musarum sacrario, quæ singularis tua fuit humanitas, vidisti, audisti, laudasti. Quanta verò propensissimæ voluntatis erga me tuæ significatione! Quanta serenissimi vultus tui maiestate simul & hilaritate! Quàm miro denique Academicorum omnium applausu! Etsi verò nihil mihi aut gloriosius aut optabilius accidere poterat, quàm ut tanto Principi, tanto Cardinali, tanto denique Mecœnati meo placerem, aut ne quid mihi nimis indulgeam, placere me putarem, Ausim tamen adfirmare si per tuam Celsitudinem liceat, non minùs iucundum optatumque illud etiam accidisse, quòd quasi ea quæ oculis cernuntur, vidi Iurisprudentiam meam tibi esse in amoribus, Nec minore tuam, quàm Serenissimi patris tui Celsitudinem cupiditate teneri, ut siue meis, siue felicioris alicuius ingenij laboribus ac vigilijs, tantæ scientiæ dignitatem ab imperitorum barbarie ac tyrannide, qua inde iam à tot sæculis premitur, tandem aliquando audias, vidèasque vindicatam. Non possim dicere, vix quisquam credere, quàm alacres mihi ea res animos dederit, quam acres etiam stimulos addiderit, ut meum de Rationalibus si non absoluendis saltem persequendis propositum quod non tam consilio, quam absoluendi desperatione propemodum abiiceram nò modò tenerem, sed etiam premerem, vrgeremque. Nec sanè destiti à quo tempore & absoluta Chilia, & mea de Montisferrati Ducatu conscripta fuit Consultatio, pergere quanta potui facere diligentia, ut hæc Rationalium meorum secunda pars publicè sub tuo nomine quàm citissimè appareret. Feci autem tantò alacriùs, quanto pluribus exinde Celsitudo tua me obstrictum & cumulatam voluit beneficijs, quæ sicuti longum nimis & importunum esset recensere singula, Ita nec illud filere possum, quòd per integros illos menses, quibus anno superiore, absente tū apud Gallos Illustr. Sigismundo Estensi Sabaudia Produce dignissimo, fiduciaria totius prouinciæ huius administratio mihi à Serenissimo patre tuo demandata fuit, cum ille, fratresque tui Serenissimi toti essent in expeditionibus bellicis, Negotiorum verò vniuersorum tibi vni cura incumberet, meam siue industriam quantulamcumque,

EPISTOLA DEDICATORIA.

siue fidem ac vigilantiam cui nihil planè vnquam defuit acceptif-  
simam tibi fuisse significasti sapiùs, Neque mihi solùm per frequen-  
tes literas sed etiam Patri, Fratribusque Serenissim. Omnibus verò,  
etiam publicè additis encomiis testatum id facere voluisti. Reddidi  
tùm rationem vt debui, totius à me suscepti gestique negotij, Red-  
do nunc otij, vt non minùs Celsitudini tuæ, quàm iis qui pro  
vitio mihi exprobrant quam ex otio literario supra modum capio  
delectationem, Non ideò tamen prohiberi me, aut auocari ne cu-  
ris publicis eam quam debeo posthabitis cæteris omnibus, impen-  
dam libentissimè diligentiam, Nec minùs quicquam rursùm in otio  
esse me solere quàm otiosum: Ad eò placuit mihi placebitque semper  
elegans illud Plinij, Præstare nihil agere quàm otiosum esse. Neque  
tamen nihil egero si tale hoc opus tibi esse videbitur, Princeps Sere-  
nissime, quod & Celsitudini tuæ inscribi abs me debuerit, & annos  
ferre aliquos possit ( scripsi enim certè tanquam æternum futurum)  
vt & propensionis erga me tuæ, & obseruantia vicissim ac gratitudi-  
nis in te meæ monumentum aliquod ære ferròque perennius, cum  
immortali nominis tui fama, quæ his alioquin leuioribus adminicu-  
lis nil indiget, ad posteros vsque feliciter transmittatur: Quòd si hoc e-  
tiam ero assecutus vt dignum illud putes, quod te vno maximè glorie-  
tur Meccænatæ, Tum verò agnoscam ingenuè, quod posteritas inuide-  
bit fortasse, sed tamen fatebitur, nihil me aut præstare præclarius, aut  
promereri maius potuisse. Meccænatæ si quidem aliquo mihi planè o-  
pus esse sentio, nec alio quàm te vno, Princeps Serenissime, non tan-  
tùm aduersus inuidas aulicorum obrectationes, si tale quid tamen  
mihi suspectum esse adhuc potest, cui nihil ferè iam cum aulicis com-  
mune, Sed contra barbaros istos, quibus venustas, vetustasque veræ  
Iurisprudentiæ tantopere displicet, vt nec ab aliis politioem illam &  
elegantioem fieri patiantur. Vincent illi haud dubiè numero, vt so-  
lent qui vel peiores sunt, vel imperitiores. Sed ego, ni fallor, non modò  
rationum pondere, quod primum per se ac maximum est, sed etiam, si  
Celsitudinis tuæ fauor accedet, authoritate. Faue igitur, Princeps  
Cardinalis Serenissime, Faue Musarum Charitumque Apollo  
ter maxime, Faue & dignitatis meæ & Fabri tui, quan-  
tus totus est Meccænas optime, liberalissime,

fauentissime. Iterum Faue, &

Foue. Dat. Camberij

Non. Mart.

1618.

IN RA-



IN OPERIS ET PATRIS

COMMENDATIONEM.



*E*gregia speciem Veneris cum pin-  
gere Apelles  
Cepisset, cui non similem at as vi-  
derat vlla.

*Inuida nec meliorem aliam Natura valebat  
Fingere, quæ illuſos Artis videret hiatus:  
Nec tamen abſolui effigiem cita fata dediſſent,  
Artifices quæ pingendi præſtantior uſu  
Audendique animo manus amula, Cernere  
primum*

*Attoniti, quàm rara operis miracula, Quantis  
Clara Cupidinibus, quàm mollibus, atque ve-  
nuſtis!*

*Mox certare auidi, quis eorum primus Apellem  
Arte pari auderet (quis enim potiore?) referre,  
Cedere dum ingenio nemo eſt qui peruelit vltro,  
Nec rursùm ambigui oblatum diſcrimen honoris  
Sumere, Ne ſcelus incurrat, vel vincere Apellem  
Vel tanto dare ſe ſocium voluiſſe Magiſtro:*

*Sic manſit Venus imperfecta, Aſt maior Apellis  
Gloria, quàm ſi perſiceret nouus alter Apelles,  
Qui non ipſo etiam præclarior eſſet Apelle.*

*Quàm meritò, Venerande Pater, prudentia  
Iuris*

*Iſta legens quæ miro auſu ad Rationis amuſſim  
Omnia prudentum reuocant reſponſa virorum,  
Quàm pariter Studioſi omnes, quibus alta cupido  
Scire ex te quæ alius vix quiſquam tradere  
poſſit,*

*Quàm meritò mecum illi, inquam, tua tanta  
ſupentes*

*Scripta, Timent ne ipſum id tibi quod contingat  
Apelli;*

*Vt Venus hæc, quæ non alia eſſe venuſtior vlla,  
Effingit ve queat, Iuriſprudentia Fabri,  
Papiniani quæ ſola ſcientia iuris,  
Tædem imperfecta, artiſticis ſtudiumq, manumq,  
Exigat alterius fruſtra, ſi triſtia fata,  
Quæ Deus auertat, votis pugnantia noſtris  
Te prius eripient, quàm viderit vltima iuris  
Regula, poſtremam quæ claudet ſyllaba partem:  
Ecquis namq, ad eò excellens magnuſq, ſubibit,  
Cui tam aptè deſur, ſubtiliter, atque perit e  
Cætera ſcrutari ſi quæ iam obſcura ſuperſunt  
Vicerit vt cum alios, tibi ſe vnum æquauerit  
vni?*

*Vive ergo, rediuiue Pater, cineriq, ſuperſtes  
Terq, quaterq, tuo, toties tibi reddita vita,  
Lumina ſit cura quanta potes arte tucri,  
Non tua vt adreſcat noua parte gloria fama,  
Quæ tanta eſt minui, auerſe vt poſſe recuſet,  
Sed bene cepta tui vt monumèta æterna laboris  
Perſciciente Deo, optatum te ſoſpice finem  
Accipiant: Sic te Iuriſprudentia ſaluam  
Eſſe iubet, dum ſe ſaluam quoque percipit ipſam:  
Ne legendum habeat tecum moriente periſſe  
Optima, quæ non cumq, tuis ſint credita chartis,  
Ereptumq, ſibi, te erepto, quicquid honoris  
Quicquid eſt à ſtudio ingenij melioris, eſt artiſ  
Natura præſtare poteſt vis maxima, ſi quid  
Sperari iam tale queat quale obtigit olim,  
Secula nec poſtrema negent, quod prima dedere.*

Renatus Faber in ſupremo Sabaudia Senatu Patre primario Præſide  
Senator, & in Gebenneniſis Ducatus auditorio  
poſt patrem Præſes.



IN RATIONALIA  
PATRIS CLARISSIMI,  
EPIGRAMMA.

**S**idera cœlesti ne quis labentia tecto  
Cerneret, ignaum diceret atque Ionem,  
Iuppiter Atlantem dorso torquere micantes  
Stellarum voluit nocte dieq; globos:

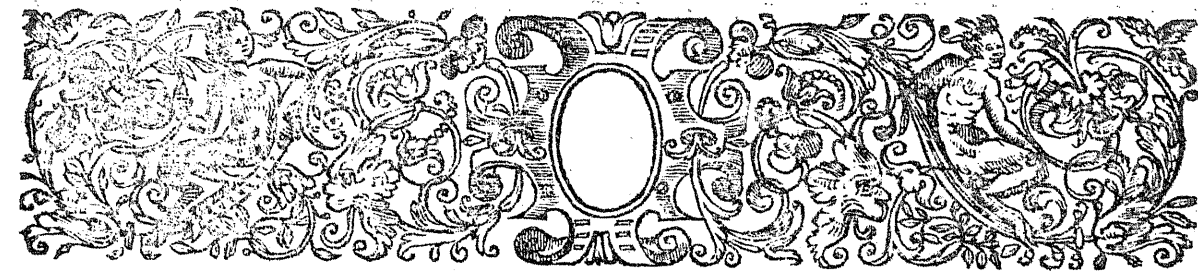
Regia sic firmata poli, tristiq; ruina  
Libera, securo tramite in axe mear:  
Iustitia proceres oracula cœlica labris  
Prodiderant iusta matre docente viros,  
Syderibus raptura decus, raptura nitorem,  
Spargebant docto Codice, & orbe inbar:  
At deerat columen rationis: sed nouus Atlas  
Codice dai docto fortia fulcra Faber.  
Tuta per astra potest Astræa reuoluere libras,  
Pondus ubi est tantum, nulla ruina subit.

Philibertus Faber filius.

**F**ixerat humanum luto Berecynthia corpus,  
Non dederat vitæ sed melioris opes:  
Detulit at tectis ferula stellantibus ignem,  
Qui Scythicam viuo pectore pauit auem,  
Indidit & membris cœlestis flamina vitæ,  
Sensibus & motum, luminibusq; decus.  
Certat uterque Fabernato quis nomina donet,  
An genitor mentis, corporis æne parens:  
Vesta parens vincit, sauit nam femina Iudex,  
Atque nouæ sobolis nomina ducit humo.  
Materiam præbent Pandectis dicta virorum,  
Das animam solida tu ratione Pater:  
Vnde trahant nomen? certè, si iudicet axis  
Arbiter, à Fabro nomina celsa trahent.

Iohannes Claudius Faber filius.

ANTO-



ANTONII FABRI  
I. C. SEBVSIANI, SE-  
RENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN  
SVPREMO SABAVDIÆ SENATV  
Præsidis Primarij

RATIONALIA  
IN SECVNDAM PARTEM PANDECTARVM.  
Ad libr. 5. Tit. 1.

De Iudicijs, & vbi quisque ager. vel conuen. deb.

VLPIANVS libro secundo ad Edictum.

**I** se subiciant aliqui iurisdictioni, & consentiant: <sup>a</sup> inter consentientes <sup>b</sup> cuiusvis iudicis <sup>c</sup> qui tribunali præest <sup>d</sup> vel aliam iurisdictionem habet <sup>e</sup>, est iurisdictionis.

Ad l. 1.

**R**ATIO dabitandi, Priuatorum consensus non potest tribuere iurisdictionem. *l. priuatorum. 3. C. de iurisd. omn. iudic.* Ergo etiam si se aliqui subiciant iurisdictioni alterius, qui alioquin nullam in eos iurisdictionem haberet, & in eum consentiant, id tamen frustra est. Ratio decidendi. Non potest quidem priuatorum consensus tribuere iurisdictionem ei qui nullam habet, id est iudicem facere eum qui nulli præest iurisdictioni, ut scriptum est *in d. l. priuatorum*: quia iurisdictionis omnis est potestas publica & quæ à publico causam habet, non à priuati cuiusquam voluntate, sed potest tamen etiam priuatorum consensus prorogare iurisdictionem eius qui iam habet aliquam, licet in ea causa qua de agitur nullam habeat, siue propter conditionem litigatorum, siue propter qualitatem negotij, siue propter quantitatem summæ petite, ut sunt magistratus quidam quorum iurisdictionis certæ quantitatis finibus est circumscripta *l. si idem. 1. l. cum quodam. 19. D. de iurisdic.* Nec est quod quis dicat Paria esse nullam penitus competere alicui iurisdictionem, & nullam competere quantum ad eam causam de qua litigatur. Non enim bona est ratiocinatio ab eo quod dicitur simpliciter ad id quod dicitur secundum quid auctoritatè. Longèque facilius est prorogare iurisdictionem quæ iam attingit, quam tribuere iurisdictionem ei qui absolute nullam pro se habet. Quamquam nec credendum est tam facilem esse iurisdictionis

prorogationem ut solus priuatorum consensus hoc ius inducere potuerit. Fuit enim hanc in rem necessaria auctoritas legis Iulia iudiciorum, ut constat ex *l. prox. §. conuenire*. Ipsum verò prorogationis nomen ostendit, aliquam subesse iurisdictionem, siquidem non posset prorogari iurisdictionis quæ nulla esset *l. sed si manente. D. de precar.* cum non entis nullæ sint qualitates *l. eius qui. 41. D. de reb. credit.* Potest autem fieri prorogatio non tantum ratione personæ, sed etiam ratione temporis & rei ut is cui data est iurisdictionis ad certum tempus, aut de certa re possit ex consensu litigantium etiam post illud tempus, & de alia re cognoscere *l. prox. §. si & index. infr. cap. penult. vbi glo. Extr. de offic. deleg.*

<sup>a</sup> *Et consentiant* siue litigando, ut vult Bart. siue etiam paciscendo extra iudicium dummodo postea venerint ad prætorem; Alioquin possunt interim mutare voluntatem *l. si conueniret. 18. D. de iurisd.* vbi quod scriptum est *& priusquam adiretur mutata voluntas fuerit* aperte probat nullum relinqui locum penitentiae statim atque aditus est prætor, neque requiri contestationem, ut malè hic Accurs. post Ioannem.

<sup>b</sup> *Inter consentientes* Non ergo in præiudicium alterius non consentientis, cuius scilicet conditionem per alios deteriorem fieri non oportet *l. 2. D. quod vi aut clam. vulg. l. non debet alteri. 74. de reg. iur.* Hinc est quod qui vnius domini puta Comitis iurisdictioni subiectus est tanquam vasallus si alterius domini iurisdictionem prorogare velit, non

Tom. II.

A







*Ad §. 1. conuenire.*

Ratio dubitandi. Iurisdicção licet præbeat cognoscendi non modo potestatem, sed etiam necessitatem inter eos inter quos est competens, adeo ut sine causa neque seculari, neque ex seculari possit is qui competentem habet iurisdicçãoem quominus ius dicere & possit & debeat. *l. 2. C. de pedan. iudic. Attamen nec potestatem, nec necessitatem vllam habere potest inter eos qui sunt ex aliena iurisdicçãoe l. si quis ex aliena & anfi. hoc tit. l. 1. & tot. in. C. si non compet. iud. quia quod ad istos nullam potestatem habet prætor iurisdicçãoe, tamen quod ad alios habeat. Ergo cum hæc res libera sit & soluta, extra necessitatem iurisdicçãois posita, non minus prætoris, quam litigatorum consensus exquirendus est. Exemplo eius quod de arbitrio non dissimili ratione scriptum est in *l. 3. §. tametsi sup. de recepti* Ratio decidendi. Prorogatio iurisdicçãois fit etiam inuito eo cuius iurisdicçãoe prorogatur si modo litigatores in eum consentiant, quia lex Julia iudiciorum cuius autoritate hoc ius inductum est nihil aliud exigit præter consensum litigatorum. Sic enim locuta est *Quominius inter priuatos conueniat*. Nō debet igitur, aut potest displicere prætori, quod placuit legi, Nec proinde dubitari potest quin id quod fieri potest inuito prætoris multo magis fieri possit eo ignorante arg. *l. qui potest 26. de reg. iur.* Ergo & eo errante. Quid enim aliud incommodi in errore est, nisi quod impetitam detegit & ignorantiam? *l. si per errorem 15. sup. de iurisdic. Deniq;* in ea re quæ rota pendeat à legis potestate & autoritate sufficit satisfactum esse legi. In proposito igitur sufficit priuatorum consensus, quem solum lex Julia requirit. De qua in *l. sed si in seruum 9. §. si quis iudex & l. cum lege Julia 41. sup. de recep.* Ineptè verò Bartol. huic loco obiicit quasi contrariū quod scriptum est in *l. quæro 3. De eo qui pro tutor. & in l. sed si de iur. 34. §. de acqu. hered.* non posse pro tutore teneri eum, qui se ignorat esse tutorem, nec hereditatem acquirere illum, qui conditionem suam nescit. Tantum enim abest ut loquatur hinc Vlpianus de eo qui nescit se prætorem esse, aut qui ignorat an habeat iurisdicçãoem, ut è contrario non de alio loquatur, quam qui puret suam esse iurisdicçãoem, quod putare nemo potest nisi qui se & prætorem esse & prætoriam iurisdicçãoem habere sciat. In hoc verò errat hic prætor qui iurisdicçãoem suam esse putat quæ est aliena. Quid ergo ignorat? Hoc vnum, quod priuati litigatores in eum consenserint, & idèd caret prorsus animo admittendæ prorogationis, qui nec prorogationem factam esse scit, nec eius faciendæ necessitatem vllam subesse arbitrat. Sed tamen non eo minus fit prorogatio iurisdicçãois propter legis Julię autoritatem, ut dixi, Et ut valeat quod geritur per prætorem, sufficit ut habeat idoneam & competentem iurisdicçãoem, eamque se habere sciat, quamuis habeat alio modo, quam quo se habere putat. Quod Bartolus trahit ad sententias iudicum, nec malè, ut si quado iudex sententiam tulerit ex causa aliqua erronea, cum alia melior ratio non deesset propter quam idem pronunciare deberet, non eo minus confirmanda sit sententia per iudicem appellationis. Ex *l. vlt. §. quod cum eo qui in asse. por.* Diuersum est si quid prætor vel iudex pronunciauerit ignorans facta ea quæ fieri necesse est prius quam ad sententiam perueniri possit. Tunc enim nec decretum prætoris, nec sententia iudicis ipso iure valerent. *l. hoc autem §.**

*§. 3. quibus ex causa possit. cat.*

*Quominius inter priuatos conueniat.* Verba sunt legis Julię iudiciorum sed manca & ex quibus non facile possit conici quænam fuerint cetera, quæ tamen Accursius de suo ingenio supplet sed prærum probabiliter. Sensus tanè ille fuit, Nihil ob stare quominus inter priuatos possit conuenire ut se subiiciant iurisdicçãoi eius, qui aliquam in alios quidem habeat, sed in istos nullam. Indèque nimirum statim Vlpianus infert, Sufficere igitur priuatorum consensum. Non expresso tamen eo an consensum illam tacitum esse sufficit, an verò expressum esse necesse sit. Et tacitum quidem sufficere, defendit Bart. ad finem legis præcedentis post Innoc. ad cap. cum venisset. *Ext. de in integ. rest.* Sed mihi videtur verba tam legis Julię quam Vlpiani contrarium potius suadere: Non ob id solum quod cum de consensu simpliciter loquuntur Inconuulsi de expresso intelligunt non de tacito. *l. locat. l. si sicut §. non videtur. §. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit l. 2. De oblig. & action.* Sed etiam quia licet tacito quoque consensu interdum conuenire intelligatur. *l. 2. & 4. sup. de pact.* id tamen tunc obtinet, cum aliquod factum intercedit: & conuenit eorum inter quos solos res agitur, ut in exemplis *d. l. 2. & 4.* At in proposito factum tale est quod non tantum litigatores ipsos respicit, sed etiam prætoris aut alterius magistratus iurisdicçãoem quæ prorogatur. De prætoris igitur eiusque iurisdicçãoe aliquid exprimendum est, ut prorogatio fiat, neque id tacite fieri vllomodo potest. Nam si me in ius voces ad prætorem cuius scias non esse iurisdicçãoem si quidem hæc quoque scientia omnino requiritur, ut hæc lex ait, nulla & incepta vocatio est. Nec si vocatus veniam conualescere poterit quæ ab initio non valuit, quia neque ob id solum consentire intelligor, cum debuim venire etiam inuitus. *l. si quis ex aliena §. hoc tit.* Idemque obtinet etiam si pergam coram eo litigare nulla incompetencia allegata, quia non eo minus verum est esse illum incompetentem, ac proinde non posse me contingi sententia non à meo iudice lata. *l. vlt. & tot. in. l. C. si non compet. iudic.* Denique possum causari non dissentisse me, quia sciebam ius meum durare, ut in *d. §. non videtur*, nullamque fore sententiam quæ sine iurisdicçãoe data quandoque probaretur. Ergo ne id accidat, expressa conuentione opus est, per quam litigatores se subiiciant iurisdicçãoi eius cui se subiectos non esse sciunt, & in eum consentiant, ut disertè scriptum est in *l. prox. sup.* Quæ verba suauiter eludit Bart. cum ait verum id quidem esse sed in modo loquendi, quasi modus loquendi hac parte diuersus esse debeat à modo faciendi, quod est ridiculum. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, in iudiciis quasi contrahi *l. 3. §. idem scribit de pecul.* Id enim tum verè dicitur, cum iudicium ex autoritate competentis iurisdicçãois exercetur. Alioquin quisquis à non competente iudice condemnatus esset, adhuc ex ea sententia conueniri posset, si non tanquam ex re iudicata, saltem quasi ex suo contractu, quod tamen nemo vnquam dixit.

*b Proinde si priuati consentiant.* Et hæc illatio ex præcedentibus, nec mutatur casus, ut malè Accursius putat, duplicè hinc errorem prætoris adstruens vnum in iure, alterum in facto, quod nos iam supra refutauimus. Subtiliter tanè idem Accursius proponit

proposita quæstione de scholari qui per errorem contestatus est litem non allegato privilegio fori. Notat multum interesse an quis contestetur apud eum qui nullam habeat iurisdicçãoem, An verò apud eum qui habeat quidem, adeoq; competentem & ordinariam, sed quam tamen declinare alteruter litigator si potuisset si ab initio & ante contestationem voluisset, ut in *l. nemo 4. C. de iurisd. om. iud.* Priore casu nullius momenti est contestatio si non ante contestationem iurisdicçãoe prorogata sit expresso consensu. Posteriore verò valet quia defectus iurisdicçãois nullus est, cum è cõtrario privilegium fori præsupponat competentiam iurisdicçãois & consequenter necessitatem eius subeundi si non declinetur, *d. l. nemo, & l. penult. C. de pact.* E. hic Accursianæ glossæ sensus est.

*2. §. Si & iudex ad tempus datus, & omnes litigatores consentiant: nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quæ iussus est litem diuincere, prorogari.*

*§. 2. si & iudex.*

Ratio dubitandi. Iudex à prætoris datus ut inter priuatos cognoscat & pronunciet, nullam habet potestatem nisi quam ei dedit formula prætoris, idèdque dicitur addictus iudex, quasi qui sit addictus fori, ut velut glebæ, ut alibi scripsimus & ostendimus ex pluribus Ciceronis locis, præsertim ex *4. in Verrem.* Ergo si ad tempus datus sit, id est ita ut intra certum tempus cognoscat & pronunciet quamuis & ipse & litigatores omnes consentiant, fieri tamen nequit ut tempora intra quæ iussus est litem diuincere prorogentur citra voluntatem, & autoritatem prætoris qui eum dedit. Nec nisi frustra possis requirere ut principali iussione specialiter prorogatio fuerit inhibita, cum ea quæ ad tempus concessa sunt, utique post id tẽpus prohibita videantur arg. *l. imperator 8. in si, sup. de postul. l. Thais 41. §. intra certa tempora de fiduc. liber.* Ratio decidendi. Cum prætor præscribit iudici certum tempus intra quod habeat cognoscendum & pronunciamandum, ita facit tam litigatorum gratiã ut citius lis expeditur, quam ipsius etiam iudicis causa ne perpetua iudicandi necessitate obstringatur, Ergo si & iudex & litigatores omnes consentiant ut id tempus prorogetur nihil fit contra voluntatem prætoris, nec eo minus verum est securam postea quandoque; cognitionem & pronunciationem fieri ex autoritate prætoris, qui utique dando iudicem ad tempus nihil aliud egit nisi ut litigatoribus consuleret. Proinde verendum non est ne pacto priuatorum iussui prætoris anteposita videatur, quomodo Vlpianus noster argumetur in *l. 1. §. inde queritur. §. De oper. noui nunc.* Nam & similiter euenit, ut si conuenierit inter litigatores quid pronuncietur, id ipsum iudex sequi debeat, potius quam secundum formulam à prætoris præscriptam pronunciare. *l. si conuenierit 26. De re iudic. §.* Sic denique iudex qui vsque ad certam summam iudicare iussus est etiã de re maiori iudicare potest si inter litigatores conueniat. *l. de qua re 74. §. 1. §. Parum namque refert an prorogatio summa fiat an temporis, Nisi quod in prorogatione temporis cõsensu iudicis necessarius est ut scriptum extat in hoc §. At in prorogatione summa non est necessarius, ut ego quidem existimo, quamuis Accurs. contrã sentiat. Nam licet utroq; casu æquè potestas iudicis extendatur, quomodo ratiocinatur Accursius,*

*c. Eius iurisdicçãoem esse.* Hinc notat Accurs. quasi nouum quid & mirabile, Etiam ante litẽ contestatam esse iurisdicçãoem. Neque tamen audeat affirmare, sed subiungit dubitauerit forte accipiendã esse hæc verba, litẽ iam contestata. Ridiculi. Nec enim contestatio facit iurisdicçãoem, sed supponit: Cumque vocatio in ius necessariò præcedere debeat contestationem, quoniam omnium actionum instituentiarum principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est De in ius vocando: *§. omnium Insti. de pan. rem. litig.* nemo tamen nescit, Vocationem in ius aliter valere non posse quam si fiat ex autoritate illius ad quem pertinet iurisdicçãoe. *d. l. si quis §. 1. h. l. 2. sup. si quis in ius voc. non ier.* Iurisdicçãoe igitur in primis & ante omnia supponenda est, & proinde fundanda ne dubitari de ea possit.

Euidens tamen diuersitatis ratio in eo est, quod prorogatio temporis facit duriorẽ conditionem iudicis, qui alioquin elapso tempore, ad quod datus fuit, iudicare nõ cogetur. At prorogatio summa non facit duriorẽ, quia nõ plus incommodi est in pronunciamando de maiore quam de minore quantitate. Cõsensum autem iudicis, tum certè necessarius est, cum iudicis aliquo modo interesse potest. Illud planè non inficior scire iudicẽ debere quod litigatores in eum consentiant, de maiore summa, Nec obstat ratio illa quam adfert Bartol. quod iudex meritiò crederet se non esse iudicem, quæ res faceret ut ab eo lata sententia nõ valeret, siue tẽporis siue quantitatis prorogatio facta proponeretur. Nec enim potest iudex ignorare datum se ad certum tempus, & de certa quantitate, cum vtrumque contineatur in formula cuius præscriptum in iudicando sequi alioquin debet. Sed præter id quod neq; ignorare probabiliter iudex potest consensum litigatorum qui apud eum de maiore summa litigat, quam quæ expressa fuerat in formula prætoris (quod per litigatorum errorem fieri nunquam potest qui formulam ipsi & iudicem à prætoris imperarunt) differentia semper illa manet, quod non ignorans quidem sed tamen inuitus iudex prorogationem in quantitate pati cogitur, quam in tempore pati non cogetur: quod nec Accursius, nec Bartolus viderunt. Sed & uterq; in eo errat, quod putat tractari in hoc §. sicut in præcedente, de prorogatione iurisdicçãois: Quasi verò iudex à prætoris datus de quo agitur in hoc §. habeat iurisdicçãoem: quod non ita est. Habet enim duntaxat notionem *l. ait prætor. De re iud. §. & iudicandi facultatem ut ait l. vlt. C. vbi & apud quem cogn. in int. restit. agit. sit.* aut ut alij loquuntur, iudicationem. Itaque hic §. non de iurisdicçãois prorogatione est ut superior, sed de prorogatione formulæ. Ex quo etiã apparet exceptionem illam interiectam per patethestin *Nisi principali iussione specialiter prorogatio fuerit inhibita*, planè inuisibile esse idèdque Triboniano non Vlpiano adscribendam. Senferat enim Vlpianus de iudice pedaneo dato à prætoris. Exceptio autem pertinet ad iudicem datum à Principe. Si quidem eius est inhibere prorogationem qui iudicem dedit, quod nec Accurs. ignorauit. Frequens autem est apud Tribonianum & in constitutionibus Codicis mentio iudicem à Prin-

sipe datorum, quorum tamen vix vquam prudentes nostri meminerunt. Sed & familiare est Triboniano speciales istas voluntates requirere ac eiusmodi exceptiones subicere, etiam vbi non est necesse vt monuimus pluribus locis. Itēque tam improprē loqui quā hic locutus est cū dixit prouocationē inhibitam iussione, quasi iussio possit fieri per inhibitionem, aut inhibicio per iussionem. Et verò totus hic titulus est de iudicib. datis à prætorē aliisve magistratibus qui iurisdictionem habent & consequenter iudicis dandi licentiā, quæ iurisdictionis est. *l. 3. sup. de iurisd.* Neque aliam ob causam tractatum est in præcedentibus de prouocatione iurisdictionis quā quia iudex ab eo solo magistratu dari potest, & debet ad quem iurisdictione pertinet. *l. vnic. C. qui pro sua iurisd. audic. dare darere poss. l. 2. C. de pedan. iudic.* Nam de iurisdictione tractatum est lib. 2. in hoc autem tit. non de iurisdictione agitur, sed de iudiciis & de iudicibus datis, aut si quando de iurisdictione non nisi propter iudicia, & iudices datos. Planēque improbabile est quod quidam volunt concipiendum esse hunc titulum *De iudiciis*, atque ita faciunt vt nullus in Pandectis titulus sit generalis de iudiciis, qui tamen est in Codice, qui quæ omnium minimē debuit prætermitti.

*a. Possunt tempora intra quæ iussus est litem dirimere, prouogari.* An ergo tempus triennij intra quod iudices omnes litem dirimere iubentur poterit pro-

*3. Legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt*: item his, qui testimonij causa euocati sunt, vel si quid iudicandi causa arcessiti sunt, vel in prouinciam destinati, reuocandi domum suam ius darur. Eo quoque, qui ipse prouocauit *b.*, non imponitur necessitas intra tempora prouocationis exercendæ Romæ vel alio loco, vbi prouocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere. Nam Celsus huic etiam domus reuocationem dandam ait: quoniam ob aliam causam venerit. hæc Celsi sententia, & rationabilis est. Nam & Diuus Pius Plotio Celsiano rescriptit eum, qui tutelæ reddendæ causa Romam erat à se euocatus, alterius tutelæ, cuius causa non erat euocatus, non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flauiano rescriptit, minorem viginti quinque annis, qui desiderat in integrum restitui aduersus Asinianum, qui alterius negotij causa venerat, non esse Romæ audiendum.

*Ad §. 3. Legatis.*

Ratio dubitandi. Actio quæ nascitur ex contractu etiā inuito ante susceptā legationem cū sit in personā non alio loco melius aut cōmodius exerceri potest, quā in quo est persona ipsa quæ conuenitur. Nam si absens neq; cōueniri, neq; condemnari vquam potest nisi sollemniter euocatus sit, ita vt eius cōtumacia pro præsentia haberi possit. *l. etiam 29. v. l. 3. de minor. l. de unoquoq; 47. de ver. iud. Auth. qua in prouincia ver. si d. si nec ipse C. vbi de crimin. agi oportet.* quid absurdius est quā si dicamus nō posse cōueniri præsentē in eo loco vbi præsentis est, Conueniendū autē esse domi vnde absit: Ratio decidēdi. Priuilegiū hoc est Legatorū qui siue à Principe siue ab aliqua ciuitate ad Principē aut Romam missi sunt (hi enim omnes appellatione ista continentur. *l. Paulus 8. §. 1. C. l. Legatus creatus 12. §. de legatio. l. 1. C. ex quib. cau. maior.*) vt habeat ius reuocandi domū, id est euocandæ cognitionis ad locū domicili, Nō tantūm ratione illa generali quæ ponitur in hoc §. quoniam ob aliam causam, id est ob legationē venerunt, sed illa etiam speciali ne ab officio legationis suscepto auocentur, & ne impediatur legatio. *l. non alias 24. in fin. C. l. de eo 26. §. eo.* quia is qui legatione fungitur nō solum alienis sed etiam propriis

rogati si & iudex & litigatores omnes consentiant? Negat Accursius & rectē ex lege si iudex 32. in fin. §. hoc tit. & *l. propterandum 13. Cod. cod.* Pertinet enim non tantūm ad priuatum litigatorum vtilitatem, sed etiam ad publicam, vt lites omnes quām citissime fieri potest terminentur, nec in longius tempus protrahantur. Certum autem est priuatarum pactionibus iuri publico derogari non posse. *l. ius publicum 38. sup. de pact.* nec priuatas conventiones legum autoritate censerit. *l. vlt. D. de suis & legit.* Rursum quaerit Bartolus an prorogatio possit fieri de loco ad locum? Et respondere posse si modò fiat ad locum qui sit eiusdem iurisdictionis, non etiam si ad locum qui ad alterius iurisdictionem pertineat, quæ alioqui per huiusmodi prorogationem offenderetur. Non malē. Sed quod pro ratione addit, qui idem iudicium sit de tempore ad locum ex *l. vnum 22. §. si cert. pet. C. l. vlt. De condit. irritic.* prorsus alienum est. Falsa enim sunt vulgaria ista omnia Doctorum brocardica Valere argumentum de tempore ad locum, A rebus ad personas, A contractibus ad vltimas voluntates, & alia huiusmodi sexcenta cūm ex diuersis nunquam benē inferatur vulg. *l. Papinianus 20. De minor. sup.* Nisi cū eadem iuris ratio in vtroque locum habet. Deberent ergo hoc tantūm dicere, Valere argumentum ab identitate rationis, quo verius certē dici nihil potest. *l. illud 32. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de in iust. rapt.*

negotiis abstinere debet nec se iis interponere. *l. Paulus §. vlt.* Non igitur possit ex eo inferre quod infert Bartolus, Legatos non posse capi virtute repræsentationis siue in terra ad quam destinantur, siue in terra per quam trāsunt. Nam etsi hoc quoque verū est, rationē tamen longē diuersam habet, pretendā ex fide & vtilitate publica quæ Legatorum personas sanctas facit, & inuiolabiles, Ne alioqui nullus bellorū componendorum pacisq; publicæ cōciliandæ ratio superfit si neque ab iniuriis in Legatos exercendis abstinetur. *l. sanctum 8. §. de rer. diuis. l. vlt. §. de legat.* Eademq; ratio facit vt qui testimonij causa euocati sunt, vel arcessiti iudicandi gratia, vel in prouinciam destinati, neq; conueniri possint ibi, neque repræsentationis iure capi. Quamuis enim non sicut Legati possint dici abesse reipublicæ causa, Equē tamen verū est secutos eos esse fidem magistratus à quo euocati sunt quæ fides perinde publica est, vel ob id maxime quod magistratus pertinent ad ius publicū. *l. 1. §. huius studij sup. de iust. & iur.* Quisquis autem publicā fidem secutus probatur, eum decipi nunquam oportet. Quid enim fidei humanæ reliquū esse poterit inter priuatos, si publica impune violatur? Illud sanē amplius est in iis qui arcessiti sunt iudicandi causa, quā

sa, quā in illis qui testimonij dicēdi gratia, quod iudicare munus publicum sit. *l. quippe 78. §. hoc tit.* testimonium verò dicere, priuatum officium. Sed tamen non eo minus fauorabiles sunt isti quā illi quia equē habent necessitatem parendi magistratui cuius imperio euocantur. *l. 3. §. vlt. §. de testib.* Et generaliter verum est nemini suum officium siue publicum siue priuatum damnosum aut capiosum esse debere. *l. videlicet 29. sup. ex quib. caus. maior. d. sed si quis ex signatoribus 7. §. testam. quemad. aper.* Nam & quocumque quis ex necessitate nō ex voluntate abest, dicimus ei subueniendum esse. *l. sed et si 26. §. vlt. sup. ex quib. caus. maior. l. 4. in pr. sup. de iuris voc. l. 2. §. vlt. sup. si quis caution.* Planē si quis non tanquam legatus, sed tanquam testimonij dicēdi, vel iudicandi causa euocatus, in eo loco reperiretur in quo forum haberet quamuis non domicilium, putat Bartolus posse illum ibi capi & cōueniri ex §. omnes §. vbi tamen nihil tale scriptum video: Nec certē id verū esse puto: Semper enim ratio illa pro teo facit, quod coactus venit, Nisi ponas venisse illum ad locum ad quem euocari poterat, etiam in eo reperitur non fuisset: qui casus diuersus est ab eo quem Bartolus tractat. Illud benē Accursius accipiendum esse hunc §. de illo, qui vel ratione contractus, vel qua alia posset communi iure conueniri in ea prouincia in quam coactus venisset, Alioqui nullo egeret priuilegio reuocandi domum, si iure ipso munus esset, ne ibi posset conueniri. Nemo enim ob id solum potest cōueniri in eo loco in quo reperitur quod in eo reperitur, non pratered sortitus sit forum ex causa vel contractus, vel delicti, vel qua alia simili. *d. §. omnes §.* vbi tamen vide quæ dicam.

*a. In eo quod ante legationem contraxerunt.* Hoc idē quia si in legatione ipsa cōtraxerint, aut etiam deliquerint, priuilegium nullum habent. *d. §. omnes §. hac leg. C. l. non alias 24. §. legat. hoc tit.*

*b. Et quoque qui prouocauit.* Ratio dubitandi. Is qui prouocauit non abest reipublicæ causa, neque ex alicuius officij siue publici siue priuati necessitate, sed ex propria voluntate. Quis enim cogebat eum appellare? Et ob id nimirum nō habet priuilegium quod habent ceteri qui reipublicæ causa ab sunt, vt non habeat necesse se defendere in aliis suis causis in ea prouincia vbi appellauit, quamuis appellationis causa peregrinetur. *l. 1. C. 2. §. cum qui appell. in prouin. defend. l. vnic. apud eum a quo appellat. alia caus. ager. compell.* Ergo non est ei subueniendum, quominus etiam intra tempora prouocationis exercendæ cogendus sit Romæ vel alio loco vbi prouocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere. Ratio decidēdi. Necessarium est auxilium appellationis aduersus iniquitatem iudicis quoties ille contra quem lata est sententia putat se iniquē cōdemnatum. *l. 1. §. de appell. l. presertim 17. vinct. l. Presertim 22. sup. de minor.* Nihil igitur imputari potest ei qui ad commune iuris auxilium confugiens vt scriptū est in *l. 3. §. falsus. D. rat. rem habet.* interposuit appellationem, quam porò vbi semel interposita fuit, necessariò prosequi cogitur intra tempora quæ in eam rem iure nostro sunt præstituta. Equum itaque est eius rationem perinde haberi atque ceterorum de quibus proximē diximus, qui cogente magistratus imperio Romani venite coguntur siue testimonij causa, siue iudicandi gratia, vt perinde ius habeant reuocandi domum.

*c. Prouocationis exercendæ.* Phralis est, ni fallor, Tri-

boniana, vt quæ statim sequitur *vbi prouocatio exercetur.* Vix enim alibi reperias sic loqui Iureconsultos vt dicant *exercere prouocationem.* Impro eo quod voluit Tribonianus dicere *prosequi litem appellationis*: sic & quod sequitur *alioquin pulsanibus* respondeat ut ego Tribonianum dicere. Est enim frequens & familiaris Triboniano ea locutio in constitutionibus. Codicis, at non etiam prudentibus nostris, quib. perpetuò *pulsandi* verbum iniuriā semper sonat non iuris ordinarij executionem quæ iniuriam nullam habet. Sic enim Vlp. noster ex Iuliano eleganter in §. *sed si agant.* §. iis verbis, *aut erit in potestate cuiusque pulsando eos subicere ipsos iurisdictioni*, & Pomponius in *l. vlt. §. de legation.* sed & in *vers. nam Celsus*, qui credit aut Celsum aut alium quā Tribonianum ita vquam locutum esse huic etiam domum reuocationem dandam ait. Quod non valens concoquere librarius Florentinus scripsit *domus reuocationem* sed ridiculē. Non enim domus reuocatur, sed litigatores ad domum & domiciliū eius, qui conuenitur. Rursum quā frigidum illud & exangue, & *hac sententia vera & rationabilis est.* Præter id quod nescio an alio vilo loco huiusmodi dictio *rationabilis* à nostris vsurpetur. Adde quod satis inconcinnum est & ab Vlpiani elegātia, vt videtur, alienum, duabus periodis conuinctis idem principium datum esse. *Nam Celsus, Nam & Diuus.* Taceo quod solet Tribonianus, vt ea probet quæ de suo prudentum scriptis inter se rationes vndique cōquirere, & maxime rescripta Principum ad alios quātūmuis dissimiles casus pertinētia in eam rem allegare, quod & hic ab eo factum est. Nam cū Vlpianus, vt ego quidem suspicor, de Legatis tantūm & de iis qui testimonij ferendi vel iudicandi causa euocati sunt locutus esset, Tribonianus verò eandem constituere vellet rationem eius qui prouocauit, & hoc fortassis ex Celsi opinione (nollem enim Tribonianum etiam mendacem facere) attulit ille rescriptū Diui Pij qui Plotio Celsiano rescripterat eum qui tutelæ reddendæ causa Romam fuerat ad Principem euocatus, alterius tutelæ cuius causa non erat euocatus, iudicium accipere non compellendum. Quid enim simile habet is qui ad Principem euocatus est, idēque venire coactus fuit, cum eo qui vltro prouocauit? Deinde quid si quis frustrandū & morandū tantūm causa quod plerumque fit, prouocauerit? Quis dicat ei succurrendū esse quasi coactus appellauerit, & coactus venerit ad prosequendam appellationem? An non potius dignus est qui eo nomine puniatur quod auxilio iuris abusus sit ad iniuriam comminiscendam? *arg. l. tutor 41. in princ. §. de iust.* Alterum verò rescriptum Diui Pij, ad Claudium Flavianum, quod subinde adfertur ad eundem finem, quid obsecro; continet? Nimirum, Minorem annis viginti quinque qui desiderat in integrum restitui aduersus Asinianum, qui alterius negotij causa venerat, non esse Romæ audiendum. Quod si tam generaliter rescriptum, quā à Triboniano scriptum est, Consequens statim fiet, non alios igitur Romæ repositos, Romæ conueniri posse, quā qui nullius alterius negotij causa Romam venerint. Qualem vix vnum temporibus Vlpiani reperisses, At nec hodie. Quorquor enim nullius negotij necessitate, sed sola religionis veneratione, & ad visitanda sacrosancta Apostolorum limina Romam eunt, an non dicendi sunt alterius negotij causa venisse quā



vt ibi conueniantur. Nam & religionis causa si non prorsus necessaria, certè probabilissima & laudatissima est, quod & Accurs. & Bartol. hinc notant ex *l. aut religio* 18. *supr. de procur. l. non distinguimus* 32. *§. sacerdotio. supr. de recept.* Non igitur sufficit vt quis Romam venerit ob aliam causam ad hoc vt habeat ius reuocandi domum, sed illud omnino requiritur vt venerit ob causam vel necessariam vel probabilem. Cuius aliud exemplum adfert Accursius, probatque Bartolus. Si pater alicuius, inquit, vadat ad filium ad scholas Romæ, vt eum videat argum. *l. necnon* 28. *supr. ex quibus caus. maior.* Et hac ratione victus Accursius cogitur verba illa ad secundum rescriptum accommodata *qui alterius negotij causa venerat* de eo interpretari qui Romam venerat propter causam appellatōis exercendam: quod tamen nec Tribonianus ipse admitteret. Allegauit enim rescriptum illud, non quasi proposita specie de eo qui eam Romæ esset appellatōis prosequendæ gratia ibi conuentus fuit, de de. et, sed quasi ex facti iurisque similitudine ad confirmandam Celsi sententiam pertineret. Alioqui deberat priore loco postquam hoc rescriptum adferri non posteriore. Sed bene vidit Accursius vel mancam esse rescripti huius allegationem, vel planè ineptam, si verba illa superscripta tam generaliter & absolute accipiantur. Nec melior illa ratio est quam sub Celsi nomine Tribonianus posuit in præcedentibus, *vers. nam Celsus, quoniam*, inquit *ob aliam causam venerit*: idè ob que noster idem Accursius vt bonam faciat rectè adiicit *quamcumque dummodo necessariam, vel probabilem*. Sic enim & Accursius ipse emendandus est. Quorsum verò hæc omnia? Vt concludam quod nondum dixi, nec quisquam adhuc vidit, falsissimum esse quod Tribonianus pro verissimo intrudit, Eum qui appellatōis esset in loco repetitus in loco appellatōis tamen conueniri non posse. Cur enim illi faueamus qui temerè fortassis, nec tantum sine causa sed etiam per calumniam & tergiversationem appellauerit? *l. tutor* Et si autem fieri è contrario potest, vt iustam appellandi causam habuerit, in dubio tamen & incerto eo, quid impediet quominus possit conueniri? An fortè præsumemus iniquam esse sententiam à qua fuerit appellatum? Atqui verissimum est, & passim apud no-

4 § Omnes autem isti domum reuocant, si non ibi contraxerunt vbi conueniuntur. Cæterum, si contraxerunt ibi reuocandi ius non habent: exceptis legatis: qui, licet ibi contraxerunt, dummodo ante legationem contraxerunt, non compelluntur se Romæ defendere, quædiu legationis causa hic demorantur, quod & Iulianus scribit, & Diuus Pius rescripsit. Planè, si perfecta legatione subsistant, conueniendos eos Diuus Pius rescripsit.

*Ad §. 4. Omnes autem.*  
Ratio dubitandi. Omnes isti qui domum reuocandi ius habent si non contraxerint eo in loco, in quo conueniuntur, satis tuti sunt iure communi nec villo indigent priuilegio, ne conueniri possint ea in prouincia, in qua neque contraxerunt, neque domicilium habent, cum regulare sit vt actor sequatur forum rei *l. 2. C. de iurisdic. siue in rem, siue in personam actio instituitur. l. vl. C. vbi in rem act.* Ergo vel priuilegium hoc nullum prorsus & inutile est, vel ita accipiendum, vt etiam Romæ contraxerint ij qui Romæ conueniuntur nihilominus priuilegio isto gaudent possint. Ratio decidendi. Pertinet totus hic tractatus ad eos maxime qui Romæ

stros receptum, in dubio præsumendum esse presententia potius quam pro appellatione, pro iudice potius quam pro appellante, denique pro iudicato. Deinde si verum est vt est quod supra diximus ex *l. 1. & 2. §. eum qui appell. in prouinc. defendi, & in tit. Apud eum à quo appellatur.* Nō eo minus debere quem in prouincia defendi quod appellatōnis suæ prosequendæ gratia cogatur extra prouinciam peregrinari, quis non videt longè iustus esse vt appellans conueniri possit in eo loco vbi adest, quam in eo vnde abest? Nam quæ necessitas facit eum præsentem Romæ ad prosequendam appellatōnem, eadem facit eum absentem à ciuitate vel prouincia in qua appellauit. Cur ergo, aut quo colore necessitas præsentia meliorem ei tribuit excusationem ne ibi conueniatur, quam necessitas absentia? Sed & in aliis omnibus qui domum reuocandi ius habent, hoc ipsum obinet vt quem admodum non possunt conueniri, aut vt Tribonianus loquitur, pulsari in eo loco in quo officij sui siue priuati siue publici necessitate reperiuntur, ita & multò minus possunt cogi vt se defendat in prouincia à qua coguntur abesse *l. sed et si* 26. *§. vl. l. necnon* 28. *in pr. supr. ex quibus caus. maior.* Quamquam nec in Legato id obtineret qui priuati sui negotij & communi causa in legatione esset *l. reipublica* 36. *l. non vnde* 42. vbi dixi *cod.* An non veid priuati sui negotij & communi causa abesse ius quem necessitas prosequendæ appellatōnis abesse cogit? Vtique cum nec alij appellantes audiantur, quam quorum interest. *l. 1. §. de appella. r. cip.* nec dubitandum sit quisquis sua inter se dicit eum propriam causam defendere propriamque negotij tractare *l. 2. in fin. §. quando app. sit. & §. qua tempor.* Ergo etiam constaret maxime iustam appellandi causam eum habuisse, qui appellauit, non eo magis tamen subueniendum ei esset vt repetitus in loco appellatōnis prosequendæ in eo conueniri prohiberetur. Et consequenter imponenda est ei necessitas etiam intra tempora exercendæ prouocationis in eo loco vbi prouocatio exercetur, alius pulsant. b. respondendi. Sic enim loquitur non quomodo Tribonianus *necessitas respondere* græcissimo tibi satis nimiumque familiari. Veniamus iam ad sequ. in quo nec deerit quod continuam Triboniani audaciam, inscitiamque patefaciat.

conueniuntur, Romæ autem conueniri possunt quotquot sunt in orbe Romano si Romæ inueniantur, tanquam qui sint ciues Romani post Antonini constitutione quæ omnes qui erant in orbe Romano ciuitate donauit *l. in orbe Romano* 17. *sup. de stat. hom.* Nam & exinde ceptum est dici Romæ communem patriam nostram esse *l. Roma* 33. *§. ad municip.* Necessarium igitur est priuilegium vt qui Romæ reperitus ibi conuenitur, habeat ius reuocandi domum. Sed & extra ciuitatem Romanam potest necessarium esse priuilegium etiam ei qui in illa prouincia in qua conuenitur non contraxit, cum & delinquendo & variis aliis modis possit quis fori fortiri etiam in eo loco in quo nunquam con-

traxerint, sed non ibi conueniunt, sed ibi tamen ibi conueniunt, quæ quæ & contraxisse vult, quæ quæ in eo loco, in quo vt solueret se ibi non conueniunt, *l. §. de obl. & actio.* aut quod passim habet sit, si se sub ecerit cui libet iuris dicitur, hoc est cui libet magistratus, & cui libet loci: quæ conuenio facit quidem vt vbiq; possit conueniri, sed ita demum si ibi reperitur, vbi conuenitur. Nec enim facile credendus quisquam est de eo cogitasse, vt tanto suo incommodo alienam quamlibet iurisdictionem subire cogere- tur, arg. *l. si iudicis in iurisdictione* 30. *§. de oper. liber. l. heres ad ius* 19. *§. prouinc. vers. durissimum est. §. hoc t.* Nam & cum quis ratione delicti forum sortitur, non aliter tamen condèdari potest à iudice loci in quo delictum admittit quam si in eo ipso loco reperiat, aut si ad eum remittatur *cap. pastoralis. vers. quod si priuato de sen. & re iudic. in Clementin. Nouell. 59. vt omnes obed. iudic. prouinc. 2. in princip. a. Si non ibi contraxerint vbi conueniuntur.* Ratio dubitandi. Etiam omnes isti, quos diximus habere priuilegium reuocandi domum, non ibi contraxerint vbi conueniuntur, si tamen neque in ciuitate sua, neque intra prouinciam suam contraxerint priuilegium nullum habet vt scriptum est in *§. pro. seg.* Ergo ad excludendum priuilegium, non illud inspicit oportet an ibi contraxerint qui conueniuntur, sed illud tantum an alibi quæ in ciuitate sua vel intra prouinciam suam. Ratio decidendi. Poterat quidem & deberat ita scribere Tribon. cuius totum hunc §. sicut & præcedentem esse arbitramur. Sed exceptionem hanc ita concipere voluit. *Si non ibi contraxerint, vbi conueniuntur*, nō vt aliis omnib. casibus priuilegio loci esse admitteret, sed vt priuilegium excluderet eo saltem casu quo isti proponuntur ibi contraxisse vbi conueniuntur. Neque tam malè conceptam fuisse exceptionem hæc mirabitur quisquis nobiscum sentierit Triboniani eam esse. Sed vel vna hæc cōiectura innuere satis videtur. Quod fiet hoc manifestum ex cæteris quæ sequuntur. Si modò prius inuenerimus, non satis ab Accursio perceptam huius loci sententiam fuisse. Notat enim plus operari rationem loci & contractus simul, quam loci tantum, sicut solent duo vincula esse fortiora vno. *Nouell. 84. de consang. & veter. fratrib. §. pe. in fi.* Quasi ad excludendum hoc casu priuilegium ea potissimum ratio vigeat quod contractu fuerit Romæ: quod non ita est. Vera namq; & immediata ratio ex eo perenda est, quod neque in ciuitate sua, neque intra prouinciam suam contraxerint, qui Romæ contraxisse probantur.

legatione cōtraxerint, certum est priuilegium eos nullum habere, cum ius priuilegij in eo statu, eoque loco contraxerint. Perinde atque cum in eo loco legationis tempore deliquerint *l. non alius* 24. *§. Legati. §. quem locum nescio* cur Bart. huic opponat, aut cur aliud iuris constituat in contractibus, aliud in delictis, cum idem iuris constituat in *d. §. Legati*, contra Legatos legationis tempore delinquentes, quod hinc contra Legatos legationis tempore contrahentes. Rectè Accurs. nihil interesse an legationis tempore legatus contraxerit an deliquerit. Sed hoc rursus malè quod subicit se- cens esse si quasi contraxerit tempore legationis puta si hereditatem adierit, ex *l. de eo* 26. *§. Nam licet legatus qui Romæ adit hereditatē sibi dclatam nō possit conueniri à creditoribus hereditariis quantum in legatione est non tamen id fit, quia Romæ quali contraxerit duntaxat, non contraxerit, sed quia cum conuenitur, non tam ex suo quasi contractu conuenitur, quam ex vero contractu defuncti, quamuis ob suum quasi contractum: quæ res facit vt non debeat cōditionis de ter. oris esse, quam si ille ipse cōtraxisset, vt non malè nec in subtile ter Bart. ad eum locum tatiocinatur. Illud vtiq; verum est quod addit Accursius. Si ex tunc esset dies actio nis contra Legatum cōpetentis etiam ex eo contractu qui ante legationem in ius fuisse, dādam nihilominus in eum actionem durate quoque legatione sed causa cognita, & hæctenus duntaxat vt lis contestetur, & contestata in prouinciam transferatur *l. si d. et si restituatur* 28. ne alioqui pereat actio & intercidat *l. 3. §. de fer. vbi dixi.* Cōtestatio enim perpetuam facit actionem, quæ fuerat temporalis. *L. omnes actiones* 30. *de reg. iur. l. constitution. 33. l. sciendum* 8. *de obl. & actio.* Extra hanc causam nō possunt Legati conueniri Romæ de eo quod ante legationem debuerunt, nec si legationis tempore id se soluturos constituerint *l. si quis in legatione* 8. *§. nisi expressè ac nominatim constituerint se soluturos Romæ, vt in l. qui §. §. 1. §. de pec. consil.* Dicā ad *d. l. 8.* Nec enim nodū hunc Accursius nec Bart. bene dissoluere potuerunt. Aut nisi actum sit vt etiam legationis tempore solueretur: hoc vnū enim maxime inspicendum est, vt Africanus ait in *l. 3. §. de legatio.* Non obstat quod Iustinianus cōstituit *Nouell. 59. vt omnes obed. iudicib. prou. c. 1. & 2. vnde sumpta est Auth. qua in prouincia. C. vbi crim. agi oportet* vt si ambo in prouincia sint, & actor & reus qui vel contraxerint in eadem prouincia, vel deliquerit, nequaquam ad aliam prouinciā causam trahatur, neque ex priuilegio cuiuspiam, neque ex iussione. Nam vt bene Accursius responderet, ea constitutio excludit priuilegia, quæ vel per Principem indulgenda sint vel indulta iam quidem, sed alicui singulariter, non etiam illa quæ per legem certo hominum generi data fuerint, & vt Bart. loquitur, inclusa in corpore iuris: quale illud etiam est, de quo in *l. 2. C. vbi Senat. vel clariss.* Hæc enim semper excepta intelliguntur, quia non facile credendum est Romanum Principem qui iura tuetur ius commune, aut singulare quidem, sed in corpore iuris communis inclusum, tam facile corrumpere & euertere voluisse *l. si quando in prin. C. de iuss. test. iunct. l. heres absens* 19. *§. hoc tit.* Vnde Bartolus infert, Si statuto aliquo iubeantur omnes ire ad ex- etcitur sub certa pœna non obstante aliquo priuilegio, exceptos tamen intelligi debere ius tu priuilegium habent inclusum in corpore iuris*





legationis quoque tempore experiri *l. 9. eod. t.* Quamquam illud verum est quod supra monuimus hunc §. ad Legatos non pertinere, tanquam qui agere nullo modo possint durante legatione, nisi iaceant, Aut

7 § Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum reuocare possit, necne: ipse prator debet, causa cognita, intueri. <sup>a</sup> Quod si constiterit, in ea eum esse causa, ut domum reuocet: debet cauere in iudicio sibi <sup>b</sup> statuenti pratore, in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione, an satisdato, Marcellus dubitat. mihi videtur, sola promissione, quod & Mela scribit, alioquin compelleretur iudicium accipere, quam inuenire eos, qui satis pro eo dent.

*Ad §. 7. Sed si dubitetur.*

Ratio dubitandi. Prator non debet cognoscere inter eos qui habent ius & priuilegium reuocandi domum, Neque enim id saluo priuilegio fieri posset cuius rationem a Pratore haberi necesse est. Et quamuis Legati ceterique omnes qui reuocandi domum ius habeant in ea sint causa ut in ius vocati ex iurisdictione Pratoris ad eum venire debeant priuilegia sua allegaturi *l. si quis ex aliena §. 7. hoc tit.* Sufficit tamen allegatio sola priuilegij ad hoc ne progredi ulterius Prator possit. Ergo post allegatum priuilegium etiam si dubitetur an priuilegio locus sit necne, puta an is qui tanquam Legatus priuilegium allegat, Legatus sit an non, Pratoris cognitio esse non potest. Ne alioquin aut in sua causa ius dicere videatur, si pronunciet ipsi priuilegio locum non esse, & iurisdictionem ad se pertinere, contra id quod scriptum est in *titul. C. ne quis in sua caus. iudic. vel iudic.* Aut sine iurisdictione cognoscere. Nam extra vocationem in ius, certe prius est ut fundetur iurisdictione eius qui de causa vult cognoscere, quam ut ei quasi iurisdictionem habenti quicquam facere permittatur, saltem quod obliget litigatores ut parere compellantur *l. ult. §. de iurisid.*

Ratio decidendi. Eius est priuilegium admittere vel reicere apud quem priuilegium allegatur. Ad quid enim allegatur apud pratore, nisi ut illius ratio aliqua per pratore vel habeatur, vel non habeatur? At qui non potest prator statuere, ac discernere, an is qui allegat priuilegium talis sit ut eo gaudere debeat, quin sciat prius quod in facto non in iure consistit, an is qui se dicit priuilegiarium Romam venerit legationis causa vel iudicandi, ferendive testimonij gratia, Siquidem ex facto ius oritur, nec aliis huiusmodi priuilegia dantur, quam qui se probant vel legatos esse, vel ad iudicandum, dicendumve testimonium, aut aliam huiusmodi causam quamlibet impetro Principis aut magistratus euocatos §. *Legatis sup.* Ergo si de hoc ipso dubitetur an ob legationem, quamve aliam ex supradictis causis Romam venerit, necne is qui conuenitur, solius pratoris cognitio esse potest & debet, Tanto magis quod ex iure communi iurisdictionem ad eum pertinere non negat, imo fatetur quicquid priuilegij allegat, ut iam supra diximus. Nam & si quis ex aliena iurisdictione ad pratorem vocetur, qui casus multo dubitabilior est, debet nihilominus venire ad pratore, nec alterius quam pratoris est estimare an sua sit iurisdictione *d. l. §. infr. hoc tit.* Neque vero alius quam prator posset de hoc cognoscere, quin ex postfacto iniuria pratori facta videretur, si quandoque constaret iurisdictionem ad eum pertinere. In dubio autem quis ferat magis fauere ei qui priuilegium allegat, quam pratori? Nam si ad declinandam, aut

potius eludendam iurisdictionem pratoris sufficeret priuilegium allegare, quanam tandem aut cuius potestatis erit iurisdictione pratoris? Et hoc est quod Accursius hic notat, multa ratione dubitationis permitti quae alioqui non permitterentur, ut & in *d. l. §. 7. l. 2. §. si quis in iudic. non ver. l. quoties 21. §. 1. infr. de noval. action.*

<sup>a</sup> Ipse prator debet causa cognita intueri. Sensus est, Non solere quidem pratore aut alium ex maioribus magistratibus cognoscere de facto, sed in eam rem dare iudicem qui de facto & cognoscat & pronunciet, quod ea res indigna videatur maiestate pratoris, ceterorumque magistratum populi Romani, vsque ad tempora Diocletiani & Maximiani, quorum est *l. 2. C. de pedan. iudicib.* Verum tamen in proposito pratore ipsum per se non per iudicem datum cognoscere & estimare debere an sua sit iurisdictione, in eamque rem facti quoque quaestione si necessaria sit adhibere, Quoniam iudicem dare alius non potest quam qui certam & indubitatam habeat iurisdictionem ad quam hoc maxime pertinet, ut iudices litigatoribus dentur *l. 1. in fin. l. 3. sup. de iurisid.* Iudicem ergo dare nullo modo potest is de quo dubitatur an ad eum iurisdictione pertineat, & consequenter debet ipse cognoscere: Aliud est si de sententiae executione tractetur. Nam etiam a Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani ut iudicium a se datorum sententias exequantur *l. a Diuo Pio 15. in princ. infr. de re iudic.* non ideo tamen prohibentur magistratus si qua facti quaestio emergat in executione iudicati dare iudicem qui de facto cognoscat, ut constat ex ea ipsa Lege, Nempe quia certa & indubitata est iurisdictione eius qui iam in eum iudicem dedit, de cuius sententia exequenda agitur, cum alioqui iudicem eum dare nullo modo potuisset.

<sup>b</sup> Debet cauere, in iudicio sibi. Ratio dubitandi. Eius est iubere cauere iudicio sibi, ex cuius autoritate iudicium futurum sit, id est, qui iudicem vel iam dederit, vel postea sit daturus. *tit. D. si quis caut. sup.* At qui cum apparuit eum qui conueniebatur apud pratore in ea causa esse, ut domum reuocet, certum est nullam Pratoris autoritatem & potestatem esse in futuro iudicio constituto: Ergo neque in iubendo cauere ut iudicio sistatur, Cum ea cautio non nisi propter iudicium interponatur ut ratum fiat. Est enim iudicialis stipulatio, licet sit etiam cautionalis, quia est communis *l. 1. §. 1. v. c. communes infr. de prator. stip.* Quod si eam consideres tanquam cautionalem, tanto maior ratio est ut non debeat interponi ex autoritate pratoris: quia cautionales stipulationes in actiois habent *d. l. §. 1. v. c. cautionales l. actionis 37. infr. de oblig. & action.* Actionem vero dicere prator non potest nisi post litem contestatam, nec rursus iubere ut li-

tem

tem contestetur qui priuilegium habet reuocandi domum. Ergo neque iubere potest ut huic iudicio cautio interponatur quae est vice actionis.

Ratio decidendi. Prator apud quem priuilegium allegatur, licet non possit ipse reum compellere ad iudicium accipiendum, quod utique saluo priuilegio fieri non posset, habet tamen iurisdictionem competentem: alioqui, ut saepe dixi, de priuilegio tractari non oporteret: Proinde nihil facit alienum ab officio suo, quod est iubere cauere de sistendo in iudicio, & quod est consequens eam statuit diem intra quem isti promittatur: Ne reuertendi potius, quam conseruandi priuilegij causa huiusmodi priuilegium allegatum esse videatur, atque ita non tantum prator, sed etiam iudicis, iudicioque illudatur. Nam & publice interest iudiciis omnibus suam vim, vigoremque costare. Ideo autem exprimens est in hac cautione locus iudicij, ad quod remittitur is qui priuilegium allegat, quia stipulationes istae cum sint verborum conceptiones & obligationes sicut ceterae non ad alium locum pertinere possunt, quam qui stipulationis verbis comprehensus sit, nec similiter ad aliud iudicium, ut neque ad alterius iudicis personam *l. 3. l. p. mult. §. in act. solui.* Porro non est nouum ut vno loco vel tempore caueatur, alio autem agi differatur, quod & Accursius noster notat ex *l. ordinata 24. §. ult. infr. de lib. r. cens. l. Summus conf. l. 10. in fin. sup. de offic. praesid. l. si adulterium 38. §. ult. §. ad l. Jul. de adul. Carcerum si quis ex aliena iurisdictione vocatus sit, ita ut prator ipse videat non esse suam iurisdictionem, aliud dicendum erit, ut hunc prator non iubeat cauere iudicio sibi. Nec enim id fieri potest circa exercitium aliquod iurisdictionis, quam porro nullam habet prator in eum qui ex aliena iurisdictione est, habet vero in eum qui solo priuilegio se tenet, Idque Accursius etiam vidit.*

<sup>c</sup> *Si ibi videtur sola promissione.* Ratio dubitandi. Nihil interest an nullo modo cautum sit, an vitiose *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant.* aut minus idonee si cautio nondum sit admittenda *l. arbitro 9. §. seq. eod.* At qui non cauere idonee sola promissione, sed ita demum si vel fideiussor datus sit, vel pignus *l. si man. datus 59. §. ult. §. mandat. l. 4. §. adduci §. de fideiuss. liberr.* Ergo cum dicimus, eum qui priuilegium allegat etiam si in ea causa sit, ut domum reuocandus habeat, cauere tamen debere in iudicio sibi, licet intelligere debemus ut non sola promissione cauere debeat, sed vel satisdato vel saltem pignori datis. Ratio decidendi. Cautionem simpliciter cum dicimus, eam intelligimus quae sit nuda, an etiam quae sit idonea, & cum pignore, vel fideiussore *l. 4. l. emptori 37. §. de eni. l. pacta conuenia 72. §. de contr. empt.* Cum enim cautio sit onus, non facile capienda ea est interpretatio quae nimis oneret eum qui cauere debet *l. hac stipulatio 14. in fin. ut legat. nom. caueat. l. 3. in fin. §. ut in poss. legat.* Alioquin facile in proposito casu inueniret via per quam suum reo conuenio priuilegium auferretur, cui plerumque facilius esset ac expeditius ut iudicium accipere, quam ut fideiussorem dare cogeretur. Nec enim semper tam facile ac obuium est etiam probo & diuiti viro, inuenire fideiussorem. Quae res facit ut plerumque necessarium sit auxilium subsidiarium iuratorum cautionis *l. omnes 33. §. praterca. & seq. C. de epis. & clericis. l. cum clericis 25. eod. l. postquam 5. §. 1. ut legat. seu fideiuss. nom. caueat.* Neque ad rem per-

Tom. II.

tinere si quis pro alia eaque fortassis accommodatior dubitandi ratione obicit, Generaliter in omnibus pratoris stipulationibus, *l. in i. §. de prator. stipulat.* Hanc vero stipulationem iudicio sistendi esse in isto quoque casu pratoriam, & ex eorum numero quae communes appellantur, quod sit & iudicialis & cautionalis, ut supra diximus ex *l. eod. tit. c. de* ex pratoris autoritate, ac in perio interponatur. Nam respondendum est id obtinere in his stipulationibus pratoris, quae ex autoritate pratoris interponuntur, & propter pratoriam ipsam, ut ratum sit quod prator pro sua iurisdictione fecerit, siue praeceperit. At prator cum hoc casu iubere cauere, iudicio sibi, facit quidem pro sua iurisdictione sed non propter suam iurisdictionem, at potius ut alterius iurisdictioni prospiciat ex cuius autoritate iudicium futurum constituetur, propter priuilegium, quod habet is qui conuenitur ut domum reuocare possit. Ideoque nimiam huiusmodi temperamentum adhibendum est, ut ea cautio nuda & sine satisfactione, ac sine pignori bus praestetur ut neque iurisdictioni pretextu priuilegij illudatur, neque praetextu iniungendae satisfactionis, priuilegium per iurisdictionem infringatur. Non esse sic sane in hac specie rationem dubitandi vel ex eo maxime apparet, quod Vlpianus reuertit Marcellum dubitasse. Quid ergo si quis quod prator iubere cauere in iudicio sibi suspectus sit facultatibus? An non saltem hoc casu cogendus erit satisdare ut cautum sit stipulatori? Sic putat Accursius, quamuis dubitanter, & ex alioquin, ut videretur, potius quam ex propria sententia, ex *diti. l. si nauis conf. l. 16. sup. de offic. praesid. & l. si fideiussor 7. §. ult. sup. qui satisd. cog.* Ergo probare non possum. Nam quo quis pauperior proponatur, eo magis verendum est, ne priuilegium quod habet ei adimi videatur si satisfactio vel pignori bus datis cauere compellatur. Nec ad hunc casum pertinent leges ab Accursio citatae, sed ad illum quo nihil sit quod de priuilegio tractari possit. Sed an non saltem sub poena reponit eum cogendus erit? Hoc quoque dubitanter Accursius, cum in hoc, inquit, non grauetur in officio suo propter quod Romam venit. Verum satis, ni fallor, improbabiliter. Nec enim de natura nuda cautionis est, ut poenam habeat subiectam: cum ex huiusmodi praesertim stipulatione iudicio sistendi, si nulla poena subiecta sit, nascatur actio ad id quod interest *l. 2. §. ult. sup. qui satisd. cog.* ut & in ceteris faciendi obligationibus euenire solet *l. si quis ab alio 13. §. ult. §. De re iudic. l. ultim. de prator. stipul.* tum quoque cum natura negotij exigit e videretur, ut stipulatio sit poenalis *l. diem proferri 27. §. ult. & l. seq. sup. de recepti.* Ergo quod idem Accursius subinde quaerit, An scholaris debeat in Curia communi satisdare cum priuilegium allegat, nullam habet dubitandi rationem, quin non debeat, tamen concludat ille debere. Cur enim deterioris condicionis erit scholaris, quam ceteri? Nisi forte putat Accursius scholarium omnium personas esse suspectas. Atqui iam diximus, nec suspectis personis iniungendum esse hoc casu onus satisfactionis: Ut plane videre non possum cur Accursius scribat *videtur quod sic, ut hic.* quasi Vlpianus hoc loco, sentiat reum satisdare debere, quod tamen dissentit negat. An vero apud eum iudicem coram quo agenda causa est, satisfdari oporteat, alia quaestio est, de qua in *l. 3. & penult. & pass. iudic. solui.*

B

8 ¶ In omnibus autem in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet.

Ad §. 3. In omnibus.

Totus hic §. haud dubiè Triboniani est, ut & verba demonstrent & contextus ipse verborum. Adde sunt omnia inconcinna, & parum elegantia: In eo praesertim quod dixit *protelari admonitionem*, pro eo quod voluit dicere *differrere actionem* quasi sint ista Synonyma *agere & adire rem*, quod non ita est. Quisquis agit, admonet, At nò quisquis admonet, agit. Item in eo quod subiungitur *sine temporali damno* pro eo quod Tribonianus dicere voluit, & debuit *siue iactura temporali actionis*. Sentus enim est, non esse vique adeò fauendum ius cuius & priuilegium habent reuocandi domum, ut id fiat cum damno & iactura actoris, si forte is temporalem actionem habuit, cuius dies exitura sit in alium locum, & quod est consequens in aliud tempus actio d. feratur.

Ratio dubitandi. Cùm actio temporalis est, fieri nequit ut non exeat dies actionis si totum tempus elabatur intra quod proponi actionem oportuit. Habent enim actiones omnes temporales suas metas, quas praeterire ac praetergredi nullo modo possunt. Atqui non debet ea res nocere actori, cum nihil possit imputari, ne alioqui captio sum ei sit priuilegium illius, qui conuenitur, contra *L. Paulus §. de praetor. stipul.* Ergo alterutrum necessariò admittendum esse videtur, ut vel priuilegio nulli debeat locus esse aduersus actionem temporalem, vel propter priuilegium damno aficiatur actor, cui actio sua perit.

Ratio decidendi. Periret quidem actio temporalis actori, eique noceret priuilegium aduersarij non aliquo remedio hinc periculo occurreretur. At ne id eueniat, quod vique iniquum esset, optimum & expeditum remedium est ut praetor iubeat fieri litis contestationem salua priuilegij causa, nec eo minus actio in aliud tempus aliumque locum differatur, postquam per contestationem facta fuerit perpetua quae prius fuerat temporalis. *L. sed et si restituatur 28. §. sed et si dies. j. hoc titul.* Hoc verò Accursius non intellexit, qui ut hinc se euoluat, ait currere quidem actori tempus actionis, sed dari ei restitutionem in integrum ex edicto. *Ex*

9 ¶ His datur multa dicendae ius, quibus publicè iudicium est, & non aliis: nisi hoc specialiter eis permittum est.

Ad §. ult. his datur.

Ratio dubitandi. Etiam indicare munus & officium publicum est *L. quippe 78. infr. hoc titul.* Atqui multa is dicere non potest, cui indicatio data est, id est, qui à praetore, vel praeside, vel alio magistratu datus est iudex *L. aliud fraus est 131. §. 1. ver. item multam. j. de verbor. signific.* Si enim ibi lego addita negatione ante verbum *potest* sumpta coniectura, vel ex eo maxime quod statim sequitur *Magistratus solos & Praesides prouinciarum posse multam dicere mandatis permittum est*. Si enim Vlpian. scripsit ut iudices datos & pedaneos excluderet, qui licet à magistratibus rã vrbis in vrbe quàm prouincialibus in prouincijs datur, magistratus tamen non sunt, adeòque nec iurisdictionem vllam habent, sed tantum iudicationem *L. ait praetor §. j. de re iud. id est, iudicandi facultatem L. ult. ver. Sed ne quis ita. C. vbi & apud quem cogni. in integ. restit. agit. sit.* Nec sanè nisi falsò quisquam dixerit iudicem à praetore vel praeside datū habere ius dicendae multae. Nā si

*quib. caus. maior. argum. l. sed et si 23. §. ult. & legibus sequent. sup. ill. tit. ex quibus causis maior.* Mox distinguit An interpellatio aliqua praecesserit, ut tunc ipso iure tempus non currat, aliàs currat, sed deur restitutio. Rursus an creditor potuerit litem contestari, ut tunc non fiat restitutio nisi quando potuit cum difficultate, quia fortassis graue fuerit ei cum tanto aduersario litigare, alioqui restituatur. Quorum omnium nihil videtur hic dici posse. Quid enim potest impedire quominus litem contestetur is qui & Romae adest, & praetorem nò minus quàm aduersarium praesentem habet? Fateor tamen non vique & passim, sed causa tantum cognita cogendum eum ut litem contestetur, quomodo scriptum est in *d. l. j. d. et si restituatur 28. §. sed et si dies. j.* Nisi tamen totus quoque ille locus Triboniani est, ut ad eum ostendamus. Datū quendum certè est tempus actionis continuum ab vtili. Nam in tempore continuo id obtinet quod diximus, In vtili verò aliud est, quia ut non currat nulla opus est contestatione, cum sufficiat actori potestatem expenendi non fuisse, quam potè non videtur actor habuisse si potuit reus reuocare domum *L. nec non 28. §. j. cum & ibi dixi §. ex quib. caus. maior.* vbi tractatur de anno vtili dato ei qui in ciuitate reuersus est ad praesidem restitutionem aduersus damnum ex absentia illatum Denique perpetuum est ut quousque faciat reo, ne conueniri possit, succurrendum enim sit actori ne quid prauidicij circa temporalem praescriptionem ei generetur. *L. vlt. in fin. C. qui bene cedat. post. l. ult. §. donec. in fin. C. de iur. d. lib. Nouell. 115. Et cum de appell. cognosc. cap. pen. in fin. ex quibus omnibus locis qui sunt Iustiniani, apparet tanto manifestius, totū hunc locū esse Triboniani, cui perpetua illa exceptio tam familiaris fuit. Caeterum quod tota hac lege diximus de priuilegio reuocandi domum, sic accipere ut reuocatio fiat ad domicilium eius qui conuenitur. Non enim sufficeret ad priuilegium hoc inducendum, quòd quis in prouincia domum haberet si non etiam haberet in ea domicilium quod vique ex sola domus possessione non contrahitur *L. liberius 17. §. sola domus poss. §. j. ad municip.**

nec magistratibus duumiris & municipalibus. hoc ius datum est, ne quidem ut propriam iurisdictionem quam habent tueantur *L. vnic. sup. si quis ius dicent. non obtemp. nec rursum procuratoribus Principis, & Rationalibus, nec curatoris reipublicae, de quibus in l. 2. & 3. C. de mod. multat.* quantò minus hoc sibi ius vindicare poterunt iudices dati qui neque magistratus sunt, neque vllam habent iurisdictionem. Sed & antithesis quae apud Vlpianum est in *d. l. aliud*, emendationem nostram omnino confirmat. Ponit enim Vlpianus eo loco multas differentias inter poenam & multam, quarum postrema illa est, de qua nunc agimus, quod poenam irrogare potest quisquis habet delicti cognitionem & executionem, id est, etiam is qui de crimine iudex datus fuit, Nempe quia poena cum sit ordinata & legitima non tam per iudicem quàm per legem ipsam irrogatur, Adde ut etiam si nihil de poena, sed tantum de crimine iudex pronunciauerit, non eo minus tamen legis potestas aduersus eum qui condem-

condemnatus est exerceatur, quoniam, ut Papinianus dicebat, facti quidem quæstio in arbitrio est iudicantis: poena verò persecutio non eius voluntate committitur, sed legis auctoritati referatur. *l. 1. §. 1. ver. quorum aliorum. j. ad S. C. Turpill. iunct. l. ord. d. i. inf. ad municip.* Ergo si aliud in multa est, aliud in poena, proliis consequens est, ut Vlpianus nosse eum tractauit de multa in *d. l. ver. ut multam*, scripserit negatiuè multam dicere non posse illum cui iudicatio data est. Nam quod interiectum est de magistratibus, & praesidibus prouinciarum, cum affirmatiuè conceptum sit, scilicet, permissam ius esse mandatis Principū, ut possint multam dicere, antithesim nullam continet, quam tamen subesse probant non modò praecedentia quae alias inter multam & poenam differentias expriment iuncto articulo *item*, qui dicitur repetitiuus praecedentium qualitatum, sed etiam sequentia illa aduersariuè, & affirmatiuè concepta poena autem vniuersisque irrogare potest. Igitur ut proposita dubitandi rationem concludamus, verum non est quod in hoc §. scribitur his dari multam dicendae ius, quibus publicè iudicium est. Ratio decidendi. Iudicandi munus & officium publicum quidem est *d. l. quippe*, sed non tamen publicè datum, id est, à populo, aut à Principe qui populi vice sit, sed à magistratu qui dat iudicem dictare quae iudicium praescripta formula pro arbitrio suo concepra. Nec enim magistratus magistratum creare potest nec facere ut non sit & remaneat priuatus is, quem ipse iudicem dedit. Mirum igitur non est, quòd iudex datus non habeat ius dicendae multae: Praesertim cum ius hoc sit ex genere permissorum id est, eorum quae non sufficit prohibita non esse, ut competant, sed necesse est permissa esse. Sicut è contrario quae sunt ex genere prohibitorum, non censentur prohibita ob hoc solum quod non fuerint permissa, nisi etiam prohibita reperiantur *L. minus 43. §. 1. sup. de procurat.* Nemo autem dixerit iudicis dato permissum esse ius dicendae multae cum nihil omnino possit facere iudex praeter & extra praescriptam formulam, in qua certum est nihil de multa dicenda exprimi solum fuisse. Error Accursij, Bartoli, caeterorumque omnium veterum interpretum hac parte is fuit, quod iudicationem à iurisdictione non distinxerunt, ut nec iudicem à ius dicente, nec maiores iudices qui pedaneos dabat, quique magistratus erant à minoribus, & pedaneis à magistratu datis, qui & pedanei iudices, & dati & additi dicebantur. Atque ita Accursium nostrum sensisse, quasi inter ista nihil intersit, ex eo apparet quod verba illa huius §. *publicum iudicium* sic interpretatur acti scriptum esset *qui iurisdictionem habet vel qui possunt cognoscere de publico crimine, ut quia meriti habet imperiū, vel sic cui est publica auctoritate concessum ex l. vltim. Cod. de mod. multat.* quorum tamen omnium nihil est quod conueniat verbis Vlpiani: qui proculdubio cum ita scripsit quibus publicè iudicium est (sic enim legendum est ut in Florent. non videtur legisse Accursius *publicum iudicium*) non de his sentit omnibus, qui habent iurisdictionem, sed de his solis qui habent à publico, ac proinde qui sunt magistratus, & quidem populi Romani, ut excludamus defensores ciuitatum & magistratus municipales, qui quamuis non modò iurisdictionem habeant, sed etiam magistratus sunt, non tamen sunt magistratus populi Romani, nec tam publicè quàm priuatum, id est, à municipalibus

ipsis non à populo Romano iudicium habere videri possunt, ideòque nec multa dicendae ius habent, *d. l. 1. sup. si quis ius dicent. non obtemp. l. 3. Cod. de mod. multat.*

a *Et non aliis.* Ratio dubitandi. Multa non dicitur nisi ad puniendam contumaciam eius qui vel non vult in ius venire, vel alia ratione imperium magistratus aliquid fieri iubentis vel verantis eludit, argum. *d. l. 1. §. si quis ius dicent. non obtemp.* Atqui etiam arbiter contumaciam litigatoris punire & multare potest, iubendo eam dare pecuniam aduersario *L. non ex omnibus 39. sup. De recept.* Ergo multò magis admittendum est multam dicendae ius habere debere omnem, quisquis habet iurisdictionem. Maxime cum nulla sit iurdictio sine modica coactione *l. 1. §. vltim. l. vltim. §. de offi. eius cui mand. est iurisd.* quae modica coactio vix aliud quicquam est quàm multa. Nec tantum qui habet iurisdictionem, siue suo iure ut qui sunt magistratus, siue alieno beneficio, ut qui mandatam ab alio iurisdictionem exercet, videtur posse multam dicere, sed & iudex datus, ac pedaneus quilibet, cum quisquis iudex est, plus iuris & auctoritatis habere debeat quàm arbiter. Habet enim officium & munus publicum, Arbiter verò non nisi priuatum *l. 1. §. 1. vbi dixi sup. De recept.*

Ratio decidendi. Non facillè dandum fuit omnibus qui iurisdictionem aut iudicium quoquomodo habent, ius hoc dicendae multae, ac ne iis quidem qui poenam legitimam irrogare possunt, quia poena non irrogatur, nisi quae quae lege vel quo alio iure specialiter huic vel illi delicto imposita est. At multa ex arbitrio eius venit qui multam dicit: quinimò multa ibi dicitur vbi certa poena non est imposita *d. l. aliud est fraus, & l. si qua poena 244. eod. titul. de verbor. signific.* Merito igitur placuit, ut non aliis ius sit dicendae multae, quàm quibus publicè iudicium est. In quo numero ne quidem procurator Caesaris continetur *l. 2. Codic. de mod. multat.* Ideò nimirum quia iudicium & iurisdictionem quidem habet sed non publicè. Quamuis enim habeat à Caesare, tamen Caesaris rem tractat non tanquam Caesaris, sed tanquam priuati, Ob idque nec magistratus dici potest, quæ tantum est procurator, nisi quod habet quaedam praecipua quae procuratores caeteri non habent *l. 1. vltim. & tot. tit. §. de offi. procurat. Caesar.* Cur ergo, inquit, hoc ius habet arbiter, ut multare contumacem possit, cum sit minus quàm iudex? Negò habere illum ius dicendae multae. Si quidem multae pronocatio est, nec ante multa debetur, quàm aut non sit pronocatum aut prouocator victus sit *d. l. si qua poena 244.* Atqui ab arbitro pronocari non potest *l. 1. C. de recept. arbitris.* Fateor tantum quod scriptum est in *d. l. non ex omnibus*, posse arbitrum punire contumaciam litigatoris quod longè diuersum est à iure dicendae multae, ut ad eum locum explicauit.

b *Nisi hoc specialiter eis permittum est.* Triboniana, nisi fallor adiectio, respicientis ad Iustiniani constitutionem in *l. 3. C. de sportul. & sumpt. in diuers. iud. fac.* vbi datur licentia omnibus iudicibus dicendae multae etiam iis qui à maioribus iudicibus delegandas lites accipiunt, id est, qui à magistratibus delegantur, quod sanè Vlpiani temporibus non obinebat *d. l. aliud est fraus. §. 1. secundū nostram sup. praescriptam emendationem.* Quam autem insulsa, & Triboniano digna haec sit exceptio, ex eo



apparet quod perinde est ac si scriptum esset non aliis dari ius dicendæ mulctæ quam magistratibus, & quidem maioribus nisi datum iis sit. Quid enim refert an datum dicas, an permissum? Quomodo autem fieri potest ut non sit datum & permissum iis quibus specialiter fuit permissum? An non manifestam hoc implicat contradictionem? Debuerat Tribonian. in præcedentibus scribere *Hi habent mulctæ dicendæ ius* non quomodo scriptum est *his datur*, ut posset congruè subiici exceptio ista *nisi hoc specialiter eis permissum est*. Non dissimile est quod etiam de suo idem Tribonianus adiecit in *d.l. si qua pœna in fin.* iis verbis *Nisi cum lege est constitutum quantum dicat*. Toto enim iure vetere fuit in arbitrio &

3. VLPIANVS libro quarto ad Edictum.

**N**on videtur frustrandæ actionis causâ latitare, qui præsens suscipere iudicium non compellitur.

*Ad l. Non videtur 3.*

Ratio dubitandi. Etiam qui ex aliena iurisdictione est si in ius vocatus sit venire debet, alioqui mulctari potest, quia non debet contemnere auctoritatem Prætoris, Multò magis venire debet is qui est ex iurisdictione prætoris tamen privilegium aliquod habeat propter quod possit reuocare domum si quis ex aliena s. j. h. t. l. 2. sup. si quis in ius vocat. non ier. Atqui neque is qui ex aliena iurisdictione est, neque is qui privilegium habet cogere iudicium accipere etiam si præsens esset. *l. ult. sup. de iurisd. l. prox. sup. h. t.* Ergo non est verum quod ex Vlpiano scribitur in hac lege. Eum qui præsens accipere iudicium non compelleretur, non videri frustrandæ actionis causâ latitare. Ratio decidendi. Alia ratio est eius qui vocatus in ius non vult venire, alia eius, qui ab initio latitat ne in ius vocari possit, Quisquis in ius vocatus venire debet, quâvis in ea causa sit ut si præsens esset, iudicium accipere non cogere d. l. j. Nec tamen aliam pœnam patitur si ius Pandectarum inspicias, quàm ut oborto collo rapiatur in ius, si neque sequi velit, neque satis vel cautum dare tot. *sup. in ius voc. ut eant aut satis vel caut. dent.* Sic enim fiebat olim vocatio in ius, ut diximus ad tit. *De iniuris vocan.* At is qui latitat ne in ius vocari possit (quomodo enim rapi posset ille, qui nusquam gentium sui copiam faceret?) necesse est, ut pœnam aliquam papiatur, eamque tamen non quasi contumax sed quasi latitans, quod longè diuersum est. Pœna autem hæc est, ut in possessionem bonorum eius mittatur is qui agere vult, & qui ageret si aduersarium præsentem haberet, quem vocare in ius posset, *l. 2. in princ. & §. 1. l. Fulcinus 7. §. quid sit autem. & pass. j. quib. ex caus. in poss. ear.* Tum si hic qui habitauit fraudationis causa, non defendatur arbitrari boni viri, eius bona non solum possideri, sed etiam subinde vendi iubeantur, *tot. tit. de reb. aut. iudi. possid.* Quod nostri vulgo vocant secundum decretum. Primum appellantes illud ex quo fit missio in possessionem custodiæ potius quàm aduersarij expellendi gratia. *l. is cui s. in prin. j. ut in poss. §. legat.* Atqui ut quis latitare dicatur, non illud tantum requiritur ut absit, nec defendatur, sed illud etiam maximè ut affectum & animum habeat latitandi, & quid fraudationis causa, id est, frustrandæ actionis gratia ne à creditoribus suis conueniatur *d. l. Fulcinus. §. quid sit aut em. & §. ad eo aut em. quib. ex caus. in poss. ear.* Porro actio nulla exerceri

potestate omnium quibus datum erat ius dicendæ mulctæ tantam dicere quantam vellent *d. l. aliud est fraus 131. eod. tit. De verb. signif.* Primusque Iustinian. modum mulctarum constituit in *l. vlt. Cod. de mod. mulct.* præscriptis pro magistratum varietate aliis atque aliis summis non quas omnimodo magistratus irrogare debeant, sed quas prætergredi & excedere nullo modo possint. Ceterum quod subiungit Accursius ut sententiam huius §. connectat cum sententia legis proximè sequentis prorsus ridiculum est. Nam qui mulctam imponere non potest, valde ineptus fuerit si aliquem vocet ut eam imponat, Ineprior verò is qui dubitare vult an eo casu puniendus sit is, qui non venit.

potest apud iudicem datum nisi post acceptum iudicium. Ergo si quando is qui latitare dicitur, in ea causa sit, ut si adesse iudicium accipere non cogere, non magis potest dici latitare frustrandæ actionis causa, quàm frustrandi iudicij gratia: nec proinde aduersus eum procedi vllomodo potest siue ex primo siue ex secundo decreto, Neque si ponas à nemine illum defendi. Et si enim verum est eum quocumque qui non latitat, sed absens tantum est si à nemine defendatur, eandem pœnam pati debere, quia verum æquè est eum sui copiam & potestatem non facere *d. l. 2. §. 1. eod.* Id tamen ita obtinet si absens non defendatur arbitrari boni viri *d. l. Fulcinus in princ.* Vir autem bonus non arbitrabitur in defensum esse eum qui si adesset, iudicium accipere non cogere, sicut nec in defensam esse rem, de qua prætor iudicium accipere non cogat *l. vir bonus 18. j. iudi. solui. l. non cogendum 4. ver. quia vir bonus. sup. de procur.* At quomodo scietur an in ea causa sit is qui absens ut iudicium accipere non compellatur, si neque veniat ipse, neque ab alio defendatur? Interim ergo eadè pœnam omnimodo patietur, quam pateatur si iudicium accipere cogere. Respòdeo non posse huic legi & quaestioni locum esse nisi eodem casu quo constat absente, qui latitare dicitur in ea esse conditione ut iudicium recusare posset, siue ponas id cognitum esse prætori tanquàm notorium omnibus, siue ab aliquo allegatum fuisse apud prætoris privilegium fori absentis nomine, non ad eum defendendum, sed hoc potius, ut appareat non esse absentem huc ex eorū numero qui defendendi sunt ne in possessionem bonorum ipsius creditor mittatur. Nā & hoc absentis nomine fieri per quemcumque potest, nec tã defendendi animo, quàm excusandi, ut *l. ferunt quoque 33. §. publicè vbi dixi sup. eo. tit. De procur.* Planè si fori privilegium ignoretur poterit quidem prætor probabili errore iubere, ut in possessionem bonorum istius tanquam latitantis mittantur creditores, adeoque ut si & abesse, & non defendi perseveret bona eius distrahantur. Sed si quâdoque postea constet eum iam tum habuisse privilegium fori, statim consequens erit, Non ergo frustrandæ actionis causa eum latitasse, nec proinde Prætoris decretum vllum valere posse, quod si impetratum sit in odium ipsius quasi latitantis. Nec enim solent nocere decreta Prætorum quoties per obreptionem aut subreptionem impetrata reperiuntur *l. §. penult. inf. de reb. eor. qui sub iure. l. 1. C. de dimerf.*

*dimerf. ref. ri.* Hinc verò illud etiã intelligimus, non alio casu posse huic legi locum esse, quàm quo is qui latitare creditur sit ex iurisdictione illius qui latitacionem coercere posset, habeat tamen privilegium fori ad declinandam iurisdictionem: De quo iam diximus tota lege præcedente. Nam si ex aliena iurisdictione esset, frustra quaereremus an videretur latitare, cum etiam si maximè latitaret, non idè tamen posset Prætor iubere ut mitterentur creditores in possessionem bonorum, quæ non ad ipsius prætoris, sed ad alterius magistratus iurisdictionem pertinerent *d. l. vlt. de iurisd. l. cum vnus 12. §. is qui possidere. j. de reb. aut. iudi. possid.* Et verò ibi venire bona oportet, vbi quisque defendi debet, i. vbi domiciliū habet, vel vbi contraxit is qui abest nec defenditur *l. 1. & 3. vlt.* Iurisdictionem ergo ordinariam subesse oportet, ut quaeri possit an pro latitante haberi debeat etiam is qui præsens iudicium accipere non cogere. At iuris si ponas iurisdictionem ordinariam subesse, illud etiã necessariò ponendū est privilegium aliquod fori vel reuocandi domum interuenire, Alioquin non magis huic legi locus esse poterit, quando quidem latitat haud dubiè qui quis ita abest, ut à nemine defendatur apud eum ad cuius iurisdictionem ea res pertinet. Hæc verò neque Accursius, neque Bart. neque alij veteres interpretes intellexerunt, iuris nimirum veteris ignorantia. Sic enim omnes hanc legem accipiunt quasi ad eos pertineat qui in ius vocati non veniunt, idque siue ex aliena sint iurisdictione, siue privilegium aliquod habeant, propter quod ad iudicium ibi accipiendum cogi non possint. Nos verò de iis solis, qui neque vocati sunt in ius, neque vocari potuerunt tanquam absentes: sed quitamen si præsentibus fuissent vocari potuissent, tanquam ex propria, non ex aliena iurisdictione, at iudicium accipere nihilo magis coacti fuissent propter privilegium fori. Equè ineptum est quod idem Bart. distinguit hac parte primum decretum à secundo. Nam sicut vtrumque impetrari potest per obreptionem quando non constat prætorian absens in ea causa sit, ut habeat ius & privilegium reuocandi domum, Ita postquam de eo constat repperit, neque primi, neque secundi decreti autoritas vlla esse potest. Vtiusque siquidem vna & eadem causa est, Absentia nimirum eius qui vel frustrandæ actionis causa latitat, vel actionem saltem in effectu frustratur: quorum neutrum dici potest de eo, qui si præsens esset iudicium accipere non cogere. In eoque rursum errat Bartol. qui aliam primi, aliam secundi decreti causam constituit, Primi quidem illam ut tædio affectus absens debitor veniat responsurus, Secundi verò, quia debito non satisfecit: Ut inferat primi decreti pœnam merito pati eum qui non venit ad Prætoris, quia in dubio venire debuit: Secundi verò non item, quia de hoc non erat iudicis cognitio. Imò vtriusque pœnæ vna, ut diximus, eademque causa est, & idè neutram pœnam pati debet is, qui neque soluit, neque defenditur, si præsens potuit privilegium fori allegare, quamuis fuerit ex Prætoris ad quem vocabatur, iurisdictione: Quantò minùs si ex aliena iurisdictione esse proponatur, siue certum id fuerit, siue dubium & incertum: Illud planè non nego quod ait Bartolus, Si quis ex aliena iurisdictione citatus sit, postquam hodie citatione vtimur, pro vocatione in ius, non cogendum eum venire, si evidens sit incompetencia iurisdictionis, puta si clericus vocatus sit & ci-

tatus ad iudicem laicum, aut laicus ad ecclesiasticum, aut Florentinus ad magistratum Perulinum, sed eo demum casu cogendum venire, quo dubitari probabiliter possit an competens iurisdictione sit an incompetens, quod & Accursius noster sentit, & innunt non obscure verba Vlpiani nostri in *d. l. §. j. hoc tit.* Eoque etiam iure vtimur, Plus dico, quod nescio an adhuc quisquam dixerit, neque huic legi hodie locum vllum superesse, neque istis decretis primo & secundo, de quibus Bart. loquitur, ut neque titulis illis *Quib. ex caus. in poss. ear. & De reb. aut. iudi. possid.* Cum enim nullus super sit vsus vocationis in ius quæ non poterat fieri olim nisi in præsentem, inque locum eius successerit citatio, quæ etiam ad domum absentis fieri potest, perinde atque alia qualibet denunciatio *l. 4. §. toties. j. de dam. infect.* apparet eum qui etiam citatus non veniat perinde tamen cõdemnari posse ac si præsens esset, quia tribus edictis euocari potest, quomodo euocabatur olim ad iudicem à Prætoris datu, Quo facto & post edictum peremptorium cum sit verè contumax, eius contumacia pro præsentia habetur. *Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. agi oport.* Itaque non potest videri frustrandæ actionis causa latitare is qui hodie non venit citatus, cum perinde cõdemnetur ac si venisset, quia nec actione vlla opus est ut ad condemnationem perueniatur, Quomodo erat olim opus, cum fieri cõdemnationem oporteret à iudice dato, iudex autem non daretur aut acciperetur nisi post litem contestatam, nec rursum contestatio fieri posset nisi vtraque parte præsentem, nec denique reus præsens esse ad litem contestandam, nisi qui ad prætoris & in ius vocatus in eam rem esset. Vnde est quod Iustin. scribit in *§. omnium de pœn. remer. litig.* omnium actionum instituentiarum principium proficisci ab ea parte edicti, quæ est de in ius vocando. Vocari porro, ut iam diximus, nemo poterat, nisi qui posset vel sequi vel rapi, & consequenter qui præsens esset. Proinde contra eos qui per absentiam suam id agerent, ut in ius vocari non possent, cum neque actio dari, neque cõdemnatio sequi vllomodo posset, aliis remediis consulti per Prætoris oportuit, missionis scilicet, ac venditionis bonorum, ut per missionem in possessionem pignus prætorium constitueretur *l. non est mirum 26. §. 1. j. de pignor. actio.* quod subinde vendi posset. Quibus remediis nullus hodie locus relinquatur, tanquam quæ sint extraordinaria, cum iure ordinario possit citari etiam is qui absens est, & vi eiusmodi citationis si duret absentia quæ transeat in contumaciam, procedi ad condemnationem. An igitur non erit hodie distinguendum, quomodo Vlpianus in hac lege distinguit, vtrum is qui citatus est nec venit, privilegium aliquod fori habeat, an nullum? Et non puto. Nam cum is, qui citatus est si non veniat non tam sit latitans quàm contumax, certum est perinde posse contra eum ferri condemnationem ac si privilegium nullum haberet: Siquidem neque contumaciam amittitur privilegium fori, quam pragmatici nostri declinatoriã exceptionem vocant, de qua in *l. nemo 4. C. de iurisd. iudic.* quippe quam in principio litis opponendam esse constat *l. vlt. C. de except.* quamuis nunquam per contumaciam iurisdictione incompetens prorogatur, quod & Bald. tradit ad *l. si quis ex consensu. C. de episcop. audient.* Nimirum quia prorogatio iurisdictionis nunquam fit sine consensu expresso, ut aduersus Bartolum docui ad *l. 1. & 2. sup.* contumax

cia autem non expressum, sed duntaxat tacitum præ se fert consensum. Igitur contra hunc citatum & contumacem procedetur ad condemnationem, ordine edictorum ritè peracto, ac si nullum fori privilegium haberet. At nõ ratione illa quod frustratus sit actionem, sed quia nec actionem nec condemnationem frustrari potest is, qui verè con-

tumax est. Quod enim privilegium fori habet faceret quidem iure vetere inspecto ut non posset videri frustrandæ actionis causa latitare, ut hæc lex ait, sed non perinde facit hodie ne contumax dici possit, quia non sicut olim actio quæ incipiebat à vocazione, ita hodie contumacia quæ incipit à citatione per absentiam citati impeditur.

4. GAIUS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

**L**is nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.

Adl. Lis nulla 4.

Ratio dubitandi. Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. *L. nihil aliud 51. j. de obligat. & action.* Atqui & pater potest debere filio & filius patri, itémque dominus seruo & seruus domino. *L. sed si damnum 9. alias l. peculium. §. præterea. j. de pecul. l. frater à fratre 38. §. quæ situm. j. de condic. ind. deb.* Ergo etiam inter patrem & filium, itémque inter patrem & dominum actio aliqua esse potest, Et consequenter lis aliqua. Nec enim vlla potest exerceri actio sine lite. *l. singulis 6. j. de except. rei iudic.* quamuis possit esse lis sine actione, siquidem actio omnis præsupponit litis contestationem, in necessarium antecedens, Lis autem sicuti antè contestationem verè nulla est ita & per contestationem constituitur. *l. sed si lege 25. §. si ante. j. de petit. hered.* non est autem necesse ut contestationem semper sequatur actio. Quid enim si pater ipse extra ordinem cognoscat, neque det iudicem? Itaque hæc lex quæ vult nullam posse litem esse inter patrem & filium, est generalior, quàm si diceret nullam esse actionem. Proinde si falsa est propositio specialior, multò magis falsa illa est, quæ generalior est, & quæ idè speciale includit. Ratio decidendi. Potest quidem filius debere patri aut pater filio, itémque dominus seruo, aut seruus domino, sed naturaliter tantùm non etiam ciuilitè. *d. §. præterea. iun. c. l. nec seruus 41. de pecul. c. d. §. quæ situm.* Ciuilis enim obligatio inter patrem & filium consistere numquam potest, idèoque nec inter patrem & filium cautio aliqua interponi salua patriæ potestate. *Imperator 50. j. ad S. C. Trebell.* cum ius patriæ potestatis faciat, ut patris & filij vna eadèmq; persona esse existimetur. *l. ne cum filiofamilias 16. j. de furt.* vbi dicitur, non tam iuris constitutionem aliquam impedimento esse ne cum filiofamilias furti agere pater possit, quàm naturam ipsam rei quod non magis cum his quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possimus, Non quia ius patriæ potestatis non sit constitutio iuris ciuilis non scripti, (est etenim *§. in autem. Inst. de patr. potest.*) sed quoniam præsupposita patriæ potestate quæ facit eandem quodammodo personam patris & filij, ut diximus, natura ipsa rei non patitur ut inter patrem & filium actio vlla exercentur. *§. si quis aly. vers. ei verò Inst. de inutil. stipulat. §. hi qui parentum. Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.* Non eadem domini & serui ratio est. Nec enim pariter ius dominicæ potestatis facit ut eadem domini & serui persona esse videatur, quamuis illud tamen verum sit non esse duas istorum personas quandiu seruus manumissus non est. *l. si Pamphilo 10. j. de opr. legat.* Nempe quia seruus personam nullam habet, quam vel eandem, vel diuersam possit dicere. *l. 3. §. vlt. c. l. seq. supr. de cap. minor.* cum neque iure ciuili, neque

prætorio, adèoque nec extra ordinem computetur. *l. nullo modo 7. j. ad leg. Corn. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus. j. qui testamentum facere possunt.* quia pro nullo habetur. *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Vnde est quod seruus non solùm domino suo ciuilitè obligari numquam potest, sed neque extraneo dicit. *l. nec seruus 41. de pecul.* cum tamen filiusfamilias ex omnibus causis sit cum extraneo contrahat & obliget ciuilitè, & obligetur. *l. tam ex contrahatibus. 57. j. hoc tit. l. filiusfamilias 39. j. de obligat. & action.* Cæterùm in eo par ratio est filiofamilias & serui, quod non magis potest vltio casu filiofamilias obligari ciuilitè patri, aut pater filiofamilias, quàm seruus domino, vel dominus seruo, vtrumque impediens iure potestatis dicit. *l. ne cum filiofamilias, dicit. l. Imperator. c. l. in suis 11. infr. de liber. & posthum.* Consequens igitur est ut nulla inter eos lis aut actio esse possit. *l. si a me. u. j. hoc tit. l. actiones 7. j. de obligat. & action. l. interpositas 13. in fin. Cod. de tran. act. l. post certi 36. C. de liber. c. ius.* Non enim actio est ius persequendi in iudicio id quod debetur naturaliter, sed id tantùm quod debetur ciuilitè, cum obligatio quæ naturalis tantùm est nullam actionem possit parere, sed tantùm exceptionem, vel deductionem, vel retentionem, vel compensationem. *l. naturalis 10. j. de obligat. & action. l. etiam 6. de compensat. dicit. l. 9. §. præterea. de pecul.* Est igitur hæc lex generalis ad eos omnes pertinens, quos in potestate nostra habemus iure filiofamilias sint siue serui, quamuis exceptio quæ subiicitur. *Nisi ex castrensi peculio* ad solos filiofamilias pertineat. Si quidem seruus castrensè peculium habere non potest, qui neque miles esse possit. Sed non est nouum ut regula generalis patiatur exceptionem in aliqua ex suis speciebus, non etiam in cæteris.

*a Nisi ex castrensi peculio.* Ratio dubitandi. Militia non eximit filium à patriæ potestate. *§. filiusfamilias. Inst. quib. modis ius patriæ potest. soluit.* Ergo quamuis castrensè peculium habere nemo possit, nisi qui miles sit, aut aliquando fuerit, non eo magis tamen potest inter ipsum & patrem lis aliqua esse aut actio, cum eadem subsit ratio impedimenti. Nimirum ius patriæ potestatis.

Ratio decidendi. Filiusfamilias qui peculium castrensè habet, quamuis non eo minùs remaneat filiusfamilias, tamen quod ad peculium illud attinet, patrisfamilias iure in omnibus censetur ex Imperatorum constitutionibus. *l. 2. j. ad S. C. Maced. & quidem in omnibus.* Ergo & in hoc vt eo nomine possit & pater contra filium agere & filius contra patrem etiam criminaliter. *l. si quis uxoris 51. §. sed si filium & seq. j. de furt. l. si dubitet 10. alias l. filiusfamilias. §. vltim. j. de fideiuss.* Idem in peculio quasi

quasi castrensè tractari potest, quod sicut ad similitudinem castrensè peculij comparatum est, indèque nomen sumptum, ita & eodem in omnibus iure censetur ex iisdem Imperatorum constitutionibus. quibus non aliaratio causam dedit, quàm ut hoc veluti præmio filiofamilias ad vtriusque militiæ taurera & incommoda obeunda imitarentur. *l. cum oportet 6. vers. eodem obseruando. C. de bon. que liber. i. vlt. Cod. de inoff. testam.* Cum verò Caius hæc lege vnam hanc exceptionem subiiciat, intelligimus quàm improbabile sit, quod Accursius, Bartolus, & ceteri tot alios casus comminiscuntur, in quibus volunt posse litem esse inter patrem & filium, adèoque quod magis mirum est, inter dominum & seruum, itémque quod generalius tradit Bartolus posse inferri litem patriæ filio de omnibus, ad quæ faciendum potest compelli, iure actionis, inquit, vel officio iudicis. Neque tamen exemplum vllum habet quod proferat de cogendo per filium patre iure actionis, extra causam castrensè vel quasi castrensè peculij, Nisi in peculio aduentitio, in casibus in quibus patri non queritur vsusfructus, & sic non est legitimus filij administrator. In quo centè fallitur. Nam etiam in peculio aduentitio in nouatum illud est à Iustiano. in *Novell. 117. vt lic. matr. & auia. cap. 1.* vt in iis bonis quæ filiofamilias relicta sunt ea lege ne vsusfructum in iis habeat pater, neque vsusfructus, neque legitima administratio patri debeat, Non idèo tamen fecit Iustianus vt in peculio huiusmodi aduentitio possit filiofamilias censerè iure patrisfamilias, quasi sublato hac parte si non iure saltem effectu patriæ potestatis, sicut euenit in peculio castrensè vel quasi castrensè, cum eidem Iustiano placuerit, vt illo etiam casu quo pater bona filio delata & acquisita gubernare nolit, neque sibi iuris quicquam in iis vindicare, nihil magis possit filius agere, ne quidem contra extraneum nisi patre consentiente. *l. vlti. post princip. vers. nisi sitate. C. de bon. que liber. nõ alia vt putoratione, quàm quòd aliter posito iure non tam reuerentia patri debita (alioqui esset idem ius constituendum etiam in filio emancipato) quàm ius patriæ potestatis violari videretur. Quanto minus ergo credibile est id egisse Iustianum, vt filiofamilias ex hac causa contra patrem agere poteretur? Nam & cum agimus de bonis maternis aut aliis aduentitiis quæ hodie patri per filium non acquiruntur, si ea pater contra legis prohibitionem alienauerit, vel obligauerit, dicimus non currere filio tempus tricennale quod ei ad res illas vindicandas datur, nisi ex quo filius à patriæ potestate fuerit liberatus, idque ex aliis eiusdem Iustiani constitutionibus. *l. 1. §. vltim. C. de annal. except. & nouell. 22. de nupt. c. 23. sed quod sanctum.* vnde supra est Auth. *nisi sitate. C. de bon. matern.* Idèo nimirum, quòd nec prius actionem mouere filiofamilias possit, vt ait Iustin. in *d. l. 1. §. vlt.* An quia in hoc peculij aduentitij genere pater sit & fructuarius, & legitimus filij administrator? Minimè. Curenim faueremus patri tantquam legitimo administratori in eo ipso quod contra legis prohibitionem expressam administrasset? Aut quisnam vsusfructus, & quæ administratio patri superesse potest in ea re quam vltro & contra legis alienauit? An non saltem hoc casu æquum esset ita ius constitui, vt liceret filiofa-*

miliæ eiusmodi res sic alienatas vindicare, ita vè nihil in iis penitus iuris haberet pater quandiu filius viueret? Exemplo eius quod est Imperatoris decretum legitimus in specie. *d. l. Imperator 50. ad S. C. Trebell.* Vt quæ si aliud nihil obstaret nisi quod pater aliquando & fructuarius eorum bonorum & legitimus administrator fuisset. At quoniam obstabat magis ius patriæ potestatis, aliud placuit Iustiano. Et quamquã poterat decretum illud Imperatoris, de quo in *d. l. Imperator*, ad hanc quoque speciem protrahere si voluisset, noluit tamen, ne patriæ potestatis ius læderet in odium patris qui licet perperam & contra leges, nihil tamen dolo malo & in fraudem filij fecisse probaretur. Igitur quoties quarimus an filius aduersus patrem agere possit extra causam castrensè vel quasi castrensè peculij, non illud inspiciendum est an ea de re tractetur, cuius habeat pater vsusfructum, aut legitimam administrationem, sed hoc vnum duntaxat an filius sit in patriæ potestate. Nam neque ius patriæ potestatis nascitur ex iure vel vsusfructus, vel legitime administrationis, sed è contrario vsusfructus paternus, & legitima filij administratio ex iure patriæ potestatis. Nec ob id quod autoritas illa patriæ potestatis ex aliqua iusta causa ad aliquid infringatur, idcirco patriam potestatem vel omnino sublata, vel minus sanctam, minùsque inuolabilem manere putandum est, vt omnium elegantissimè probat illud ipsum decretum Imperatoris, de quo in *d. l. Imperator.* Absit ergo vt dicamus cum Bartolo, Possit filium hodie litigare cum patre pro re peculij aduentitij cuius non habeat pater vsusfructum. Alioqui eodem errore ne dicam eadem ratione dicendum erit, permittendum etiam esse huic filiofamilias, vt de tali peculio testetur, cum nihil in eius persona impediat testandi facultatem nisi quod est in patriæ potestate, quòdque non dedit ei constitutio ius testandi, quamuis generalem ei facultatem dederit de huiusmodi bonis quæ voluerit modo disponendi dicit. *Novell. 117. §. 1. iun. c. l. remul. C. qui testam. facer. possunt.* De quo scriptum in Themistochide De error. pragma. in Error. 6. Decad. 43. Atqui nec Bartolus ipse negat, Filiumfamilias de peculio aduentitio quod sit huius generis testandi ius non habere: Cur ergo magis illi permittemus vt de eo possit agere contra patrem in cuius sit potestate? Nec dissimilis aut leuior est error Iacobi Cuiacij existimantis ad *l. 3. §. sed verum supr. de minor.* posse filiofamilias etiam pro dote profectitia litigare cum patre. Quod nos iam ad eum locum satis refutauimus. Quos verò casus idem Bartolus congerit in quibus putat posse patrem cogi per filium officio iudicis, id est, si conueniatur pater vt filio alimenta præstet. *l. si quis à liberis. infr. de liber. agnos. vt filium emancipet. l. vltim. si a paren. quis manum. sit.* vt fideicommissam hereditatem ei restituat in penam fraudis contra fideicommissum excogitata dicit. *l. Imperator. iun. c. l. cogi 16. §. si pater ad S. C. Treb. vt doret filia. l. capite. 19. alias l. quilibet de rit. nuptiar. vt promittat dote pro filio recipiente ex not. in l. si cum dote 22. §. transgrediamur. D. solut. matr. & similes si qui sunt casus quos tuauit Bartol. ait laboriosum esse magis quàm subtile reperire, Hi, inquam, casus omnes nihil simile habent cum eo quod vult ille probare posse filium ex his causis contra patrem litigare. Nam*



cum iudex dari olim non solum nec posset, nisi post litem contestatam, & per eam ipsam formulam per quam actio dictabatur, quemadmodum scripsimus ad legem precedentem, & alibi saepe, Omnino consequens est ut inter quos actio nulla exerceri potest, nec officio iudicis locus esse possit. Primus enim est ut sit iudex aliquis quam ut de iudicis officio tractari possit, siue de nobili iudicis officio intelligas, siue de mercenario, ut nostri loquuntur. Scio enim placere iis distinctionem, quam nos tamen ut planè commentitiam ipsi prudentibus incognitam alio loco refutauimus. Atqui iudex nullus est quin actio aliqua sit. Ergo nec iudicis officium ullum esse potest. Idque adeò verum est ut etiam si actio primùm aliquando proposita fuerit, si tamen vel solutione, vel quo alio ex legitimis modis extincta sit, officium quoque iudicis superesse nullum possit. *l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empr. l. xlviii. De eo quod cert. loc. l. 4. §. de possi.* At clamabunt isti statim, Verum quidem id esse in officio iudicis mercenario, at in nobili non item. Nobile enim vocant quod per se exercetur, nec vlli subseruit actioni. Sed si replicem quod iam dixi, nullum iudicis officium esse posse ne quidem nobile si iudex nullus sit, nec iudicem vllum vbi nulla est actio, quid respondebunt? Et verò si vel in vno ex tot illis casibus à Bartolo congestis probare possint ex prudentum responsis, aliquid fieri officio iudicis, non recuso ut vicisse videantur. Quid ergo est? Confundit Bartolus suo more, & eius exemplo confundunt ceteri iudicem & ius dicentem, imò quod durius est officium iudicis & decretum pratoris. Fateor in omnibus supra iunctis casibus succurri filio contra patrem decreto pratoris aut etiam principis. Omnia enim ista expediuntur cognitione pratoria, non officio iudicis litem aliquam tractantis, Nec quod de iudice passim loquitur Vlpianus aut potius Tribon. sub Vlpiani nomine in *d. l. 5. de liber. agnos.* mouere nos debet. Nam & pratores, & praefecti & Consules interdum Iudices dicuntur, sed maiores, ut in *l. non distinguemus 32. §. de liberali.* vbi dixi *supr. de recept.* de quibus nunquam sentiunt Iureconsulti cum de officio iudicis loquuntur, sed de officio iudicis dati ut in *d. l. ult. de eo quod cert. loc. & in l. centum Capua 8. eod. l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empr. l. quero 54. in princip. locat.* Sed ne in nomine ludamus, dico, iis omnibus casibus in quibus prator aut Princeps pro filio contra patrem se interponit, non idè tamen vllam esse litem, at ne quidem controuersiam, cuius nomen generalius est quam litis. *sed et lege 25. §. si ante. j. de petit. hered. l. amplius 19. j. rat. rem habe. sed dicendam potius querelam, l. 1. §. sed & patronos & §. quod autem §. de offic. prof. verb. l. 1.* quomodo etiam dicimus querelas patronorum & liberto- rum *d. l. 1. §. cum patronus & l. 1. j. De iur. patron.* De patre enim conueniunt filiofamilias ex certis causis permissum est, & ut scriptum est in *d. §. quod autem* verecundè expostulare, at contra patrem litigare extra causam peculij castrensis vel quasi castrensis nunquam licet: Nec minùs esset subtile quam laboriosum reperire casum aliquem in quo possit litem pati per filium inferri: Nam ne is quidem qui ab Accursio & Bartolo primus adfertur ex *l. 1. C. de patr. potest.* ad rem pertinet. Si quidem cum inter patrem & filiumfamilias de hoc ipso contenditur

an filius qui diu manserit in possessione sui iuris, se- que pro patrefamilias gesserit, de quo agitur eo loco, sit in patris potestate, necne, praesidis pro- uinciae cognitio est in prouincia, pratoris verò in vrbe an patrem audire debeat, ut scriptum est in *d. l. 1. & quid decernere, sed citralitem.* Prius enim est ut constet filium non esse in potestate, aut saltem ut interim habeatur pro emancipato quam ut inter eum & patrem litem aliqua esse possit. Vnde & praesidiales istae actiones appellatur per quas quaeritur de statu & conditione personae, aut potius & rectius praesidialia, quia iudicium praecedunt nec per eas iudicium constituitur, nec prouinciale litem nisi de hoc ipso an filius sit in patris potestate, Quomodo etiam cogimur admittere, litem esse inter dominum & seruum si fortè seruus vindicet se in libertatem. Sed rectè hac parte pronisum est ne quid absurdi eueniret, Vt nimirum ordinata liberali causa liberi loco habeatur is qui de suo statu litigat, ita ut aduersus eum quoque qui se dominum esse dicit, actiones ei minimè denegentur quascunque velit intendere, haecenus saltem ut litem contestando eas in tutum redigere possit. *l. ordinata 2. j. de liber. caus. l. l. 14. C. eod.* Quo exemplo si quis dixerit filium qui se emancipatum esse contendit pro emancipato interim habendum esse ut possit contra patrem non modò consistere, sed etiam litigare, ut in *l. 2. C. si aduers. rem iudic. is meo iudicio non errauerit.* Quid verò necesse fuisse ita ius constitui si inter patrem & filiumfamilias, aut inter dominum & seruum litem aliqua esse posset? Quamquam exceptio ista non conuenit regulæ quam nos constituimus. Cum enim dicimus litem nullam esse inter patrem & filiumfamilias, nec inter dominum & seruum, de eo filio loquimur quem constet esse filiumfamilias, de quo eo seruo quem constet seruum esse, non de illo, de quo an filiusfamilias vel seruus sit, dubitetur. Nec enim ius siue patriæ siue dominicæ potestatis vim suam exercere & effectum habere aliter potest, quam si certum sit & exploratum. Aequè fallum est quod addit Bartolus, si litem inferatur filio à patre, in omnibus casibus in quibus pater non potest ratione patriæ potestatis ius dicere, iudicium consistere etiam extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculij, Puta, inquit ille, si litem inferat pro patria potestate, ut in *d. l. 1. C. de patr. potest.* aut ut reuocet filium in patriam potestatem ex causa ingratitudinis *l. 1. C. de ing. liber.* aut ut filius se emancipari patriatur, ex not. in *l. quidam cum filium 132. de verb. obl.* Nam his omnibus casibus nullum iudicium est inter patrem & filium, Nisi cum filius ex causa ingratitudinis reuocatur in potestatem, quia eo casu necesse est emancipationem praecessisse, atque ita capacem factum fuisse filium iudicij aduersus patrem suscipiendi siue agat ille siue conueniatur. *l. ult. C. de in ius voc. iun. l. adoptiuum 8. D. eod.* Neque tamen possum conuicere vnde Bartolus hauserit casum illum quo pater cogat filium pati ut emancipetur, Non enim sicut pater interdum cogi potest ut filium emancipet ex causa, ut in specie *d. l. ult. j. si à parent. quis manum. sit. & l. si cui legatum 92. de cond. & demonstr.* Ita è contrario possit quis causam vllam comminisci propter quam cogendus sit filius pati emancipationem, Cum ius patriæ potestatis non minùs sit inæstimabile ex parte sui heredis,

redis, quam ex parte patris, ac quo magis pericax & contumax est filius erga patrem, tanto æquius sit contineri eum vinculis patriæ potestatis, in qua vel hoc ipso solo recideret inuitus si iam esset emancipatus. Solus igitur superesse potest casus ille de quo iam diximus, si de patriam potestatem aut etiã de filiatione inter patrem & filium dubitetur. Sed neque illud ferre possum quod Bartolus ita loquitur, *in quibus pater non potest ratione patriæ potestatis ius dicere.* Quasi verò pater ius dicat cum patriam potestatem in filium exercet, ac non potius priuato suo iure utatur, & domestico. Quid enim aliud est filium castigare, aut seruum, medica illa coercitione quæ etiam hodie salua est patri & domino, quam conuenire illos domi? ut loquuntur *Imp. Jul. ult. C. an seruus pro suo fact.* Ius enim dicere nemo potest nisi qui iurisdictionem habet, *l. 1. sup. de iur. iudic.* Porro qui iurisdictionem habet, is neq; sibi neque suis ius dicere vnaquæ potest. *l. qui iurisdictioni 10. cod. i. i.* Vnde etiã sit ut si quid filius deliquerit erga patrem quod seueritatem exigat animaduersionem, ita restemperanda sit, ne pater ipse quicquam durius perpetret in filium, sed tamen prator aut praesides prouinciae, eam ipsam sententiam dicere ac contra filium pronuntiare de-

beat, quam pater ipse dici voluerit. *l. 3. §. 4. C. de patr. potest.* Quæ res facit, ut magistratus non alius, quam paternæ voluntatis executor factus videatur, quomodo hinc loquitur Bartolus. Planè si ponas filiumfamilias tutorem esse aut curatorem, non est dubitandum quin possit tutorio aut curatorio nomine agere etiam contra patrem, quoniã alieno nomine, ita facit, non suo, ut & Accursius noster notat *arg. l. quæstrum 16. sup. de in ius vocand.* Quæ de filiofamilias diximus, eadem locum habent etiam in seruo, Nisi quod ne quidem alieno nomine potest seruus agere contra dominum, cum neque tutor, neque curator esse possit. Procurator quoque esse non potest neque ad negotia multo minùs ad lites, quamuis procuratorem ipse ad negotia constituere possit pecuniaria. *l. seruum quoque 33. in princ. vbi dixi sup. de procurat.* Denique sententia huius legis est generalis ut in ius diximus, id est tam ad seruos pertinet quam ad filiosfamilias, licet exceptio non nisi ad filiosfamilias spectet. Plerique tamen casus sunt, in quibus permissum est seruo contra dominum non quidem litigare sed cõsultare, ut loquitur Hermogenianus in *l. vix certis ex causis 52. j. hoc i. vbi & nos dicemus.* Iam enim fuimus hinc longiores.

## 7. VIPIANVS libro quinto ad Edictum.

Si quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocetur, debet venire, ut & Pomponius, & Suidius scripserunt: prætorem est enim æstimare, an sua sit iurisdictione: vocati autem, non contemnere auctoritatem prætorem. nam & legati, ceterisque, qui reuocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocari veniant, priuilegia sua allegaturi.

## Ad l. si quis ex aliena §.

Ratio dubitandi. Numquam permittendum est, ut quis in sua causa iudicet vel ius dicat. *l. vnic. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic. l. qui iurisdictioni 10. sup. de iur. iudic.* Atqui si cum quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocatur, prætorem est cognoscere & æstimare an sua sit iurisdictione, eue niet ut prætorem dicat in sua causa, Nec enim quisquam dubitare potest quin de iurisdictionis competetia pronuntiare iurisdictionis sit. Ergo sicuti non est permittendum ei qui vocatur in ius ut contemnat auctoritatem prætorem ex cuius imperio vocatus fuit, Ita neque prætorem ut de iurisdictione cognoscat, eamque suam esse pronunciet, sed alius superioris magistratus id est qui supra prætorem sit puta praefecti vrbis aut Consul is eam cognitionem esse oportet. Ratio decidendi. Non dicit ius prætorem in causa sua cum pronunciat suam esse iurisdictionem, quia tanquam prætorem id facit, & propter vim sui imperij, denique ut iurisdictionem suam tueatur, quod pro suo iure facere quilibet magistratus debet, non autem tanquam priuatus id est priuati commodi causa. Ex quo vno æstimandum est an propria cuiusque causa sit, an aliena. *l. 1. §. in propria l. 2. in fi. j. quando appell. sit. l. reipublica 36. l. non verè 42. sup. ex quib. caus. maior.* Inde verò inferit Barr. post gloss. ad *l. de iure j. ad munic.* quod si iudici applicaretur aliquid ut puta decima vel sportula, aliud dicendum esset, nec permitti oporteret ei, ut iurisdictionem suam esse pronunciat, quia eam causa sua, inquit, etiam quoad utilitatem. Quod ego non probo, aliòque sanè iure vrimur, cum vix vlla iurisdictione sit quæ non lucrum aliquod, aut saltem commodum adferat ius dicenti, puta sportulas, vel ut Bartolus loquitur, de cimam, quam apud nos pra-

gmatici diserto nomine *Emolumentum* appellant. Nempe quia commodum hoc ius dicenti accedit non principaliter, quasi id agatur sed tantum per consequentias, tanquam quod appeti à probo magistratu non debeat sed sequi, ut de gloria Plinius dicebat. Non solet autem ratio haberi eorum quæ non sunt nisi per consequentias. *l. 1. l. quod dicitur 7. j. de auor. iuror.*

Vocati autem non contemnere auctoritatem prætorem. Ratio dubitandi. Extra territorium ius dicenti impune non pareatur. *l. ult. sup. de iur. i.* Atqui extra territorium ius dicit prætorem cum iubet ad se vocari eum qui ex aliena iurisdictione est. Ergo qui in ius vocatus est contemnere auctoritatem prætorem hoc casu impune potest. Nec enim prætorem factum iuri derogare oportet. *l. 1. §. 1. sup. de fer.* Et verò si delinquit qui malè imperat, quomodo potest videri delinquere qui non pareat? *arg. l. 1. in fi. l. 2. sup. ne quis eum, qui in ius vocat. vi. exim.* Ratio decidendi. Non est parendum ei cuius euidenter & indubitatè incompetens iurisdictione est. Sed si de hoc ipso dubitetur inter litigatores cuius sit iurisdictione, is qui in ius vocatus est debet haud dubiè parere & cõparere, non ut iudicium quoque accipere compellatur, aut litem contestari, sed haecenus tantum ut alleget incompetentiam iurisdictionis, ne alioqui prætorem auctoritatem pro arbitrio suo cõtemnere videatur. *l. 2. §. sed dubitatur vbi dixi sup. h. l. l. 2. sup. si quis in ius vocat. mon. ier.* Si enim post allegatam incompetentiam prætorem aut alius magistratus pronunciet suam esse iurisdictionem, ab ea pronuntiatione appellari potest, neque ex die interpositæ appellacionis ulterius progredi licet. Aliud iuris est si non de iurisdictione sed de persona ius dicentis tractetur, id est si non iurisdictione ipsa, sed

persona iudicis incompetens esse dicatur per recusationem. Nam et hoc quoque casu ipsius iudicis est, qui recusatur, ut recusationis causas vel admitat, vel reiciat, si tamen reiecerit & ab ea interlocutione quæ diffinitivæ vim obtinet, appellatum sit, nihilominus in eodem tribunali tractari causam oportet, sed non ab eo ipso qui recusatus fuit, sed ab eo qui vicem eius gerat, fortè mandata ab eo iurisdictionem habens: quia recusatio iudicis, personam ipsius tantum afficit non etiam iurisdictionem. Eius autem solius est cognoscere, qui iurisdictionem habet competentem *l. i. & tot. tit. C. si non comper. iudic.* Malè verò Bartolus, sententiam huius legis sic exprimit ut in dubio debeat quis comparere ad opponendam exceptionem declinatoriam fori. Prima enim pars huius legis non potest intelligi de exceptione declinatoria, sed de exceptione meræ incompetentiæ iurisdictionis, quæ longè diversa exceptio est. Declinari iudicem tantum potest ea iurisdictione quæ alioqui sit ordinaria & competens, non illa quæ sit

incompetens. *l. nemo 4. C. de iurisdic.* Sed perpetuus hic error est Bartoli & aliorum vulgarij interpretum, quod non distinguunt præscriptionem fori à præscriptione & exceptione declinatoria, sed utramque promiscuè pro vna eademque habent. Atqui non sicur omnis præscriptio declinatoria est præscriptio fori, ita etiam possumus dicere omnem præscriptionem fori esse declinatoriam. Habent enim se ista ut genus & species. Planè ad declinatoriam exceptionem pertinet, quod in secunda legis parte scriptum est Legatos ceterisque qui reuocandi domum ius habent in ea causa esse, ut in ius vocati venire debeant privilegia sua allegaturi. Nam cum privilegio nullo indigeant, qui sunt ex aliena iurisdictione, quia tunc sunt iure communi, consequens est, ut quisquis privilegium allegat, hoc ipso competentiam iurisdictionis agnoscat, & consequenter indigeat exceptione declinatoria ad ordinariam iurisdictionem quæ alioqui competens sit, declinandam, ut dixi ad *d. l. 2. sup.*

#### 6. Idem libro sexto ad Edictum.

**C**æcus iudicandi officio fungitur.

*Ad l. cæcus 6.*

Ratio dubitandi. Qui caret minoribus non debet frui maioribus. *l. cuius pactis in si. j. de seru. export.* Atqui non potest cæcus postulare. *l. i. §. cæcus & §. quamvis autem sup. de postul.* quod longè minus est quam iudicare, cum ordinetur postulario ad indicationem *l. i. & tot. tit. C. ut qua de sum. aduoc. parr. ind. supp.* Ergo multò minus permittendum ei est ut possit fungi officio iudicantis. Ratio decidendi. Quod dicimus cæcum non posse postulare, propriam & specialem habet rationem, quod insignia magistratus videre ac reuereri non possit, ut scriptum est in *d. §. cæcum.* Quæ ratio cessat euidenter in iudicante, id est in iudice dato à magistratu. Nā cum iudicet ex magistratus autoritate quamvis nō sedeat pro tribunali (nec enim iudices dati & pedanei olim tribunal habebant, sed soli magistratus, aut qui mandata ab iis iurisdictionem habebant, ut alibi scripsimus) dignior est cui honor & reuerentia præsteretur, quam ut de reuerentia per eum præstanda queri oporteat. Præsertim cum nec præsentem magistratu iudicet, à quo datus fuit. Mirum igitur non est alio iure censeri hac parte iudicationem, alio postulationem, quia utriusque diuersa ratio est. Postulatio fit apud prætorem aut præsidem pro tribunali sedentem, cuius solius veneratione non etiam ex officij qualitate arceretur cæcus à postulando. Et hoc respectu maius quiddam est postulare, quam iudicare, quod adnexam non habet cōtemplationem & venerationem prætoris, aut alterius magistratus. Et verò quid impedit quominus possit cæcus tam benè iudicare, quam qui non cæcus est? Nisi fortè proponas iudicandum esse de coloribus, aut ut loquamur seriò de ea re, quæ iudicantis quoque oculis subiicienda sit ut in iudicio finium regundorum *l. si irruptione 8. in fin. j. fin. regund.* Quamquam & ea questio finium regundorum per mentores dirimi potest, subiecta re ipsorum oculis, etiam iudice ipso nihil vidente. Sufficiet enim mensurorum relationem audire, ut quotidie fit. Cuiusmodi iudex datus habeat iudicandum ex præscripto formula prætoris aut alterius magistratus, qui eum dedit, id ipsum autem facere tam

benè possit is qui cæcus est, quam qui cæcus non est, nihil planè causæ est cur cæcus iudicantis officio fungi non possit, Nec solum si cæcitas superuenierit ex postfacto, quod Accursius & Bartolus malè putat, sed et si cæcus quis sit antequam iudex detur, ut iam ante nos Duarenus disputauit. Alioqui superueniens cæcitas et si non impediret ne cæcus maneret iudex, impediret tamen ne iudicantis officio fungi posset, ut de furore scriptum est in *l. iudex datus 46. j.* Atquin Vlpianus non illud tantum hoc loco scribit, Cæcum posse iudicem esse, de quo dubitari vtiq; multò minus poterat quam de furioso, sed ait fungem officio iudicantis, ut appareat non tantum officium, sed etiam officij exercitium ab eo retineri, nec minus posse illum ab initio fieri iudicem quam ex postfacto manere iudicantem. Ideòq; nimirum Paulus in *l. cum prætor 12. §. penult. j. hoc tit.* de illis tractans qui natura prohibentur ne iudices esse possint, adfert exempla in furdo muto, in perpetuo furioso, & in impubere at non etiam in cæco. Eiusque iuris rationem illam subiungit, quia omnes isti iudicio carent: quam rationem nemo dixerit ei cōuenire qui cæcus sit etiam à natura. Quod Bartolus non animaduertit, qui legem illā huic opponit quasi contrariam, ac si de cæco quoque Paulus ibi loqueretur. Nec tamen negat Bartolus, posse eum qui tempore ferendæ sententiæ cæcus sit, etiam in scriptis sententiam ferre, idque melius quam Accursius qui vult hoc casu cæcum iudicem retinere quidè dignitatem, sed non administrationem iudicandi ex *l. ult. C. de senten. ex peric. recit.* Nam ut benè Bartolus, quid verat etiam per alium legi & recitari ex scripto sententiā, ut in *l. 2. in fin. eod. tit.* Nec enim de eo posset conueniri magistratus qui iudicē dedisset, multò que minus si is iudex datus cæcus ab initio fuisset, quam si ex postfacto cæcitas superuenisset. Sed in eo & Accursius peccat & Bartolus, quod vult uterque iudicem, de quo in hac lege agitur, habere dignitatem. Nulla enim dignitas est iudicis dati, cum neque magistratus sit, neque habeat iurisdictionem, sed tantum notionem & iudicationem *l. iij. prætor 5. j. de re iudic. l. ult. C. ubi & a. pnd.*

*pnd. quem cognit. in integ. restit. agit sit.* Officiū lanè gerit *d. l. iudex datus 46. j.* Ac ne pollis dubitare legem hanc esse de iudice dato, Obseruandum est non de iudice loqui Vlpianum, sed de iudicante, quo nomine nunquam in Pandectis alij iudices quam dati & pedanei significantur. Interdum quidem etiam magistratus iudices dicuntur, quia sumptu generaliter hoc nomine sunt etiam isti iudices sed maiores, ut scripti ad *l. non distinguemus 32. §. de liberali sup. de recipi.* At iudicantes eos dici nunquam reperias, quia nec vnquam iudicabant, sed semper iudices dabant, ut que ad *l. 2. C. de pedan. ind.* Nisi quod de quibusdam causis grauioribus ipsi cognoscebant, sed ita ut notio & cognitio illa dicenda esset, non iudicatio. Verum ut iam sapius monuimus, perpetuus hic fuit error Accursij, Bartoli, & veterum omnium interpretum, quod non solum appellationes istas confundunt *iudicis & ius dicentis*, sed etiam quod intolerabilis est *iudicis & iudicantis.* Inter quæ tamen differentia et si hodie nulla est, magna olim fuit. nec vnquam negligenda est, cum agitur de aliquo Pandectarum loco interpretando. Itaque extra omnem dubitationem est quod Bartolus hic notat, quod si alicui Principi habenti iurisdictionem succederet cæcus retineret iurisdictionem & haberet eam. Item que quod si alicui Baroni vel Comiti succederet filius cæcus, remaneret iudex & retineret iurisdictionem, Sed quod addit *licet postea concedi non possit* falsum est. Quid enim verat Baronem fieri vel comitem omnimoda, ut loquuntur iurisdictione, etiam illud qui iam tunc sit cæcus? Nec obstat quod non

potest is qui iam cæcus est aspirare ad magistratum, ex *d. l. i. §. quamvis autem sup. de postul.* Aliud enim est magistratum gerere, Aliud verò Baronem vel Comitem esse. Magistratum gerere non illud tantum est, iurisdictionem habere, sed eam quoque exercere, quod neque tam facile, neque tam decenter fieri potest per cæcum, ut ei permittendū sit candidatum agere, & magistratum ambire. At Baronem vel Comitem esse, nihil aliud est quam dignitatem habere, & cum dignitate, etiam iurisdictionem, sed quam non per se exercere debeat Baro vel Comes, quomodo debet magistratus, sed cuius exercitationem alij mandare possit, & debeat. In quo nihil est quod vel absurdum vel indecens aut inconueniens videri queat. Nam & similiter dicimus iudicem datum in eodem officio manere licet furere postea cæperit, quia rectè ab initio iudex additus fuit, Et tamen iudicare illum non posse, idèque iudicandi necessitatem ei propter morbum fonticum remittendum esse *d. l. iudex datus 46. hoc tit.* Furor est morbus fonticus, Cæcitas non item, ob idque non magis impedit exercitiū officij quam ostium ipsum: siue ius dicendum sit, siue iudicandum. Quare & quod de arcendo cæco à gerendis magistratibus scriptum legimus in *d. §. quamvis autem*, mihi valde suspectum est, & Tribomano, mi fallor, adscribendum ex iis quæ ad eum locum notauit. Sic dicimus cæcum arceri à postulando, Neque tamen idè quis dixerit arceri eum debere à scribendo de iure, quoniam non quæ ratio impedit ne possit postulare, eadem impedit ne possit de iure scribere.

#### 7. VLPIANUS libro septimo ad Edictum.

**S**i quis posteaquam in ius vocatus est, miles, vel alterius fori esse cæperit: in ea causa reuocandi forum non habebit, quasi præuentus.

*Ad l. si quis posteaquam 7.*

Ratio dubitandi. Actor in actionibus omnibus siue in rem sint, siue in personam sequitur forum rei *l. 2. C. de iurisdic. l. ult. C. ubi in rem act.* Atqui neque actor neque reus quisquam est, adeòque nec actio vlla ante acceptum iudicium, quod tamen nō potest accipi nisi post litem contestatam, ut sapius à nobis dictum est in præcedentibus. Ergo si queratur de competentia iurisdictionis non illud tempus inspicendum est quo quis in ius vocatus fuit, sed potius cuius fori sit eo tempore quo iudicium accipiatur. Et consequenter si quis posteaquam in ius vocatus est, cæperit esse miles vel alterius fori in ea causa est, ut debeat habere ius reuocandi forum. Indèque fieri videtur quod scriptum est in *l. qui autem 12. sup. si quis caution. ut qui nouo privilegio vitur, id est quod post vocationem in ius superuenierit, non videatur in eadem causa sisti. Ratio decidendi. Omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est de in ius vocando *§. omnium Inst. de pæn. temer. litig.* quia licet is qui aduersarium in ius vocat, non tam agat quam agere velit, id ipsum tamen facit ex autoritate illius ad cuius iurisdictionem res pertinet. Neque enim alterius est dicere iudicium & actionem, quam eius ad què & ex cuius iurisdictione vocatus est is contra quem postmodum iudiciū postulatur. Ergo superueniens privilegium fori non potest facere ut qui in ius vocatus iam est habeat ius reuocandi forum, cum iam sit præuentus. Præuenit enim qui vocat, Multò magis qui incar-*

cerat, de quo Bald. in *l. Officiales C. de episc. & cleri.* modò vocatione illa aut incarceratione valeat. Nam si nulla sit ex aliqua causa, nullum prorsus effectum habere potest De quo Roman. *cons. 262.* Nec pugnat quod scriptum est in *d. l. qui autem.* Debet enim de alio intelligi privilegium quam fori. Siquidem non vitur fori privilegio is qui patitur se iudicio sisti: cum fori privilegium allegari debeat in iure apud prætorem, non in iudicio apud iudicem datum. Sera namque privilegij allegatio est post acceptum iudicium, quod non accipitur nisi post contestationem, antequam necesse est ut privilegium si quod sit allegetur *l. 5. sup.* alioqui privilegio fori renunciare intelligitur is qui litem contestatur *l. nemo 4. C. de iurisdic. l. ultim. C. de except. iunct. l. pe. C. de pact.* Hoc verò Accursius noster nō intellexit, qui ut Vlpianum in hac lege conciliet cum Paulo in *d. l. qui autem*, comminiscitur intelligendum Vlpianum de eo cui datum fuerit privilegium ad suam ut loquitur postulationem, Paulum verò de eo cui datum fuerit citra eius postulationem arg. *l. 3. sup. quod quisque iur.* quod planè nugatorium est. Nec subtilius est quod idem Accursius norat hanc legem accipiendam esse de milite non armato, ut effugiat obiectionem quam videt fieri posse ex *l. 4. §. si reus j. de re milit. vbi* Menander scribit reum capitalis criminis si sit voluntarius miles capite puniendum esse, nec remittendum eò ubi reus postulatus est, sed ut accedente causa militiæ audiendum si dicta causa sit, vel requirendum adhoratum. Rectius Angelus, sepa-



randam esse hac parte iurisdictionem civilem à criminali. In civili obtinet quod in hac lege Vlpianus scribit. In criminali quod ibi Menander. Et ratio euides diuersitatis est, quia criminalis iurisdictione tota pertinet ad pœnas irrogandas, quæ porro irrogari solent alia atque alia pro qualitate & varietate non modò criminum, sed etiam personarum: Aliter enim puniuntur liberi, aliter ter- ti aliter honestiores homines, aliter tenuiores, & quod ad rem nostram magis pertinet, aliter mili- tes aliter pagani. *L. capitulum 18. §. non omnis & poss. §. de pœn. l. pe. iur. si ex noxal. caus. agat.* In pœnis au- tem irrogandis si nō legibus publicorum iudicio- rum aut qua alia lege ceitra & limitata delictis im- positæ sint, inspicit solet tempus sententia tenen- da, vt rectè ac verè tractat Bartol. ad *l. 1. §. de pœn.* cum eo casu pœna nulla sit ante sententiam. At in civili iurisdictione illud tantum in quantum casus iurisdictionis fuerit is qui in ius vocatus est, eo- nim tempore quo vocatus fuit, quoniam pri- mus ille actus iurisdictionis extitit qui in eis ius- ficit ad præuentionem. Non ergo requiritur vt e- riam lis contestata sit nec vt iudicium iam pen- deat, quod vtrique pendere non potest priusquam acceptum sit & constitutum, quod fieri nequit nisi post litem contestationem. Proinde malè Bartolus hanc legem intelligit de fori priuilegio quod su- peruenerit iudicio pendente. Nam et si superuenerit antequam iudicium pendere, dum modò post factam in ius uocationem, in cuius locum hodie successit citatio idem est, Quamuis multò magis si non nisi post contestationem superuenerit priuile- gium, aut etiam post sententiam, vt in *l. p. multi.*

8. GAVVS libro secundo ad Edictum Prouincie.

**S**I quis in legatione constituerit, quod ante legationem debuerit non cogi cum ibi iudicium pati, vbi constituerit.

*Ad l. si quis in legatione 8.*

Ratio dubitandi. Legati nullum habent priuile- gium de eo quod legationis tēpore contraxerunt, sed tantum de eo quod ante legationem *l. 2. §. om- nes autem sup. h. t.* At qui cum quis in legatione cō- stituit, quod ante legationem debuit, licet debuit legationem præcesserit, verum tamen est constitutu- tum in legatione factum esse. Ergo cogendus est iudicium ibi accipere & pati vbi constituit, nec domum reuocandi ius habere debet. Atque ita Iulianus Legatum Romæ constituentem quod in prouincia acceperat, putauit Romæ conueniri de- bere, vt Vlpianus refert in *l. eum qui c. §. 1. de constit. pecun.* Ratio decidendi. Constitui non potest nisi quod iam debetur *l. 1. §. an potest & seq. eod. tit.* Ideò q; si quis constituat quod iam debet causam & ori- ginem constituta pecuniæ non iudicij potestatem præualere placuit, etiam si ex constituto non ex constituti causa conuentus fuerit, & condemnatus *l. qui id quod 33. in princip. §. de donat.* Eadem igitur ratio facit vt si quis in legatione constituerit se soluturum simpliciter quod ante solutionem ac- ceperat in prouincia, non magis cogendus sit Ro- mæ iudicium accipere, quam si in prouincia con- stituit, nec Romæ quicquam contraxerit. Cre- dendus enim est contraxisse & constituisse Romæ in consequentiam præcedentis contractus in prouincia debebat, Legatus Romæ constituitur. Hic enim cum nullo vnquam alio loco, quam Romæ

*sup. de iurisd.* Malè etiam alij hanc legem referunt ad id quod dicitur solet, vbi acceptum est iudicium, ibi & finem accipere debere ex *l. ubi 30. §.* Non enim hæc lex est de iudicio accepto, sed de fori præuentione facta per uocationem priusquam iudicium acciperetur. Neque verò noua lis sit, cum iudicium accipitur, sed ea ipsa quæ per uocatio- nem fuerat instituta continuatur. Proinde sufficit præuentionem semel factam esse arg. *l. tuor petitor 28. l. Titius 4. §. de excus. tutor.* Ex quo intelligimus, quid ad eam questionem respondendum sit, quam subiungit Bart. de eo qui pendente iudicio factus sit clericus, An à iudice laico an ab ecclesiastico potius debeat condemnari. Nam si agatur civiliter nihil ei prodesse debet clericatus qui ex die cita- tionis superuenit. Si criminaliter ei proderit, quia clericus à laico puniri & ad pœnam aliquam con- demnari nullo modo potest nisi in fraudem cœpæ- liti ambierit clericatum. *l. si natus 15. §. 1. de iur. ne- cessario §. ad leg. Jul. de adult. hoc excusare 1. ubi dicitur ne de rebus de legis causis §. de accusat.* Quo tan- etiam casu si uis excusata degradari debet cler- icus à suo episcopo priusquam à laico puniri pos- sit, Auth. *clericus Cae. pe. c. & cetera.* quod & Bart. tra- dit ad *d. l. si quis pœn. l. §. l. in col. 2. §. ad m. resp.* vbi dicitur in colam, qui in uentis publicis iam destinatus sit non potest prodesse munere mœtatu- renuocare posse, quæ per totam destinationem fuerit præuenius. Quanto magis enim præuenius videri debet quod in legatione sit uocatus fuit. Sic non que Accursius dicit, nec ab in dicitur remanere, cum eam legem quam huic similem allegat.

contraxerit, non alibi quam Romæ contraxisse vi- deri potest, non magis quam si Romæ pro alio, qui pecuniam in prouincia acceperat, fideiussisset, & ideò neutro casu priuilegium habet *l. cum furiosus 39. §. 1. §. hoc ut.* Planè etiam is qui pro debito pro- prio quod in prouincia contraxerat, constituit Ro- mæ, cum ibi esset in legatione, duobus casibus po- test Romæ conueniri ipso etiam tempore legat- onis, Vnus est si solutionem contulerit in tempus ipsum legationis *l. 3. §. de leg. par.* Alter est, si nō tan- tum Romæ constituerit, sed etiam se Romæ solu- turum quauis eo tempore in legatione esset. Hoc enim casu Romæ conueniri non tantum potest, sed etiam debet, cum non modò Romæ contraxe- rit, sed etiam Romæ soluere se obligauerit, quod post eum longè efficitur, eius est, adeò vt contraxisse vnusquisque intelligatur in eo loco, in quo vt soluere, se obligauit *l. contraxisse 2. §. de obi. & acti. l. 3. §. de reb. anor. iud. possid. l. quæ 100. de fin.* Et hic casus est de quo Vlpianus tractat ex Iuliano in *d. l. §. 1. de pecun. consti.* vt apparet ex eo primò quod Vlp. eo loco ita scribit *conueniri debere:* quo verbo non potestas, sed necessitas conueniendi significa- tur: quæ porro necessestas eo tantum casu lubest, in quo destinata fuerit solutio Romæ, quia sicut is qui cerro loco dare promissit, nullo alio loco quam in quo promissit soluere inuito stipulatore potest *l. pe. §. de eo quod certi loc.* ita nec stipulatori facultas vlla cōpetit agendi alio loco, quam in quem sibi dari stipulatus fuit, nisi confugiat ad auxilium vtilis actionis

actionis arbitratæ ob eam demum causam cōpa- rata *l. 1. eod.* Quod certè non intellexerunt qui eo verbo *debere* moti, putarunt negationem Vlpiano deesse legendum; non *debere* quasi scribi debuerit posse non *debere* si affirmatiuè locutus fuisset Iulia- nus: Nec subtilior Cuiacius qui lib. 13. obseru. cap. 17. vt istis satisfaciatur nihil aliud adfert, nisi quod verbis *debere & posse* autores nostri promiscuè vrū- tur: quod tamen nec passim faciunt, nec sine rati- one, quæ porro hinc nulla esset. Idem apparet ex secundo casu quem subiungit Vlpianus in *d. l. §. 1. his verbis sed si* (sic enim lego delecta coniunctione & quæ in Pand. Florent. interclusa est lineis tan- quam suspecta) *non cum Romæ esset, sed in prouincia adhuc constituit se Romæ soluturum, denegatur in eum actio de constituta.* Est enim hic casus diuersus à su- periore in hoc tantum, quod in priore constitutum fuerat Romæ, in posteriore verò constitutum fue- rat in prouincia: non etiam in eo quod solutio fuerat Romæ destinata. Cùmque deneger Vlpianus actione constituit pecuniam in eum quæ qui con- stituerat se Romæ soluturum, quoniam ita consti- tuerat in prouincia ante legationem, nemo proba- biliter dixerit in priore specie sensisse Iulianum de actione Romæ danda in eum qui alibi quam Ro- mæ soluere constituerat. Vtrumque enim requiritur ad conueniendum Romæ Legatum, vt & Ro- mæ constituerit, & Romæ soluere promiserit si pro se ipso constituit, Nec minus quod secundo loco expressimus, quæ quod primo, Quia is qui simpli- citer Romæ constituit quod in prouincia acceperat, non specialiter destinata Romæ solutione cre- dendus est constituisse soluturum se in eo ipso lo- co in quo soluere antea debebat, ac proinde in

prouincia, non Romæ, cum in prouincia contra- xisset. At difficilius illud est, Cur in secundo casu Vlpiani id esse sit Legatus cum nondum Romæ es- set, sed adhuc in prouincia constituerit se Romæ soluturum, non possit tamen Romæ conueniri de constituta pecunia, cum vt iam diximus non alio loco possit conueniri summo iure quam in quem destinata solutio fuit. Respondendum est eum qui legationis prouincialis gratia Romam venit, licet Romæ sit, perinde tamen habendum ac si non es- set, cum non ibi sit nisi propter legationem, sine qua credendum est non fore illum Romæ. Nam nec quicquam alius ibi esse intelligitur vbi casu tantum sit & ad tempus *l. si fundus 44. l. si chorvs 79. §. 1. l. si ita 80. de leg. 3.* Et verò aliter posito iure fieret facile vt à suscipiendæ legationis munere quis auocaretur, veritus ne ob eam causam Romæ reper- tus, tanto citius & facilius conueniretur. Id etiam probare non possum quod Cuiac. supradicto loco notat, Orationem hanc *sed et si* sapissimè in autorū nostrorum scriptis discretiua esse non coniu- ctiua, & contra solum articulum *sed* coniuucti- uum esse non discretiua. Repugnat enim ratio rectæ grammaticæ, Et si quando tale quid occur- rit, mendum subest, constat ex eo quod librarij Florentini mos est vt scribat S E T pro set et, cum antiqui ex scriptores passim T pro D vt C pro G & B pro V. vsurparent, nec nisi semel scriberent, sed maiusculo tamè caractere eas literas, quæ alioqui bis scribendæ fuissent. Cæteræ solutiones quas hinc adfert Accursius planè commentitiæ sunt: Illud verò etiam ineptum quod præfatur aduerbia ista *ibi & vbi* non localiter accipienda hinc esse sed tem- poraliter. Sunt enim aduerbia loci non temporis.

9. VLPIANVS libro nono ad Edictum.

**I**nsulæ Italiae pars Italiae sunt: & cuiusque prouinciæ.

*Ad l. Insula 9.*

Ratio dubitandi. Continentes prouincias acci- pere debemus eas quæ Italiae iunctæ sunt, vt puta Galliam & Germaniam *l. motionem 99. §. 1. §. de verb. signific.* Atqui insulæ omnes Italiae separantur ab Italia fredo aliquo alio qui non essent insulæ. Ergo insulæ Italiae non possunt dici pars Italiae vt nec in- sulæ alterius prouinciæ pars illius prouinciæ. Rati- o decidendi. Insulæ Italiae aut alterius cuiuslibet prouinciæ non constituunt separatâ prouinciã. Alioqui non dicerentur insulæ Italiae aut alterius prouinciæ sed prouincia ipsa vt Britannia. Necessè

igitur est vt sint pars Italiae, vel eius prouinciæ cuius insulæ appellantur. Adeò vt nec aliud sit de in- sula Sicilia quamuis & ipsa prouincia sit, quia non nisi modico fredo ab Italia separatur *d. l. motionem §. 1.* Et consequenter qui ex Sicilia, vel Sardinia est po- test conueniri in Italia, tanquam Italus. Quomodo dicimus eum qui ex vico aliquo ortus est, patriam habere intelligi eam rempublicam cui vicus ille respondet *l. qui ex vico 30. §. ad municip. vt scilicet in ea republica & munera suscipere debeat & conue- niri.* Sic enim & lex hæc ad hunc titulum, & illa ad illum applicanda est.

10. VLPIANVS libro decimo ad Edictum.

**D**estitisse is videtur, non qui distulit sed qui liti renunciauit. in totum desistere enim est, de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Planè si quis, cog- nita rei veritate, suum negotium deferuerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniæ causa non instituerat, is destitisse non videtur.

*Ad l. destitisse 10.*

Ratio dubitandi. Etiam qui distulit agere intra tempora ad agendum vel accusandum præstituta, intelligitur renunciare causæ & liti *l. si ea qua 7. C. qui accus. non poss.* Ergo destitisse dicitur est non tan- tum qui liti renunciauit expressè, sed etiam qui dis- tulit. Ratio decidendi. Loquitur hinc Vlpianus de illo, qui per aliquod tantum tempus distulit, pro- se qui accusationem, at nō etiam de illo qui passus sit elabi tempora intra quæ peragere reum debuit, quæ à præside præstituta fuerint, siue à lege *l. ab ac-*

*cusatione 6. §. destitisse. §. ad S. C. Turpill.* Nihil enim refert an quis expressè renunciet, ac per sollemnem actum & legitimum renunciationis quæ olim fiebat apud acta & in iure *l. postquam liti 4. C. de pact. l. 3. C. de repud. vel abstin. here. d. l. si donationis 18. C. de donat. l. si liti 11. C. ad l. Cor. de fals.* an verò tacitè per lapsum temporis *l. pen. §. ult. C. de recept. arbitr.* quantum ad hoc vt liti & causæ renunciaffe & consequenter ab accusatione destitisse videatur. Neque aliud hinc requirit Vlpianus nisi vt liti renunciatum sit in to- tum non etiam vt expressè. Pertinet autem hæc

lex ad tractatum De calumniatoribus & de SC. Turpilliano, ut dixi ad l. desistisse 21. §. de minor. & constat etiā ex l. desistisse 13. §. ad SC. Turpill. Ut scilicet qui ab accusatione desistit puniatur criminaliter tanquam calumniator, si nō impetrauerit abolitionem, quæ tamen fallaciter accusantibus, regulariter denegatur l. ult. C. de abolit. iun. Et. Labolirio 8. & seqq. ad SC. Turpill. Quamuis dici soleat eū qui ab accusatione desistit non videri succumbere, qui scilicet non expectat ut condemnetur l. alia 8. C. de his quib. ut indign. Sed intelligi id debet de eo qui accusationem instituerat sincera mente non per calumniam, ut & quod scriptum est in l. Papinianus 8. §. meminisse. §. sit. prox. Nam qui per calumniam instituit accusationem etiam si desistat antē sententiam, non debet esse melioris conditionis quam si accusationem ad finem vsque perduceret ac contrariam sententiam reportaret, cum nemo per poenitentiam solam nocens esse desinat l. qui ea mente 65. §. de furr. l. Senatus 15. ibi ac si causam egisset & perdidisset (sic namque legendum arbitror non ut vulgo prodidisset) §. de iur. iur. Idque Vlpianus noster hic satis docet, cum excipiens eum, qui cognita rei veritate suum negotium deseruit nolens in lite improba perseverare, subiungit *quam calumnia causa non instituerat*, ut intelligamus nihil profuturum ei quod in lite improba noluerit perseverare si ab initio calumniator fuit. Non quasi poena aliqua dignus sit qui in lite improba & calumniosa perseverare noluit, (laudanda enim potius esset verecunda eius cogitatio l. 4. §. 1. §. de alien. iudic. mnt. caus. fact.) sed quia nec eam mouere ab initio debuit, nec calumniari. Itaque puniatur hic accusator non tanquam desistens, sed tanquam calumniator: Probatur autē calumniator hoc ipso quod ab accusatione desistit, nisi probet iustam se aut potius probabilem habuisse causam existimandi ab initio non iniustam fore accusationem. In civili negotio qui desistit nullam nisi expensarum poenam patitur, quæ & alii cuiuslibet temerario litiga-

tori irrogatur l. eum quem temere 79. §. h. r. l. qui solidum 78. §. 1. §. deleg. 2.

2. De negotio abstinere, quod fit etiam solo animo cum quis affectum & animum accusandi deponit, ac multo magis si locutus fuerit cum aduersario suo de compositione eius criminis quod intendebat dicit. l. ab accusatione 6. in princip. & §. 1. ad SC. Turpill.

b. Cognita rei veritate. Hinc Bartolus infert, Quando ex productione alicuius instrumenti aut ex a pertura testimoniorum, aut potius testationum (sic enim loqui Bartolus debuit, non dicere *testium*) aliquis ex litigatoribus manifeste cognoscit se iustitiam non habere, quam ante habere putabat, optimum esse consilium ut statim cedat liti ad evitandam expensarum condemnationem. Quod verum quidem est, sed tamen ex hoc loco non probatur. Neque enim agit hic Vlpianus de poena expensarum ob temerariam litem institutam, sed de poena Turpilliani ob calumniam: nihil autem vetat, esse quem temerarium litigatorem, qui tamen non sit calumniator. Quisquis calumniator est, idem ut temerarius quoque litigator sit necesse est: At non est conuerso quisquis temerarius litigator est, idem etiam utique calumniator dici potest. Ergo si quis cognita rei veritate suum negotium deseruit nolens in lite improba perseverare, quam calumniæ causa non instituerat, calumniatoris quidem poenam non parietur, sed non eodē modo in expensas litis condemnandus erit, ni probet se probabilem litigandi causam habuisse d. l. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2. Atque si probabilem habuit excusabitur ne sumptus antea factos refundere condemnetur, sed ita demum si cognita rei veritate statim desistat, non etiam si litigare perseveret, quia licet ab initio nihil dolo fecerit, nunc tamen facit cum perseverat arg. l. 2. §. circa. infr. de doli except. crediturque semper æque fuisse litigaturus etiam si rei veritatem citius comperisset. Eoque iure utimur.

#### II. VLPIANVS libro duodecimo ad Edictum.

**S**I à me fuerit adrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solui iudicium: Marcellus libro tertio Digestorum scribit: quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.

#### Ad l. si à me. II.

Ratio dubitandi. Quemadmodum quod ab initio non valuit, non facile ex postfacto conualecit, ut est in regula iuris pontificij & in l. quod initio 29. de reg. iur. ita nec facile irrita fiunt, quæ ab initio valuerunt, tamen si ad eum casum peruenerint à quo incipere non potuerunt l. verbis 5. in §. 7. ad l. falcid. Id enim est quod vulgò iactari solet multa durare facta quæ fieri tamen prohibentur l. parre furioso 8. §. de his qui sui vel alien. iur. sunt. Et quamuis pleriq; veterum eam propositionē habuerint pro regula, ut irritū fieri debeat quicquid ad eum casum peruenit à quo non potuit incipere ut constat ex l. quia in eum casum 19. §. ad l. Aquil. l. Iulianus ait si alter 17. h. r. l. Granus 71. ver. sed cum duo. §. de fidesus. l. si in metallis 3. in §. de his qua pro non scrip. hab. l. pro parte 11. §. de feruis. l. inter stipulantem 83. §. sacram. l. si sub vna 136. §. si quis viam de verb. obl. non tamen placuit omnib. ut apparet ex d. l. verbis, & ex §. ex contrario Inst. de leg. ar. vbi refertur Papiniani & aliorū in hoc dissensio, cuius vestigiū extat in d. l. verbis. iun. Et. l. debitor 82. de leg. 2. item ex plurib. 140. §. ubi de verb.

obl. l. in ambiguis 85. §. 1. de reg. iur. l. is cui lege 18. §. qui rest. fac. poss. Ergo si à me fuerit adrogatus is qui litē erat contestatus mecum, vel cum quo ego, non est bona ratio, aut necessaria consecutio si quis dicat, solui iudicium idē debere, quod nec ab initio inter nos consistere potuerit propter ius patriæ potestatis l. 4. §. cum ab initio constiterit, & eo tempore quo non erat ille in mea potestate. Ratio decidendi. Impossibile est ut iudicium consistat inter me & eum qui in mea potestate sit cum nō tantum constitutio iuris civilis, sed etiam natura ipsa rei sit impedimento d. l. 4. vbi dixi §. l. ne cum filiofamil. 16. §. de furr. l. adoptiuum. 8. §. de in ius voc. In quo casu impossibilitatis ex postfacto superuenientis perpetuò vera est regula illa veterum de qua tractamus Quis enim præter Deum Opt. Maxim. facere queat ut aliquo casu sit id quod per rerum naturam impossibile sit vquam esse? Vitatur tantum ea regula in iis, in quibus nō tam natura rei, quam ratio iuris adfert impedimentum, ut videre est in locis supra citatis. Et nos latius aliquando declarabimus, cum Bartoli commenticiam hac in re distinctionem

distinctionem, quam tradidit ad d. l. pluribus. §. vltim. de verb. obl. refellemus. Accursius hoc quoque præsentisse videtur. Sed idem malè opponit quasi contrarium huic legi, quod scriptum est in l. cæcus 6. sup. eodem. quia cæcus non possit ab initio dari iudex, datus tamen ante cæcitatem non eo minus remaneat iudex quod postea cæcus factus sit. Nam & qui à natura cæcus est iudicantis tamen officio fungi potest, ut ad eum locum notauimus. Malè etiam opponit quod in l. si quis posteaquam 7. sup. idē Vlpianus scribit superueniens priuilegium fori non tollere iurisdictionem: cum etiam is cui ex

postfacto priuilegium fori superuenit, perinde poterit ab initio in ius vocari ex eadem iurisdictione tamen iam tūm fori priuilegium habuisset: Siquidem priuilegio fori locus nullus est nisi aduersus ordinariam & competentem iurisdictionem, ut dixi ad d. l. 7. ex l. si quis ex aliena §. sup. l. nemo 4. C. de iurisd. omn. iudic. Denique nihil ad hanc legem facit quod Accursius tanquam simile adfert ex l. 2. §. pen. sup. de cap. minut. de non restituenda actione ei, qui debitorem suum adrogauit, tamen si debitor ille factus sit sui iuris postea. De quo scriptum ad eum locum.

12. PAVLVS libro septimodecimo ad Edictum.

**C**VM PRÆTOR VNUM EX PLURIBUS IUDICARE VETAT, CETERIS ID COMMITTERE VIDE-

#### Ad l. cum Prætor 12.

Ratio dubitandi. Aliud est permittere, aut quod plus est, committere. Aliud verò non prohibere, l. necnon 28. §. quoad eius sup. ex quib. caus. maior. Ergo cum prætor vnum ex pluribus iudicare prohibet non tam credendum est videri cæteris id committere aut etiam permittere quam non prohibere, At qui ut possit quis iudicare non illud sufficit ut non sit prohibitus, sed exigitur præterea, ut iussus sit, in eamque rem datus & additus. Nihil igitur magis poterunt iudicare cæteri, quod prætor quosdam iudicare vetuerit. Ratio decidendi. Loquitur in hac lege Paulus de Prætor qui plures in aliqua causa iudices dederat, deinde aliquos ex iis iudicare vetuerat. Quo casu ut cæteri iudicare possint, sufficit quod nō sint prohibiti, cum iam satis fuerint iussi hoc ipso quod dati fuerunt. Ponendum enim necessarium est dationem præcessisse ut tractari possit de securā vel non securā iudicandi prohibitione. Frustra quidem nec nisi ineptissime possit prætor prohibere ne iudicet is cui nunquam dederit iudicandi potestatem. Itaque possunt iudicare cæteri qui prohibiti non fuerunt, non quia non sint prohibiti sed quia dati antea & iudicare iussi fuerunt. Quod Accursius noster benè percepit eam verbum committere sic interpretatur iam commissum relinquere. Nec est quod quis obiiciat ita futurum, ut hæc Pauli sententia videatur esse de indubitabili, cõtra vulg. l. Domitius 27. §. qui rest. fac. poss. l. quod Labeo 9. §. de Carbo. edict. Illa enim dubitandi causa erat, quod pluribus iudicibus simul ad eandem causam datis, quorum aliqui postea iudicare vetiti essent, viderentur cæteri noua formula indigere, quasi reuocata priore per prohibitionē,

cum non his, aut illis sed omnibus simul iudicandi potestas data esset, nec alij sine aliis iudicare potuissent nulla interueniente prohibitione l. duo ex tribus 39. de re iudic. l. item si vnus 17. §. vlt. sup. de recep. Nam etsi quidā ex iudicibus simul datis decessissent nō possent qui superessent iudicare, sed noua formula opus esset, quia aut omnes simul sententiam debet dicere aut nullus, ut de arbitris scriptum est in d. l. item si vnus §. item si plures & in l. non distinguemus 32. §. cum in plures eod. l. proponatur 76. §. h. r. At respondendum est multum interesse, an aliqui ex iudicibus decesserint, an verò iudicare prohibiti sint à prætore. Priore casu qui supersunt indigent noua formula, quia desinunt habere prætoris siue expressam siue tacitam voluntatem. Posteriore verò non itē, quia prohibitio quibusdā facta includit tacitè relictam cæteris iudicandi potestatem ab eo ipso prætore, qui cæteros prohibuit iudicare: quod non similiter possit dicere de quorundam morte, quæ non à prætore venit, sed vel à natura vel à casu. Hinc verò nostri vulgò inferunt post Accursium inclusionem vnus esse exclusionem alterius, Et quod quibusdam prohibetur aliis concessum videri, ut & in l. ex eo 18. §. de testib. l. que situm 12. §. idem respondit domo instructa 43. de instruct. & instrum. legat. l. in possessionem 6. §. 1. ex quib. caus. in poss. eat. Accursium è contrario, quod in vno conceditur in aliis negari l. maritus 21. C. de procurat. l. quod Labeo 13. §. de compensat. l. cum ita 63. in fin. De condic. & demonst. Sed periculosum est brocardicum, ut & cætera ferè omnia quib. interpretes nostri quasi certissimis principiis passim abutuntur. Illud enim vnum semper inspiciendum est an eadem ratio sit in prohibitis & in permisis, quod & idem Accursius noster docet.

**I**udicium dare possunt, quibus hoc lege, vel constitutione, vel senatusconsulto conceditur. Lege, sicut proconsuli<sup>a</sup>: is quoque cui mandata est iurisdictione<sup>a</sup>, iudicem dare potest, ut sunt legati proconsulum<sup>b</sup>, item hi quibus id more concessum est propter vim imperij<sup>c</sup>: sicut præfectus vrbi, ceterique Romæ magistratus.

#### Ad §. 1. Iudicium dare.

Ratio dubitandi. Iudicis dandi licentia iurisdictionis est l. 1. in fin. l. 3. in fin. sup. de iurisd. Ergo quisquis habet iurisdictionem, iudicem dare potest, nec illud præterea requirere debemus an hoc ei à lege vel aliqua constitutione, vel senatusconsulto concedatur. Alioquin nec iudicem dare poterit is, qui mandata à magistratu iurisdictionem exercebit, quod tamen saltem est quandoquidem mandata iurisdictione totum officium iuris dicandi transit l. 1. §. an autem. §. de suspect. iuror. l. iudicium soluitur. 58. §. hoc tit. Ratio decidendi. Non is Pauli sensus est ut

iudicem dare possint ij tantum quibus hoc ius datur est lege aliqua vel constitutione, vel senatusconsulto, sed vt inter eos qui iudicis dandi ius habent ij primi debeant numerari, quibus id specialiter concessum est, quod de illis omnium minimè dubitari possit. Cæterum alios quoque idem ius habere constat satis ex eo quod statim subiicitur de illo cui mandata iurisdictione est, itēque de iis qui propter vim imperij dare iudicem possunt, in quo numero sunt vrbanī omnes magistratus.

a. Lege, sicut Proconsul. Sed qua lege ius hoc Proconsuli datum est vt iudicem dare possit: Credibile est



ea ipsa lege factum hoc esse quæ creandorum à populo Proconsulum potestatem fecit diuisis inter Cæsarem & populū totius orbis Romani prouinciis, ita ut qui in prouincias populi mitterentur, Proconsules: qui uero in prouincias Cæsaris Præfides dicerentur. Suauis uero est Accursius, qui legem de qua hîc Paulus loquitur, & quæ Proconsuli potestatem fecerit iudicis dandi petit ex *l. obferuare 4. §. vlti. sup. de offic. procons.* Quali sumptus sit ille locus ex fragmentis legum Romanarum: non autem ex Vlpiani commentariis & libro 1. de *offi. Procon.* Deinde non loquitur Vlpianus eo loco de iudice per Proconsulem dando: sed de iurisdictione per eum mandanda, & mandata Legato: Qui tractatus longè diuersus est, cum longè aliud sit mandare iurisdictionem: aliud iudicem dare, ut alibi iam sæpe scripsimus, & in quo omnes Interpretes ad Goueani vsque tempora errauerunt. Idem uero Accursij error facit ut ad hunc locum pertinere putet quod scriptum est in *l. 1. §. 1. & §. si a familia sup. de off. eius cui mandata est iuris.* ubi etiam de mandanda iurisdictione tractatur, non de iudice dando. Fateor tamen ea quæ specialiter data sunt alicui sine lege, siue constitutione aliqua, siue senatusconsulto, mandari postea nullo modo posse, quia ex speciali concessione ac priuilegio competunt, non iure magistratus. In quo numero etiã ponere possumus cognitionem, de qua in *l. 1. C. ne liceat potest.* Nec nego prohiberi eum cui specialiter ista concessa sunt quominus iudicem de iis dare possit, quamuis per iudicis dationem non mandetur, nec transferatur iurisdictione, sed retineatur (iudex enim iurisdictionem non habet, sed tantum notionem & iudicationem *l. ait prætor 5. de re iudic. l. vlti. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit. agit. si. i.*) Nempe quia is cui alicuius rei cognitio specialiter data est de ea & cognoscere & pronunciare iustus intelligitur, ne quod alij committit negligere ipse videatur, *l. cum hi 8. §. sed nec mandare sup. de tran. act. l. 2. C. de pedan. iud.* Planè arbiter etiã in istis causis dari plerumque solet, ab iis quoque qui iurisdictionem mandare non possunt *l. si puer 37. de fidei libert. l. pen. de lib. caus.* quas leges Accurs. hîc adducit. Nescio qua planè ratione, cum nec de mandanda iurisdictione, nec de iudice dando in iis agatur, sed tantum de arbitro, qui vice quidem iudicis est, sed tamen iudex non est, quia de facto tantum inquirat & cognoscit, non etiam pronunciat. Simile est quod adfert idem Accursius ex *l. si cui 30. de cond. & demonstr.* ubi etiam de arbitro agitur dando à Consule, & quidem ex permissione Principis, ut appareat ne quidem solius facti cognitionem etiam sine pronunciatione in huiusmodi causis mandari posse. Facilius tamen est ut Princeps permittat dari arbitrum quam dari iudicem. Nam qui dar arbitrum mandat solam facti cognitionem, Qui uero dar iudicem madat etiam pronunciationem quod plus est. Ex quo etiam constat quam grauius erret Accursius, qui ad hunc locum de arbitro dato & iudice sic loquitur quasi non differant.

*Id quoque cui mandata est iurisdictione.* Ratio dubitandi. Eum qui iudicare iubet magistratum esse oportet *l. eum qui 13. De iuris. sup.* At qui is qui mandata à magistratu à quo iurisdictione exercet, non ideo magistratus est sed priuatus, Adeo ut si prætor sit is qui alienam iurisdictionem exequitur, nõ tamen pro suo imperio quicquam agat, & tanquam

prætor. sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quoties partibus eius iungitur *l. sed et si prætor 3. §. de off. eius cui mand. est iuris.* Ergo is cui mandata iurisdictione est iudicem dare non potest, Sicuti nec iurisdictione mandare, quippe quam nõ suo iure habeat, sed alieno beneficio *l. more maiorum 5. sup. de iuris. l. Ratio decidendi.* Magistratum esse necesse est cum qui iubet iudicare suo iure, At etiam si quis magistratus non sit, alieno tamen beneficio habeat iurisdictionem, quomodo habet is, qui mandata exercet, perinde potest iudicem dare, quoniam mandata iurisdictione totum officium iuris dicendi tradit *l. 1. §. an autem 5. de susp. iuror.* Officium autem ius dicentis licet latissimum est, ita etiam iudicis dandi licentiam comprehendit *l. in fin. l. 3. in fin. sup. de iuris. l. Neque;* contrarium est quod Accurs. obicit *l. a iudice 5. C. de iudic. à iudice iudicem datum,* dare alium iudicem non posse, nisi à Principe datus fuerit. Non enim dicimus dari posse iudicem ab eo, qui iudex ipse datus sit, sed ab eo qui iurisdictione ab alio mandata exercet, quod longè diuersum esse iam supra diximus. Magistratus interdum dicuntur & sunt iudices, sed maiores *leg. non distinguemus 32. §. de liberali. sup. de recept.* id est qui iudicare ac pronunciare ipsi possunt, sed suo iure, non ex mandato aut imperio alterius. Nunquam enim dicuntur iudices dari, aut delegari, At iudices minores qui & pedanei appellantur, tanquam qui sint ad pedes magistratum & inferiores, sunt iudices dari & delegari. Itaque cum in rescripto Gordiani, quod extat in *d. l. a iudice,* Iudicis nomen ter vsurpatum reperitur, (sic enim lex habet à *iudice iudex delegatus iudicis d. mai potestatem non habet*) primo loco accipiendum est de iudice maiore qui sit magistratus. Duobus uero sequentibus de iudice dato, ac quod idem est delegato, ut ipsa legis uerba probant. At nullibi ab Imperatoribus aut prudentibus dictum reperias iudicem eum qui mandata iurisdictionem exerceat. Is enim neque iudex perse est, neque ab alio iudex datus, ideoque nec iudicari munere fungitur, ut ille de quo in *d. l. a iudice,* sed officio ac munere ius dicentis. Hoc uero nec Accurs. intellexit qui & ad hunc locum & ad *l. Legatus 12. §. 5. de off. procons.* tantopere se torquet, ut respondeat ad *d. l. a iudice,* quali ualde pugnet cū hac lege. Nec minus ineptum illud est, quod idem Accursius querit, An hîc unum duntaxat dictum sit, an duo, quorum prius sit de delegato à Principe, Posterius uero de delegato à Proconsule. Neutrum enim conuenit uerbis Pauli, qui sicut in præcedente uersiculo non loquitur de eo quem Princeps delegauerit, sed de Proconsule qui & dignitatem suam proconsularem, & iudicis dandi potestatem habet à lege & consequenter à populo, non à Principe, Ita & in hoc uersic. non de illò tractat cui Proconsul iurisdictionem suam delegauerit, sed generaliter de quolibet cui mandata sit à magistratu iurisdictione. Nam quod sequitur *ut sunt Legati Proconsulum,* præter id quod exempli tantum gratia scriptum uideri potest, non ad restringendam priorū uerborum sententiã generale, fallum etiam est & ex imperiti alicuius interpretis glossemate in textu irreplet, ut mox ostendemus. Illud sanè uerū est, duo hîc dicta esse, Vnum de Proconsule, ac ceteris si qui sunt qui à lege ius illud habeant, ut iudicem dare possint: in quo numero potuit etiã & debuit poni Legatus Proconsulis. Alterum de eo cui mandata iurisdictione est: Hic enim quisquis ille sit dum

ne Legatus

ne Legatus Proconsulis, vi mandata iurisdictionis ius habet dandi iudicis non à lege. *Præter Legati Proconsulum.* Ratio dubitandi. Quæ unque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione aliqua Principum tribuuntur, ea non transeunt mandata iurisdictione *l. 1. sup. de offi. eius cui mand. est iuris.* At qui lege datum est specialiter Proconsuli ut iudicem dare possit, quem admodum proximè Paulus scripsit. Ergo quamuis Proconsul iurisdictionem suam Legato suo manderit, nihilominus fieri potest ut Legatus iudicem dare possit, scilicet vi mandata iurisdictionis. Neque est quod quis respondeat, Mandata iurisdictione totum officium iuris dicendi transire in Legatum *d. l. 1. §. an autem 5. de susp. iuror.* iudicis autem dandi licentiam iurisdictionis esse, & ad iuris dicendi officium pertinere *d. l. leg. 1. & 3. in fin. de iuris. l. d.* Id enim obtinet quantum ad ea quæ pertinent ad officium iuris dicendi iure magistratus, non etiam quod ad ea quæ senatusconsulto, vel constitutione aliqua specialiter data sunt, vel etiam lege, quare est hoc de quo tractamus. Et hæc nimirum ratione victus cogor dicere quod ad superioris uersiculi linem attingi, adiectionem hanc non Pauli esse, sed interpretis. Quem illud sine dubio fessit quod uidit legatum Proconsulis dandi iudicis ius habere *d. l. Legatus 12. sup. de offi. Procons.* Nec sanè id negare quicquam possit. Sed negotium hoc ei competere vi mandata iurisdictionis: At quia id ipsum ei quoque datum est eadem, ut opinor, lege qua & Proconsuli concessum fuit ut iudicem dare possit. Nam sicut à quo tempore ceperunt esse Proconsules, fuerunt etiam Legati qui à Cæsare Proconsuli darentur, Ita & credibile est eadem lege & Proconsuli & Legato Proconsulis concessum fuisse, ut iudicis dandi ius haberet. Idque est meo iudicio quod significare Paulus uoluit in *d. l. Legatus,* cum dixit Legatum mandata sibi iurisdictione dandi iudicis ius habere. Iure nimirum speciali & ex legis concessione non minus quam Proconsul ipse. Alioqui quid necesse erat id monere, si nihil hac parte speciale esse in Legato.

2. ¶ Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent. quidam enim lege impediuntur, ne iudices sint: quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus & perpetuo furiosus, & impubes: quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, scemina, & serui: non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut ciuilibus officiis non fungantur. ¶ Qui possunt esse iudices: nihil interest, in potestate, an sui iuris sint.

*Id §. 2. non autem.*

Ratio dubitandi. Lex quæ Proconsuli, itemque Legato Proconsulis potestatem fecit dandi iudicis, non distinxit quis aut qualis iudex ab eo detur. Ergo indistinctè dicendum est, posse ab eo dari iudicem quem & qualem dare uelit, ne alioqui lege ipsa prudentiores uideri uelimus si distinguamus ubi lex ipsa non distinxit *vulg. l. de precibus. j. de publician. leg. 3. in fin. §. de offi. præsid.* Ratio decidendi. Semper & in legibus & in edictis, ut & in cæteris omnibus interpretandis supponendi sunt termini habiles, ut nostriloquuntur, *vulg. l. ad sig. 6. §. quamuis de iur. patronat. cum similibus,* ne alioqui eueniat aliquid absurdi quod semper quantum fieri potest, uitandum est *vulg. leg. nam abjuratum 7. de bon. libertat.* Non enim oportet cauillari & calumniari ius ciuile, neque uerba captare, sed qua mète quid dictum sit animaduertere *l. penult. j. ad exhib.* At qui

Neque enim uerendum erat ne quisquam putaret minus iuris habere Legatum quam alium quælibet iurisdictionis alienæ mandatarium, si non nisi vi mandata iurisdictionis iudicem dare possit, *d. l. 1. §. an autem de susp. iuror.* Habet tamen minus iuris hac parte, quia quod proconsul iudicem dare potest, non fit propter vim imperij proconsularis, sed quia ius illud ei specialiter lege datum est, ut diximus, ideoque non posset mandata iurisdictione transire.

*c. Item §. quibus id more concessum est propter vim imperij.* Ratio dubitandi. Cum plenissimam in prouincia potestatem Proconsul habeat, omnium partes qui Romæ vel quasi magistratus, vel extra ordinè ius dicunt ad ipsum pertinent, *l. si in aliquam 7. §. vlt. sup. de offi. procon.* Atqui non habet ius dandi iudicis propter vim sui imperij, sed quia id ei nominatim lege datum est, ut supra diximus. Ergo nec præfectus urbi nec prætor, nec cæteri Romæ magistratus possunt ius habere dandi iudicis propter vim imperij. Alioqui plus iuris haberent in uibe, quam proconsul in prouincia. Ratio decidendi. Quæ sunt ex more & consuetudine solent esse antiquiora, quam quæ ex lege scripta, cumque non minorem, imò maiorem auctoritatem habeat ius non scriptum, quam quod scriptum est, non fuit necesse concedi lege, quod iam moribus fuerat concessum, ut non malè Accursius noster ratiocinatur ex *l. 1. C. de thesaur. lib. 10. tit. 15.* Idem autem more receptum est ut Romani magistratus iudicem dare possent, propter vim sui imperij, quod indignum uideretur maiestate populi Romani, ut magistratus ipsi de facto cognoscerent, & pronunciant, ut omnium apertissimè probat locus ille Ciceronis in Epist. ad Q. fratrem, sæpius iam à nobis in hanc rem citatus, & ante nos ab Antonio Goueano, qui primus tractatum hunc de iurisdictione non minus eruditè, quam eleganter explicauit, *Quid prætor solenne iudicare deberi:* Mansitque ius illud ad tempora vsque Diocletiani & Maximiani, quorum est *l. 2. C. de pedan. iudicib.*

sunt quidam qui lege impediuntur ne iudices esse possint, ut qui Senatu motus est, quod ad Legem Iuliam iudiciorum uideretur quibusdam esse referendum, ex qua etiam esse ne minor viginti annis iudicare cogatur *l. cum l. Julia 41. sup. de recept.* Sed referendum potius est ad legem Iuliam reperundarum, ut ex Cassio Marcellus scribit in *l. 2. sup. de Senator.* Alij natura impediuntur ne iudicandi officio fungi possint, ut surdus, quia litigatoris audire non potest, mutus quia pronunciare nequit, Is qui perpetuo furiosus est nec habet vlla dilucida interualla itemque impubes quia isti iudicio carent, ut illa etiam quæ uident ignorare uideantur *l. 1. C. de sal. monet. l. si tibi 8. §. penultim. de optio. legat.* Alij denique moribus impediuntur ut scemina & serui. Quamquam enim & scemina & serui iudicium aliquod habent, receptum tamen est ut ciuilibus officiis non fungantur, For-





cionis eum esse qui grauius, quàm qui leuius deliquit, eum pro delicti modo, etiam pœnæ modum statui oporteat. *l. perspicendum 11. l. aut facta 16. & pass. j. de pœn.* Grauius autem delinquit qui per fordes quàm qui per imperitiam & stultitiam, adeoque quàm qui per gratiam & ambitionem malè iudicat. Ad eodè iustitiæ dignitas & maiestàs sordes exccratur, tanquam à sordidissima omnium corruptione causam habentes: Et si quod ad condemnatum pertinet nihil interest an per fordes an per stultitiam iudicis, litem amittat. *l. si per imprudentiã 51. j. de emitt.* Nam & eo casu quo sententia per fordes reddita ipso iure nulla est, alleganda tamen nullitas est & probanda, & eo nomine non minore sumptu laborèque litigandum, quàm si à sententia prouocandum fuisset, ac prouocatum. Imò solent obscuriores esse de nullitate quàm de iniquitate sententiæ cognitiones, Propter quam causam iure nostro prouinciali cautum est, vt de sententiarum nullitatibus non nisi per auxilium & remediũ appellatiõis tractari oporteat: Expediendarum scilicet litiũ causa, Ne vbi post multos anfractus de nullitate disputatum fuerit, si tandem appareat valere sententiam ipso iure, iterum de ipsius iniquitate querendum sit per appellatiõnem & nouam litem. Itaque apud nos nullus hodie vsus est *lit. D. & C. quãd. prouoc. non est necess.* Et *lit. que senten. sin. appell. rescind.* vt dicemus ad eum locum.

**b** *vt veram æstimationem litis præstare cogatur.* Ratio dubitandi. Iudici qui perperam iudicando litẽ suam fecit nullacerta pœna constituta est, sed arbitrio & religioni iudicantis relicta *dist. l. vltim. j. de*

*exrr. cognit. & Insti. de oblig. que ex qu. j. delict. proficisc. in princip.* Ergo non semper & omnimodo veram litis æstimationem præstare cogendus est, sed ita demum si ex facti circumstantiis ita æquum iudici videatur. Ratio decidendi. Neque improbitas, neque stultitia iudicis nocere debet litigatori cui nihil imputari potest *vulg. l. non debet alteri 74. de reg. iur. iun. l. 1. & tot. tit. De appellat.* At qui noceret si non cogeretur omnimodo iudex malus veram litis æstimationem præstare. Nec enim aliter indemnitas haberi posset, cum in eo quod interest saltem verum rei precium semper contineatur. *l. 1. j. de in lit. iur. l. 1. j. De action. empr. l. in interdito 6. j. vnde vi, & de vi armat.* Ergo non potest iudex qui litem suam fecit recusare, quominus veram litis æstimationem præstet. Neque tamen hac sola pœna dignus videri potest qui tam grauitè peccauit, sed pro modo delicti interdum etiam infamia, interdum grauiore pœna pecuniaria multandus est, scilicet non per imprudentiam, sed per gratiam, aut per fordes corrumpi se passus sit. *dist. leg. 2. C. de pœn. iudic. qui mal. iudi.* Itaque prudenter Vlpianus hoc loco sic loquitur vt dicat cogendum eum præstare veram litis æstimationem, sed non addit nihil eum præterea præstare debere. Id demum verò religioni & arbitrio iudicantis relinquatur, quod supra veram litis æstimationem deduci in cõdemnationem potest. Excipe tamen filiumfamilias iudicẽ qui litem suam fecit, si eo tempore quo adhuc filiusfamilias est conueniatur. Non enim cogendus est præstare veram litis æstimationem si minus habuerit in peculio eo tempore quo sententiam dixit, vt scriptum est in princip. huius legis.

## 16. VLPIANVS libro quinto ad Edictum.

**I**ulianus autem, in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere. Iquæ sententia vera non est, & à multis notata est.

*Ad l. Iulianus autem 16.*

Ratio dubitandi. Actio in factum quæ datur contra iudicem qui litem suam fecit, est rei persecutoria, cum per eam actor omnimodo veram litis æstimationem cõsequatur, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo dari debet etiam in heredem vt cæteræ actiones honorariæ quæ continent rei persecutionem, vt in specie generaliter scriptum est in *l. honorariis 35. j. de obligat. & action.* Atque ita Iulianus existimabat. Ratio decidendi. Hæc actio continet quidẽ rei persecutionẽ, sed datur ex quasi maleficio & in maleficio pœnam, vnde & pœnalis non malè dici potest. Ergo non debet dari in heredem, vt neque pœnales cæteræ ex maleficio aut quasi maleficio descendentes. *l. 1. j. de priuat. delict.* *§. non autem. Insti. de perpet. & tempor. action. l. pupillum 11. §. 1. de regul. iur.* Scripsi ad *l. vlt. §. vlt. tit. præced. & ad l. quia pertinet 7. sup. de alien. iudic. mut.*

*causæ fact.* Sed nec verum est actionem hanc esse sui natura rei persecutoriam, cum sit in factum. Continet quidem rei persecutionem, ar non nisi arbitrio iudicis. *l. vltim. de extraord. cognit. vt & illa de qua in l. 4. §. vltim. de alien. iudic. mut. causæ fact.* in quo saltem actionum genere perpetuum non est, vt in heredem dari possint quamuis sint rei persecutoriæ, Maxime si ex debito dentur, vt ad eum locum scripsi & *lib. 4. Coniectur. cap. 1.* Proinde Iuliani sententia quam hîc Vlpianus refert, rectè ab aliis notata est, tanquam non vera. Planè si quid ex delicto iudicis ad heredẽ ipsius peruenerit, quod facillè potest contingere, cum iudex non per imprudentiam aut per gratiam, sed per fordes malè iudicauit, certum est eatenus actionem in heredem quoque competere, vt turpe ac improbum lucrum ei extorqueatur. *l. in heredem 3. vbi dixi supra de calumniat.*

## 17. VLPIANVS libro vicenimotetio ad Edictum.

**I**ulianus ait: Si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem, vel ex parte fecerit: alius iudex necessario sumendus est: quia iniquum est, aliquem suæ rei iudicem fieri.

*Ad l. Iulianus ait 17.*

Ratio dubitandi. Nõ potest videri iudicem corrupisse is qui heredem ipsum instituit siue solum, & ex toto assẽ, siue ex parte, cum nullũ ex iudicatore gratioso vel fordido emolumentum consequi

possit ille qui eo iudicari tempore iam mortuus repperitur. Nec rursus quicquam improbè, aut contra leges vel bonos mores fecisse dici potest iudex, qui delatam sibi ab altero litigatorum & à lege hereditatem agnouit. Nihil ergo causæ est cur ei dignitas

gnitas iudicandi auferri debeat quam habuit à prætorẽ, cum id quod fr. lege permittente pœnam non mereatur *vulg. l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adult.* Nec videtur mouere, quod ita futurum sit, vt rei suæ iudex quis constituatur. Est enim ab initio id fieri non deberet, attamen vulgatum est multa facta tenere, quæ fieri prohibentur. *l. patre suo iud. 8. sup. de his qui suis vel alie. iur. sunt.* Præsertim verò iudicis dationem si ab initio rectè, riteq; facta sit. *l. iudex datus 6. j.* vbi hac vna ratione Paulus probat manere iudicem eũ qui postea furere cœperit si modò rectè ab initio datus fuit. Quamquam nec illud nouum est vt quis in sua causa iudex constituatur, cum id ipsum eueniat, quoties vincit quis ex iureiurando sibi vel per aduersarium, vel per iudicem delato. *l. 1. j. quar. rer. act. non det.*

Ratio decidendi. Iniquum est aliquem suæ rei iudicem fieri *tot. t. C. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic. nisi eam aduersarius ipse deserit condicionem,*

vt in *d. l. 1.* quo casu nõ de alio quàm de seipso cõqueri debet is qui iniurandum deferendo aduersarium vtrò iudicem elegit. Ergo si alter ex litigatoribus iudicem suum heredem vel in solidũ vel ex parte fecerit, omnimodo iud. ciũ soluitur, tanquam quod peruenerit ad eum casum à quo non potuisset incipere, vt in specie *l. si a me 11. vbi dixi sup. h. i.* Et necessariò mutandus iudex est, quãtis ab initio ritè datus, aliũque sumendus qui iudicet vt & in specie *d. l. iudex datus 46. j.* Non in pœnã eius qui prior datus fuerat, quasi in aliquo deliquerit, sed ob casus necessitatem, quæ facit per sepe, vt cui iudicis dignitas auferri non potest, iudicandi tamen & necessitas remittatur & facultas salua dignitate & ex æstimatione eripiat, vt in *d. l. iud. x. datus, & in specie huius legis.* Ad quã potè nihil pertinet quod afferri solet ex *l. qui iurisdictioni 10. in. de iurisd.* Est enim lex illa non vt hæc de iudicio, & de iudice, sed de iurisdictione, ac ius dicente.

## 18. VLPIANVS libro vicenimotetio ad Edictum.

**S**i longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet prætor: hoc est, si fortè occupatio aliqua iudicem non patiat operam iudicio dare, incidente infirmitate, vel necessaria profectio, vel rei suæ familiaris periculo.

*Ad l. si longius 18.*

Ratio dubitandi. Abstinendum est ab omni mutatione iudicis quãtum fieri potest, quia vix est, vt ea fiat mutatio sine captione alterutrius litigatorum, Quemadmodum & cæteræ mutationes omnes, vt Plato dicere solebat in republica sunt periculose. Ideoque cum iudex rectè datus non nisi temporalem ex postfacto nanciscitur excusationem, tolerabilis est iudicem illum tantisper expectare quàm iudici nouo rem rursus cognoscendam & iudicandam committere. *l. pen. §. vlt. j. de vacat. & excus. muner.* Atqui in specie huius legis non nisi temporalis potest esse excusatio quæ causam habet vel ab occupatiõne aliqua quæ non patiat tam citò iudicem operam iudicio dare: vel ab incidente infirmitate, vel à necessaria profectio, vel denique ab imminente aliquo periculo rei familiaris. Ergo ex his causis nõ facillè mutari iudex debet.

Ratio decidendi. Et vtriusque litigatoris & reipublicæ interest, quàm citò lites mori & aliquo modo finiri quæ saluo ciuili concordia vinculo

neque nasci, neque viuere diu possunt. Atqui non potest lis finire per iudiciũ sine iudice, Ergo si longius tempus intercessurum erit, quominus iudex datus operam iudicio dare possit, bene prudentèrque facit prætor cum mutari eum iubet. ne alioquĩ trahatur iudicium in longiores moras quas vtrique nimis longas habent ea quoq; iudicia que vel citius expediuntur. *l. iam 15. j. vt legat. seu fidei. nom. camat.* Planè interdum melius est iudicẽ non mutari vt scriptum est in *d. l. pe. §. vlt. de vacat. & excus. muner.* Nempe si non diu sed tantisper expectandus sit iudex iam datus, id est, si non longius vt in hac lege, sed breuius tempus intercessurum sit, quominus per iudicem iam datum expediri iudiciũ possit. Itaque totum hoc in causæ cognitione positum est, & ex breuitate aut diuturnitate temporis quo excusatio veritè milititer duratura est, æstimandum. Iunge *l. 4. C. de pedan. iudi.* vbi hæc ipsa ratio redditur quam ex litum odio desumpimus. Ne huiusmodi casibus interuenientibus impedimentum aliquod in persequendis litibus adferatur.

**I**filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri: ita demum permittimus ei agere (si non sit, qui patris nomine agat. Nam & Iuliano placet, si filiusfamilias legationis, vel studiorum gratia aberit: & vel furtum, vel damnum iniuria passus sit, posse eum vtili iudicio agere: ne, dum pater expectatur, impunita sint maleficia quia pater venturus non est, vel, dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Vnde ergo semper probantur: vt, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere vtili iudicio: fortè depositum reperens, vel mandati agens, vel pecuniam, quam credidit, petens: si fortè pater in prouincia sit, ipse autem fortè Romæ vel studiorum, causa, vel alia iusta ex causa agat, ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, vt impune fraudem patiat, & egestate Romæ labore, viaticulo suo non recepto, quod ad sumprum pater ei destinauerat. Et sive Senatorum esse filiumfamilias, qui patrem habet in prouincia: nõne augetur vtilitas per dignitatem?

*Ad §. si filiusfamilias.*

Ratio dubitandi. Nemo potest agere sine actione. *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. j. de admin. iur.* Atqui filiusfamilias nullam potest habere actionem ex ea noxa ex qua pa-

tri actio competat, quia quoties per filiumfamilias siue actio, siue quid aliud acquiritur patri, sic acquiritur, vt ne momẽto quidem tẽporis acquisitio in persona filij consistat. *l. placet 79. j. de acq. hered. l. 1. j. si quis a parent. manum. sit.* Ergo etiam nemo

fit qui patris nomine agat, non eo magis filio agere permittendum est. Actionem enim habere iuris est, agere verò facti. Ratio decidendi. Actiones quædam sunt, quæ licet per filium familias acquirantur patri, tamen ipsi quoque filio familias competunt hæcenus ut eas suo quoque nomine exercere possit *l. filius familias 9. j. de obl. & act. vbi quatuor illæ exprimuntur Iniuriarum, Quod vi aut clam, Depositi & Commodati, quibus iungendæ sunt omnes eæ quas in factum appellamus, vt cõstat ex *l. in factum 13. eod. tit.* Et has potest filius familias exercere non solum suo nomine, sed etiam iudicio directo tanquam directas, Sed ita tamen si neque pater agere velit, neque alius patris procurator *l. sed si vnus 17. §. ait procurator, si ei j. de in iur.* Aliæ verò actiones sunt, quæ per filium familias omnino patri acquiruntur, ita vt directæ filio familias competere nunquam possint, de quibus agitur in hoc §. Et has non potest filius familias exercere suo nomine nisi vtili iudicio, etiam si neque pater, neque alius quisquam ad sit qui patris nomine agat. Vtili autem iudicio potest quidem eas exercere, & quidem suo nomine non patris, (nam si patris nomine ageret vtique directas actiones exercere posset & deberet quæ patri comperunt) sed non nisi sub eadem condicione, si non sit qui patris nomine agat, vt scriptum est in hoc §. Itaque differunt actiones istæ à superioribus in eo tantum, quod vtilis sunt in persona filio familias, non directæ. Talis est actio furti, itemque damni iniuria si fortè non pater ipse sed filius furtum, vel damnum iniuria passus sit, & alia huiusmodi, quæ ex delicto & maleficio proficiscuntur, quas filio dari nullomodo oporteret, nisi ratio publicæ vtilitatis id faceret. Ne impunita sint maleficia, dum pater expectatur, qui vel fortè nunquam venturus sit, vel tardius, vt interim se verisimiliter subtrahatur sit is qui noxam commisit. Semper enim id agit civilis legislator quantum potest ne impune ferat, qui deliquit *l. ita vulneratus 31. in fin. ad leg. Aquil. l. si a reo 70. §. vlt. de fideiuss. l. si pœna 20. j. de pen. l. vlt. C. de defens. ciuit.* Finge furtum factum esse vel dñum iniuria datū filio familias absenti legationis aut studiorum causa, cui facilius sit habere copiam iudicis quam patris. Cur nõ permittamus ei agere saltem vtili iudicio, non expectata patris voluntate? Sic & in *l. si libertus 12. sup. de in ius vocand.* Delinquit enim, qui patronum aut filium liberti, sicut & qui ceteras personas quibus debetur reuerentia in ius vocat non petita venia, & contra edictum prætoris, Ideo que pœna in hunc statuta est *l. pen. & vlt. eod. tit.* quæ nulla vnquam statuitur, nisi contra delinquentes dicit *l. si pœna. l. sancimus 22. C. eod. tit. vlt. de pen.**

*a Vnde ego semper probavi.* Ratio dubitandi. Cùm actio non ex maleficio venit, sed ex contractu, cessat ratio illa propter quam proximè diximus permittendum esse filio familias vt agat si nemo sit qui patris nomine agere velit, Nempe ne maleficia sint impunita. Toto enim genere maleficia differt à contractu. Ergo non est bona illatio ab eo quod dictum est de maleficiis ad contractus cùm ex diuersis non inferatur, vulg. *l. Papinianus 20. sup. de minor.* Maximè vbi tam euidentis diuersitatis ratio reddi potest *l. illud 32. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam j. de in iur. rups.*

Ratio decidendi. Etiam in contractibus plerumque fraus committitur, quæ non multum distat à

delicto, & quam non magis impunitam manere oportet, quam aliud quodlibet delictum, siquidem in omnibus contractibus certum est exigi bonam illam fidem quæ opponitur dolo malo, de qua in *l. bona fides 31. j. de pos. l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* Ergo etiam non ex maleficio, sed ex contractu veniat actio quæ per filium familias queritur patri, fortè si filius familias depositum reperat vel mandati agat, vel pecuniam quam ipse credidit petat, & quæ permittendum est filio familias, vt possit agere vtili iudicio, non expectato patre si fortè pater sit in prouincia, ipse autem filius Romæ agat vel studiorum gratia, vel ex alia iusta causa, Ne si ei non dederimus actionem futurum sit ei vt impune fraudem patiarur, & egestate labore Romæ nõ recepto viariculo, quod ad sumptū patris ei destinauerat. Quod si addas filium familias hūc de quo agimus Senatori esse, augetur sanè vtilitas, id est, æquitas ista quæ filio familias iudicium vtile dari suadet, per dignitatem, cuius sanè maiorem rationem haberi semper æquum est *l. filius familias 7. §. nonnunquam j. de donat.* Vtilitatem dixit Vlpianus pro æquitate, quoniam vt alibi sæpè monui, legislator civilis æstimat æquitatem civilem ex sola vtilitate publica. Vnde & iudicia vtilia vocantur ea quæ iure deficiente dictantur à prætoribus ex sola æquitate.

*b Fortè depositum repetens* Ratio dubitandi. Filius familias qui ipse deposuit, habet proprio nomine actionem depositi *l. Iulianus 19. j. de pos. dicit. l. filius familias 9. j. de obligat. & action.* & quidem directam. Sic enim supra explicauimus. Ergo vtile depositi iudicium, de quo solo agitur in hoc §. habere non potest, quia nunquam in eadem persona potest vtilis actio concurrere cum directa, cùm directa tanquam maior & plenior tollat vtilem tanquam minorem *l. si heres 70. j. ad SC. Trebellian. l. si reus 13. j. de duobus reis. l. debitori 50. inf. de fideiuss.*

Ratio decidendi. Multum interest an filius familias rem paternam deponat, an verò alienam, Si quidem & aliena res deponi potest, cùm non id agatur per depositum vt dominium, adeoque nec vt possessio rei depositæ in accipientem transferatur, §. *rei depositæ l. licet 17. j. de pos.* Priore casu depositi actio directa queritur soli patri, tanquã quæ non tantum ex facto filio familias, sed etiam ex re patris acquiratur. Posteriore verò actio etiam directa queritur filio non patri, cuius quippe interest. Ad priorem causam pertinet species huius §. in quo agitur de deposito aut credito viaticuli ad filij sumptum à patre destinati: ac proinde ex quo queritur actio directa non filio qui deposuit, sed patri. Quid si filius re peculiarem deposuisset? Vtique habuisset actionem depositi nõ solum proprio nomine, sed etiam directam, quia peculium est quidem patris, sed tamen ita vt sit etiam filij *l. 3. §. sed vtrum. sup. de minor.* ita vt de re peculiari non possit agere pater nisi nomine filij *l. 3. §. Pomponius. & l. patri 27. eod.* Hodie factio filio familias capax aduentitiorum etiam inuito patre, fieri facile potest vt filius familias nec paternam, nec alienam rem deponat, nec peculiarem sed propriam: quod si eueniat, non est dubitandum, quin ipsi filio familias directa actio competat, non patri ex *l. cum oportet 6. & l. vltim. C. de bon. qua liber. iun. & dicit. l. filius familias 9. de obligat. & action.* Et sanè cùm hæc posterior species huius §. tanquam similis sub-

iecta

iecta sit superiori, non de alia re & actionis materia intelligi potest, quam ex qua patri actio dire-

cta competat non filio, vt prima §. verba demonstrant.

7. VLPIANVS libro sexagesimo ad Edictum.

**H**eres absens ibi defendendus est, vbi defunctus debuit, & conueniendus, si ibi inueniatur, nulloque suo proprio priuilegio excusatur <sup>b</sup>.

*Ad l. heres absens 19.*

Ratio dubitandi. Vnusquisque ibi defendendus est vbi domicilium habet, vel vbi contraxit, ibique bona eius absentis non defendatur, venire debent *l. 1. & 3. j. de reb. autor. iudi. possid.* Atqui facile fieri potest & verò fit plerumque vt in alio loco domicilium habeat heres defuncti debitoris, quam in quo defunctus ipse debuit, cùm nec filius patris sui, siue viui, siue mortui domicilium sequatur, cuius ratio etiã in persona ipsius patris, vt & alterius cuiuslibet temporaria est *l. adsumptio 6. §. filius. l. liber tuus 16. §. parris. j. ad municip.* Ergo heres absens non ibi defendendus est vbi defunctus debuit, sed vbi heres ipse domicilium habet. Non enim possit adde quod proximè diximus aut vbi contraxit cùm agamus de debito nõ per heredem ipsum, sed per defunctum contracto. Ratio decidendi. Heres cum de eo conuenitur, quod defunctus debuit, non ex propria sed ex defuncti persona conuenitur, in cuius locum successit *l. si is qui Roma 34. j. hoc tit. l. & cum quo censetur eadem persona l. heres 22. j. de v. succa.* Proinde cogitur sequi forum defuncti, vt siue absens sit, ibi ab alio defendi debeat, siue præsens, ibi se conueniri patiarur. At si ex persona propria conueniretur, aliud esset, tuncq; obtinerent ea quæ attulimus, pro ratione dubitandi.

*a Sibi inueniatur.* Nam vbi quis etiam absens defendi ab alio debet, vt bonorum eius venditio impediatur, ibidem si inueniatur multo magis debet se defendere vt non condemnetur.

**¶** Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, vnde obligatio oritur, certo loci administrat: & si ibi domicilium non habuit, ibi se debet defendere: & si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.

*Ad §. 1. si quis tutelam.*

Ratio dubitandi. Qui tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud vnde obligatio nascitur, certo loco administrat, non nisi ex propria persona proprioque facto conuenitur. Ergo si domicilium eo loci non habuit, nõ debet ibi conueniri, sed vbi domicilium habet. Et similiter nõ ibi defendi debet, nec bonorum venditionem pati, si non etiam domicilium ibi habeat. Ex generali iuris regula, quæ vult cogi actorem in quacunque actione, siue in rem, siue in personam concepta sit, sequi forum & domicilium rei *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iurisd. omn. iudic.*

Ratio decidendi. Non tantum in loco domicilij potest quis conueniri, sed in illo etiam in quo con-

*b Nulloque suo proprio priuilegio excusatur.* Ratio dubitandi. Nemini priuilegium suum inuito aufferendum est, sine magna causa, quia nec sine causa concedi solet *l. pen. C. de pact. l. si quis ex aliena §. sup. hoc tit.* Atqui nihil potest imputari heredi, qui ex propria persona priuilegium aliquod habet quod defunctus non habuit. Ergo non ob id minus priuilegio suo vti potest.

Ratio decidendi. Priuilegium personæ concessum nunquam egreditur personam *l. 1. §. vlt. sup. de constit. Princ.* Atqui egredere personam si quod Titio tanquam Titio vel tanquam magistratui concessum est, eidem prodesse tanquam heredi Sempronij qui nullum priuilegium habuit. Id enim perinde est, atque si diceremus illud ipsum priuilegium Sempronio prodesse debere. Nam qui tanquam heres Sempronij conuenitur, pro Sempronio habendus est, eodemque iure censendus: nec tam quis conueniatur inspiciendum est quam quasi quis *l. si pater familias 15. §. 1. sup. de ad op. l. ita coru 6. in princip. sup. quod cuiusque vnuer sit.* Ergo quod priuilegium Titio prodesse si ex propria persona conueniretur, non debet ei prodesse si tanquam heres Sempronij conueniatur. Alioqui afficeretur iniuria is qui cum Sempronio contraxisset, non contracturus fortasse si tale priuilegium Sempronius habuisset, quale nunc Sempronij heres habere intuentur, argum. *l. A. Emilianus 38. sup. de minor. l. apud Iulianum 3. in fin. j. ex quibus causis in possess. ear.*

traxit aut quasi contraxit, vt scriptum est in §. vlt. huius legis, & in *l. 4. §. omnes autem. sup. h. r.* Acquis is qui tutelam vel curam vel negotia certo loco administrat, ibidem quasi contraxisse intelligitur, & ex eo quasi contractu obligatur & conuenitur *l. si quis absens §. in princ. & §. 1. j. de obl. & action.* Ergo non tantum in loco domicilij sui quod alibi habuit, conueniri poterit, sed etiam & maximè in loco administrationis *l. 1. & 2. C. vbi de ratiocin. tam publ. quam priuat. agi oportet.* vbi ratio redditur, quod in eo ipso loco & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possunt documenta præstari. Vnde illud etiam fit vt ibi debeat fieri editio instrumentorum administrationis *l. 4. §. vlt. sup. de e. dend. lunge l. neque femina §. 4. §. 1. sup. de procur.*

**2** Proinde & si merces vendidit: certo loci, vel disposuit, vel comparauit: videtur, nisi alio loci vt defenderet, conueniri, ibidem se defendere. Num quid dicimus, eum qui à mercatore qui comparauit aduena, vel ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oportet ibi bona possideri, sed domicilium sequi eius? at si quis ab eo, qui tabernam, vel officinam certo loci conductam habuit, in ea causa est, vt illic conueniatur? quod magis habet rationem. Nam vbi sic venit, vt confestim discedat, quasi à viatore emptis, vel eo, qui transuehebatur, vel eo, qui *παρὰ λεί, id est, prater nauigat*, emit, durissimum est, quotquot locis quis nauigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi,



At si quo constitit. non dico iure domicilij: sed tabernulam, pergulam<sup>d</sup>, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, defendere se eò loci debet.

*Ad §. 2. Proinde & si merces.*

Ratio dubitandi. Venditio & emptio non est similis administrationi tutelæ, vel curæ, vel negotiorum, aut argentaria, quia non perinde habet tractum temporis, sed vnicò & continuo tractatu expeditur *l. si voluntate §. C. de rescin. vendit.* Ergo non est bona illatio ab eo qui tutelam vel curam, vel negotia, vel argentariam administravit, ad eum qui merces vendidit, vel disposuit vel comparavit.

Ratio decidendi. Tam is qui vendidit, vel comparavit tenetur ex contractu quam ceteri, de quibus supra diximus, tenentur ex quasi contractu. Ergo idem ius in omnibus statui debet. Cùmque plus sit contrahere, quam quasi contrahere, tautò maior ratio est vt qui contraxit ibi conueniatur, quam qui tantum quasi contraxit.

*a Vel dispositio, scilicet merces suas tanquam eo loco vendendas, licet nihil ipse ibi vendiderit.* Sufficit enim vt merces eo loco dispositas habuerit ad vendendum, quantum ad hoc vt possit eo loco conueniri si qua ex iusta causa se ibi obligauerit. Gallicè dicimus *est aller sa marchandise.*

*b Nisi alio loci vt defenderet, conuenit.* Ratio dubitandi. Priuatorum pactio legum autoritate non censetur *l. vltim. j. de ius & leg. it.* Atqui ex legum autoritate est, vt quis possit ibi conueniri, vbi contraxit *l. 2. §. omnes autem. sup. hoc tit.* Ergo nulla cõuentione fieri potest, vt non ibi se debeat defendere.

Ratio decidendi. Cuilibet permissum est iis quæ pro se introducta sunt renunciare *l. pen. C. de pact. l. pactum 46. sup. eod. ill. tit. l. si index circumuento 41. sup. de min.* & conuentionibus omnino standum est si modò neque contra leges sint, neque contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait prætor. de pact.* Atqui neque contra leges neque contra bonos mores est vt quis hoc potius quam illo loco defendi debeat. Nihil enim reipublicæ interest. Ergo si conuenit, vt quis alio loco se defendere debeat, quam in quo alioqui defendendus esset, valebit conuentio.

*c Eum qui à mercatore quid comparauit, aduena.* Ratio dubitandi. Tam verum est contraxisse certo lo-

3 ¶ Apud Labeonem quæritur, si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo seruo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit, quare ibi se debeat defendere.

*Ad §. 3. apud Labeonem.*

Ratio dubitandi. Ibi demum vel defendendus vel conueniendus quisque est vbi vel domicilium habet, vel contraxit, vt diximus in præcedentibus, & constat ex *l. 1. 2. & 3. j. de reb. autor. indic. possid.* Atqui nemo dixerit eum qui Romæ seruum habeat institorem vendendarum mercium gratia, ob id solum videri esse Romæ, cum seruus non pro eadem persona cum domino, sed pro nullo computetur tam iure ciuili & prætorio quam extra ordinem *l. qui testamento 20. §. seruus. Qui testa. facer. poss. l. nullo modo 7. j. ad legem Cornel. de fals. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Ergo si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, non ob id cogendus est Romæ se defendere de eo quod per seruum illam Romæ contractum fuit. Nam & verum est contractus omnes esse facti

eo cum qui alicubi comparauit à mercatore aduena, aut qui vendidit ei quem sciebat inde statim profecturum, quam qui cum eo contraxit qui ibi constitit siue iure domicilij, siue quòd tabernulam, pergulam, horreum, armarium, vel officinam conduxisset. Ergo perinde omnibus istis casibus, dicendum est defendi eum debere qui conuenitur in eo loco in quo contraxit. Ratio decidendi. Nemo ibi esse intelligitur vbi non nisi fortuito est, & animo statim discedendi *l. si fundus 44. l. si ita legatum 86. de leg. 3. iunct. l. qui aliter 67. eod. l. ex factis 35. §. rerum autem. j. de hered. instit. l. generali 32. §. uxori de usufruct. legat.* Ergo qui in aliquo contraxit tanquam aduena, & inde statim profecturus, perinde habendus est ac si non ibi magis quam alibi contraxisset. Alioqui sanè durissimum & iniquissimum est eum qui quasi viator dum transeheretur vel præternavigaret cõtraxit tot locis defendi debere in quot locos delatus fuit, eaque res nundinarum libertatem & vtilitatem maximè læderet, quæ omnino conseruanda & adiuuanda est *l. vnic. C. de nundin. & mercat.*

*d S. ad tabernulam, pergulam.* Ratio dubitandi. Etiã si quis tabernulam, pergulam, horreum, armarium vel officinam conduxerit in certo loco, in eoque ex hac causa constitit, si tamen non iure domicilij id fecerit, nõ alius tamen videtur esse quam aduena quidam inde statim profecturus quem proximè diximus non esse cogendum ibi se defendere de iis quæ ibi cõtraxit. Quid enim aliud est nolle quem domicilium alicubi contrahere, quam velle inde breui discedere? Ergo nec hic cogendus est ibi se defendere vbi sic contraxit. Ratio decidendi. Qui certo in loco constitit non casu fortuito, sed tanquam ibi negotiaturus, licet non ita faciat animo contrahendi domicilij, Attamen quantum ad negotiationem illam, quam ibi exercuit, nõ pro prætereunte habendus est, sed pro eo qui velit & debeat ibi conueniri, perinde ac si domicilium ad tempus ibi constituisset. Nam & domicilij cuiuslibet ratio temporaria est *l. libertus 17. §. patris. j. ad municip. Nec mutat causam actionis locus vendendi e-*

*l. consilio 7. §. vlt. j. de curat. furios. ea verò quæ facti sunt non tranfire ad dominum l. qui heredi 44. de condic. & demonst.*

Ratio decidendi. Quod contractum est cum seruo institore perinde habendum est, atque si cum domino ipso contractum esset, quippe qui seruum suum in eam rem præposuerit & fecerit quasi procuratorem *l. §. non tamen. & seq. & pass. j. de instit. act.* Ergo sicut commodum ille sentit ex actu institoris, ita & obligari eum ex contractibus eiusdem institoris & conueniri æquum est *l. in princip. eod.* Nam nec qui cum seruo institore contrahit serui aut alterius institoris personam respicit, sed domini, qui eum præposuit dummodo contractus ad eam negotiationem pertineat cui institor præpositus fuit *l. §. non tamen. sibi que debet imputare qui tale præposuit l. sed & si quis 17. in f. eo.* Alioqui facile

facile circumueniretur, & passim qui cum eo contraherent quod alienum esset à promiscui vsus & commercij vtilitate *l. si quis mancipijs 17. §. si impubes. eod. tit.* nec factum serui hoc casu nocet domino sed factum & voluntas ipsius domini qui insti-

tozem fecit. Denique generale est vt quoties dominus ex serui facto tenetur, debeat ille defendi, possitque conueniri eo in loco in quo seruus ipse vel contraxit vel deliquit *l. non alius 24. §. 1. in f. hoc titulo.*

¶ Illud sciendum est: eum, qui ita fuit obligatus, vt in Italia solueret, si in prouincia habuit domicilium, vtrobique posse conueniri, & hinc, & ibi: & ita & Iuliano, & multis alijs videtur.

*Ad §. vlt. Illud sciendum est.*

Ratio dubitandi. Qui in prouincia domicilium habet, in eaque contraxit, non alibi quam in prouincia ipsa potest conueniri, siue locum domicilij spectes, siue locum cõtractus: quorum alterutrum inspiciendum esse iam toties diximus. Ergo quamuis se obligauerit, vt in Italia solueret, nihilomags in Italia poterit cõueniri. Ratio decidendi. Potest quisque conueniri in eo loco in quo contraxit, etiam si domicilium ibi non habuerit. Quid enim æquius aut conuenientius est quam ex contractu quem conueniri vbi contraxerit, cum ibi se obligauerit, obligatio autem quæ iusta & ciuilis est, statim pariat obligationem *l. licet 43. §. ea obligatio. de procurat.* Atqui contraxisse vniuersumque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse 21. j. de oblig. & action.* Est enim potissima pars obligationis dies & locus solutionis *l. 1. §. editiones. sup. de edend. l. 1. & tot. tit. j. de eo quod cert. loc.* Ergo si is qui contraxit in ea prouincia in qua do-

micium habuit, se obligauerit vt in Italia solueret, dicendum est posse illum vtrobique conueniri, & hinc & ibi, hoc est, & in prouincia & in Italia. In prouincia verò non, quia ibi contraxerit (nam nec cõtraxisse intelligitur alibi quam in Italia cum in eodem instanti duobus locis contrahere nõ poterit) sed quia ponimus eum ibi domicilium habuisse. Alioqui si neque in ea prouincia sed in alia domicilium habuisset, perinde quidè posset duobus locis cõueniri sed non in prouincia illa in qua se obligauit, at in prouincia sui domicilij & in Italia. Idque est quod hinc Vlpianus significat iis verbis *si in ea prouincia habuit domicilium*, vt intelligamus si in vna prouincia se obligauerit ad soluendum in Italia, domicilium verò habeat in alia prouincia solius domicilij aut loci qui destinatus solutioni fuit, habendam esse rationem, non alterius prouinciæ in qua nec domicilium constitutum nec solutio faciendâ fuerit, quamuis in ea verè contractum fuisse proponatur.

20. PAVLVS libro 58. ad Edictum.

Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est: vt vbiunque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quamuis non ex crediti causa debeatur.

*Ad l. omnem 20.*

Ratio dubitandi. Aliud est contractus, aliud autè obligatio. Cõtractus enim sunt omnes facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* Obligatio verò iuris Tit. de oblig. Instit. Nec rursus obligationes omnes nascuntur ex contractu, sed pleraque ex quasi contractu, Aliæ ex delicto, multæ ex quasi delicto, Nonnullæ etiam ex alijs quibusdam modis & variis causarum figuris *l. 1. j. de oblig. & act.* Ergo non potest fieri vt omnis obligatio pro contractu habeatur. Est enim contractus materia tantum, eaque non adæquata, nõ etiã forma & substantia obligationis, & sicuti obligatio parit actionem, Ita cõtractus omnis parit obligationem, quãuis non è conuerso dici possit obligationem omnem esse ex contractu. Proinde sicut ridèdus esset qui diceret omnem obligationem esse actionem, Ita nec videtur illud ferri posse vt omnem obligationem pro contractu habendam esse dicamus.

Ratio decidendi. Non ait Paulus omnem obligationem aut aliquam esse contractum, sed omnem obligationem pro contractu habendam esse, Idque nõ simpliciter & absolute, sed hæcenus, vt vbi cõtrahe, id est, quocunq; loco quis obligatur, ibi & cõtrahi videatur, Scilicet quantum ad iuris regulam & propo-

sitionem illam attinet, de qua diximus in præcedentibus, quæ habet, Possè quemlibet conueniri in eo loco in quo contraxit, quamuis ibidè domicilium non habeat. Itaq; si quis obligetur nõ ex contractu, sed vel ex quasi contractu, vel ex delicto, vel ex quasi delicto, vel denique ex qua alia causarum figura, perinde dicendum erit cõueniri eum posse in loco in quo se obligauit, atq; si in eo contraxisset: Ratione illa generali quod æquè possit imputari ei qui quacunque ex causa se obligauit, cur in eo loco se obligauerit. Nam & cum quis cõuenitur in eo loco in quo verè cõtraxit, non idèd conuenitur ibi, quòd ibi contraxerit, sed quòd ibi se obligauerit contrahendo. Quid n. refert hac parte, quæ ex causa quis se obligauerit, dummodò se voluerit obligatum? *a Quamuis non ex crediti causa debeatur.* Id est, Quãuis obligatio aliunde quam ex contractu proficiatur. Crediti enim nomen sumpsit hinc Paulus generaliter, vt & prætor in ea parte edicti quæ est De rebus creditis, pro omni genere contractus. Nam cuiusque rei assensumur, alienam sedem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicitur *l. 1. j. de reb. cred.* Et sanè de sola pecunia credita Paulum hinc loqui nemo dixerit.

21. VLPIANVS libro 70. ad Edictum.

SI debitori meo velim actionem edere, probandum erit, si fateatur se debere, paratum. Que dicat soluere audiendum cum: dandumque diem cum competentem cautela ad soluendam pecuniam. neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. Modicum autè tempus hinc intelligendum est, quod post condonationem reis indultum est.

*Ad l. si debitori 21.*

Ratio dubitandi. Qui dicit paratum se soluere, non idèd tamen soluit, neque satisfacit, si non in promptu offerat solutionem, idèd que nec culpandus est creditor qui desiderat solutionem si non a-

lia ratione volenti ei satisfiat *l. si rem 9. §. omnis. & §. vlt. cum l. seq. j. de pign. act. l. item liberatur 6. §. j. quib. mod. pig. vel hypot. soluit.* Ergo si debitori meo velim actionem edere vt postea vocare illum in ius possim (nam quemadmodum actionum omnium in-

sticuendarum principium, ab ea parte edicti proficiscitur quæ est de in ius vocando §. omnium. Inj. de pœn. mer. l. i. g. ita vocationem in ius precedere debet editio, vt probauimus ad l. i. sup. de edend. nihil ei prodesse debet quod paratum se dicat soluere si diem petat ad soluendum, nec pecuniam ipsam offerat in promptu, quamuis offerat etiam in promptu cautionem, quam hæc lex vocat competentem cautelam. Alioqui facile erit homini tergiversatori his artibus effugere aut saltem per aliquod tempus eludere potestatem iudicij, quod tamen idè redditur in inuitum ne possit eludi l. inter stipulantes §. §. i. de verb. oblig.

Ratio decidendi. Edendæ actionis necessitas nõ aliam ob causam edicto prætoris introducta est, quàm vt scire possit reus an contendere debeat an cedere, quod in ciuile esset primo congressu in ius rapi oborto collo cum, qui fortasse cessurus fuerat si præmonitus fuisset per editionem. d. l. 1. §. de edend. Ergo si debitori meo velim edere actionem quam suam institutum isque fateatur se debere, & paratum se dicat soluere, audiendus est, nec ulterius progredi, & vocationem in ius pati aut iudicium suscipere cogendus Nam iniquum est cogi eum accipere iudicium qui nolit contendere l. si reus 72. §. de procur. l. quidam existimauerunt 21. §. de reb. credit. l. ex iudicatum solui 16. §. iudic. solui.

2. Dandumque diem cum competenti cautela ad soluendam pecuniam. Aut valde fallor, aut hic versiculus & omnia quæ in hac lege sequuntur Triboniani sunt nõ Pauli. Paratum enim soluere Paulus intellexerat enim qui pecuniam in promptu & in numerato offerat, vt & Neratius in d. l. ex iudicatum 16. §. iudic. solui. non eum qui petat diem ad soluendum, tametsi offerat idoneam cautionem. Hic enim non soluere sed satisfacere paratus est. Nemo autem satisfactionem pro solutione accipere cogitur d. l. si rem. §. omnis. & §. vlt. cum seq. De pign. act. Alioqui non magis liberaret pignus qui paratus esset soluere quàm qui paratus esset satisfacere, cum pignus non aliter liberetur quàm si re vera soluta sit pecunia, vel aliter eo nomine satisfactum d. §. omnis & l. grege 13. §. etiam. §. de pign. l. debitor 59. §. ad SC. Trebell. l. penult. §. i. §. de except. rei iudic. Et tamè qui paratus est soluere, pignus liberasse videtur, & quidem merito, vt Vlpianus ait in l. item liberatur 6. §. 1. §. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Nempe quia siue pecuniam accipere velit creditor, soluit qui soluere paratus est, siue nolit accipere, stat per eum quominus solutio fiat, idè quæ in eius odium pro soluto habendum est, quod debetur, l. potior 11. §. vlt. §. qui potior in pign. hab. Si modò debitor non cesserit offerre. Hoc enim addendum est ex l. qui Roma 122. §. Scia. §. de verb. obligat. quia si cuti non videtur interpellasse ad constituendum in mora debitorem, creditor etiam si restatò interpellauerit si debiti repetendi instantiam omiserit l. mora 32. infr. de usur. Ita neque potest videri obrulisse pecuniam debitor, qui quandoq; postea cessat offerre. Hincque nimirum comparatus est vltus oblationis, per quam fit, vt semper videatur offerre debitor, qui alioqui ad fores creditoris perpetuò stare cogere, ne in oblatione cessare dici posset. Tribonianus stylum manumque produunt verba illa tam sæpe à nobis obseruata cum competenti cautela. Nemo enim Iureconsultorum sic vnquam locutus est pro eo quod voluit Tribon. dicere oblati idonea cautionem. Insciam verò maximam illud detegit,

quod paratum soluere, de quo Paulus loquebatur, intellexit eum qui verbo tantum dicat se paratum offerre, non qui re vera sit paratus. Errore non dissimili ei qui apud interpretes & pragmaticos nostros frequentissimus est, existimantes omnibus iuris nostri locis in quibus agitur de oblata pecunia, oblationem illam significari quam verbalem vocant, vt in dict. l. si rem. §. vlt. dict. l. qui Roma in princip. & dict. §. Scia l. qui decem 72. in princ. & §. 1. l. creditor 102. de solut. l. acceptam 19. Cod. de usur. quod sanè ridiculum est. Nam qui verbatenus offert pecuniam quam in promptu & numerato nõ habet, non tam offerre pecuniam vel verbo dicendus est, quàm offerre verba pro pecunia. Quomodo enim potest quis offerre id quod nec ferat? vrin similitudine ratiocinatur Pomponius in l. si tibi 8. §. vnus. de opt. legat. Siquidem nihil aliud est offerre quàm ob oculos ferre, anteferre, præ se ferre. Idè quæ nec dubitandum est quin quoties de oblatione prudentes loquuntur, de vera & reali non de verbali & euentita sentiant, quod probatur omnium optime ex dict. l. si rem. & ex dict. §. qui paratus. Verbalis namque nullus omnino momenti est, etiam si in iudicio facta sit, adè vt purem neque prodesse illam debere ad hoc vt liceat debitori pecuniam obsequiare. Nunquam enim potest incipi ab oblatione, sed ita demùm oblatio obligatio vim solutionis habet, si ceptum sit ab oblatione solutionis, quam sine causa creditor recusauerit, qui porro non potest videri recusasse si verbalis tantum non vera oblatio fuit d. l. acceptam vbi not. Co. de usur. & l. oblatione. Cod. de solut. Neque necesse est ad oblationis verbalis potestatem euitandam, adhibere remedium quod Bartolus tradit ad l. persequutione 24. Cod. de pign. vt debitori dicenti se paratum soluere creditor respondeat, se quoque paratum esse accipere. Nam etiam si ad oblationem verbalem nihil creditor respondeat, non idè tamen debitor meliorem suam causam fecerit, quippe qui non verba pro pecunia sed pecuniam offerre debuit. In summa si Vlpianum nostrum intelligerent cum Triboniano de eo debitor quæ verbatenus duntaxat paratus esset soluere, reuera autem peteret diem & dilationem ad soluendum, atque interim actionis editionem recusaret, dicerem contra quæ Vlpianus hic scripserit, non esse illum audiendum, Tanquam qui eiusmodi oblatione verbali & inani, aliud nihil præ se ferat nisi quod neque soluere vult, neque litigare.

b. Neque enim magnum damnum est in mora modica temporis. Ratio est dignior Triboniano, quàm Vlpiano. Eadem enim ratione dicendum esset, omnes eos qui præcisè vrgentur ad solutionem audiendos esse si petant dari sibi quadrimestres inducias ad soluendum. Hoc enim modicum illud tempus est de quo hic Tribonianus sentit, vt sequentia ostendunt. Et tamen nec iuris ratio nec praxis nostra hoc admittit. Qui enim fatetur aut conuincitur pure debere, statim quoque soluere cogitur si non impetrauerit à iudice tempus aliquod ad soluendum, quod neque semper est quadrimestre l. 2. infr. de re iudic. Nec tam inspiciamus an damnum aliquod futurum sit creditoris in mora tam modici temporis, quàm vtrum iustam causam aliquam alleget debitor propter quam dilatio ad soluendum ei dari debeat. Ac fortassis e quidem durum videri possit vt quis oborto collo rapiatur in carceres & præci-

præcipitur ad solutionem si fortè post tres aut quinque dies sit solutus, arg. l. si post tres 8. sup. si quis cautionem. & l. si ita quis 135. §. ea leg. e. §. de verb. oblig. de quæ ea re cauere sit paratus. Sed cum de sola actionis editione hic loquamur, quænam obsecro potest esse causa recusandæ editionis ex parte debitoris? An fortè damnum aliquod passurus sit, ex eo quod actionis editionem patiatur? Imò verò cū editio nõ aliam ob causam fiat, quàm vt sciat reus an contendere debeat an cedere, dubitandum non est ita obseruari solitum fuisse, vt dilationem aliquam consequenter haberet reus ad deliberandum: quæ dilatio & à vocationis iniuria in præsens eum eximebat, & simul dabat ei opportunitatem explicandæ pecuniæ si fortè decerneret mallèq; cedere ac soluere, quàm contendere. Etsi verisimile satis est non tãti temporis fuisse dilationem illam, quanti erat ea quæ iudicatis dabatur ad soluendum. Quid ergo necesse fuisset debitori fatenti se debere, & dicenti se paratum soluere, atque ita editionem actionis recusanti dare dilationem ad soluendum, quam vltro neglexisse videtur qui eam suo iure ab inuito creditore extorquere poterat, si actionis editionem tibi oblata non recusasset? Solus igitur ille actionis editione non indiget, ob id quæ recusans eam audiendus est, qui non tantum fatetur se debere, sed etiam dicit paratum se statim soluere, oblata scilicet præsentis pecunia, nullaque amplius dilatione ad soluendum petita.

c. Modicum autem tempus. Hic quoque versiculus sicuti pendet ex additione illa Triboniana quam nos proximè obseruauimus, ita eiusdem Triboniani imperitiam manifestus prodit. Cum enim dixisset indulgendum debitori consentienti tempus modicum ad soluendum, valde laborandum habuit in modico illo tempore definiendo. Et cum in aliis iuris partibus modicum tempus intelligatur, quod consistit spatio aliquo temporis nec minimo nec maximo, sed quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi possit l. quo enim 12. §. Iulianus. §. rat. rem haber. l. 1. §. item si ita 8. §. ad leg. falcid. l. quod dicitur 105. de solut. l. quid tamen 21. §. vlt. sup. de recept. qui arbit. recep. Aut quod decimo die cogitetur, vt in l. promissor 21. §. 1. §. de const. pecu. denique quod positum sit in arbitrio & religione iudicantis, Tribonianus, quasi nouum aliquid de suo proferens, maluit interpretari modicum tempus quod condènat is datur, quod ipsum tamen quamuis ab initio triginta duntaxat dierum ex lege 12. tabul. postea factum est arbitrium d. l. 2. & l. debitoribus 31. de re iudic. tãdem quadrimestre est Iustiniani constitutio in l. 2. l. vlt. C. de usur. rei iud. Nam quod quidam de duobus mensibus adferunt ex d. l. debitoribus, ad rem non pertinet. Duo enim illi menses, de quibus eo loco agitur non iudicatio faciendò, sed vendendis pignoribus præstituti sunt, vt alibi monuimus. Fefellit planè Tribonianus Diui Pij rescriptum à Callistrato relatū in d. l. debitoribus, quo continetur vt debitoribus qui ferebuntur se debere, aut ex re iudicata necesse habebunt rededere, tempus ad soluendum detur. Debuit enim

Tribonian. obseruare locutum fuisse Diuum Pium de iis debitoribus qui in iure confessi sunt se debere, petantque dari sibi dilationem ad soluendum, Quos vtique constat pro iudicatis & condemnatis haberi l. 1. §. de confess. idè quæ & eadem tempora post confessionem habere, quæ haberent ex causa iudicati l. certum 6. §. vltim. cod. At Vlpianus in hac lege non de illo debitor loquitur qui confessus sit in iure, sed de eo qui & extra ius & extra iudicium oblata ab aduersario actionis editionem recusans, confessus proinde est extra ius & extra iudicium se debere. Nec enim fiebat editio in iure aut in iudicio, cum fieret ante vocationem in ius à qua instituendæ actionis initium sumebatur, vt diximus. Ergo neque confessio debiti facta edere volenti, in iure facta dici aut videri potest: Sed neque de illo debitor Vlp. loquitur, qui petat diem ad soluendum, vt in d. l. debitoribus, sed de illo qui ex contratio paratum se dicat soluere, quod ipsum nihil aliud est, vt probauimus, quàm nulla ad soluendum dilatione indigere, Nisi ponas eum qui dicit se paratum soluere mentiri, quomodo vtique mentitur si nihil in manu habeat vnde soluat. Mentienti verò quis putet fauendum esse, aut aliquid indulgendum? l. vlt. de rei vindic. l. 1. §. interdum si quadrup. paup. fec. dicat. l. de arate 11. §. cum esset. de interrog. in iur. faciend. Fefellit etiam Tribonianus, vt puto, quod huius legis speciem putauit similem ei quam idem Tribonianus tractat in §. §. si in rem. Inj. de offic. iudic. vbi scribit si possessor neget in præsentis se posse restituere, & sine frustratione videbitur tempus ad restituendum petere indulgendum id ei esse, ita tamen vt de litis æstimatione caueat cum fideiussore. Illa enim cautio est quam hic competentem cautelam Tribon. appellat. Sed quid habent ista simile? Ibi negat possessor se posse in præsentis restituere, petitque dilationem restituendi causa. Hic verò debitor non tantum fatetur se debere, sed etiam dicit paratum se soluere, nihilque aliud postulat, nisi vt ea de causa editionem actionis pati non cogatur. Non ignoro aliam fuisse editionem & actionis & instrumentorum quæ fiebat apud iudicem datum à prætoribus, de qua in l. non videtur 33. §. hoc ti. Sed nego vllam fuisse quæ fieret apud prætorem, quippe cum ex ea actione quæ fuerat ante vocationem in ius edita, litis contestationem coram prætoribus sequi necesse esset. Certè actionis mutationem & emendationem si qua faciendà erat, fieri oportebat apud prætorem ante litem contestatam & priusquam ille iudicium diceret l. edita 3. C. de edend. quia postquam iudex à prætoribus datus, certæque actionis formulæ additus fuisset, non potuisset ea mutatio actionis fieri apud iudicem qui in alia omnia actione incompetens exiisset. Quid ergo hæc lex, inquit, pertinet ad hunc titul. qui est de iudicibus datis? Nempe quia & editio actionis, & in ius vocatio & litis contestatio sunt præparatoria iudiciorum? Nec enim iudicium vllum aut dictari aut accipi potest quin omnia ista præcesserint.

22. P A V L V S libro tertio ad Plautium.

Q Vi non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, & ad eundem iudicem mitti.

Ad l. qui non cogitur 22.

Hæc lex est de reconuentione, de qua scripsimus

copiosè lib. 20. Coniecturarum iuris ciuilib. Idè quæ hic erimus breuiores. Nam & hanc ipsam le-



gem ex professo interpretati sumus.

Ratio dubitandi. Reconuentio nō tollit incompetentiam iurisdictionis, sed tantum iudicij & iudicis dati *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Ergo qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati etiam si ibi agat, non idē tamen cogendus est excipere ibidem actiones, & pati, ut a prætorē ad eūdem iudicē miratur. Illa enim huius legis verba *in aliquo loco* euidenter ostendunt, trahere Paulum in hac lege de incompetētia quæ sit non ex parte iudicis dati, sed ex parte ius dicentis & iurisdictionis, quæ ex loco & territorio æstimatur *l. ult. §. de iurisd.* Ratio decidendi. Potest fieri ut iurisdictionis sit competēs in aliquem, qui tamen iudicium in eo loco pati non cogatur, Puta si is aliquod priuilegium habeat propter quod sit ei ius declinandæ iurisdictionis ordinariæ. Non enim alia iurisdictionis declinari potest quam quæ alioqui ordinaria sit & cōspiciens *l. no. 10. 4. C. de iurisd. om. iudic.* Et longē aliud est, Ex aliena esse iurisdictione, Aliud verō priuilegium fori habere *l. si quis ex aliena 5. sup. hoc iur.* Sic igitur hæc lex accipienda est ut reconuentio tollat non tantum incompetentiā iudicij & iudicis dati, sed etiam omnem priuilegiū allegationem si quod forte priuilegiū actor habeat ad declinandam iurisdictionem, Non item ut tollat incompetentiam iurisdictionis. Et idcirco non sic loquitur Paulus, ut dicat, *qui non potest in aliquo loco iudicium pati, sed ita, qui non cogitur.* Is non po-

test iudicium pati, qui ex aliena iurisdictione est, quia extra territorium ius dicētis autoritas penitus nulla est *d. l. ult. sup. de iur. iud.* Is verō iudicium pati potest quidem, sed nō cogitur, qui ex eadē quidem iurisdictione est, sed tamen priuilegium aliquod habet reuocandi domum. Dices, Etiam cum qui ex aliena iurisdictione est posse incompetentem iurisdictionem prorogare si in eam consentiat *l. 1. & 2. sup. hoc i.* Ergo verba illa *qui non cogitur* tam in eo posse locum habere qui ex aliena iurisdictione est, quam in eo qui indiget priuilegio ne ibi iudicium pati compellatur. Nam iurisdictionem alioqui incompetentem prorogare quidem potest quilibet si velit & consentiat, sed non cogitur consentire si nolit. Respondeo prorogationē iurisdictionis exigere consensum expresse, expresseque conuentionem, ut contra Bart. disputauimus ad *d. l. 1. & 2. ad eōque* ut expressā illa cōuentio præcesserit omnem actum iurisdictionis, quæ scilicet prius fundāda est, quam exerceri possit. At nos cum Paulo in hac lege de illo agimus qui nunquam cōsensit de excipiendis actionibus in eo loco in quo agere quidem cogebatur, sed iudicium pati nō cogebatur. De mutuis peritibus alius tractatus est, de quibus in *l. si idem 1. §. 1. §. d. iurisdic.* Item que de iure illo nouo quod circa reconuentiones introduxit Iustinianus *Novell. 96. d. ex. cu. & de iis quæ conuen. & reconu. n. & Nouell. 1. 3. De sanctis. Episcop. cap. 25. De a. e. r. i. n. §. r. u. e. r. e. n. d. i. s. i. m. i.*

23. PAVLVS libro septimo ad Plautium.

**N**on potest videri in iudicium venisse, id quod post iudicium acceptum accedisset, ideoque alia interpellatione opus est.

*Ad l. non potest videri 23.*

Ratio dubitandi. Ad iudicis quidē officium nihil pertinet futuri post condemnationem tēporis tractatus *l. 1. §. 1. v. r. f. Paulus notat. §. de v. s. r.* sed tamen negari nō potest, quin omnia quæ iudicij tempore & ante cōdemnationem emergunt, ad iudicis officij pertineant, quo scilicet non prius functus dici potest, quam dixerit sententiam, siue bene siue male, *l. iudex posteaquam 55. §. de re iud.* Indēq; est quod licet iudex neque de v. s. r. datus sit, neq; de fructibus post litem contestatam acceptumq; iudicium perceptis, de omnibus tamē ex officio pronunciat *l. 2. l. videamus 38. §. si actionem. de v. s. r. l. qui per collusionem 49. §. 1. de ab. ion. empt. l. quare 54. §. locat.* Ergo venit in iudicij etiam id quod post acceptum iudicium accidit, dummodò ante condemnationem, Nec proinde alia interpellatione opus est, ne fiat per plura quod potest fieri per pauciora nō solam æquē commodē, sed multo cōmodius. Oprandum enim esset ut omnes cōtroversiæ vno iudicio concludi possent, ut consequenter vno iudicari sine, & quod erat Caligulæ votum de hominib. omnibus ad vnum caput reuocandis, ut vnico iudicio perimerentur, arg. *l. singulis 6. §. de excep. rei iudic.*

Ratio decidendi. Non de alia re iudicium accipi potest, quæ de qua lis contestata fuit, cum verus iudiciorū mos & ritus ille esset, ut post litem contestatam iudex a prætorē daretur, & quidem per formulam certis collennib; verbis conceptam, cui sic obstrictus & addictus erat iudex, ut ab ea rece-

dere nullatenus posset. Proinde si quid post iudicium acceptū accidat noui, de quo neq; lis contestata sit, neq; prætor in concipienda, dictandaque iudicij formula quicquid expresse sit, fatendum est totum id extra iudicis officium esse, nouamque interpellationem fieri debere, ut & noua contestatio fiat, & aliud nouumque iudicium accipiatur. Nam etiam maxime id egit civilis legislator quantum potuit ne litium modus & numerus multiplicaretur, quippe qui lites omnino execratur, laudatq; omnes qui similiter execrantur *l. 4. §. 1. sup. de alien. iud. mut. caus. fact.* nihil tamē cōstitueret potuit quod in hanc rem aptius & expeditius videretur, quæ ut singulis controuersis linguiæ actiones, singulis verò actionib. vnus iudicatus finis sufficeret *d. l. singulis.* Quoties igitur alia res est, aliud quoq; iudicij de ea re institui necesse est ut rei iudicata exceptio locū habere quandoque possit *l. si mater 11. §. eandem causam. l. & an eadem 14. §. vlt. & pass. cod. 1.* Excipio vltimas pecuniæ & fructus rei in iudicium deductæ. Nam de his etiam si nihil in formula expressum sit, iudex tamē pronunciare & potest & debet, tãquam de iis quæ ad officium suum etiam pertineant, iure scilicet accessionum, & in consequentiam eius quod in iudicij deductum fuit, Ex ratione posita in *d. l. 2. de v. s. r.* Ad eodē ut iudex qui per imprudentiam, aut per sordes malè pronunciauit fundum meum esse qui erat alienus, etiam post competrum errorem debeat eodem errore de fructibus quoque possessorem condemnare *l. & ex diuerso 31. §. 1. §. de rei vindic.*

24. PAVLVS libro 17 ad Plautium.

**N**on alias in eos, quos princeps euocauit, Romæ competit actio, quam si hoc tempore contraxerint.

*Ad l.*

*Ad l. non alius 24.*

Ratio dubitandi. Potest quisque conueniri & iudicium cogitur pati non tantum in eo loco in quo domicilium habet, sed etiam, idque maxime in eo in quo contraxit si non ut alibi solueret se obligauerit *l. heres absens 19. per tot. & l. leg. sup. cod.* Et idē ij quoq; qui priuilegium & ius habent reuocandi domum, si ibi contraxerint vbi conueniantur, priuilegium allegare non possunt *l. 2. §. omnes. sup. cod.* Ergo etiam ij quos Princeps Romanus euocauit, si Romæ contraxerint, ante quàm euocarentur, Romæ conueniri possunt ex ratione iuris communis, Nec videri potest iis facere iniuriam actor qui eos conuenit, cum iure suo & communi vratur *l. inu. r. i. u. r. i. u. m. 13. §. 1. §. de iniur. l. nullus videtur 55. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Qui Romam euocatus est a Principe, non inueniretur hodie Romæ, si euocatus non fuisset. Cùm igitur non alia causa sit eius Romæ conueniendi, quam quia Romæ inuenitur (nam & ceteri qui in aliquo loco contraxerunt, ita de vno possunt ibi conueniri si ibi inueniantur, *d. l. heres absens*, in illis verbis *si ibi inueniantur*. Sicut & ita dicitur in defuncto eo loco debent ibidem bona aliqua habeant, in quorum possessionem mitti creditur possit ex autoritate eius magistratus qui ei territorio præsit *l. iura vniuersa 2. §. 1. §. si quis possidet. r. iudic. l. 2. & §. 1. §. de r. b. autor. iud. post.*) cōsequens est ut qui non inueniretur ibi si a Principe euocatus nō fuisset, perinde habeatur ac si nec ibi inueniretur, ut proinde neque conueniri eo loco possit, Ne aliter

1. Legati ex delictis in legatione commissis coguntur iudicium Romæ pati: siue ipsi admisissent, siue serui eorum.

*Ad §. 1. Legati.*

Ratio dubitandi. Legatorum priuilegium illud est, ut in eo loco in quo funguntur legatione non de aliis possint conueniri quæ de iis quæ in eo ipso loco legationis tempore contraxerunt, ut proxime diximus ex *l. 2. §. Legatis. & §. omnes. ver. excipit Legatis. §. h. r.* Atqui aliud est corrahe. e. al. ut verò delinquere *l. 4. §. quæquam. §. quod ex. r. o. l. 1. §. si filius famul. de his qui effund. vel dicit.* Ergo ex delictis etiā in legatione commissis non sunt cogendi Legati iudicium accipere, cum id saluo priuilegio fieri non possit, quod tamen integrum intactumq; ipsis consecrari, non modò ipsorum interest, sed etiam reipublicæ. Nam & municipiorū Legati, licet reuera nō absint reipu. causa *l. sed et si 26. §. vlt. sup. ex quib. cau. maior.* perinde tamen habentur ac si absent *l. Legatis 8. cod. dummodò non sui priuati negotij causa in legatione sint l. non verè 42. iun. & l. reipublica 36. cod.*

Ratio decidendi. Tã se obligat qui delinquit quæ qui contrahit, quæquam hic ex contractu ille ex delicto obligatur *l. 1. §. de obli. & action.* Ergo perinde cogendus est iudicium accipere in eo loco in quo deliquit legationis tempore, atq; si eo ipso loco & tempore contraxisset, quia quod ad hanc rem pertinet omnia obligationem pro contractu habendam esse placet *l. omnem 20. vbi dixi §. h. r.* Omnem enim honorem legationis & priuilegiij delictum excludit *l. in fin. C. vbi Senat. vel clariss.*

a. Sine serui eorum Ratio dubitandi. Priuilegium alieni cōcessum nō debet ei adiri ex alterius facto, vulg. *l. ad quod nostrum 1. l. non debet alicui 74. de re. iur.* Ne sit in aliena potestate condicionem Legati nihil delinquentis deteriorē facere *l. 2. §. quod vi aut clam.* Nec simile est quod ex Labone Vlpianus

posito iure eueniat, ut ei noceat Principi paruissē, indēq; fiat ut difficilius sint ad parendum quotquot a Principe Romam euocantur. Quæ ratio facit, ut in iis omnib. qui legationis causa Romæ sunt idem iuris obtineat, ne conueniri possint Romæ eorum quoq; nomine quæ ante legationem Romæ contraxerunt. Nam neq; his potest imputari quod aliis nihil nisi priuilegium fori habentibus imputari potest, cui Romæ inueniantur nisi perfecta legatione ibi subsistant *d. §. omnes in fi.* Alioqui verēdum esset ne huius periculi metu deteriti pleriq; ab obeundis legationibus deterrerentur, ad quas suscipiendas inuitari potius debent, sicut & ad parendum Principi adeoque magistratui & iudicij cuiuslibet quoties euocantur, fortē dicendi testimonij gratia, vel iudicij causa *d. l. 2. §. Legatis*, vbi dixi *sup. cod. l. 3. sup. vlt. §. de res. lib.* Planè si eo tempore quo isti Romæ sunt siue ob legationē, siue ob euocationē, Romæ contrahat, recitare postea nō possunt quominus durate quoq; legationis & euocationis tempore Romæ conueniantur, quia nec possunt causari se non fuisse venturos Romam si legati aut euocati non fuissent. cū ex quo venerūt, contraxerint, Nec rursus, se non fuisse contracturos Romæ si legationis vel euocationis causa non venissent: quando quidem poterant Romam venisse, nec tamen Romæ contrahere, si non contrahere maluissent. At non poterant Romam venire, siue euocationis, siue legationis gratia quin vel inuitis iis euenire necesse esset, ut Romæ inuenirentur.

scribit in *l. heres absens 19. §. pen. sup.* si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo seruo contractum est ita habendum atque si cum domino contractum esset. Ibi enim non serui factum nocet domino, sed ipsius domini qui seruum præposuit institorem. Nec rursus tractat Vlp. de Legato, cuius alia ratio est propter priuilegium quod habet ne possit Romæ conueniri durante legatione, ne quidem de iis quæ ipse per se contraxit, ante legationem, Quamō minus de iis quæ contraxerit per seruum institorem? Planè si poneret Legatum ipso legationis tempore habuisse seruum institorem Romæ, non esset dubitandum quin ex eius serui contractibus etiam in legatione conueniri posset, quomodo si per se ipse durante legatione contraxisset. At neque id commune quicquam habet cum specie quam tractamus de seruo non qui contraxerit, sed qui deliquerit: cuius diuersam causam esse apparet ex eo, quod non durius tenetur dominus ex delicto serui institoris, quam si institorem eum non fecisset, cū in mandato quantumuis generali nunquam facultas delinquendi madata vel permilla intelligatur *l. creditor 60. §. vlt. §. mandat.* Ratio decidendi. Ex delictis seruorum tenentur domini noxali actione *l. 1. §. tot. r. i. De noxal. action.* quia seruorum delicta manerent alioqui impunita. Neq; enim cū seruo vlla actio esse potest *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Nullum ergo priuilegium Legati esse potest, quominus conueniri possit in ipsa quoque legatione ex delicto serui qui Romæ & legationis tempore deliquerit. Imputare namque sibi debet quod talem seruum Romæ & in legatione habuerit.

2 Sed si postuletur in rem actio aduersus legatum: numquid danda sit? quoniam ex presenti possessione hæc actio est. Cassius respondit, sic seruandum, ut, si subducatur ministerium ei, non sit concedenda actio: si verò ex multis seruis de vno agatur, non sit inhibenda. Iulianus sine distinctione denegandam actionem: merito, ideo enim non datur actio, ne ab officio suscepto legationis auocetur.

Ad §. 2. Sed si postuletur.

Ratio dubitandi. Actio qualibet in rem nascitur ex presenti possessione, id est, non aduersus alium datur, quam aduersus eum qui nunc possidet cum nihil proliat aliquando poss. disse si is contra quem agitur possidere delierit, quippe qui non aliter possit habere restituendi facultatem quam si possideat. *l. officium 9. & pas. De rei vind.* Nisi cum dolo deliit possidere *l. qui peccatorio 36. cod.* quo casu dolo pro possessione est *l. qui dolo 13. de reg. iur.* Ergo quem admodum proximè diximus Legatos cogi iudiciū Romæ accipere nec priuilegium vllum habere si conueniantur actione personali ex iis quæ gesserunt, siue contrahendo, siue delinquendo re tempore legationis, ita & in actione in rem dicendum est indistinctè cogi eos iudicium accipere cum eo casu conueniantur propter possessionem quam habent in ipso tempore legationis. Tanto magis quod actiones in personam contra inuitam quoque exercet *l. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. obli.* At actione in rem nemio inuitus pari cogitur, eam licet cuiuslibet dicere se non possidere *l. vlt. de rei vindicat.* Ac præterea quid iniquius est quam prohiberi dominum rem suam à quocumque iniusto & illicito detore vindicare? Aut quid facere hac in re potest priuilegium conceptum personæ Legati, cum in actionibus in rem non persona sed res conueniantur: Vnde & actiones in rem appellantur *§. 1. Inst. de action. Imperatoris 7. §. de publ. & vellig. l. demque 19. §. de iur. sifc.* Ratio decidendi. Priuilegiū datum est Legatis, ut non possint conueniri durante legatione, Ideo nimirum ne à suscepto legatio-

nis officio auocentur. Auocarentur enim si litigare, & iudicium accipere cogentur, Atque hæc ratio generalis est nec minùs ad actiones in re pertinentes, quam ad personales. Tam enim est incommodum litigaturo suscipere actionem in rem quam in personam, Nec quod inuitus iudicium in rem pati non cogitur, facere debet vt cogendus sit ea re carere quam possidet, si fortè malit eam defendere, sibi que adferere tanquam suam, Ne alioqui sit in potestate cuiuslibet improbi litigatoris vindicando rem, quam Legatus possidet, aut eum spoliare dum non vult ille rem defendere, aut priuilegium ei adimere, quod vtrunque absurdum & iniquum esset *arg. l. 2. §. item si. vtr. vers. non tamen. §. h. r.* Quare nec admissa est Cassij sententia distinguētis an per huiusmodi actionem in re subducatur ministerium Legato, vt eo casu non sit concedenda contra eum in rem actio, An verò ex multis seruis quos ille in ministerio legationis tempore habet de vno tantum agatur, vt eo casu non sit inhibenda. Nam in dè verò indistinctè dicendum est cum Iuliano denegandam in eum actionem omnem in rem, quadiu ipse in legatione est. Non enim quod ipso legationis tempore possideat eum nec potest vt simili videri debeat ei qui in legatione contraxit, quoniam ei qui contraxit potest imputari cur durante legatione Romæ contraxerit si nolebat legationis tempore Romæ conueniri. At non similiter possit imputari illi à quo seruis vindicatur, cur habeat secum & in ministerio eum seruum quem suum esse arbitrat, aut cur eum malit defendere, quam amittere & restituere.

25. IULIANVS libro primo Digestorum.

**S**i legationis tempore quis seruum, vel aliam rem emerit, aut ex alia causa possidere cœperit, non iniquè cogetur eius nomine iudicium accipere, aliter enim potestas dabitur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi.

Ad §. 1. legationis 25.

Ratio dubitandi. Ideo non datur actio in Legatum quadiu in legatione est ne ab officio suscepto legationis auocetur, vt scriptum est in fine legis præcedentis. Atqui ea ratio locum habet etiam si legationis tempore, vel seruum, vel aliam rem Legatus emerit, aut ex alia causa possidere cœperit. Perinde namque à suscepto legationis officio auocabitur si hanc rem velit defendere, atque si longo ante legationem tempore ipsam possidisset. Quin & longè difficilior eius rei defensio est, quia si per longum tempus ante legationem possidisset, tueri se nunc posset prescriptione longi temporis, quæ ipsum etiam litem ingressum prope modum impediret *l. si obligata 19. C. de iur. i.* Ergo etiã hoc casu suum Legato priuilegium cõseruandum est, Ne alioqui magno incommodo huius conditionis homines afficiantur, & commercio eis quodammodo interdicaretur si ex quo tempore legationis officio fungi cœperunt, nihil possint sibi acquirere, nec incipere quicquam possidere quin hoc ipso periculum incurrant amittendi priuilegij si fortè postea de ea re ipso legationis tempore conueniantur.

Ratio decidendi. Priuilegia omnia quantumcunque fauorabilia ita semper sunt interpretanda vt nemini sint captiosa *l. ex a. to 43. vers. vtrum iniquum. §. de vulg. & pupil. sub. §. 1. Paulus 8. de prat. stipul.* Atque iniquum esse inciperet priuilegium hoc Legatis concessum si sic acciperetur, vt ne quidem earum rerum nomine quas in legatione possidere cœpissent, iudicium accipere cogentur. Ita enim fieret vt videretur iis potestas data sub hac specie & hoc prætextu res alienas domum suam auferendi, Quod ne euenire posset, prospici debuit quomodo & in aliis omnibus iuris partibus cauere semper legislator solet, quantum potest, ne qua delinquendi occasio vel materia præbeatur, *l. vlt. Cod. de pact. l. ex eo 4. Cod. de inutil. stipulat. l. Diuus 24. §. de testam. milit. l. iubemus 29. C. de testam. l. data 27. Cod. de donation.* Ergo ne hæc iniquitas emerget, longè tolerabilius est vt iustum priuilegium iusta interpretatione coarctetur, ne habeat locum hoc casu, Cum non ideo futurum sit vt Legatus vel commercij iacturam sentiat, vel priuilegij sui quod in cæteris omnibus causis saluum ei erit. Denique ita posito iure vt istarum rerum

rum nomine quas Legatus ex die susceptæ legationis Romæ possidere cœperit, Romæ conueniri possit, videtur hæc lege rem acquirere & incipere possidere, quilibet acquirat & possidere incipit durante legatione. Debit enim prospicere id e-

uenturum, vt ex hac causa si postmodum etiam in legatione conueniretur, priuilegio suo vt non possit arg. *l. si quis domum 9. §. 1. §. locat. l. si duo. §. 8. §. de acquir. hered.*

26. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

**D**E eo autem, qui adiit hereditatem, Cassius scribit, quamuis Romæ adierit hereditatem, non comperte in eum actionem, ne impediatur legatio, & hoc verum est, sed nec legatariis datur actio: sed, nisi satisfieret, mittuntur in possessionem rerum hereditaria, um. quod & in hereditariis creditoribus dicendum est.

Ad l. de eo autem 26.

Ratio dubitandi. Legatus nullum priuilegium habet quominùs possit conueniri Romæ etiam legationis tempore de iis quæ Romæ in ipsa legatione contraxit vel quali contraxit *l. 1. §. omnes & l. non alias 24. in princ. §. hoc tit.* Nihil enim refert quod ad hanc rem pertinet an contractum sit, an quasi contractum *l. h. res absens 13. §. 1. sup.* Atquin is qui adiit hereditatem hoc ipso videtur quali contrahere cum omnibus hereditariis creditoribus & legatariis *l. 3. §. vlt. & l. seq. §. quib. ex caus. in pass. eat. l. si quis absens 5. §. heres quoque §. de obli. §. act.* Ergo non magis inuari debet priuilegio Legatus in hoc casu quam si Romæ & legationis tempore cum creditoribus, & legatariis verè contraxisset. Nam & hæc pertinet quod supra diximus *ad l. omnem 20. hoc tit.* omnem obligationem ac proinde etiam illam, quæ ex quasi contractu nascatur pro contractu habendam esse.

Ratio decidendi. Qui hereditatem adit equidè quasi contrahit cum creditoribus & legatariis, sed ita tamen vt per consequentias magis quam principaliter & ex proposito id fieri videatur. Ignorat enim plerumque qui sint creditores latente fortassis adhuc ere alieno eo tempore quo aditur hereditas. Et quemadmodum ea res plerumque facit vt ab herede siue testamentario, siue legitimo recusetur hereditas etiam que alioqui sit non solim soluendo, sed etiam opulentiſſima *l. 4. §. ad SC. Trebell. l. si in testamento 22. in fi. §. si quis omiff. cass. r. §. 1.* Ita & facere debet vt in iudicio agendum sit cum eo qui delatam sibi hereditatem quam opulentam credidit, adiit Romæ fortassis amittendæ eius metu, si certis & breuius angustiis temporis ad eundem facultas concluderetur: Quomodo solebant olim vt plurimum heredes institui sub ea conditione, si intra centum dies, eòsq; aliquando vtilis, aliquando continuus hereditatem adirent cernerentque, Quis enim æquum putaret vt in ea causa constitutus Legatus vel hereditatem opulentam omittente, vel priuilegium amittere cogetur? Atqui non potest adiri hereditas quin continuo multis & actionibus & negotiis heres implicetur, Nec rursus potest fieri vt tot actiones suscipere compellatur, quin à suscepto legationis officio bene ac diligenter obeundo auocetur. Ita enim comparatum est, vt aliena & præsertim reipublicæ negotia minùs curetis, qui sua maximè curanda habeat: Vt maluit omnes sibi bene esse quam alteri. Ergo ne impediatur legatio bene Cassius scripsit, nullam aut legatariis aut creditoribus actionem dandam esse Romæ in Legatum qui hereditatem Romæ adiit, quamuis ipso legationis tempore quasi contraxisset intelligatur. Et sanè longè alia videri

debet ratio eius qui cum vno vel alio contrahit aut quasi contrahit ex proposito, alia verò heredis qui ad eundem hereditatem id tantum agit vt sibi acquirat, nihil autem minùs quam vt vel contrahat, vel quasi contrahat, vel neque se obliget, quamuis per consequentias eueniat vt non vni aut alteri, huic vel illi, sed mille fortassis creditoribus & legatariis etiam ignorans obligetur *l. si re. ditatem 37. Inst. mandat.* Nec tantopere impeditur legatio priore casu quantum posteriore impeditur. Denique nec ea valde curare & attendere solemus que non nisi per consequentias accidunt.

*a. Sed nec legatariis.* Ratio dubitandi. Videtur hac parte fauorabilior causa legatariorum, quam creditorum. Quamuis enim certent legatarij de lucro captando, creditores autem de damno vitando, quæ res facere solet vt in cæteris iuris partibus magis faueatur creditoribus, quam legatariis, *l. quod autem 6. §. simili modo. §. que in fraud. credit. l. 4. §. si cum legitima. vers. si quis autem. §. de doli mali excep. l. non debet 41. §. 1. de reg. iur. l. vlt. vers. si vero creditor. C. de iur. d. lib.* Non potest tamen heres causari se ignorasse qui & quot essent legatarij cum quibus quali contraxit ad eundem, quomodo potest verè dicere ignotos sibi esse creditores quibus se obligauit Legatarij enim alij esse nõ possunt, quam quibus data sunt legata in testamento, cuius exemplū habere omnes heredes solent *l. 2. §. de edend. Creditores verò non similiter in testamento nominantur & plerumque latent.* Proinde videtur heres ad eundem magis habere animum quasi contrahendi cum legatariis quam cum creditoribus, Et consequenter facilis permittendum esse legatariis quam creditoribus vt eum conueniam Romæ in ipso etiam tempore legationis. Esti vtriusque commune illud est quod non tam eligunt heredem, vt cum eo contrahant, vel quasi contrahant, quam in eum incidant, Propter quod videri etiam debeat hoc priuilegium quod Legatis datur iniuriæ aliquam habere non minùs quod ad creditores quam quod ad legatarios *arg. l. vlt. §. rem pupil. salu. for.* Ratio decidendi. Huius priuilegij causa non ex fauore vel ex odio eorum qui cum Legato agere volunt, proficiscitur, sed ex fauore legationis & reipublice legatio impediatur, ne Legatus à suscepto legationis officio auocetur, vt scriptum est in hac lege, & in *l. non alias 24. in fin. sup.* Quæ ratio non minùs viget contra legatarios, quam contra creditores: quibus etiam si aliqua in eo fieri iniuria videretur, esset tamen tolerabilis propter publicam utilitatem, quæ semper præferenda est priuata *l. in ra vulneratus 51. ad fin. §. ad leg. Aquil. Aurb. res qua in fin. C. commun. de legat.*





rum omnium heredis contenti, tamen esset quod mitterentur custodire tantam gratia si non etiam ea vendere concederetur. Neutrum verò fieri potest quin & Legati privilegio & legationi grauis iniuria fiat. Nihil enim non facturus est Legatus ne bona sua vendi patiatur arg. d. l. 2. §. pen. 3. quod saluo pudore ac citra publicæ auctoris infamiam fieri non possit l. patrisfamilias 28. de reb. auct. iudic. possid. alias l. 13. de priuil. credit. & ti. Inst. quib. manu. non licet. in prin. Quod si creditores deferant conditionem, vt par eorum causa constituatur, & legatariorum, atque fideicommissariorum, non magis erunt vt puto audiendi, Nisi nouum adferant prætoris edictum, quo heres iubeatur iis satisfacere, aut ni fatidat, pati missionem in possessionem, sed rerum hereditariarum duntaxat & quidem custodiæ tantum gratia. Nec enim quisquam dixerit, e-

28. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

**S**ed et si restitatur ei hereditas ex Trebelliano, actio in eum non dabitur: siue sponte, siue coactus heres eam adierit, commodius enim est, reddi quidem ei hereditatem: perinde autem habendum, ac si ipse adisset hereditatem.

Ad l. sed et si 28.

Ratio dubitandi. Is cui restituta est ex Trebelliano hereditas fideicommissaria, in omnibus & per omnia loco heredis est, in eumque transeunt actiones omnes hereditariæ & actiæ & passivæ quibus non modò defunctus sed ipse quoque heres & agere potuit & conueniri l. 2. & pass. in fr. ad SC. Trebell. Atqui heres qui hereditatem restituit, potuit ex die aditionis statim conueniri à creditoribus, & legatariis, nec privilegium aliquod habuit propter quod non posset conueniri. Ergo & fideicommissarius qui in eius locum successit æquè cogendus est excipere actiones omnes hereditarias etiam durante legatione, nec privilegium allegare propriam potest eum non ex sua & propria persona conueniatur, sed ex persona eius qui nullo privilegio iuuaretur. Præsertim cum possit huic imputari cur hereditatem sibi restituit ante finitam legationem desiderauerit. Quod cum fecit vtrique se vtrò voluit oneratum, multò magis quam si hereditatem adisset. Nam qui adit hereditatem non cogitat nisi de acquirendo, obligatur autem ex sola legis potestate nec nisi per consequentias l. vlt. C. de hered. act. vt diximus ad l. de eo 26. sup. Qui verò petit restitui sibi hereditatem ab alio iam aditam, necesse est vt imprimis & ante omnia cogitet de se onerando cum non alij per se fieri restitutio ex Trebelliano quam si heres exoneretur, qui porò non aliter exonerari potest quam si fideicommissarius ipse oneretur d. l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. l. cogi 16. §. & generaliter & §. inde quaeritur. l. non est cogendus 13. & pass. ad SC. Trebell. Deniq; is cui restituitur hereditas ex Trebelliano nõ solum quasi contrahit cum creditoribus & legatariis, vt ille qui adit hereditatem, sed etiam contrahit verè cum herede, non minus quam si inter eum & heredem interpositæ essent stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, itemque partis & pro parte quæ interponebantur cum figbat restitutio ex Pegasiano senatusconsulto, potestate sc. senatusconsulti Trebelliani supplete factum heredis & fideicommissarij, vt nullis in hanc rem indigeant stipulationibus §. ergo siquidem. Inst. de fid. hered. iun. et l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. Ergo nõ

iusmodi missionem aliter quam ex prætoris aut alicuius edicti autoritate fieri posse, Aut ex priuatorum voluntate posse constitui quod à legis vel edicti potestate pendeat, arg. l. vlt. j. de suis & legi. Et hæc ad Paulum, Iulianumque adnotasse sufficiat. Sed addamus potuisse etiam aliam rationem pro legatariis adferri. Hanc nimirum, quod etiam si nihil possit imputari Legato cur se à legatariis & fideicommissariis conueniri durante legatione minime patiatur, Imputari tamen ei potest cur non satisfecerit ex edicto, quamuis à nemine vrgeretur, si tadium aut incommodum, si quod est missionem in possessionem & custodiæ voluit euitare. Verum rationem hanc credendum est à Iuliano præsuppositam fuisse tantquam necessariam potius quam prætermittendam.

magis hoc casu privilegium vllum habere Legatus potest quam si ex alio quolibet contractu conueniretur, quem Romæ & in ipsa legatione iniisset quo casu certum est nullum privilegio locum fore l. non alias 2. in prin. sup.

Ratio decidendi. Post restitutam ex fideicommissio hereditatem fideicommissarius aded heredis loco est in omnibus, vt perinde sit in effectu acti hereditatem ipse primus adisset, nihilque ei deest præter nomen heredis quod remanet penes eum qui hereditatem restituit §. restituta. Inst. de fideicom. hered. l. facta 63. ad SC. Trebell. Atqui si fuisset ille institutus primusque hereditatem adisset, non tamen posset à creditoribus & legatariis conueniri ne legatio impediretur d. l. de eo. Ergo neque hoc casu cogendus est iudicium accipere, Ne alioqui eueniat vt durius agatur eum eo, qui reuera heres nõ est, licet effectu ipso heredis loci obrineat, quam si & nomine & effectu heres esset. Nec magis potest huic imputare cur ante finitam legationem desiderauerit sibi restitui hereditatem, quam posset imputare si fuisset ille institutus cur hereditatem adisset. Nam sicut illo casu verendum est fuit ne opulentam hereditatem amitteret si in legatione ante aditionem moreretur, ita & hoc casu periculum erat ne fideicommissum intercederet si is ante petitam restitutionem decessisset, cum vniuersale fideicommissum etiam cuius dies cessit viuo fideicommissario non transmittatur ad heredem vt contra interpretum sententiam pluribus à nobis probatum est Decad. 30. De error. prag. quia scilicet non aliter possunt transire actiones ex Trebelliano, quam si restituitur hereditas eo penitus modo quo testator voluit d. l. 1. l. sed et si alio 9. §. vlt. cum l. seq. ad SC. Trebell. testator autem nõ nisi fideicommissario ipsi hereditatem restitui iussit, nec de ipsius herede cogitauit, qui & ignotus ei fuit, & quis aliquando foret, incertus l. apud Iulianum 11. §. vtrum autem ibi & ante decesserit fideicommissarius eod. iun. et l. qui liberis 8. §. vlt. de vni. & pupil. subst. Ergo & in huius quoque Legati persona privilegio locus esse debet. Neque verendum est vt vllam eo fiat iniuria heredi qui hereditatem restituit. Cum si à creditoribus & legatariis ipse conueniatur,

ueniatur, quomodo vtrique conueniri summo iure tanquam heres potest, habiturus sit exceptionem restitutoris hereditatis d. l. ita tamen §. qui ex Trebell. quam hic Trebellianus exceptionem Paulus vocat. Creditorum verò aut legatariorum multò minus interest, quia licet eis commodius esset non fuisse restitutam hereditatem, vt possent continuo agere in heredem nullo privilegio suffultum, cum tamen non possint impedire quominus restitutio fieri debeat ex voluntate testatoris, non possunt plus iuris obtendere in fideicommissarium, quam habituri essent si hereditatem illi ex institutione non ex fideicommissio possideret.

*a* Siue sponte siue coactus heres eam adierit. Ratio dubitandi. Cum heres adit coactus, enixior est voluntas fideicommissarij id agentis vt oneribus hereditariis statim & in solidum implicetur, cum sciat aut scire debeat nihil penitus aut commodi aut incommodi hoc casu remanere posse penes heredem qui non nisi coactus adit l. 1. d. l. ita tamen 27. §. qui fuissetam & pass. ad SC. Trebell. Ergo nec reculare hic debet quominus statim & in solidum à creditoribus & legatariis conueniatur, Præsertim eam paratam & ipse habeat actionem in hereditarios si qui sint debitorum. Quis enim ferat, vt illi agere in alios liceat, alius verò in ipsum non item? arg. l. cum in eo 4. §. sup. de pact. l. cum hereditas 99. §. de admin. tutor. l. 1. in prin. sup. quod quisque iur. Nam & ij

**1** ¶ Contrà si legatus tempore legationis adierit, & restituerit, datur in fideicommissarium actio: nec exceptio Trebelliani obstat ex persona legati: quia hoc legati personale beneficium est.

Ad §. 1. contra si Legatus.

Ratio dubitandi. Fideicommissarius post restitutam sibi ex Trebelliano hereditatem loco heredis est §. restituta Inst. de fideicom. hered. l. 2. & pass. j. ad SC. Trebell. Atqui heres qui hereditatem restituit, idemque Legatus non poterat quandiu in legatione fuisset conueniri tamen heres verè manifestet, non tantum nomine sed etiam effectu l. de eo 26. sup. Ergo neque is cui Legatus hereditatem ex fideicommissio restituerit conueniri poterit quandiu heres ipse in legatione erit. Nec enim ad aliud teneret fideicommissarius quam vt heredem exoneret, omnèque eas in se suscipiat actiones quibus heres ipse & agere poterat & conueniri l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Trebell. Porò nullum fuit onus heredis in suscipiendis excipientibusque actionibus per totum tempus legationis. Ergo neque fideicommissarius tale onus subire debet, Nec videtur audiendi creditorum aut legatariorum si plus iuris habere velint in fideicommissarium, quam habituri fuerant in heredem si is hereditatem non restituisset. An non enim satis est quod restitutio hereditatis non faciat eorum conditionem deteriore? Neque rursus nouum est vt plus iuris ex alterius persona quis habeat quam ex sua

**2** ¶ Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est, se dare non oportere: quia hoc iusurandum in locum litis contestatæ succedit.

Ad §. 2. ex quibus.

Ratio dubitandi. Iusurandum non tam litis contestatæ quam rei iudicatæ vim & vicem obtinet, cum in causa sua iudex ab aduersario constitui videatur: cui iusurandum defertur. l. 1. j. quar.

qui privilegium habent reuocandi domum si aduersus aliquos agant, compellantur se aduersus omnes defendere l. 2. §. item si extra vers. sed si ar. sup. h. i. Ratio decidendi. Quod heres postulantis fideicommissario cogitur hereditatem adire ac restituere meliorem fideicommissarij conditionem facere potest, vt sc. omne commodum consequatur quod heres alioqui retenturus fuisset d. §. qui fuissetam. At deteriore aut duriorè facere non potest, quam si hic fideicommissarius ab initio heres fuisset & nomine & effectu. Atqui eo casu privilegium haberet ne posset durante legatione conueniri vt supra diximus. Ergo & in hoc casu idem privilegium habere debet. Nec quod potest in provincia ipse agere per procuratorem contra debitores hereditarios, facere debet vt iure Romæ, siue in provincia iudicium accipere compellatur, quia id si l. uo privilegio fieri non potest, quod non tam impius quam legationis & reipublicæ fauore, vt iam dixi, concessum ei fuit: Ne scilicet legatio impediat, quam vtrique illud impediret si ab aliis conueniretur, Non etiam illud si alios ipse conueniat per procuratorem. Nam agere quidem per procuratorem cuique liberum est l. 1. §. vlt. sup. de procur. At similiter actiones per procuratorem excipere nemo cogitur, qui malit, quod semper tutius est, ipsemet liti adesse l. Paulus respondit 62. cod.

propria fuerat habiturus l. 3. in fin. j. que res pignori l. cum hereditate 55. de acq. hered. l. si is qui duos 29. De liber. legat. Ratio decidendi. Privilegiorum omnium personalium ius illud est vt personam cui concessa sunt, nunquam egrediantur l. 1. §. vlt. sup. de constit. Princip. l. quia tale 14. §. solut. matr. adeo vt nec transeant in heredem l. ex pluribus 42. j. de admin. tutor. Atqui privilegium personale Legati est vt Legationis tempore conueniri non possit, ne legatio impediat. Ergo non potest hoc ius transire in fideicommissarium, in quem scilicet non alia iura transeunt per restitutionem hereditatis, quam quæ heres habuit tanquam heres. Hoc autem privilegium habebat heres idemque Legatus non tanquam heres sed tanquam Legatus. Neque ided fit vt plus iuris habeant creditores & legatariorum contra fideicommissarium, quam contra heredem, sed tantum vt minus iuris habeat fideicommissarius quam heres quia nullum habet privilegium quod heres habet. Caterum etiam heres conueniri potest si nihil nisi ius creditorum & legatariorum inspicias, adeoque conueniretur vtriliter ac efficaciter, si neque hereditatem restituisset, neque privilegium haberet.

rer. act. nõ det. maximumque illud remedium est litium expediendarum, cum tam citò litis iudicium sit quam intratum est l. 1. & 2. j. de iure iur. Ergo non potest Legatus cui iusurandum ab aduersario defertur, reculare prætextu legationis quominus iur-



ret se dare non oportere, cum non ideo futurum sit vt Legatio impediatur, si modò velit ille statim iurare, aut saltem iusiurandum referre. Alioqui manifesta turpitudinis est neutrum velle facere *l. manifesta 38. eod.* Nemo autem dixerit priuilegium Legato concessum sic interpretandum esse vt eo prætèxto possit Legatus aliquam turpitudinis notam incurere. Nam ex præcepto illo primo iuris nostri, quo honestè viuere iubemur, honesta interpretatio semper capienda est ne quid inhonestè fiat *l. si possessor 52. j. de hered. part. l. filius 15. de cond. insti.* Ratio decidendi. Non tantum rei indicatæ, sed etiam litis contestatæ vicem iusiurandum obtinet, inque locum eius succedit, tamen posteaquam iuratum est, habeat etiam vim rei indicatæ. Nam nec ad sententiam perueniri potest quin litis contestationis intercedat, vel aliquid quod sit vice contestationis *l. vnic. C. de lit. cont. l. 3. in princip. j. de usur.* Quomodo etiam dicimus iusiurandum vim probationis obtinere *l. cum qui 30. j. de iur. iur.* quia nec vincere in iudicio quisquam potest quin prius suam intentionem probauerit *l. 4. C. de edend. l. duo sunt Titij 30. de testam. iur.* Atqui Legatus non cogitur litem contestari Romæ quandiu in legatione est, ne legatio impediatur, Ergo nec curare cogendus est se dare non oportere, Ne quod vna via prohibutum est, alia fiat *l. scire 21. §. 1. de iur. & cura. dat.* Neque videri potest in eo quicquam facere turpiter cum iure & priuilegio suo vtatur *l. nullus vide-*

3 ¶ **Ædium nomine legatus damni infecti promittere debet, aut vicinum admittere in possessionem.**

*Ad §. 3. adium nomine.*

Ratio dubitandi. Stipulatio quæ damni infecti nomine interponitur, non tantum prætoriam est, sed etiam ex earum prætoriarum numero quæ cautionales appellantur *l. 1. §. cautionales j. de prætor. stipulat.* Atqui cautionalium stipulationum omnium natura illa est vt actionum instar habeant, vt ibidem scriptum est, vnde etiam sit vt actionis appellatione contineantur *l. actionis 37. j. de oblig. & action.* Actio porò nulla dari potest contra Legatum quandiu in legatione est, ne quidem in rem quamuis id genus actionis ex præsentis possessione sit *l. non aliàs 23. §. vlt. vbi dixi supr.* Ergo tamen si Legatus possideat aedes quarum nomine cautio damni infecti postulat, non eo magis tamen cauere ac promittere cogendus est.

Ratio decidendi. Non præcisè cogitur Legatus de damno infecto cauere, sed vel promittere vel vicinum admittere in possessionem, quòd id sine vilo ipsius incommodo fieri posse videatur, cum is qui ex causa damni infecti mittitur in possessionem non idcirco possideat sibi sed tantum

4 ¶ **Sed & si dies actionis exitura erit: causa cognita aduersus eum iudicium prætor dare debet, vt lis contestetur, ita vt in prouincia transferatur.**

*Ad §. 4. sed et si dies.*

Ratio dubitandi. Non potest Legatus adigi ad litem contestandam quin à suscepto legationis officio aliquatenus auocetur, & legatio impediatur, adeò vt ob hanc causam nec iurare cogatur Legatus, quòd tamen vno ferè verbo expedire possit *§. ex quibus supr.* Ergo etiam si, dies actionis exitura sit, non ideo tamen virgendus est à prætore vt li-

ter *§. de reg. iur.* etiam si non magis referre iusiurandum velit, quam iurare. Prius enim est vt alicui iusiurandum deferri possit, quam vt queri oporteat an faciat turpiter, si neque iurare velit, neque iusiurandum referre. Et quamuis nihil facilius & expeditius sit homini leui & inconsiderato quam iurare, laudanda tamen est modestia & verecundia eius, qui metu diuini numinis etiam ad superstitionem vsque timidior est ad iurandum *l. que sub condicione 8. de cond. insti.* Ideòque facillè possit conuenire vt Legatus si iusiurandum ei posset deferri mallet illud referre quam ipse iurare *l. illud 25. §. 1. j. de pecun. const.* quæ res iniiceret ei periculum litis amittendæ, quam fortasse vinceret aut iurando aut alias facti probationes adferendo si posset eas saluo legationis officio conquirere, Quod quoniam facere non potest quin à suscepto munere obeundo auocetur, rectissimè placuit vt non magis iurare quam aliter litem contestari, suamque intentionem probare compellatur. Nam nec iurare nec iusiurandum referre cogitur qui se aliis probationibus vincere posse speret. Hinc est quod generaliter idem Paulus noster scribit in *l. tutor 35. vltim. j. de iur. iur. eos,* qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare sibi compellendos esse, cuius propositionis exemplum ibidem adfert in Legatis prouincialibus.

custodiam nanciscatur earum ædium quæ ruinam inantur, vt ratio longioris custodiæ extorqueat cautionem *l. 1. l. 4. §. 1. & §. duas & pass. de damn. infecti. l. cum legatorum 12. j. quib. ex caus. in poss. eat. iun. & l. quid enim 27. prox. preced. hoc tit.* Planè si vicinus missus in possessionem ædium Legati perseuerantis non cauere, petat vt ex secundo decreto sibi liceat aedes possidere secundum formam edicti *d. §. duas l. si finita 15. §. Iulianus & seq. & pass. eod. titul.* non puto vterius progrediendum aduersus Legatum ne legatio impediatur, quia secundum decretum requirit plenissimam causæ cognitionem *dict. §. duas,* propter præiudicium quod adfert domino. Si quidem is qui missus est in possessionem statim atque sibi possidere iussus fuit exinde dominium vsucapere aut perlongi temporis spatium acquirere sibi potest *dict. §. Iulianus.* Quæ sententia est *l. prætoris §. in princip. eod. tit.* Et eo nimirum intuitu secundi decreti, stipulatio ista cautionalis credenda est habere instar actionis, quam ideo excipere Legatus non est cogendus.

tem contestetur, Quia tolerabilius est vt priuatus damnum incurrat actionis temporalis, quam vt Legati priuilegium violetur quòd sicut publicam causam habet, vtilitatem scilicet prouinciæ cuius nomine legatione fungitur, ita & publicam tutelam mereri visum est *l. Legatus 8. & l. non verè 42. §. ex quib. caus. maior iun. & l. 7. ne de stat. de funct.* Semper enim publica vtilitas priuata præferenda est *Auth.*

*Auth. res que. C. comm. de legat. l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Sic interpretanda sunt & conseruanda priuilegia vt ne cuiquam iniuriola sint & captiosa *l. ex facto 43. de vulg. & pupil. subj. l. Paulus notat 8. de prætor. stipul.* Atqui apertè iniuriam & iniuriosum esset priuilegium Legati si sic acciperetur vt nec eo casu quo actio tempore peritura esset litem contestari cogeretur. Ita namque fiet vt res periret actori cui tamen nihil imputari posset, quod nunquam prætor patietur *l. 3. j. de separat. l. Granus 71. §. penult. de fideiuss.* Nam & id agendum semper est quantum fieri potest vt res in tuto collocetur *l. Senatusconsulto 16. in fin. supr. de*

*off. præsid. l. foler 3. vlt. item si res vbi dixi supr. de ferijs.* Et verò qua fronte posset Legatus petere vt actionem tempore perire prætor pateretur? Satis igitur ei esse debet quod prætor hæcenus duntaxat enim conueniri patitur vt lis contestetur, quæ post finitam legationem in prouinciam transferatur. Ita namque fit vt & actori sua actio, & Legato priuilegium suum conseruetur, eaque ratione neuter fraudetur: quod vnum maximè prætori propositum est & esse debet *l. ex his 8. in fin. j. que in fraud. credit. lunge l. sed etiam 12. l. mutus 43. §. vlt. supr. de procur. l. Pomponius 13. §. pen. supr. de recept. l. 2. §. pen. supr. hoc tit.*

5 ¶ **Si pater familias mortuus esset, relicto vno filio, & vxore prægnante: non rectè filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamuis postea vnus filius natus sit: quia poterant plures nasci. cum per rerum naturam certum fuerit vnum nasci, sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuentiam. in qua omnia certa essent, cum futura vtique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.**

*Ad §. vlt. si pater familias.*

Ratio dubitandi. Cum pater familias mortuus est relicto filio superstite, & vxore prægnante, quæ vnum postea filium peperit si rei & naturæ veritatem euentumque inspicimus, verum est partem dimidiam crediti ad filium superstitem ex die mortis patris pertinuisse. Si verò inspicimus id quod potuit euenire, certum est non tantum tres liberos nasci potuisse sed etiam plures *l. 3. j. si pars hered. part. saltem vsque ad quinque si Aristotel. credimus qui lib. 7. de histor. animal. cap. 4. scripsit vuluas mulierum totidem receptacula habere posse l. si pater 36. j. de iur. iur.* Si denique id tantum quod sapienter & frequentius euenit, inspicere volumus, nemo nescit, multò frequentius esse vt mulieres vno partu vnum filium pariatur quam vt tres, adeoque quam vt duos. In sum ma quot sint nascituri, non potest negari quin ad filium superstitem pars hereditatis interim pertineat, & quidem ipso iure citra additionem & ex sola legis potestate *l. in suis 14. de suis & legit. l. in suis 11. de lib. & posth.* Partis porò appellatione in dubio dimidia significatur. Ergo fatendum est filium hunc superstitem vel partem dimidiam crediti posse interim petere vel nullam, cum alia nulla certa esse possit, peticio autem certa esse debeat. Quamquam & in hac specie in qua ponimus vnum duntaxat filium ex prægnante vxore natum fuisse, videtur petitiò dimidiæ certa esse, quia lex non minus certa est quam natura quòd ad hoc vt filio eidemque suo heredi patris hereditas acquiratur, Nectantum si mulier vacuo ventre reuera sit quæ prægnans putabatur, sed etiam vnum in vtero gerat, nec per naturam humanæ conditionis alium partum formare amplius possit *l. cum quidam 30. §. suum heredem iun. & l. ventre 34. j. de acq. here.* Ratio decidendi. Non tam rerum natura hoc casu intuentia est in qua omnia etiam futura certè essent cum futura vtique & omnimodo fieri necesse sit ( si Paulo magis credimus Stoicum hic agenti, quam Theologis, qui longè aliter ac melius futura omnia etiam per rerum naturam incerta esse & ex infallibili solius Dei prouidentia pendere docent ) quam nostra inscientia. Nescimus autem quot liberi nascituri sint ex ea ex qua plures vno vtero nasci possunt. In dubio igitur iuris auctores prudentissimè quamdam medietatem

secuti sunt, vt non quidem quod sit frequentius, sed quod fieri non rarè admodum potest intuerentur, & quia fieri facilius & frequentius poterat vt tres quam vt quatuor aut quinque plures venascerentur ( quod enim vltra tres nasciturus, è portentosum videtur *l. vtrum 7. in prin. de reb. dub.* ) quartam partem interim superstiti filio adsignauerunt, quamuis ex euentu appareat mulierem vnum duntaxat filium fuisse parituram *d. l. 3. j. si pars hered. part.* Fuitque hæc sententia primùm Sabini & Cassij, vt Paulus in hoc loco testatur, qui idem eam laudat, & sequitur, tamen Vlpianus eam Iuliano tribuat *in d. §. suum heredem,* vbi etiam improbat contentens filio dimidiam interim adsignandam esse, nec tam inscientiam nostram inspicere oportere vt vult Paulus, quam naturæ legisque certitudinem. Scire enim lex creditur quicquid sit natura etiam si à nobis nesciatur *d. l. ventre & l. 3. §. est autem tractatum. j. de suis & legit.* Videtur tamen Iulianus in hac quaestione hæsitasse nec Sabini & Cassij sententiam omnino comprobasse, vt constat ex *d. l. si pater 36. de solut.* vbi ex notis Iuliani ad Vrsicium Feroecem ita scribitur *aut quartam partem quia tres nasci poterunt aut sextam quia quinque.* Planè vtrum magis probauerit, vt superstiti filio vel quarta vel sexta pars interim adsignari debeat, dissensit manifestè sicut & Paulus noster ab Vlpiano & aliis qui naturæ certitudinem potius quam inscientiam nostram inspiciendam esse crediderunt. Dissensisse namque Iureconsultos in hac quaestione negari meo iudicio non potest cum Iuliani sententiam apertè Vlpianus improbet in *d. §. suum heredem.* Et si videat nonnullos vt concilient distinguere ius ipsum ab effectu iuris, quasi Vlpianus de iure tantum non de effectu iuris responderit, ceteri verò de effectu iuris potius quam de iure. In quo euidenter falluntur. Non enim de illo tractarunt prudentes, Pro qua parte superstes filius heres reuera sit aut fuisse retrò intelligatur vbi mulier prægnans filium vnum enixa est ( si quidem exinde constat fuisse illum iam ab initio heredem ex semine ) sed illa tantum fuit disputatio, Pro qua parte interim heres esse existimeretur vt sciat pro qua parte possit & agere & conueniri, quandiu nescitur quot liberos mulier sit paritura. Quæ quaestio neque ad ius absolutum heredis, neque ad effectum iuris

pertinet, quia neq; de iure, neque de effectu iuris absolute definitur quicquam potest antequam mulier pepererit. Nec enim verendum fuit quod conciliatores verentur, ne fiat iniuria filio superstiti, si quarta tantum pars ei assignetur, nec nisi vnus filius postea nascatur. Aut ne fiat iniuria posthumis si filio superstiti dimidia pars hereditatis tribuatur, & subinde plures posthumi nascantur. Prudentes enim huic periculo remedium illud inuenerunt, vt si pauciores quam tres fuerint nati, residuum filio superstiti pro rata adreseat, si plures quam tres, decreseat de ea parte ex qua heres factus est, vt ex eodem Vlpiano scriptum legimus in l. 4. si pars hered. per. Vbi tamen obseruandum est Vlpianum non suam sed aliorum sententiam referre, eamque ideò concipere verbis infinitiui modi ad crescere, decrecere quasi suppleto putabant, aut quod aliud verbum simile, quomodo in l. Papinianus 23. de don. int. vir. & vxor. vt appareat ita esse scribere ex opinione antiquorum quos retulerat & probauerat Paulus in lege praecedente. Porro ex illis verbis ad crescere, decrecere, de ea parte ex qua heres factus est apparet manifestè sic acceptam ab Vlpiano antiquorum sententiam, quasi senserint filium superstitem interim verè & ipso iure heredem esse pro quarta parte, sed cum hac tamen adiectione interim non autem absolute. Sed & obseruatione dignum illud est quod idem Vlpianus in d. l. 3. est autem tractatum. j. De suis & legit. postquam praefatus est tractatum fuisse, id est, vt ego interpretor, dubitatum & disputatum inter prudentes pro qua parte is qui in vtero est partem faciat, quia ex vno vtero plures nasci possunt, Nihil tamen ad hanc quaestionem respondere, sed ad aliam planè diuersam, & quae nunquam habuit dissentientes Iureconsultos, si in rerum natura certum sit hanc quae se dicit pregnantem, non esse pregnantem, An interim ex asse heres sit is qui iam natus est. Sic enim scribit, Et placuit si in rerum natura certum sit hanc quae se dicit pregnantem non esse, ex asse iam esse heredem hunc qui iam natus est, quoniam & ignorans heres sit, quod & scriptum est in d. l. ventre & d. §. suum heredem, vbi quamuis ex Pomponij sententia à Tertulliano relata casus illos assimilati. Si mulier quae pregnantem dicitur reuera vacuo ventre sit, Itemque si pleno & in vtero vnum gerat, vt vtroque casu filius iam natus heres sit etiam ignorans, illius quidem casu ex asse, posteriore autem ex semisse, Non obscure tamen innuit prudentes ceteros non eandem vtriusque casus rationem constituisse, eum quibus & Papinianus videtur consentisse in d. l. ventre, Nisi quod tractat ibi aliam speciem, de ventre scilicet praeterito, Pomponius verò illam tractabat in qua posthumus institutus esset, vel in qua successio intestati locum haberet. In summa hoc volo obseruari apud Vlpian. in d. §. est autem tractatum, mutilatam fuisse à Triboniano responsionem, quam ille attulerat ad propositam quaestionem, cum Tribonianus Cassij, Sabini, Iuliani, & Pauli sententiam praualere vellet tanquam magis communiter receptam, Eam verò quae in contrarium fuerat Pomponij, Tertulliani & Vlpiani explosam esse tanquam minus probabilem etiam in suo herede. Nec enim persuadere mihi possum fuisse tam infusum Vlpianum, vt ad propositam quaestionem nihil penitus responderit, ad aliam verò quae nec proposita fuerat responderit. Illud certe dici satis probabiliter potest Vlpianum in d. §. suum heredem,

non tam suam quam Pomponij sententiam referre, quam tamen idem ille fortassis improbauerit. Est enim ista scribendi ratio prudentibus nostris frequens & familiaris, vt docui ad l. cum lege 41. §. de recept. Sed etiam si quis ita sentire velit, quod non improbo, assequetur quidem, vt Vlpianus nec à Paulo, nec à Sabino, Cassio & Iuliano dissentisse videatur, sed non aequè vt Pomponius à Iuliano ceterisque non dissenserit, Atque ita verum semper erit quod diximus, Iureconsultos in quaestione ista vt & in aliis paucis non dissentisse.

a. Cum per rerum naturam certum fuerit vnum nasci. Scripsit Paulus cum pro quamuis. Fuit enim haec ratio dubitandi apud Paulum, quae fuit decidendi apud Pomponium, vt constat ex Vlpiano in d. l. cum quidam 30. §. suum heredem. j. de acquir. hered.

b. In qua omnia certa essent cum futura vtrique fecerent. Stoicorum, vt iam monui, & aliorum ethnicorum propositio ista est qui in rebus humanis fati necessitatem inducebant, quam religionis nostrae sanctitas execratur, quae futurorum omnium contingentiam ad solius Dei Opt. Max. voluntatem, & prouidentiam refert. Ex quo apparet tantò certius Sabini, Cassij, Iuliani & Pauli sententiam magis probandam esse quam Pomponij, vt quandiu incertum est quot liberi ex vtero nascituri sint filius iam natus interim heres sit ex quarta tantum portione non ex dimidia, quamuis vnus tantum filius postea nascatur. Alioquin si admitteres quod Sabini, Cassij, Iuliani & Pauli, Pomponio concederent, Certum esse per rerum naturam non nisi vnum filium nasciturum, item ego in sententiam Pomponij, & dicerem filium iam natum etiam ignorantem ex dimidia parte interim quoque heredem esse, quia lex scit omnia quae scit natura. Et quod Paulus ait non tam rerum naturam intuentiam esse, quam incipientiam nostram inspicere debere, id ego admitterem quidem in filio emancipato aut extraneo herede instituto, qui sicut non aliter hereditatem acquirere sibi potest quam si sibi delatam esse sciat dicitur l. ventre, ita neq; ex alia parte quam ex ea quam sibi delatam fuisse non ignoret l. ex semisse 75. co. At non similiter in suo herede cuius aliam rationem esse apparet ex d. §. suum heredem & d. l. ventre. Ex qua etiam conuicio necessitatem istam fati quae aliis prudentibus placuit, Papiniano tamen non placuisse. Nam in secunda illius legis specie, id est cum praeteritus ventres plenus fuit, quid obsecro referret an incerto eo filius institutus decessisset, necne si per rerum naturam certum id esse sufficeret, nec incipientia nostra spectanda esset? Rursum etiam si certum esset ventrem esse plenum, si tamen incertum non esset per ipsam quoque rerum naturam vtrum mulier paritura esset, an abortum factura, cur diceremus indistinctè cum Africano in l. §. filius 16. de liber. & post. vbi eandem tractat speciem filium qui interea decessit intelligi suum heredem patri ab intestato extitisse, quod ex eo tempore certum esse coeperit neminem ex eo testamento heredem fore? Quid enim si mulierem abortu facere cogeret? Quid prohiberet quominus ex testamento heres fuisse filius videretur, perinde ac si vacuo ventre fuisset? Si non illud prohibet quod per ipsam quoque rerum naturam incertum sit an mulier abortum factura sit an paritura. Nemo autem superstiti qui euentum illum expectare possit, si neque substitutus, neque coheres filio datus quicquam fuit.

Vtrique

Vtrique enim posthumus praeteritus non aliter rumpit testamentum quam si nascatur. Et ideò fatetur Africanus filium interea defunctum intelligi ex testamento heredem fuisse, si vel coheredem habuit vel substitutum, qui euentus certitudinem potuerit expectare. Sola ergo euentus incertitudo illa est ad quam & Papinianus & Africanus respuerunt, Quae potè nulla esse posset si verum esset quod Paulus & alij voluerunt, Omnia per rerum naturam certa esse eamque naturae certitudinem potius quam incipientiam nostram spectari oportere. Idemque tractari potest in specie, de qua respondit Tryphoninus in l. §. filius 23. in princ. cod. tit. de lib. & post. de alio qui à patre in cuius erat potestate, institutus sub conditione non potestatiua, & in defectum conditionis ex herede datus decesserat pendente conditione tam institutionis quam exheredationis. Placet enim Tryphonino heredem eum ab intestato fuisse, quia dum vitae neque ex testamento heres, neque ex herede datus fuit, vt lex ait. Hoc verò cur ita? Nempe quia incertum fuit an condicio exitura esset, necne. Atqui per rerum naturam certum id fuit, si Paulo credimus. Alterutrum enim tandem ac post mortem filij euenisse necesse est, vt condicio vel extiterit vel defecerit. Ergo fatendum est Tryphoninum vel in ea fuisse opinione vt futura quae postea contigerunt, iam ab initio certa per rerum naturam non fuisse credidit, vel si credidit, incipientiam tamen nostram magis quam naturae certitudinem istam spectari voluerit. Et sanè Pomponij ratio quam Vlpianus in d. §. suum heredem, ita refert vt probare videatur aperta manca est. Quamquam enim humanae conditionis ea ratio est vt saltem post certum tempus mulier quae in vtero filium vnum gerit, aliam partum formae amplius non possit, potest tamen per rerum naturam illud etiam euenire vt mulier abortum faciat: quo casu nemo dixerit filium iam

natum non nisi ex semisse heredem fuisse. Quis enim ex alio semisse heres vel vnquam esset, vel fuisse retrofingeretur? Ergo quemadmodum nec Pomponius diceret filium institutum eo casu interim heredem fuisse ex asse, qui euentus certitudinem casus contrarij debuit dicere fuisse illum interim heredem esse ex semisse. Ac necessario fatendum est incerto eo an mulier abortum factura sit an paritura, & rursum si pariet an vnum paritura sit an plures, certam portionem filio iam nato adsignandam esse ex qua heres reuera sit huc ius ipsum, huc iuris effectum inspicias, sed quae possit crescere vel decrecere ex euentu, quomodo scriptum est in d. l. si pars hered. per. Quod etiam valde nouum & singulare est, ab horrensque a regalis iuris communis, sciendum tamen est vt & alia pleraque propter casus necessitatem, vt in l. si mulier 59. §. de iur. dot. Non idem est si vacuo ventre mulier fuit, quae pregnantem putabatur. Nihil enim per rerum naturam eo casu incertum est, cum certissimum sit neque parere, neque abortum facere posse mulierem quae non sit pregnantem, In eoque prudentes omnes consentierunt, ex quibus nemo dubitauit quin filius iam natus & institutus, heres ex testamento & ex toto asse fuisse intelligatur, licet incerto eo decesserit an venter vacuus esset an plenus, si modò vacuus re vera fuit d. §. suum heredem, & d. l. ventre. Incipientia igitur nostra tunc spectanda non est, cum natura ipsa itemque lex certa est. Cum verò & natura, & quod est consequens, lex etiam incerta est, incipientiam quoque nostram & inspicere, & aliquo remedio adiuari necesse est, vt pendente incertitudine ius aliquod certum constituat. Ius enim nisi certum nullum esse vnquam potest leg. 2. §. de iur. & fact. ignor. Iunge quae scripsimus ad d. l. ventre & d. l. si filius lib. 1. coniect. cap. 10. & in El mischiliade De error. pragmat.

29. PAVLVVS libro 8. ad Plautium.

Qui appellat prior, agit.

Ad l. qui appellat 29.

Ratio dubitandi. Appellationis potestas illa est vt extinguat iudicium l. i. §. vir. ad SC. Turpill. sur. 11. §. 1. de his qui nor. infam. reducaturque rem ad terminos litis contestatae quomodo pragmatici nostri loquuntur. Ergo non alius in causa appellationis potest actor esse quam qui fuit in prima instantia. Ratio decidendi. Quisquis appellat etiam in priorè instantia reus fuerit, nunc tamen agit, ad hoc nimirum vt sententia per appellationem rescissa, in melius reformetur à iudice qui ex appellatione cognoscit, vtq; prioris iudicati iniquitas corrigatur l. i. §. de appellat. l. praefecti 17. §. de minor. Nec eo minus tamen actor remanet is qui in prima instantia actor fuit, Dux namque ac diuersa sunt instantiae in quarum vna nihil vetat actorem esse illum qui in altera sit reus. Ceterum quisquis actor est intentionem suam plenè probare debet. Is quidem qui in prima egit instantia, totum id quod in iudicium & actionem deduxit, Is verò qui appellat,

malè iudicatum fuisse, quae omnium appellatum intentio & allegatio est, Inde fit, vt si, quod plerumque euenit, vterque litigatorum appellet, vtrumque etiam agere & actorem in causa appellationis esse fatendum sit. Atqui alterutrum necesse est magis actorem videri, & actoris partes obtinere, vt diximus cum de duplicibus iudiciis egimus ad l. in tribus 13. sup. hoc tit. Nec enim iudicium aliter expediri potest quam si ex litigatoribus vnus actoris, alter rei partibus fungatur l. inter litigantes 62. inf. Ergo quemadmodum in duplicibus iudiciis dicimus eum actorem videri qui prior aduersarium ad iudicium prouocauit d. l. in tribus, Ita & cum vterque appellauit dicendum est actorem eum videri debere qui prior appellauit: Nec in duplicibus hoc tantum iudicium, vt quidam putant, sed in ceteris etiam omnibus in quibus accidit vtrumque appellasse. Nam & ad iudicium appellationis prior aduersarium prouocat, qui prior appellat.

30. MARCELLVS libro primo Digestorum.

Vbi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.

Ad l. ubi acceptum 30.

Ratio dubitandi. Interuentum & finem iudicij multa

possunt accidere quae faciant vt alibi finem accipere iudicium debeat quam vbi ceptum fuit, cum

E 2



uas moras easque interdum longiores habeat iudicij exercitio. *Letiam 15. in prim. ut legat. nom. caucat.* Nec nouum est vt iudicium Romae ceptum in prouinciam transferatur & ita de loco ad locum, non minus quam a persona in personam, vt in specie §. *sed et si dies l. prox. proced. l. tam ex contractibus 57. j. cod. aut a iudice in alium iudicem l. pen. §. ult. de vacat. & excus. muner. iunct. l. si longius 18. vbi dixi sup. hoc tit.* Non igitur generaliter & indistincte verum est, vbi acceptum fuit iudicium ibi & sine accipere debere. Ratio decidendi. Is locus in iubendo iudicare solet comprehendi in quo iudicari soleat sine incommodo litigantium. Aled vt etiam si lo-

cus nullus in formula comprehensus sit, videatur tamen praetor in eo loco iussisse iudicari. *l. si locus 59. inf.* Ergo interest vtriusque litigantium vt vbi acceptum iudicium est ibi & finiat. Nec facile potest fieri vt locus iudicij mutetur, quin alteruter incidat in captionem: vt neque personarum, neque iudicis mutatio vnquam facienda est nisi ex necessitate, sicut in legibus supradictis. Nemo enim illicitum verè dixerit quod necessitas facit licitum, vt est in regula iuris pontificij. Hinc est quod superueniens fori privilegium non est sufficiens causa propter quam iudicij locus mutari debeat. *l. si quis posteaquam 7. vbi dixi sup. hoc tit.*

31. CELSVS libro 27. Digestorum.

**S**I petitor plures heredes reliquerit, vnusque eorum iudicio egerit: non erit verum totam rem, quae in priore iudicio fuerit deductam esse, nec enim quisquam alienam actionem in iudicium, inuito coherede, perducere potest.

*Ad l. si petitor 31.*

Ratio dubitandi. Iudicia constituuntur ex actionibus, sicut & actiones ex obligationibus. vt Theophilus scribit initio tit. *Inst. de action.* & constat ex ipsa actionis definitione, quae extat in *l. nihil aliud 51. j. de obl. & action.* Atqui ex persona heredum debitoris condicio obligationis immutari non potest. *l. 2. §. ex his. j. de verb. obl.* Ergo si petitor, qui totam rem in iudicium deduxerat, pendente iudicio decesserit, pluresque heredes reliquerit, nec nisi vnus eorum iudicio egerit, iudicium quod fuit indiuiduum in persona defuncti, in heredum quoque personis tale esse debet, nec eo minus verum erit totam rem quae in priore iudicio fuerit, in posterius quoque deductam videri, vt proinde si postea coheres alter velit agere perinde sit repellendus exceptione rei iudicatae ac si ambo egressent. Hic enim effectus est totius huius quaestiois: An tota res in posterius iudicium deducta sit an pars duntaxat eius, qui iudicio egit. Ponendum autem est coheredem hunc qui solus egressus proponitur in solidum egressus, non pro sua tantum parte. Alioqui nullus quaestioni locus relinqueretur. Nam neque nouum est vt heres ex parte causam de totis bonis suscipiat & persequatur. *l. ex parte 36. j. fam. l. ercisc.*

Ratio decidendi. Non potest quisquam alienam actionem in iudicium perducere inuito eo ad quem actio pertinet, Ne sit in vnus potestate alteri suam actionem adimere. *l. Granus 79. §. pen. j. de fideruff. iunct. l. 2. quod vi aut clam. l. id quod nostrum v. de reg. iur.* Atqui actio quae ab vno ex coheredibus tota in iudicium deducta fuit, licet sit hereditaria, tamen quod ad coheredis portionem attinet, aliena est, quia per legem 12. tabul. omnes actiones hereditariae vt & caetera iura omnia pro hereditariis

portionibus inter coheredes diuiduntur, quamuis in persona defuncti fuerint indiuidua. *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex p. v. b. hered. debet.* Ergo non magis coheredi quam alicui alij cui libet actionem communem pro parte coheredis inuito coherede in iudicium perducere. Inuitum autem coheredem hic accipe non eum qui expressè contradicat, sed qui neque expressè, neque tacite contentat, vt in *l. filiusfamilias v. i. i. i. s. de proc. l. 4. j. v. b. prae. & aliis plerisque iuris partibus.* Ergo si proponas actionem quae in iudicium a defuncto primum, deinde ab vno ex coheredibus deducta fuit, esse talem quae per legem 12. tab. diuidi non potuerit, puta quod esset de re indiuidua, fortè de luendo pigore quod pro parte sui non potest, aut de seruitute quae indiuidua est. *l. heredes 25. §. an ea stipulatio & §. idem obicitur j. fam. ercisc.* Aut de redimendo fundo qui venditus fuerat vel datus in solutum sub pacto de retrovendendo, quem similiter certum est pro parte redimi non posse, quia emptor non fuerat eum pro parte empturus. *l. tutor 47. j. de minor. l. si quis aliam 46. j. de solut. magis probandum erit, huic Legi locum non fore, vniue ex coheredibus permittendum esse vt in scio quoque & inuito coherede ius suum exequatur, quod aliter pro sua tantum parte exequi nullomodo possit, *l. via, itineris 17. j. de seruit.* Nam & in hoc rei genere placuit, si quid socius in rem communem impederit, non actioni negotiorum gestorum, quae aliis locum haberet, sed iudicio communi diuidundo locum esse. *l. si communes 40. §. de neg. gest. l. communis 8. §. siue autem. j. commun. diuid.* Et hoc demum casu verè vsurpari illud potest, Qualitatem & conditionem iudicij a defuncto instituti ex persona heredum immutari, nec posse, nec debere.*

32. VLPIANVS libro 1. De Officio Consulibus.

**S**I iudex, cui certa tempora praestita erant, decesserit, & alius in locum eius datus fuerit: tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamuis magistratus nominatum hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen, vt legitimum tempus non excedat.

*Ad l. si iudex 32.*

Ratio dubitandi. Ea demum post certum tempus fieri prohibita intelleguntur, quae non nisi ad certum vsque tempus fuerint permissa. Et contra, Ea demum post certum tempus intelleguntur permissa,

quae ad id vsque tempus prohibita inueniuntur, *l. imperator 8. §. de postul. l. Titius 31. §. contra certa tempora. j. de fideic. libere.* Atqui in proposita specie nullum proponitur praestitutum fuisse tempus certum in formula per quam nouus iudex in locum demortui a-

tui a magistratu substitutus fuit, intra quod tempus debuerit ille sententiam ferre licetque terminare. Ergo nec vllum tempus esse potest, post quod hic substitutus iudex videri debeat prohibitus iudicare saltem quatenus legitimum tempus non excedat. Quoties enim quaerimus quid iudex datus facere possit aut debeat, statim ad formulam quae eum dedit recurrendum est, ex eaque aestimandum ius totum iudicis dati, vt aliis saepe monemus. Ratio decidendi. Multum interest an nunc primum iudex a praetore aut alio magistratu detur, an in alterius demortui aut alia ratione mutati locum substituat. Priore casu si nulla iudici circa tempora ad iudicandum praestituta sint, quod tamen non facile nisi per errorem aut imperitiam magistratus iudicem dantis potest contingere, liberum est iudici dato quando eumque iudicare dum ne ultra tempus legitimum in eam rem iudicibus omnibus constitutum quod est triennij ex Iustianiani constitutione in *l. properandum 13. C. hoc ritul.* Libera enim est perpetuaque potestas omnis quae nullo tempore certo concluditur. Posteriore verò casu quamuis magistratus nulla iudici subrogato tempora praestituerit, tanta tamen ex integro in persona eius praestituisse intelligitur, quanta praestituerat defuncto: Id scilicet faciente vi & potestate substitutionis & subrogationis, cum dici soleat quod nec malè ex hoc loco probatur, & ex *l. si eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution. quicquid subrogatur, sapere naturam eius in cuius locum subrogatur.* Simile est quod alibi docuimus verbum *substituto* licet sit indicatiui modi non imperatiui, tamen in testamentis censei verbum directum & imperatiuum, quia eiusmodi verbo subrogatur secundus heres in locum primi qui verbis imperatiuis fuerat institutus. Propter quod videri possunt verba eadem imperatiua in substitutione repetita, quod de verbo *instituto* non similiter dici potest. *l. quoniam indignum 15. C. de restam.* Denique parum refert an expressè quid, an tacite reperitum intelligatur. *l. licet Imperator 74. de leg. 1. l. Titia 34. §. 1. j. de*

*verb. obligat.* Maximè verò in praetoriis formulis, quarum scilicet interpretatio tota pendet ex mente praetoris: quomodo & de praetoriis stipulationibus scriptum est in *l. in conuentionalibus 52. co. sit. l. in praetoris 97. de prat. stipulat.* Praetoris verò mentem in proposito dubitandum non est eam fuisse vt plenè formulam conciperet ne quid in ea requiri iure posset. Minus autem plena est formula quae nullius certi temporis mentionem habet intra quod iudicare iubeatur. Idem dicendum est si in posteriore formula praetermissus fuerit iudicij locus qui in priore fuerat expressus, arg. *l. si locus 59. j. hoc tit.*

a *Ex integro.* Ratio dubitandi. Tempora quae cucurrerunt vno priore iudice nunc ei computarentur si viueret. Ergo & ei qui in ipsius locum substitutus fuit computari debet, vt in omnibus eadem sit ratio posterioris iudicis quae prioris. Ratio decidendi. Negligentia defuncti quae potuit & debuit ei imputari non potest nocere successoris qui neque iudicare potuit ante quam iudex datus esset.

b *Ita tamen vt legitimum tempus non excedat.* Triboniani additio ista est respicientis ad supradictam Iustianiani constitutionem in *l. properandum 13. C. hoc rit.* quae primum induxit vt lites omnes intra triennium finiri & expediri debeant. Antea enim nullum tempus legitimum erat, sed quale quantumque praetor aut alius magistratus qui iudicem dederat in formula expressisset. Quo magis necessarium fuisse intelligimus vt aliquod exprimeretur, ne alioqui aut litigatorum, aut iudicis dati negligentia liberas sibi habenas in perpetuum excurrere daret. Hac autem additio sicut inepta est si ad ius vetusita & si ad nouum referatur, Non solum quia hodie magistratus non dant iudices, sed ipsi per se cognoscunt post *l. 2. C. de pedan. iudic.* sed etiam quia non facile credendum est quemquam magistratum tam imperitum aut stupidum fore vt in praestitendo iudici tempore legitimum excedere vellet, & longius quam triennij praestitit.

33. MODESTINVS libro 3. Regularum.

**N**on videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

*Ad l. Non videtur 33.*

Ratio dubitandi. Qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulat vtrique implorat eius auctoritatem, vt ab aduersario etiam inuito extorqueat editionem. Alioqui frustra peteret id, quod a iudice imperari nolle. Atqui hoc ipso agnoscit potestatem & auctoritatem iudicis, quae praesupponenda necessario est vt a iudice imperari, & pronunciari aliquid possit. *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iudic. l. 1. & tot. tit. C. si a non compet. iudic.* Ergo videtur in iudicem consensisse is qui genus actionis sibi edi apud eundem desiderat. Ratio decidendi. Potest fieri vt ex editione quae petitur apud iudicem datum appareat iustam causam habere illum qui petit ne in eum consentire cogatur, quod nec sciri prius fere potest quam editum sit genus actionis: pro cuius scilicet qualitate aut contentiendum sit aut dissentendum. Non igitur adhuc consentit, qui ideo petit editionem, vt sciat an consentire debeat an dissentire: Sicuti

neque consentit in iurisdictionem is qui in ius vocatus ex aliena iurisdictione venit, vt scire possit an iurisdictione sit eius qui vocationem iussit. *l. si quis ex aliena 5. sup. hoc tit.* Hinc verò malè nostri vulgò inferunt, huius legis sententiam eo pertinere vt qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulauit non ideo prohibeatur exceptionem fori declinatoriam postea opponere, tanquam quae opponi possit quandoque ante litem contestatam dummodò non sit consensus in iudicem. *l. vltim. C. de except. l. sed et si suscepti 52. j. hoc tit.* Aliud enim est consentire in iudicem, aliud in iurisdictionem, Cùmque exceptionem declinatoriam fori & iurisdictionis neesse sit opponi ante litem contestatam. *l. vltim. & consequenter apud eum magistratum qui adrogat sibi iurisdictionem l. nemo 4. C. de iuris d.* iudex autem de quo in hac lege & toto hoc titulo agitur non nisi post litem contestatam detur vt monui saepius, Apparet non posse hanc legem intelligi de exceptione declinatoria fori & iurisdictionis, sed tan-

tum de exceptione declinatoria iudicij & iudicis dati, quem fortè tanquam suspectum recusare velit is contra quem datus fuit. Nam & cum ad eundem magistratum & iurisdictionem & iudicatio pertinet, ut hodie post *l. 2. C. de pedan. iudi.* potest agnosci iurisdictionem, nec eo minus tamen ius dicentis persona tanquam suspecta recusari: quia nimis malum & periculosum est coram suspecto magistratu litigare, quamvis eius iurisdictionem competens esse non negetur *l. apertiissimi 16. C. b. r.* Denique aliud est iurisdictionem detrectare, aliud iudicem recusare, cum recusatio qualibet iudicis præsupponat competentiam iurisdictionis. Illud certè verum est si quis hodie apud magistratum qui ipse per se cognoscere cogitur postulet edi sibi genus actionis & libelli copiam, ut pragmatici nostri loquuntur, eum neque in iurisdictionem, neque in personam magistratus hoc ipso consentire intelligi, nec idcirco prohiberi quominus & iurisdictionem & personam ius dicentis declinare possit. Eadem e-

nim hac parte ratio est hodie ius dicentis, quæ olim erat iudicis dati. Id etiam ex hac lege observandum est duplicem olim editionis actionem fieri solitam fuisse, Vnam quæ præcedebat vocationem in ius, futuræque litis speciem demonstrabat de qua in *l. 3. C. de edem.* ut sciret reus an contendere deberet an cedere priusquam vim & iniuriam vocationis pateretur *l. 1. in prin. §. eod. ill. tit. De edem.* Alteram quæ fiebat apud iudicem datum post litem iam contestatam & constitutam, de qua in hac lege, quam pragmatici nostri vocant *libelli communicationem.* Prior enim desit esse in vfu, sicut & denunciations illæ quæ fiebant in actionibus personalibus, unde & conditiones dicebantur *§. appellamus Inst. de action.* quia & vetus forma vocationis in ius quæ vim & impressionem habebat, in vfu quoque esse desit, inq; locum eius successit oblatio libelli, simplexq; citatio, cuius longè alia ratio est, iamque olim fuit *l. libertus, adversus patronum 15. vbi dixi sup. de in ius vocand.*

## 34. I A V O L E N V S libro 15. ex Cassio.

**S**is, qui Romæ iudicium acceperat decessit: heres eius quamvis domicilium trans mare habet, Romæ tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, à quo heres relictus est.

*Ad l. si is qui Roma 34.*

Ratio dubitandi. Actor cogitur sequi forum ream in actionibus in rem quam in personalibus *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iuris. d. omn. iudic.* Atqui mortuo eo qui iudicium Romæ acceperat, heres ipsius fit reus, cum reus manere non possit is qui defunctus proponitur. Ergo si hic heres domicilium trans mare habeat, non est cogendus Romæ se defendere, quod utique nec sine magno suo incommodo facere posset. Ratio decidendi. Heres succedit in eius locum à quo heres relictus est e-

iisque personam in omnibus etiam in vitiis representat *l. cum heres 11. §. De dier. temp. præscri.* Atqui defunctus iudicium acceperat Romæ. Ergo & heres ipsius defendi Romæ debet. Nec tamen heredis quam defuncti domicilium sequendum est, ut vbi semel acceptum est iudicium, ibi & finem accipere possit, ex reg. *l. vbi acceptum 30. sup.* Nam etiam iudicium nullum cum defuncto cœptum esset, ibi tamen heres vel absens defendendus, vel præsens conveniendus esset, vbi defunctus debuisset *l. heres absens 19. sup. hoc tit. vbi dixi.*

## 35. I A V O L E N V S libro 10. Epistularum.

**N**on, quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse, & vel in futurum concipi: ita in iudicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quæ postea in obligationem aduenturæ sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium verò, antequam aliquid debeat, non posse.

*Ad l. non quemadmodum 35.*

Ratio dubitandi. Ex obligationibus constituuntur actiones, ex actionibus autem iudicia, ut dixi *ad l. si peritor 31. sup.* Ergo eadem ratio debet esse iudiciorum, quæ obligationum: Atqui obligationes possunt esse in pendenti, præsertim obligatio fideiussoris quam certum est etiam in futurum concipi posse. Adhiberi enim fideiussor potest, tam futuræ quam præcedenti obligationi dummodò sit aliqua vel naturalis futura obligatio *l. 4. l. stipularius sum 6. §. adhiberi. §. de fideiuss. l. eodem tempore 50. vers. sed fideiussorem. §. de pecul. Sed & obligationes principales possunt esse in pendenti, siue in diem, siue sub conditione conceptæ fuerint *l. creditores 10. §. de verb. signific. l. is cui 42. §. de oblig. & act.* Ergo etiam iudicia in pendenti esse possunt. Alioqui frustra videretur dicere obligationem aliquam sub conditione vel in diem concipi posse si non eius quoque nomine iudicium accipi possit. Ad quid enim obligationes nisi ut pariant actiones *l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procur.* Ad quid rursus actiones nisi ut in iudicium deducantur *l. nihil aliud 50. §. de oblig. & act.**

Sed neque novum est ut actiones quoque ipsæ sint in pendenti, Nempe cum res ipsæ ex quibus actiones proficiunt, sunt in pendenti, ut in *l. servus 43. §. cum servus. §. de acq. rer. dom. l. de hereditate 19. §. pater & pass. §. de castr. pecul. l. qui res 98. §. rem autem §. de solut. Quomodo autem fieri potest ut iudicium non sit in pendenti cum actio ipsa est: Ratio decidendi. Obligationes idè possunt constitui in diem, vel sub conditione, non quod interim effectum aliquè habere possint ad agendum, sed quia futurum est ut ex iis aliquo tempore & casu agi possit, nimirum vbi vel dies vel condicio venerit *l. certi conditio 9. §. de reb. credit. l. cedere diem 2. §. de verb. signifi.* Actiones verò cum similiter in pendenti esse posse dicimus, ad ius ipsum actionis non ad eius exercitium respicimus, & ut loquar cum philosophis ad potentiam non ad actum actionis. At iudicij alia ratio est, nihil enim aliud iudicium est, quam actus ipse & exercitium actionis. Non potest autem fieri ut exercitium actionis sit in pendenti, quia nec in pendenti potest esse actio, quæ iam exercetur, ex qua scilicet cõtestationem præcedere necesse est antequam*

quam iudicium constituatur. Pætor autem nunquam patietur litem apud se contestari ex ea actione quæ adhuc sit in pendenti *l. si pætor 14. l. pætor 27. C. de pætor. l. nuda §. C. de contr. & committ. stipul.* Denique cum iudicis datio non minus quam tutoris, sit actus legitimus, haud dubiè neque diem recipit, neque conditionem *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Iudicem enim dare alij non possunt quæ quibus id permillum est lege vel senatusconsulto, vel constitutione, vel quo alio iure quod habeat vim legis *l. cum pætor 12. §. 1. sup. hoc tit. Cumque*

iudicium reddatur in invitum *l. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. obl.* prius est ut actio, quæ in iudicium deducitur sit præsens, quam ut iudicium eo nomine dictari à prætore possit. Proinde non potest iudicium esse in pendenti, cum neque iudicium vllum sit nisi quod dictatum & constitutum fuit à prætore.

*a Vel de his rebus quæ postea in obligationem adventuræ sunt.* Non enim potest videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset *l. non potest videri 23. sup. hoc tit. vbi dixi.*

## 36. CALLISTRATUS libro 1. Cognitionum.

**I**nterdum ex iustis causis, & ex certis personis sustinendæ sunt cognitiones: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui reipublicæ causa aberunt. Idque Divi fratres in hæc verba descriperunt. Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium, vel filiam, vel vxor virum, vel filius parentem amisit, & in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

*Ad l. interdum 36.*

Ratio dubitandi. Et Reipublicæ & litigatorum interest, adeoque eius qui condemnatur, quam citò fieri potest litem expediri ut civilis concordie retineatur vinculum quod per lites si nõ in totum certè aliqua ex parte dissolvitur & infringitur *l. 1. C. de admn. iur. l. fratris 10. l. causas 16. & pass. C. de transact.* Ideoque dilationes omnes per quas lis protelatur, odiosæ esse creduntur, nec facile saltem amplius, quam semel tribuantur *l. cum à nobis §. & vlt. C. de dilat.* Ergo vbi semel lis cœpta est, debet currere suo Marte, nec sustinenda & differenda est.

Ratio decidendi. Humanum est propter fortuitos casus qui vel prævideri, vel prævisi evitari non poterint, dilationem dari fortè si pater litigator filium vel filiam vel vxor virum, vel filius parentem amisit, ex qua causa placuit Iustiniano dierum novem spatium indulgendum esse *Novell. 115. ut cum de appell. cognosc. cap. 5. ut non lic. credit. §. hac autem dispositum.* Nec enim vllus est ne quidè sapientis fortuitum casum præstare. Sed tamen id non nisi parcissimè faciendum est, & ut Callistratus hæc scribit ex certis causis & personis, nec plus quam semel in causis pecuniariis, nec rursus nisi causa cognita *l. vlt. sup. de fer. & dilat. d. l. 1. inf. C. de dilat.* Aliud exemplum adfert Callistratus si litis instrumenta apud eos esse dicantur qui reipublicæ

causa ab sunt. Idque indubitatum est, Semper enim succurrendum est ei qui alioquin ad rem impossibilem præstandam vrgeretur, cum impossibilium nulla sit obligatio, ut est in regula iuris. Idque est quod ait *d. l. 1. C. de dilat.* euenire plerumque ut iudex vel instrumentorum, vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur, prout rerum vrgentissima ratio flagitauerit, & necessitas desideratæ instructionis exegerit. Reo sanè facilius & æquius est ut detur dilatio quoniam instructus ab initio esse non potest qui præter spem ad iudicium trahitur, cum non sit in potestate rei an & quando conveniatur *l. §. vlt. de doli except. l. pendente 6. C. de tempor. in integ. restit.* maxime si ad alienum & extraordinarium iudicium trahatur, ut in specie *l. 2. C. de dilat.*

*a Sustinenda sunt cognitiones.* Generali nomine vsum est Callistratus ut lites omnes cõprehenderet quæ tam apud magistratus ipsos tractantur, quam apud iudices datos. Omnium enim & magistratum & iudicum cognitio est, sed iudicum ordinaria, magistratum verò extraordinaria *tot. tit. De variat. & extraord. cognit.* quia erat ordinarium ut magistratus ipsi non cognoscerent sed iudices darentante *l. 1. C. de pedan. iudicib.* Magistratum propriè iurisdictionem fuit, iudicium verò datorum, iudicatio *l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integ. rest. agit. sit. sed omnium notio & cognitio l. aut prætor §. de re iudic.*

**S**enator, si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet iudicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere, Iulianus respondit, cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.

*Ad §. a. Senator.*

Ratio dubitandi. Senatores cæterique clarissimi viri qui Romæ morantur, de quibus solis hic §. loquitur, nec alibi quam Romæ conveniri possunt, nec rursus Romæ apud quemlibet magistratum, sed tantum apud prætorianam vel vrbicam præfecturam, nisi alios eis iudices dederit iussu Principis *l. 2. C. vbi Senat. vel clariss.* Id enim honori tantæ dignitatis tribuendum esse visum est, scilicet in causis pecuniariis. Nam in criminalibus omnem huiusmodi honorem reatus excludit *l. 1. eod.* Idque non tantum ad privatam Senatorum, sed etiam ad publicam vtilitatem pertinere videtur, ne Senatores ab obeundo Senatorio officio quod susceperunt,

auocentur ad lites in provincia tractandas quomodo de legatis provincialibus qui legationis causa Romam venerunt, scriptum est in *l. non alias 24. in fi. & l. de eo 26. sup. hoc tit.* Ergo etiam si Senator alienis negotiis gerendis se obtulerit in provincia, non idè tamen cogendus est suscipere in provincia iudicium negotiorum gestorum, sed Romæ conveniendus est vbi ponimus eum assidue morari. Nam si de eo Senatore ageres, qui in provincia larem foueret, aut ibi maiorem bonorum suorum partem possideret assidueque versaretur, dubitationem res non haberet quin ea in provincia conveniri & posset & deberet *d. l. 2. in fin. C. vbi Senator. vel clariss.*



Ratio decidendi. Senator qui aliis negotiis se obtulit in provincia, ibidem quasi contraxit, & consequenter sua sponte ibi hanc obligationem suscepisse intelligitur. Nam cum obligatio non aliunde quam ex ipsa gestione nascatur, *l. in princ. de obligationibus & actionibus*, non alio loco potest videri contracta, quam in quo gesta negotia fuerunt. *l. h. res absens 19. §. 1. §.* Ergo non potest Senator recu-

sare quo minus in iudicio negotiorum gestorum ibi de suscipere compellatur, quasi qui hac parte suo privilegio renūciaverit, Exemplo eius quod dicitur de Legato qui durante legatione contraxit Romae vel quasi contraxit, vel deliquit. *l. 2. §. omnes. d. i. non alius in princ. & §. 1. sup.* Ceterum in illis verbis cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit erratum est & pro sibi legendum ibi, ut nemo non videt.

## 37. CALLISTRATUS libro 5. Cognitionum.

Si de vi & possessione queratur: prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei Dius Hadrianus *τῆς κωνσταντίνου δὲ δὲ ἀποφάνει, id est, communi seu reipubl. Thessalorum*, Græcè rescriptit.

## Ad l. si de vi 37.

Ratio dubitandi. Petitorium absorbet possessio, quia posteaquam de iure petitoris cognitum est si pro eo pronunciatum fuit omnimodo restituenda ei possessio est. Si verò petitor succubuerit nihil iam est quod pro eo de possessione tractari possit. Is enim totus effectus est petitorij iudicij ut sciat quid sit possessio rei controuersæ vel restituenda vel relinquenda sit. *l. officium 9. l. si qui destinavit 24. l. qui petitorio 36. l. qui restituere 68. & pass. §. j. De rei vindic.* Ergo etiam si de vi & possessione queratur expeditius tamen & commodius est ut de proprietate prius cognoscatur & iudicetur, ut utriusque quaestioni vnus iudicij finis sufficiat, nec lites multiplicari oporteat. *l. singulis 6. j. de except. rei iudi. neve diuersas sententias & contrarias sequi contingat si quod plerumque; finaliter de possessione, aliter de proprietate pronunciat. d. l. singulis. in fin. l. nulli 10. C. hoc tit.* Denique causa proprietatis est principalis. *l. si quis ad se fundum 7. C. ad leg. Jul. de vi publ.* Absurdum autem videretur, fieri moram negotio principali ob aliam minus principalem quaestionem. *l. i. C. de ordin. iudic.*

Ratio decidendi. Si quaestio possessionis admixtam habeat quaestionem violentiæ, omnimodo cognoscendum est de vi, & consequenter de possessione prius quam de proprietate, quia violentiæ vitium ante omnia purgari oportet, tanquam ea res pertineat ad publicam utilitatem, cum nihil sit tam contrarium legibus, quam vis, neque quod civilis legislator habeat tantoperè exolum, Ne alioqui & magistratus & leges silere necesse sit, maiorique tumultus occasionem præberet si singulis permittat legislator id per se facere, quod per magistratum expediri publice oporteat. *l. non est singulis 76. de reg. iur.* Hinc nimirum leges Iulianæ ad vim omnem siue priuatam, siue publicam grauissimè nec tantum civiliter, sed etiam criminaliter coercendam Totis tit. Ad leg. Jul. de vi priuatæ & Ad leg. Jul. de vi publicæ. Hinc decretum Diui Marci de quo in *l. extat 13. sup. quod met. caus.* Hinc tot Imperatorum constitutiones aduersus violentos alienarum rerum inuasores, vltra prætoris interdictum vnde *l. 4. §. 6. & 7. & 10. C. unde vid. l. si quis 7. & pass. C. ad leg. Jul. de vi publ. si cuius 13. §. si inter duos alios. l. acquisitum. j. de usufruct. l. 1. §. unde queritur. j. de oper. noui nunciat. Idque adeò verum est ut si non de proprietate, sed tantum de vi & de possessione queratur, prius tamen de vi & cognoscendum & pronunciatum sit, quam de iure possessionis. Nam & id a Diuo Pio quem D. Hadrianam Callistratus hic vocat, decretum fuisse testatur Marcianus in *l. qui contraxit. §. j. ad leg. Jul. de vi publ. vbi refertur etiam illud ipsam rescriptum de quo hic Callistra-**

tus. Sed si non de vi, sed de sola possessione ac proprietate queratur, Puto distinguendum esse, An proprietatis probationes ita promptu sint ut tam citò possit cognosci & pronunciatum de proprietate, quam de possessione, ut eo casu utramque quaestionem vno eodemque iudicio terminari oporteat. *l. d. nulli 10. C. hoc tit. per modo constat, modo agatur.* quomodo pragmatici loquuntur *arg. l. 3. in princ. j. vi in poss. legat.* An verò, quod sæpius euenit, quaestio de proprietate altiore requirat indaginem, & prolixior tractatum habeat, quia probationes dominij perdifficiles esse solent. *§. commodum. Insti. de iur. ver. d.* Ut tunc quaestionem de possessione prius expediri oporteat, *arg. l. ille à quo 13. §. j. ad SC. I. reuol. non solum quia semper id citius fieri potest, sed etiam quia fauorabilior est hac parte causa possessionis & proprietatis, maioremque celeritatem exigit, ne ad arma utrumque alioqui decurratur, ad quæ scilicet vix vnquam decurri solet propter proprietatem, sed tantum propter possessionem, cuius præcipuum commodum in fructuum perceptione consistit. Licet enim fructus non possessionis sed dominij & soli iure acquirantur. *l. qui scit 25. §. 1. de usufr.* is tamen fructus percipit, qui rem possidet, quamuis non sit dominus, non autem is qui dominus est si non possideat. Quæ ratio etiam fecit ut in omnibus interdictis etiam in quibus de vi non agatur solus prætor per se cognoscat, nec det iudicem, quomodo dat in causa proprietatis, Itemque ut in omnibus etiam interdictis ratio fructuum habeatur, ut ex contextu & interpretatione omnium interdictorum apparet. Denique ob hanc ipsam rationem placet non solum momentaneæ possessionis actionem per quamcumque personam etiam minus legitimam exerceri posse, quod in causa proprietatis fecus est. *l. vit. C. qui legit. person. in iudic. stand. hab.* Sed etiam quod magis est, Ab ea sententia quæ de momentanea ista possessione lata fuerit appellari non posse. *l. vnic. C. si de moment. poss. fuer. appell.* Ne quod beneficio celeritatis inuentum est subdati iniuriis taxiditatis, ut inquit *l. 22. C. Theod. quod appell. nō recip. & arg. l. 1. & l. 4. §. duas. j. de damn. infect. l. si quis sitio 6. §. quid tamen. j. de iniust. ruptur.* Nam & idcirco causa ista possessionis momentanea appellatur, aut ut antiqui loquebantur vno verbo momentum non quia parui momenti sit aut momento tantum temporis duret, ut quidam putant imperitè. Sed quia in momento ac celeriter expediri & potest & debet, ut reformatio & restitutio possessionis statim fiat, ut constat ex Iudoro libro 5. Etymolog. & *l. vnic. C. si de moment. poss. fuer. appell.* Et hoc ius adeò æquum visum est, ut quamuis ius punitiuium quo vitium, permittat ab his quoque sententiis*

appellari capit. cum ad sedem de restitut. *l. fol.* etiam nunc tamen id retineamus ex iure civili, ut sententia possessorij quam pragmatici nostri Reudentiam vocant, possit mandari executioni non obstante appellatione, ac citra eius præiudicium, quemadmodum ex Imberto & Rebuffo notat Gothofr. ad *diel. l. vnic.* Ergo concludamus De vi prius cognoscendum esse indistinctè quam de possessione vel de proprietate, De possessione verò, si nulla vis interuenisse dicatur, non prius quam de proprietate nisi cum superiore distinctione. Propter quam causam solent pragmatici nostri consilium dare & obseruare, ut qui de possessione prius agere vult protestetur, nolle se prius tractare, aut, ut loquuntur, ingredi petitorij, quam tota quaestio de possessione non solum per sententiam finita sit, sed etiam per sententiam executionem quæ fuerit subsēcuta. Quæ protestatio non est necessaria cum is qui possessionis momentaneæ reformationem petit, vim quoque sibi factam dicit, quia vis, ut dixi, ante omnia purganda & emendanda est. At neque protestationem hanc vilius utilitatis esse puto, quoties aduersarius habet in promptu profectus manifestas dominij probationes. Necesse debet esse in potestate vnus ex litigatoribus, ut protestatione sua impediat ne iudex veramque quaestionem simul diuitiat, cum id facere æquè citò & æquè comòdè potest. Ad eò ut nec desint qui putent, Etiam si agatur de restitutione possessionis, quæ per vim ablata fuerat, id ipsum tamen obtinere, & ablatæ possessionis restitutionem quæ omnium fauorab. lissima est impediri si spoliator incontinenti doceat de iure dominij sui, Quamuis dici soleat etiam prædonem ante omnia restituere oportere. *cap. in licitis. Extr. de r. j. i. spoliat.* Sed de tota illa quaestione copiosius dicendum erit alio loco, sicut & de alia quæ à tā multis tractatur, An qui cepit agere petitorio possit eo pendente agere possessorio. Qui tractatus pertinet

ad *§. nihil commune. l. natur. aliter 12. j. de acquir. v. d. poss.* Hoc tantum superest obseruandum ad hanc legem, Decretum Diui Pij à Marciano relatum in *d. i. §. 1. ad leg. Jul. de vi publ.* plenius esse quam eiusdem Imp. rescriptum, cuius hic solius meminit Callistratus. Nam cum hoc tantum rescriptum prius, ut de vi prius cognosci oporteat quam de proprietate, Postea decreuit ut prius etiam terminanda sit quaestio violentiæ quam alia quælibet siue dominij illa sit siue possessionis. Itaque quod hic rescriptum est *si de vi & possessione queratur*, non ita accipiendum est quasi rescriptum ut *si de vi agere vult, alius autem de possessione*, sed coniunctim hoc sensu, si de vi & possessione simul agere qui velit contra eum qui malit litigare de proprietate. Alioqui ridiculum esset rescriptum quod ad quaestionem de possessione propositam rescriptum de proprietate: Sicut & superuacuum fuisset decretum eiusdem Imperatoris quo nihil amplius, quam rescripto contineretur. Quod non videtur perceptisse imperitus interpret qui in *d. l. §. 1. ad legem Jul. de vi publ.* adiecit verba illa *vel dominio* que irreptitia & tollenda esse constat non solum ex hac lege sed ex ipsa etiam ratione quam nunc attulimus. Credidi namque interpret quaestionem de vi in rescripto illo Diui Pij opponi quaestioni de possessione, utur & semper opponitur quaestioni de dominio, eandemque esse hac parte rationem possessionis & dominij, nec obseruauit quaestionem de possessione plerumque iunctam esse quaestioni de vi ex parte eiusdem litigatoris, quia & vix est, ut alij vis fiat quam ei qui possidet. *l. 1. §. est igitur j. vii possidetis. l. 1. & totius. l. v. de vi.* quod de dominij causa & quaestione non similiter dici potest. Ideoque ita rescriptit Callistratus *si de vi & possessione* non quomodo scribendum erat si aliter sentisset *si de vi & de possessione.* Et quod sequitur prius cognoscendum esse de vi, sic accipe ut repetas & possessionem quam de proprietate.

## 38. LICINNIVS RVFINVS libro 4. Regularum.

Quod legatur, siquidem per personalem actionem<sup>a</sup> exigetur, ibi dari debet, vbi est: nisi si dolo malo heredis subductum fuerit<sup>b</sup> tunc enim ibi dari debet, vbi petitur: Præterea quod pondere<sup>c</sup>, aut numero, aut mensura continetur, ibi dari debet, vbi petitur: nisi si adiectum fuerit, *centum modios ex illo horreo*, aut *vinum amphoras ex illo dolio*. Si autem per in rem actionem legatum petetur<sup>d</sup>, etiam ibi peti debet, vbi res est<sup>e</sup>. Et, si mobilis sit res<sup>f</sup>, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: si enim vindicari à legatario poterit.

## Ad l. quod legatur 38.

Ratio dubitandi. Heres qui adit hereditatem hoc ipso intelligitur quasi contrahere cum legatariis, non minus quam cum creditoribus. *l. 1. §. heres. j. de oblig. & action. l. 3. §. vltim. & l. seq. j. quib. ex caus. in poss. eat.* Ergo non solum conueniri ibi debet legatorum nomine vbi hereditatem adiit, sed etiam ibi soluere. Nam quemadmodum contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco, in quo ut solueret se obligauit. *l. heres absens 19. §. vltim. sup. l. contraxisse 21. de oblig. & action. ita & videtur quilibet se obligasse ut solueret in eo loco in quo contraxit vel quasi contraxit. Nisi propria ratio aliqua sit quæ id impediat, ut in Legato prouinciali qui hereditatem sibi in prouincia declarauit ad ius Romæ, De quo in *l. de eo 16. sup. hoc tit.* Ratio decidendi. Voluntas testatoris quæ totum facit in vltimis volunta-*

ribus. *l. si mihi 12. in fin. de lega. 1.* illa fuisse creditur, ut res legata si non esset in eo loco in quo peteretur, ibi præstaretur vbi relicta esset, si non alibi eam præstari iusserit, ut scilicet præstaretur quam minimo fieri potest heredis incommodo sumptuque, Nisi si dolo malo heredis subducta sit & in aliam locum translata: quo casu ibi præstanda est vbi petitur, licet nunquam ibi res fuerit. *l. cum res 47. in pr. eod. tit. de leg. 1.* Extra hunc casum semper fauendum est heredi, ut minus oneretur, *arg. l. Scipronius 47. de legat. 2.* Minus autem oneratum præstando rem vbi est, quam si cogatur eam præstare vbi petitur, si ibi non sit, quia scilicet non cogitur eam ipse manu sua præstare, cum possit eo quoque inuito legatarius rem legatam ibi vbi est occupare. Tractamus siquidem in hac lege de legato per vindicationem relicto, ut constat non solum ex verbis illis quod



legatur (nec enim legandi verbum in cæteris legatis usurpabatur) sed ex eo quoque quod subiicitur de actione in rem, quia non pro aliis legatis quam vindicationis olim competebat in rem actio. Dicam latius ad *l. si in Asia 12. §. 1. de pos.* Planè quod quidam addunt si res legata vel per fideicommissum relicta ibi sit ubi petatur, improbè facere heredem si præscribat ei qui petit quasi maior pars hereditatis a libi sit *d. l. sed et si suscepit. §. si eares.* alienum est à tractatu huius legis, quæ loquitur tantùm de legatis, nec de omnibus, sed de iis solis quæ relicta sunt per vindicationem, ut iam dixi. Præscriptio autem illa, de qua in *d. §. si eares*, non pertinet nisi ad fideicommissa, ut dicam ad *d. l. §. 1. de pos.*

a *Siquidem per personalem actionem.* Ratio dubitandi Etiam cum per actionem in rem legatum petatur, ibi præstari debet ubi res est, ut sequitur in hac lege. Ergo superuacua est distinctio hæc An actio personalis, an actio in rem legatum petatur.

Ratio decidendi. Distinctionis effectus in eo est, quòd cum petatur legatum per actionem personalem dari quidem petende res debet ubi est, sed non etiam peti. At cum petatur per actionem in rem nõ tantùm dari debet in eo loco in quo est, sed etiam peti. Vindicatio enim fit in rem præsentem, usurpata solenni illa formula *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Vbi ergo petendum est legatùm aut fideicommissum per actionem personalem? Neque enim hæc lex aperit, quòd tamen præcipuè docendum fuit in hoc tractatu De iudiciis. Respondedo separanda esse hac parte ut & in aliis pleiisque legatis à fideicommissis, ut dicam ad *d. l. §. 1. de pos.*

b *Nisi si dolo malo heredis subductum fuerit.* Ratio dubitandi. Cum heres dolo malo rem legatam aliò transulit quam ubi relicta fuerat à testatore, satis punitur dolus eius si perinde res habeatur, ac si aliò translata non fuisset, ut scilicet pœna delicto respondeat, nec puniatur heres nisi in eo ipso in quo deliquit arg. *l. rescriptum 6. §. de his que ut indiguit. Paulus 24. aliàs l. falsæ die. §. ad leg. Fal.* Atqui si non fuisset res aliò translata, non ideo tamen dari debuisset, ubi nunc petitur, sed ubi relicta fuisset à testatore, quemadmodum supra diximus. Ergo quamvis dolo malo in alium locum translata sit, non eò magis tamen dari nunc debet ubi petitur, sed ubi danda esset si translata non fuisset.

Ratio decidendi. Dolus malus heredis hanc pœnam meretur, ut eo fauore carcat quo alioqui dignus fuisset si nihil dolo admisisset. Atqui quod non cogeretur rem legatam præstare alio loco quam in quo relicta fuisset à testatore quamvis a libi pereretur, non alia ratione fiebat, quam ut ei faueretur ne alioqui supra quam testator voluisse creditur, oneraretur. Ergo si dolo malo rem aliò translata, recusare non debet quominus eam præstare debeat in eo ipso loco in quo conuenitur.

c *Præterea quod pondere.* Ratio dubitandi. Etia cum id legatum est quod pondere, vel numero, vel mēsurâ continetur, verum est voluntatem testatoris eam fuisse intelligi ut ibi legatum præstaretur, ubi præstari posset minore incommodo heredis. Nec enim genus legati potest facere magis minusve fauorabilem heredem, qui omni casu heres est, de-

functique personam representat. Atqui semper commodius est heredi præstare rem legatam ibi ubi à testatore relicta est quam ubi petitur si ibi non sit, propter periculum sumptusque translationis quam alioqui fieri necesse esset, *d. l. cum res 47. de leg. 1. inuct. d. l. si in Asia 12. §. 1. de pos.* Ergo quavis testator non ita legauerit tot modios frumenti ex illo horreo, aut tot amphoras vini ex illo dolio non tamen onerari heres debet, ut frumentum vel vinum ibi præstandum habeat ubi petitur, sed in eo demum loco in quo frumentum vel vinum est.

Ratio decidendi. Quæcunque vel pondere, vel numero, vel mensura continentur, recipiunt functionem in suo genere *l. 2. §. nam. §. de reb. credit.* & ideo creduntur præstari posse ubique & omni loco equè commodè. Quod non similiter dici potest cum eiusmodi adest adiectio *ex illo horreo, ex illo dolio*, quia nunc non tam genus quam species legata videtur, aut saltem genus quidem sed per modum speciei, denique quodammodo certum corpus, ut loquitur Afric. in *l. si fructus 108. §. qui quis. de leg. 1.* quod proinde in indiuiduo præstandum est, & consequenter in eo loco in quo est, ac si res aliqua mobilis legata proponeretur *d. l. cum res. §. sed si petatur.* Adiectio mobilis, quoniam in rem immobilem cadere hic tractatus non potest, quæ sicut locum naturalem mutare nequit, ita nec per rerum naturam a libi præstari quam ubi est.

d *Sicutem per in rem actionem legatum petatur.* Intellige de legato per vindicationem relicto ex quo dominium itatum & recta via transibat à defuncto in legatarium quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 6. in si de furt.* Nam pro legatis per damnationem aut per finendi modum relictis competebat olim personalis tantùm actio, non etiam vindicatio quæ hodie competit pro omni legato, ex Iustiniani constitutione in *l. C. commun. de legat.*

e *Etiam ibi peti debet ubi res est.* Ratio dubitandi. In actionibus in rem habet actor electionem fori an velit reum ibi conuenire ubi res est, an verò ubi reus idemque possessor domicilium habet *l. ubi. C. ubi in rem act.* Ergo etiam cum per actionem in rem petatur legatum, non est necesse ut petatur ubi res est Ratio decidendi. In actionibus in rem non tã persona quam res conuenitur, unde & nomē sumpturunt, quia exercetur contra eum qui nullomodo est obligatus nec nisi in rem ipsam diriguntur *§. 1. Inst. de action. l. Imperatores 7. de publ. & vestig. l. domique 19. §. de iur. §. §.* Ergo necessitas & ratio iuris facit ut non alio loco possit actio in rem exerceri quam ubi est res quæ petitur, cum res ipsa sit ut ita dixerim rea. Actor autem semper sequi debeat forum rei *l. 2. C. de iur. §. omn. iudic.* Planè quia commodius cuique est ut in loco sui domicilij conueniatur, ubi scilicet minore sumptu ac vexatione litigaturus est, damus actori electionem ut possessorem conuenire possit si hoc malit, etiam in loco domicilij, cum non possit conueniri possessorem cuius condicio hac ratione sit melior. Plus enim præstat hoc casu actor quam debeat, qui foris illud agit quod aduersario commodius est arg. *l. Laolentus 15. aliàs l. cum qui de ann. leg. inuct. l. si extraneus 33. l. c. in sum. do 78. §. quod si mulier de iur. dot.* Ipsi enim actori utiq; semper commodius est in rem agere eo in loco ubi res est, ut sententia quam obtinebit, executionem facilius consequatur, nec nouam litem instituendam habeat apud iudicem territorij in quo

res sita est, quippe qui non facillè executionem sententia ab alio iudice reddita in suo territorio executioni mandati nisi parte adhuc audita permittitur sit: quæ res maritiam nouæ litis passim præbet.

f *Et si mobilis sit res.* Ratio dubitandi. Iam diximus tractatum hunc ubi solui debeat res legata non posse cadere in rem immobilem, quam scilicet impossibile est alio loco præstari quam ubi est. Ergo stulta est hæc adiectio. Ratio decidendi. Non potest quidem dubitari ubi res mobilis præstari debeat, sed potest dubitari ubi peti, & qua actione. Superioria autem proxima de petitione sunt non

39. PAPINIANVS libro 3. Questionum.

QUM furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit quòd hodie non potest iudicare: ut scilicet suæ mentis effectus quod sententia dixerit, ratum sit. neque enim in addicendo præsentia, vel scientia iudicis necessaria est.

Ad l. cum furiosus 29.

Ratio dubitandi. Furiosus impeditur natura ne iudex esse possit *l. cum prætor 12. §. 1. supra.* Ad eò ut si is, qui eam nõdum furiosus esset iudex datus fuit, postea furere cœperit, quavis iudex maneat, quia rectè ab initio addictus fuit, mutari tamè debeat, quòd iudicandi necessitatem morbus fonticus ei remittat *l. iudex datus 46. §. hoc tit.* Ergo non potest videri ab initio rectè datus & addictus iudex qui iam ipso dationis tempore furiosus fuit. Quæ autem ab initio fuit inutilis datio iudicis, ex postfacto conualefcere non potest ex *reg. l. quod initio 29. & l. pen. de reg. iur.* Maximè secundum Papiniani, cuius hæc lex est, sententiam, qui in huiusmodi questionibus videtur existimasse id tantùm spectari oportere An ab initio actus confiteretur *l. verbis 5. in si ad leg. Falci.* Ratio decidendi. In addicendo iudice neque præsentia, neque scientia iudicis necessaria est. Quid enim vetat & absentem & ignorantem iudicem dari? Omnes siquidem iudices dari possunt nisi qui vel natura vel lege, vel moribus impediuntur ne possint *l. cum prætor 12. §. non autem. supra. hoc tit.* in quo numero, neque absentes, neque ignorantes numerantur. Atqui furor nihil amplius facere potest nisi ut furiosus & absentis & ignorantis loco habeatur *l. ubi non voce*

*12. §. 1. de reg. iur. l. 2. §. furiosus. de iur. cod. l. sed si vniu 17. §. filiofam. 11. §. de iur.* Ergo si furiosus iudex addicatur, quamuis hodie & quando in furore est iudicare non possit, non eo minus tamen rectè addictus intelligitur, etiam initio inspecto, quia iudicium esse poterit, si postea quandoeunque suæ mentis effectus sententiam dixerit quam vtiq; ratam esse nihil prohibebit. Loquimur enim de illo qui non perpetuò sit furiosus, quem certè natura ipsa impediret ne iudex esse possit *d. l. cum prætor §. 1.* sed de eo qui vel dilucida habeat interualla, vel postmodum omnino resipuerit. Noranda verò est elegans illa Papiniani formula *cum iudex addicatur* qua & Paulus vsus est in *d. l. iudex datus.* Qui enim dabatur iudex à prætoris aut alio magistratu ad dicebatur certæ formulæ tanquam glebæ, à qua recedere ne latum quidem vnguem posset *l. prox. §. §. ubi dicam.* Hinc tria illa verba prætoris *Do, Dico, Addico*, de quibus sic Quindius lib. Faistorum

*Ille nefastus erit per quem tria verba silentur  
Fastus erit per quem iure licebit agi.*

Dabat enim prætor actionem, Dicebat ius, & Ad dicebat iudicem, ut alio loco scripsimus, & notissimum est.

¶ Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fideiubere potest: cum priuilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non potest.

Ad §. qui legationis.

Ratio dubitandi. Is qui legationis causa Romam venit priuilegium habet ne possit durante legatione conueniri, id què non priuati tantùm commodi, sed publicæ potissimum vtilitatis causa, Ne ab officio suscepro legationis auocetur & ne impediatur legatio *l. non alias 24. §. ubi. l. de eo 26. supra.* Ergo non est ei permittendum ut ex qualibet causa id est etiam ad legationem non pertinentē Romæ fideiubeat, Ne alioqui alterutrum euenire necesse sit ut vel decipiatur is qui fidem eius bona fide fecerit, vel priuilegium ei suum auferatur quod iniquum videtur præsertim si ei non expresse renunciauerit arg. *l. penult. C. de pact.* In summa fideiussor idoneus & loquax non videtur qui fori priuilegium aliquod habet, cum ex eo fiat ut multò difficilioris sit conuenientia *l. si fideiussor 7. supra. qui satis d. cogam.* Ergo si quis Legatum Ro-

mæ fideiussorem offerat, meritò potest peritor eum recusare, Aut saltem si aliàs caueri non possit prædicendum est, non vsurum eum priuilegio si conueniatur *d. l. l. si fideiussor. l. vltim. §. penult. §. ad SC. Velleian.* Ratio decidendi. Habet quidem Legatus priuilegium sed non eorum nomine quæ in legatione contraxit *l. 2. §. omnes autem & d. l. non alias in princip. supra. hoc tit.* ubi dixi. Atqui cum fideiubet hoc ipso contrahit dataate legatione. Ergo non est verendum ne vratur priuilegio quod nullum profus hoc casu habiturus est, ideoque nec prædictio vlla aut renunciatio priuilegij necessaria est. Imò nec adhiberi potest cum priuilegium hoc casu non tam amittatur, quam nullum sit, ut dixi, quia in Italia cõtraxit. Et hoc est quod Papinianus exprimit his verbis *cum priuilegio suo cum sit in Italia contractum uti non potest*, ubi nescio cur malint nonnulli pro eum legere aut interpretari *quamquam &*

pro in Italia, reponere in alia vt suppleant prouinciam. Priorem enim illum articulum cum usurpauit Papin. vt solet pro quoniam no pro quaquam neq; lectio hac quicquam habet difficultatis, aut incommoditatis. Neque verò aut melior aut alia vlla ratio querenda est, propter quam non possit Le-

gatus vt priuilegio, Nisi quia durante legatione contraxit. Non enim ided quod contractus cui fideiussor accessit celebratus fuerit in alia prouincia, possit auferre Legato priuilegium suum si is ante legationem, siue in Italia, siue in alia prouincia contraxisset.

40. PAPINIANVS libro 4. Questionum.

Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati.

Ad l. non quidquid 40.

Ratio dubitandi. Iudex datus, cogitur omnino iudicare secundum formulam sibi à pratore aut alio magistratu, qui iudicis dandi ius habeat præscriptam. Vnde & addici dicitur cum datur, vt diximus ad l. præced. Ergo quicquid iudicis potestati permittitur, id etiam subiicitur iuris necessitati.

Ratio decidendi Non potest iudex ea non facere quæ sibi per formulam pratoris videt esse præscripta, sed multa sunt extra formulam quæ à legum autoritate pendent in quibus pater latius potestas iudicis quam necessitas iuris, Exemplum nostri adferunt nec malè ex l. 1. C. quomod. & quand. iud. vbi scriptum est posse iudicem & tolere condemnare illum ex litigatoribus, qui sit absens, sed non ided tamen cogit id facere. Potest enim etiam absens interdum vincere si bonam causam habeat l. & post edictum 33. j. vt nimirum partis absentia per Dei præsentiam repleatur, vt Iustin. loquitur in l. propestandum 23. §. cum autem. C. hoc tit. Aliud exemplum adferri potest ex l. terminato. C. de fruct. & lit. exp. vbi dicitur iudicem qui de principali negotio sen-

tentiam promulgauit, comminus ad hoc constitutis partibus iuridica pronuntiatione, posse significare, victori debere restitui expensas. Quod & ad fructus porrigi potest si de iis nihil dictum fuerit in sententia at g. l. 2. eod. Et tamen nemo dixerit cogendum esse iudicem vt id faciat: cum hoc ipso quod nihil pronuntiauit de sumptibus & fructibus si fuerant periti, possit videri a dorem ab ea petitione repulisse. Denique rescindere quidem sententiam suam iudex non potest quantumuis malè iudicauerit, quia officio suo siue bene, siue malè functus est. l. iudex posteaquam 55. l. cum querebatur 62. de re iudic. Sed reliqua quæ ad consequentiam iam statutorum pertinent, prior tamen sententia defunt circacocondemnandum vel absoluedum reum posse supplere dummodo eodem die: sed si supplere non potest non cogitur. l. Paulus respondit 42. eod. tit. vbi quod scriptum est de bere iudicem hoc facere non ita accipiendum est, vt cogatur, sed ita vt si officio suo bene functus videri velit, debeat supplere, quæ alioqui per im peritiam omnifuisse diceretur.

Iudex, si quid aduersus legis præceptum in iudicando, dolo malo prætermiserit, legem offendit.

Ad §. Iudex.

Ratio dubitandi. Quod prætermisum est in sententia suppleri postea potest ab eodè iudice, dummodo eodem die, vt proximè diximus, ex l. Paulus respondit 42. j. de re iudic. Ergo non statim legem offendit nec protinus litens suam facit iudex qui aliquid aduersus legis præceptum etiam dolo malo prætermisit in iudicando. Ratio decidendi. Qui dolo malo prætermittit aliquid in iudicando, idque aduersus præceptum legis non in eo est, vt id ipsum supplere velit, siue eodem, siue alio die. Alioqui non posset dici prætermisisse dolo malo. Mirum itaque non est si lege in offendat, licet eamque spem faciat: quod non similiter de eo dici potest qui per errorem aut imperitiam aliquid prætermisit. Exemplum esto, si prætermisisset condemnationem sumptuum, cum victus nullam haberet satis probabile in litigandi causam. l. eum quem temere 79. j. hoc tit. l. propestandum 13. §. sine autem. C. eod. l. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2. l. 3. & 4. C. de fruct. & lit. expens. Item si possessor victus sit de proprietate, nec iudex quicquam de fructibus pronuntiauerit. Nam etiam si malè iudicatum fuerit in causa proprietatis, debet tamen iudex eodè errore de fructibus quo-

que pronuntiare. Et ni faciat, offendit leges, quæ non patiuntur, vt lucro possessoris qui victus est, fructus cedant l. & ex diuerso 35. §. 1. j. de rei vindic. Nec in contrarium potest obici quod initio huius legis Papi. ait. Non quicquid iudicis potestati permittitur id subiicit etiam iuris necessitati. Non enim positum est in iudicis potestate, vt iudicet secundum leges, sed ex iuris necessitate est vt id facere cogatur Non l. 82. De iudicib. cap. 13. de diuers. scri. ad iudic. dir. et. §. omnis autem iudex, quia facti quidem questio in iudicantis arbitrio & potestate est, sed iuris autoritas non est. l. ordine 15. ad vnic. l. 1. §. 1. vers. quorum aliter iurum. j. ad S. C. Turpill. Itaq; videtur mihi Papi. hanc sententiam subiicisse initio huius legis, quod ammodo per exceptione hoc sensu acti vnico cõtextu scriptum esset. Non equidem quicquid permittitur iudicis potestati etiam subiicit iuris necessitati. Si tamè iudex aduersus legis præceptum aliquid prætermiserit dolo malo in iudicando, offendi ab eo legem, Nec proinde impunitum id manere oportere, sed teneri iudicem actione in factum, tanquam qui hoc ipso fecerit litens suam l. ult. j. de var. & extr. cogn. l. filiusfamilias 15. §. supr. hoc tit.

41. PAPINIANVS libro 11. Questionum.

In omnibus bonæ fidei iudiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

Ad l. in omnibus 41.

Ratio dubitandi. Non potest sequi cõdemnatio

vbi nulla actio est. Nec rursus agere quisquã potest sine actione, vbi leg. si pupilli 6. §. ult. sup. de nego. gest. l. quo-

l. quoties 9. §. & generaliter. j. de admn. tuor. Atqui cum obligatio in diem, vel sub condicione concepta est, nulla prorsus actio potest competere priusquam dies præstandæ pecuniæ venerit l. certicondicio 9. in princ. j. di. reb. ere. l. cedero diem 23. j. de verb. signi. Aded vt qui ante diem agit non tã malè agere videatur plus petendo tempore §. plurimum. l. i. j. de action. quam nihil agere. Quamquam si verum amamus, dicendum potius est eum malè agere, quomodo post Scæuolam Vlpia. loquitur in l. vnic. in j. j. quan. dies vsus. leg. ced. Neque in sum bonæ fidei ratio tacere potest, vt ei cui non nisi in die debetur, permittendū sit agere ante diem, ne conuentio violetur. Nihil enim tam conueniens est fidei humanæ, quam pacta seruari l. 1. j. supr. de pact. Et verò vt quis ante diem agat, non multum abest à dolo malo cui nihil tam contrarium est quam bonæ fides, idedque repellitur doli exceptione, tam quoque eam conuentioni non nisi tacite tempus inest l. 2. §. non nisi. j. de dol. mal. except. Ergo etiam si bonæ fidei iudicium proponatur, tamen quantum dies præstandæ pecuniæ nondum venit, si agat creditor necesse est fructum eum & malè agere: Nec minus si agat ad interponendam cautionem, quam si ad extorquendam soluti onem, cum in contractu nihil dictum sit de præstanda cautione, neque cogitatum. Quid verò aliud in contractibus omnibus, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, spectare possumus, nisi quod à contrahentibus actum, aut si id non appareat, quod dictum fuit l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. Ratio decidendi. Is cui debetur in diem non potest quidè agere ante diem ad solutionem, quin malè agat, tanquam plus petens tempore, sed tamen si iusta causa sit suspicandæ fore vt ad diem non habeat debitor, vnde solutus, & que ex noua causa quæ superuenit post contractum, forte si rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, vt in l. 4. j. vt in poss. leg. aut si fugitiuus credatur, quod nostri dicunt fieri suspicandum de fuga, bona fides sanè facit vt creditori consuli oporteat data ei actione ad interponendam cautionem, vt res in tuto collocetur, neque res pereat. Quid enim prodesset diem expectari si interim res periret? Inanis si quidem est actio quam debitoris selucti inopia l. nam is 6. supr. de dolo. Sed hoc cum fiat sola bonæ fidei ratione non habet locum si ex contractu quolibet in diem debeat, at tantum in omnibus bonæ fidei iudiciis, vt scriptum est in hac lege, siue generalia sint, vt pro socio, negotiorum gestorum & tutelæ, siue specialia veluti mandat, depositi, commodati l. pro socio 38. j. pro socio, quod in huiusmodi iudiciorum genere longè pleniores fiant præstationes, sicut & in contractibus bonæ fidei pleniores & latiores sunt interpretationes, quasi inter contrahentes actum fuerit, quicquid agi potuit, & debuit ex bona fide, licet de eo nihil dictum sit l. quod si nolit 31. §. quia a fidiua. j. de adilit. edict. Ergo in contractibus strictis alia est, quia licet dici soleat in contractibus omnibus non amfidem desiderari l. bonæ fidei 4. C. de oblig. & act. id tamen non ad eam bonam fidem pertinet, de qua nunc agimus, id est, quæ nihil nisi æquitas est, aut saltem quæ summam æquitatem desiderat, vt loquitur Tryphonius in l. bona fides 5. j. de pos. l. ex empto 11. §. ult. l. bona fides 50. j. de act. empt. Sed ad eam quæ opponitur dolo malo, quam sanè in omnibus contractibus adesse tam necesse est, quam dolum malum ab omnibus abesse: quæ olim clau-

sula honestatis dicebatur, solebatque omnibus fidei stipulationibus l. doli clausula 19. l. ex ea parte 12. j. de verb. oblig. An igitur in omnibus bonæ fidei iudiciis obtinebit hæc Papi. sententia, siue in diem, siue sub condicione debeat? Nam vtroque casu verum est diem præstandæ pecuniæ non venisse quandiu dies vel condicio pedit, æquè autem venire diem cum existit condicio, atque si in diem debitum fuisset. Verum non puto tam generaliter intelligendum Papi. sententiam, sed restringendum ad ea debita quæ in diem contracta sunt: Quorum causam favorabiliorem esse æquum est, quam eorum quæ debentur sub condicione, quod quæ in diem certum debentur ea certum sit omnimodo debitum iri, cum non possit certus dies non venire, At non item ea quæ sub condicione, cum nec condicio dicenda sit, nisi quæ potest non existere l. si quis ita 33. j. de hered. instir. l. quod si ea condicione 18. j. de condit. instir. Vnde etiam est quod in diem debitum est ante diem compensari non potest l. quod in diem 7. l. cum militi 6. §. 1. j. de compens. solutum tamen ante diem reperi non potest l. in diem 10. de condit. instir. quod in debito condicionali diuersum est l. sub condicione 19. §. si q. eod. tit. Aded enim quod sub condicione debetur nullo modo deberi intelligitur, vt nec si velit debitor peditente condicione solacere, tamen consequi liberationem ex ea solutione possit, quia scilicet prius est vt obligatio contrahatur, quam vt tollatur, & vt quid debeat quæ vt soluat l. stipulatio 13. §. 1. j. de verb. obligat. Quid ergo absurdius dici potest, quam ad præstandam cautionem vrgeri eum ante diem qui soluere eo adhuc tempore non possit etiam si maxime velit, vel ob hoc ipsum vt se liberet ab onere præstandæ cautionis: argum. l. quod amem 6. §. apud Labronem, que in fraud. credit. Plerumque enim conuenit, vt quæ difficilè sit, imò difficilissimè fideiussorem aut pignora inuenire, quam pecuniam explicare l. 2. §. penult. sup. h. t. Debitum in diem certum alia ratio est, quia potest solui ante diem, quia ante diem peti non possit l. quod certa 70. de solut. siquidem plus præstat, quam debeat qui soluit ante diem l. molemus 15. aliis l. cura qui de ann. leg. a. Est igitur facilius & æquius vt in bonæ fidei iudiciis possit ex iusta causa etiam ante diem agi ad interponendam cautionem pro debito in diem, cuius dies iam cessit licet nondum venerit, quam pro debito sub condicione: cuius dies nec cessit, nec venit d. l. cedere diem. An ergo debitum hoc condicionalè perire aut saltem inane per inopiam debitoris fieri patiemur? Quidam verò? Nam & idem contingere posset deficiente condicione. Nec ratio vlla est vt prætextu bonæ fidei magis laborandum habeat iudex ad debitum condicionalè in tuto collocandum, quam laborauerit creditor, qui totum ius debiti ex incerto condicione euentu pendere contentus fuit. Nam id quidem semper agit legislator quantum potest vt res in tuto collocetur l. quoties 12. j. de reb. dub. l. quoties 80. l. sita stipulatus 116. §. Chrysozonus. j. de verb. oblig. sed subsequendo contrahentium aut expressam aut tacitam voluntatem, non etiam immutando eam & reformando. Neque ad hunc tractatum pertinet quod scriptum est in l. inter omnes 12. §. qui satisd. cog. & l. quod in die 16. j. de pet. here. l. 2. in princ. de hered. vend. l. 2. de emul. vt ad eos locos dicemus. Cautionem porrò hîc accipe non pro satisfactione, sed sine fideiussoribus, siue pignorb. caueatur, vt & in l. si mandat 50. §. ult. j. mandat. l. 4. §.



addici §. j. de fideic. libert. Sufficere enim debet actori, ut ei quomodo cautum sit, utque permittatur ei hoc nomine agere ante diem, quod in alio

iudiciorum genere nullomodo liceret. Sanè nuda cautio non sufficeret, quamvis ita sensisse videretur Accursius.

## 42. P A P I N I A N V S libro 24. Questionum.

**S**I vxor à legato Romæ diuerterit: dotis nomine defendendum Romæ virum responsum est.

## Ad l. vxor 42.

Ratio dubitandi. Exigere dotem mulier illis debet, vbi maritus domicilium habuit, siue morte viui, siue diuortio matrimonium solutum esse proponatur l. exigere 6. §. hoc it. Ergo si vxor Romæ diuerterit ab eo qui legationis causa Romam cum vxore venerat, non Romæ, sed in provincia vbi habuit domicilium maritus defendi debet.

Ratio decidendi. Eadem ratio esse solet & debet distractus, quæ contractus maxime eam ex distractu noua obligatio contrahitur l. si quis abenti §. is quoque §. de oblig. & actio. Atqui si maritus Romæ contraheret cum vxore in iplo tempore legationis Romæ defendi deberet, neque privilegium in eo vllam haberet l. non aliis 2. l. cum sit iuris 39. §. 1. vbi dixi sup. hoc it. Ergo & cum per diuortium distractit matrimonium, quia hoc iplo contraxit obligationem dotis restituendæ tot. i. iul. §. in matrimon. D. & C. Et ita videtur sensisse Azo, legisque huius rationem melius percepisse, quam Accursius, qui in Legato speciale hoc esse scripsit. An igitur dicemus generaliter maritum quemlibet à quo vxor diuerterit posse conueniri de dote in eo iplo loco, in quo factum diuortium est, quamuis ille alibi domicilium habeat? Ita puto, ex generali ea regula quæ vult posse quemcumque debitorem conueniri non tantum eo loci in quo domicilium habet, sed ibi etiam vbi contraxit vel quasi contraxit l. heres absens 19. sup. Contrahit enim, & se ad dotis restitutionem certè obligat

## 43. P A P I N I A N V S libro 27. Questionum.

**E**VM, qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocunque loco agere posse in id, quod interest, constat.

## Ad l. eum qui insulam 43.

Ratio dubitandi. Is qui certo loco dare promisit sicut alio loco soluere inuito stipulatore non potest l. penult. §. de eo quod cert. loc. Ita neque alio loco conueniri si summum ius inspicias, Ideoque fuit necesse induci actionem arbitriam De eo quod, cert. loc. quæ arbitraria dicitur per quam posset stipulator etiam alio loco agere, sed adiecta loci mentione ut promissor condemnaretur in id omne quod stipulatoris interest eo loco in quo dari debuit solutum non fuisse l. 1. eod. §. si quis agens. ver. loco plus petitur. Inst. de actio. Atqui is qui insulam Capuæ fieri intra certum tempus stipulatus est non tantum tempus, sed etiam locum stipulationi inseruit. Ergo etiam finito tempore intra quod fieri insula debuit, non eo magis tamen agere quocunque loco potest, sed Capuæ agere debet, aut saltem ad arbitriam actionem recurrere, cuius tamen nulla mentio fit in hac lege. Ne alioqui ex stipulatione contra formam stipulationis agere videatur.

Ratio decidendi. In obligationibus dandi id obtinet, quod modo diximus, non etiam in obli-

gationibus faciendi, ex quibus scilicet nunquam datur actio ad factum præcisè, sed si non fiat quod conuenit agendum est ad id quod interest l. si quis ab alio 13. §. de re iudic. l. quoties quis alium 8. de verb. obligat. quia non credit legislator posse fieri, ut quis ad factum præcipue cogatur citra vim & impulsionem, quam tempus habuit vehementer exosam. Atqui stipulatio de qua in hac lege agitur, non ad dandum pertinet sed ad faciendum. Ergo si intra præstitutum tempus facta non sit insula quæ fieri debuit, agendum est ex huiusmodi stipulatione non ad hoc ut fiat insula quæ amplius fieri non potest intra constitutum tempus quod iam præterit, sed omnimodo agendum est in id quod interest stipulatoris, quæ actio non ad faciendum opus pertinet, sed ad pecuniam dandam, ut nemo non videt, l. 2. §. vltim. sup. qui fati dar. cogant. Atqui quod ad hoc pertinet neque locus stipulatione comprehensus est, neque tempus. Non enim de eo quod stipulatoris interest Capuæ præstando conuenit, sed tantum de insula Capuæ faciendâ. Ergo ex huiusmodi stipulatione agere poterit quocunque loco ad id

ad id quod interest stipulatoris. Quod enim certo loco solui promissum non est, vbi que solui & peti potest l. qui Roma 122. in princ. l. conuincus 137. §. cum ita. §. de verb. oblig. Ex quo apparet, non posse verum esse, quod quidam hic notant post Decium ad l. quatenus 24. num. 4. §. de regul. iur. tutius esse, ut ex his faciendi obligationibus, primo loco petatur factum fieri, & si factum non fuerit petatur interesse succedat. Nam si quomodo agendum esset ad factum, utique non quocunque loco agi posset, sed omnino Capuæ agi oporteret, Nisi forte putamus vnam eandemque actionem posse diuidi, ut exerceatur Capuæ quatenus factum petitur, quocunque autem loco quatenus agitur ad id quod interest, quod planè ridiculum est. Quid ergo? Ad factum nullomodo agi potest, maxime in hac specie in qua præstitutum & finitum tempus proponitur faciendæ insulæ, sed omnimodo & præcisè agendum est ad id quod interest ob non factum quod fieri oportuit, & quidem quocunque loco. Nec enim verèdum est ut mora purgari possit post tempus, cum iam cœpit interesse stipulatoris. l. si iuris 135. §. Scia. §. de verb. obligat. Quod si tempus stipulatione comprehensum non esset, tacite tamen illud inesse intelligeretur intra quod fieri

insula posset. si ita stipulatus 14. eod. vbi dicitur statim atque tempus præterit quo insula adificari potuit posse agi ex ea stipulatione, quod haud dubiè sic accipiendum est, ut agi possit & debeat non ut insula fiat, sed ut ob eam non factam, id quod interest præteratur. Adèd ut non desuerint ex prudentibus qui crederent, Nec esse expectandum eo casu ut tantum temporis prætereat quanto insula fabricari possit, sed vbi iam cœpit faciendæ insulæ mora fieri tunc agi posse diemque obligationis cedere ad pecuniam præcisè petendam l. stipulationes non diuiduntur 72. §. vlt. eod. In quo an aliud Sabinianorum, aliud Proculianorum iudicium fuerit, quod recentiores plerique putant, ad eos locos dicendum erit. Non igitur in hac lege agitur per actionem arbitriam De eo quod certo loco, sed ex propria potius stipulatione, nulla certè loci facta mentione. Nec quod tempus quoque in stipulatione adiectum fuerat, inducere potest arbitriam, Non solum quia faciendæ insulæ præstitutum fuerat, non autem præstando ei quod interesset, verum etiam quoniam temporis adiectio nunquam facit actionem arbitriam, ut contra Iacobum Cuiacium disputauimus libr. 15. Coniecturatum.

## 44. P A P I N I A N V S libro 2. Responsum.

**N**on idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam reipublicæ causa abesse cœperunt: cum præsentium, & eorum, qui non defenduntur, administratio discerni & æstimari possit.

## Ad l. non idcirco 44.

Ratio dubitandi. Iudex datus post litem aduersus omnes tutores inchoatam contra omnes datus fuisse intelligitur, eaque mente ut totam litem quæ vnica est finiat vnica etiam sententia, Ne aliter multiplicentur lites, tantòque maior & inexplicabilior fiat difficultas, maxime propter periculū quod subest ne diuersa pronunciarī postea contingat inter eos quorum tamen par & eadem sit causa, arg. l. singulis 67. §. de excep. rei iud. Nam & inde est quod dicimus causæ continentiam diuidi nunquam oportere sed vno eodemque iudicio litem totam terminari debere l. nulli 10. C. h. r. Ergo si quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam & contestatam, reipubl. causa abesse cœperint, videtur officium iudicis impediti, ne contra præsentem cognitionem persequi, & pronunciarē possit. Cum nec aliter officio suo functus videri possit iudex qui per vnica formulam aduersus omnes datus fuit, quàm si contra omnes simul & semel pronunciet, quod tamen facere non potest si absentes qui non defenduntur iustam habeant absentia causam quæ impediatur ne videri possint cō-

tumaces, quomodo iustissimam certè habent qui absunt reipublicæ causa, Adèd ut contra eos positum edictum peremptorium nullius sit momenti l. contra pupillum 54. §. de re iudic.

Ratio decidendi. Cum aduersus plures siue tutores siue alios ex eadem causa obligatos vna tantum lis instituitur, multum interest an materia litis diuidua sit an indiuidua. Posteriore casu ea obtinent, quæ modò diximus Priore verò non potest absentium, qui non defenduntur causa facere, quominus contra præsentem cognosci & pronunciarī debeat, ut litis materia si non positus in totum tolli possit, saltem minuatur, arg. l. quidam existimauerunt 21. §. de reb. credit. Facile autem fieri potest & sit plerumque ut inter tutores tutela diuidatur, & tutela administratio: Quæ diuisio licet iuris sit non iurisdictionis, modum tamen administrationi facit l. inter tutores 36. §. de admin. tutor. & tot. r. Cod. de diuid. tut. l. Id verò cum factum est, facile discerni & æstimari potest administratio præsentium & eorum, qui non defenduntur. Aliud igitur esset si discerni non posset, iunge l. 1. & 2. Co. de consert. eiusd. lit.

**I** Cum postea seruus apparuit, cuius nomine per procuratorem fuerat actum, absolui debitorem oportet. quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.

## Ad §. cum postea.

Ratio dubitandi. Absolutio non potest fieri, nisi per rem iudicam l. 1. & 3. §. de re iudic. Nec rursus liti iudicari quæ nò prius fuerit mota, nec denique lis moueri aliqua sine actione l. si pupilli 6. §. vlt. §. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter §. de admin. tutor. Atqui seruus neque agere potest neque conueniri l. quoties 13. §. si quis cautionem l. cum seruo 107. de reg. iur.

Ergo cum postea seruus apparuit is cuius nomine per procuratorem lis fuerat instituta aduersus debitorem, Dicendum est corrumpere iudicium, aut potius ex postfacto apparere iudicium nullum fuisse, non autem absolui debitorem oportere. Nec enim quod procuratoris, qui serui nomine egi, persona fuerit libera, quicquam facere potest, cum generale sit in omnibus iudiciis quæ per procura-

torem exercentur, ut non procuratoris, sed eius cuius nomine agitur, personam spectari oporteat, l. si ante acceptum 7. l. si ad defendendum 10. j. iudic. sibi. l. Plautus 6. l. si procuratorem 6. sup. de procurat.

Ratio decidendi Interest debitoris ut absoluat ab observatione iudicij quod licet reuera iudicij non fuerit nec esse potuerit, iudicij tamen formam habuit cum debitor per procuratorem eius qui liber putabatur conueniretur. Nec rursus aliquando hic debitor disputandum habeat cum eodem creditore de eodem debito. Potest igitur hic debitor absolui a iudice, a quo tamen neque ipse, neque ipsius aduersarius condemnari possit, Cui non est contrarium quod scriptum est in d. l. de re iudi. Eam demum absoluendi potestatem habere qui potest condemnare. Nam preter id quod non similiter possit quis e contrario dicere, Absoluendi ergo potestatem non habere illum qui non possit condemnare, ut docui lib. 11. Coniect. c. 1. Illud etiam obseruandum est, quod iudex hic, de quo agimus, neque actorum, neque reum condemnare possit, non fieri ex defectu potestatis in iudice, sed ex defectu materiae, quia ex eo iudicio quod propter actoris personam non tenuit, sequi condemnatio non potest. Quae ratio non aequè impedit absoluendum, Quia ratio uerius est iudicium non tenere, tantò etiam aequius est absolui debitorem, sed ita tamen ut neque sumptuum litis condemnatio fieri uia possit, quia nec quisquam est qui possit condemnari, Nisi proponas non ignorasse procuratorem condicionem eius, cuius nomine agebat, sed eam dolo malo celasse: Hoc enim casu non putarem dubitandum, quin doli nomine procurator ad sumptus litis ex propria persona teneretur, qui tam improbè non tantum debitori,

sed etiam praetori illuisset. a Non obijciat. Ratio dabitur. Ex qua persona quis lucrum capiat, eius factum praestare debet. l. ex qua persona 149. de reg. iur. Atqui tractamus de domino cui actio competat ex serui stipulatione. Ergo si debitor contra quem serui ipse egerat per procuratorem, absolutus sit, debet ea sententia & absolutio nocere domino quandoconque litem pro eodem debito inferenti: Praeterquam cum possit domino imputari cur seruum suum ex ea causa agere passus sit, meliusque & sibi, & debitori non prospexerit, arg. l. de pe. 6. v. s. s. de re iud.

Ratio decidendi Non solet, nec potest res iudicata alij nocere, quam ei contra quem iudicatum est tot. tit. C. in alios ad. v. l. iudic. aliam non nocet. l. de vno. queque 47. j. de re iud. Atqui non fuit absolutus debitor nisi aduersus seruum qui prius egerat nullo iure. Ergo non potest ea absolutio, & sententia, si tamen hoc nomen meretur, nocere domino nunc agenti propriamque litem suo non alieno nec serui nomine inferenti. Quod enim domino ex serui stipulatione acquiritur, licet per mediam personam acquiratur, sic tamen acquiritur ut ne momento quidem temporis aut obligatio aut actio constet in persona serui. placet 79. de acqu. hered. aded ut etiam in re domino per serui stipulationem acquiratur. l. etiam 3. de a. q. r. e. d. m. l. seruis v. t. m. 62. j. de v. r. b. obij. Proinde non potest videri dominus agere ex persona vel ex iure serui, qui iure civili pro nullo habetur. l. ad domino 7. d. l. Cor. de fals. j. quod attinet. 2. d. r. g. iur. nullamq; personam habere intelligitur. l. 3. §. v. l. m. l. 4. §. d. cap. m. m. l. si Pamphilo. c. de opt. legat. Et consequenter nihil curae est cur eius factum domino debeat nocere qui ius suum propriamque litem exequitur.

45. PAPIANVS libro 3. Responsorum.

Argentarium, vbi contractum est, conueniri oportet: nec in hoc dilationem, nisi ex iusta causa dari, ut ex prouincia codices adferantur. Idem in actione tutelae placuit.

Ad l. argentarium 45.

Ratio dubitandi. Ibi conueniri quis debet vbi actio & defensio instrui commodius posse videatur, & vbi verissima possunt documenta praestari. l. 2. C. vbi de ratiocin. agi oportet. Atqui de iis quae cum argentario gerantur, & de re ad argentaria pertinent non alia meliores aut certiores probationes haberi possunt, quam quae ex codicibus rationum desumuntur, ideòque nimirum quoties argentarius quispiam ex hac causa conuenitur, etiam rationes edere ex edicto praetoris iubetur. l. 4. c. seqq. sup. de edend. Ergo si alibi argentariam quis exercuit, alibi verò codices rationum & argentariae instrumenta habeat, ibi debet conueniri vbi sunt codices rationum, aut saltem danda ei dilatio est, ut ex prouincia codices adferantur. Ratio decidendi. Debet

quisque ibi conueniri vbi contraxit vel quasi contraxit. l. heres absens 19. §. 1. sup. hoc t. Ergo argentarium vbi contractum est, id est, vbi argentariam exercuit, conueniri oportet. Nec danda ei dilatio nisi ex magna causa ad codices rationum ex prouincia adferendos. Sibi enim debet imputare qui transiit, & in hoc ipso deliquit. d. l. 4. §. vlt. nec proinde dignus est cui faueatur, Nisi iustam causam habuit aliò transferendi. Eadem enim iusta quoque causa erit danda dilationis. Idque est quod hic Papinianus ait nisi ex iusta causa. Idem in actione tutelae placuit, ut ibi debet conueniri tutor vbi tutelam administrat, nec dilationem nisi ex iusta causa ei dari oporteat, ut libri rationum ex prouincia adferantur. Scripti ad dicit. l. heres absens. §. 1. sup.

1. Nomine puellae tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellae iudicatum Romae facere coguntur, vbi mutuum pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.

Ad §. 1. nomine puellae.

Ratio dubitandi. Ad officium magistratum, qui iudices dederit, pertinet ut iudicium a se datorum sententias exequantur. l. 2. D. de P. 15. in princ. j. De re iudic. Atqui magistratus alij sunt qui in vrbe, alij qui in prouinciis sunt dicunt & dant iudices. Nec enim extra territoria sua iudices dare quisquam

potest, ut nec aliud facere quod sit iurisdictionis. l. vlt. sup. de iurisdic. Ergo fieri non potest, ut tutoribus puellae nomine in prouincia condemnatis, curatores iudicatum Romae facere cogantur, etiam si Romae mutuum pecuniam accepit mater cui filia heres extitit. Ratio decidendi. Rei necessitas interdum facit ut executionem sententiae alio loco fieri

fieri oporteat, quam in quo sententia lata fuit, Aded ut interdum sententiam Romae dictam praestantes quoque prouinciarum iubendi sint exequi in prouincia. l. a D. de P. 15. §. 1. Fortè h. id quod ex iudicatum praestandum est, in alio territorio esse proponatur. Aut si executio iudicati peratur in ea prouincia in qua contractum fuit, ut in specie huius §. Mater enim ex cuius contractu filia, eademque heres conueniebatur, mutuum pecuniam Romae acceperat. Proinde nihil curae erat cur eiusdem puellae curatores recusarent iudicatum facere Romae, quamuis sententia cuius executio petebatur, contra tutores in prouincia fuisse reddita proponeretur. Nam etsi sententia nulla intercessisset, recedè tamen curatores vgerentur Romae ad solutionem ex eo contractu qui Romae iniurus fuisset, sicut & mater ipsa si vineret, in cuius locum filia succedat. l. si is qui Romae 3. §. 1. sup. cum maxime contractus locum in his quaestionibus spectari oporteat, ut

scriptum est initio huius legis, & in l. heres absens 19. vbi dixi sup. Quis ergo ferat & aliam e de teriore esse condicionem creditoris, ob id solum quod de hoc ipso debito sententiam in prouincia iam tulerit? arg. l. 3. v. s. q. uatandem ratione. j. de v. s. Evidenter siquidem iniquum est nocere rem iudicatam ei pro quo fuerit iudicatum. l. videtur 16. j. de exception. v. i. iud. Sed qua autoritate poterit Romae fieri executio sententiae in prouincia lata? Non utique ex autoritate iudicis qui sententiam in prouincia tulit, Nec rursus ex imperio Praedis aut alterius magistratus prouincialis qui iudicem dederit. d. l. vlt. de iurisd. l. cum v. m. 12. §. pen. j. de v. b. autor. iudic. possid. Sed ex iussu Principis, qui tam Romae quam prouinciis imperet. d. l. a D. de P. 15. §. 1. Aut saltem adhibito remedio literarum requisitoriarum, quarum praecipuus hodie in eam rem usus est, ut bene & appositè notauit clariss. I. C. Dionysius Gothofredus ad d. §. 1.

46. PAVLVS libro 2. Quaestionum.

Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere ceperit: quia rectè ab initio iudex additus est, sed iudicandi necessitatem morbus fonticus remittit, ergo mutari debet.

Ad l. iudex datus 46.

Ratio dubitandi. Solent interdicere etiam illa quae ab initio constiterunt si ad eum casum peruenirent, a quo incipere non potuerunt. l. pro parte 11. j. de seruit. l. quia in eum casum 16. j. ad l. Aquil. l. debitor 82. v. s. quod si c. no. de legat. 2. Atqui non potest iudex dari is qui iam ipso dationis tempore furiosus esset si modo furere perpetuo teneretur, Natura se ipsa id prohibente. l. cum prator 12. §. pen. j. b. r. Postò de eo furor hic Paulus loquitur qui sit perpetuus, Alioqui non possit dici morbus fonticus, si quando deueniet, dummodò per dilata in terualla: Ergo iudex datus si furere ceperit, quamuis rectè ab initio iudex additus sit, in eodem officio permanere non potest. Ratio decidendi. Non est nouum, ut quae semel vtiliter facta & constituta sunt durent, licet casus veniat, a quo incipere non potuerunt. l. in ambiguis 81. §. 1. de reg. iur. l. v. r. b. 5. ad leg. falcid. Nec enim omnibus placuit olim prudentibus. supradicta regula, de qua in d. l. quia in eum, ut constat ex §. ex contrario. Inst. de legat. Ergo cum

iudex hic, de quo agimus, rectè ab initio additus sit, quia eo tempore furiosus non fuit, non eo minus in officio suo permanet quod postea furere ceperit. Quandoquidem & ab initio dari iudex furiosus potuisset, valeatque ab eo dicta sententia si modo ante sententiam furere desisset. l. cum furiosus 39. sup. Atqui iudicare, iniquis, non potest qui hodie furiosus est. Fateor, Et idè nimirum mutari debet, quia iudicandi necessitatem morbus fonticus remittit, qui cuique rei impedimento est. l. quatuor 60. j. de re iudic. Sed aliud est dignitatem iudicis iulque iudicandi retinere, Aliud verò dignitatem ipsam officiumque iudicis exercere. Qui furere cepit nihil omnino agere & exercere potest quandiu in eo statu est, quoniam absentis & quiescentis loco in omnibus habetur, ut dixi ad d. l. cum furiosus, aded ut nec sentire intelligatur. l. si tibi 8. §. v. m. de opt. legat. Sed tamen non eo minus & statum & dignitatem in qua fuit, & magistratum & potestatem retinet, non minus quam dominium rei suae. l. qui furere 20. sup. de stat. hon. in.

47. CALLISTRATVS libro primo Quaestionum.

Obseruandum est, ne iudex detur, quem altera pars nomina imperat: (id enim iniqui exempli esse, Diuus Hadrianus rescripsit) nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur.

Ad l. obseruandum 47.

Ratio dubitandi. Ad verecundiam petiti iudicis pertinet, ut non ob id solum suspectus videatur, quod ab altera tantum parte nominatim petitus sit. Nam si vir bonus & probus iudex est, quod obsecro de ipsius probitate deprehendere potest, quod eum alteruter litigantium nominatim iudicem petat: Sed & ita positò iure ut iudex dari non debeat is qui ab alterutra duntaxat parte petitus fuerit, inuenta erit ratio faciendi ne is iudex vnquam dari possit, is qui fortasse omnium commodissime dari deberet. Is enim ex litigatoribus qui eum iudicem habere vellent, nihilominus peteret nominatim, ut is daretur, atque ita assumeretur, ut dari nulloquam possit, quod certe ferendum non est. Ne alioqui sit in potestate cuiuslibet calumnia si litiga-

toris optimi cuiusque iudicis famam ledere & sugillare. arg. l. si idem 11. §. 1. sup. de iurisd. neve quod vna via fieri non potest, alia fiat contra. l. ferre oportet 21. §. 1. de iur. & curat. dat. l. 5. §. si pupillus. j. de reb. eor. qui sub tutel. Ergo non eo minus iudex dari quis debet quod ab altera tantum parte nominatim petitus sit si aliud nihil obstat: nec enim qui ab altera parte nominatim petitur, hoc ipso videri potest similis ei qui operam suam vltro ingerit, de quo in l. quae omnia 35. §. de procur. aut ei qui sibi in testamento adscribit, de quo in l. vxor 18. §. 1. j. de fals. Illi enim aliquid faciunt propter quod se suspectos praebent. Hic verò nihil facit qui & petitum se fortassis ignorat. Ratio decidendi. Iniqui & pessimi exempli est ut alteruter litigatorum eum sibi iudicem eligat quem volet. Ita enim fiet ut eum semper eligat



quo maiorem gratiam speret, quam aut frequen-  
 ti or familiaritas, aut adfinitas aliqua, aut denique  
 alia secreta & occultior causa possit, vel à probis-  
 simo & integerrimo iudice extorquere. Sic nam-  
 que vsu comparatum esse videmus, vt quamuis ap-  
 pud se iudex statuat nihil per gratiam aut fides  
 facere, nec alij fauere, quam cui iustitiam ipsam  
 patrocinari comperiet, facile tamen sibi persua-  
 deat iustiores esse partes illius cui fauere magis ve-  
 lit. Postquam placuit iudici quantumvis probò, si  
 idem amicus sit, hoc saltem permittendum esse vt  
 amici causam meliorem & iustiorum esse deside-  
 ret. Quo tamen vno, nudòque desiderio vix dici  
 potest quantum iustitiæ sinceriter administrandæ  
 voluntas debilitetur. Meritò igitur rescriptum est  
 ab Hadriano, Esse obseruandum magistratui qui  
 iudicem daturus est, ne vnquam det eum quem al-  
 teruter litigatorum nominatim petat. Et certè pa-  
 rum refert an quis in causa sua cum iudicem eligat  
 quem velit, An verò ille ipse iudicet, quod tamen  
 districtè prohibitum est *tor. titu. C. ne quis in causis  
 iudic. vel iudic. Nec quicquam diuini litiganti ho-  
 mini esse potest, quam si cogatur coram suspecto  
 quantumvis alioquin probò iudice litigare l. aper-  
 tissimi 16. vers. licet enim C. h. r. Planè si iudex petitus  
 nominatim eius sit dignitatis vt ad verecundiam  
 eius maximè pertineat, ne ob id suspectus videat-  
 ur, permittendum ei erit vt iudex nihilominus de-  
 cur, sed impetranda erit ea permissio à Principe, vt  
 Callistratus nosse hic scribit. Quòd si dolo malo  
 petentis factum sit, vt hic iudex nominatim peti-  
 tus ab eo fuerit, cum tamen omnium minimè iu-*

dicem illum habere vellet, facere id debet quo  
 magis non quominus iudicem dari eum oporteat,  
 quia malitiis nunquam indulgendum est *l. in fundo  
 38. j. de rei vindic.*  
 a *Nisi hoc specialiter à Principe.* Ratio dubitandi.  
 Beneficia & rescripta Principum nemini debet ef-  
 se captiosa *l. 2. §. meriti, & §. si quis à Principe. j. ne  
 quid in loc. publ. & Principes multò magis quam a-  
 lios vltos æquum est abstinerere ab iis siue faciendis,  
 siue concedendis quæ speciem aliquam vel mini-  
 mam habeant iniquitatis l. Imperatorem 91. j. de he-  
 red. inst. l. ex imperfecto 23. de lega. 3. l. ex facto 43. de  
 vulg. & pup. substit. l. 1. C. de emancip. liber. Atqui iam  
 diximus pessimi & iniqui exempli esse, vt iudex de-  
 tur is quem altera pars nominatim petat. Ergo nec  
 à Principe permittendum hoc est, quod citra alte-  
 rius iniuriam & captionem permitti non potest.  
 Ratio decidendi. Non facile bonus Princeps hoc  
 permittiturus est. sed ex causa permittere id potest, si  
 fortè iudicis petiti probitatem, & fidem adeò per-  
 spectam habeat, vt facile credat non alter eum iu-  
 dicatorem esse, quam Princeps ipse esse iudicatu-  
 rus, Quomodo de præfectis prætorio scriptum est  
 in *l. vnic. §. pen. sup. de offi. præf. præ.* Vereor tamen  
 valde, vt excepto hæc Tribonianum sit potius, quam  
 Callistrati. Sunt enim Tribonianum familiarissimæ  
 exceptiones istæ sic conceptæ *nisi specialiter*: fuit  
 autem hæc digna eo qui apud Imperatorem præ-  
 cipua pollens autoritate, poterat quotidie imp-  
 trare ab Imperatore, vt is iudex daretur quem no-  
 minatim peteretis, à quo Tribon. ipse primùm  
 corruptus pecuniis fuisset.*

48. PAVLVS libro 2. Responforum.

**P**Ars literarum Diui Hadriani: Τὸς ἀρχόντας, ἐπὶ ἀρχουσὶν ἐν αὐτοῖς, μήτε εἰδήσῃσι διενεῖν ἰδίῳν, μήτε διζ-  
 νύσῃσι, μήτε φερόντων, μήτε πρὸς ἄλλοις ἀντιπροσέχουσιν, καὶ ἀλλοῖς ἐπὶ ἀντιπροσέχουσιν, καὶ ἀλλοῖς πρὸς  
 τοὺς φερόντας, καὶ τοὺς φερόντας πρὸς αὐτοὺς, εἰς ἀλλοτρίους, ἢ τὰς δίκας. Id est: *Magistratus, quo anno cum  
 imperio sunt, neque propriam, neque eorum quorum tutelam, vel curam gerant, causam in iudi-  
 cio, vel agendo, vel defendendo sustineant. Simulac verò magistratus dies exierit, non ipsi tan-  
 tum aduersus reos suos, sed etiam aliis aduersus ipsos litem intentare ius fasque esto.*

Ad l. pars literarum 48.

Ratio dubitandi. Nemini officium publicum vel  
 damno vel compendio esse debet *l. videlicet 29. sup.  
 ex quib. caus. maior. l. absentia 140. j. de reg. iur.* Atqui  
 non paruum damnum est si quis actionem sibi  
 competentem exercere per annum integrum pro-  
 hibearur, Maximè si ponas actionem esse tempo-  
 ralem quæ anno vno sit peritura, aut etiam sen-  
 stri, vt sunt pleræque actiones annales, nonnullæ  
 etiam semestres vt redhibitoria *l. cum sex 55. & pas-  
 de adilit. edit. l. in honorariis 35. de obli. & act. ion.* E-  
 contrario non paruum compendium est ex alte-  
 rius damno quod quis per annum integrum con-  
 ueniri non possit: cum interim multa queant eue-  
 nire, quæ faciant vt actio ipsa, vel eius saltem exer-  
 cendæ facultas, intercidat, fortassis facultatibus la-  
 plo debitore. Ergo non potest æquum videri quod  
 D. Hadrianum constituisse hic Paulus refert, vt  
 magistratus quo anno cum imperio sunt, neque  
 propriam, neque eorum quorum tutelam vel curam  
 gerant causam in iudicio vel agendo vel de-  
 fendendo sustineant. Præsertim cum nihil prohi-  
 beat quominus cæterorum exemplo & agere &  
 conueniri per procuratorem possint *l. §. vlt. sup.  
 de procurat.* Et sane ita positò iure vix est, vt non ad

inuidiam nocere magistratibus dignitas eorum vi-  
 deatur, contra quam ab Imp. rescriptum sit in *l.  
 ad inuidiam 6. C. de his qui vi metus caus.* Deinde  
 quid si iniuriis magistratibus aliquid acciderit, puta  
 si iniuriam vel furtum aliudve damnum passi sint.  
 Quid obsecro, iniquius, quam impunita per an-  
 num delicta manere, atque ita in perditissimi cu-  
 iusque potestate esse, vt magistratus eo anno quo  
 cum imperio sunt, pulsant vltro, & lacestant, arg. *l.  
 2. §. item si extra in fin. sup. hoc tit.*  
 Ratio decidendi. Fuit optimi Imperatoris pro-  
 uidere ne quis publica potestate & imperio in al-  
 terius necem absoluti posset, neve dignitas eius qui  
 in magistratu & imperio esset per lites contra  
 eum ab aliis æquo Marte dimicaturis institutas,  
 minui videretur. Quisquis enim siue agendo,  
 siue defendendo litigat, necesse est vt parem si-  
 bi, & æqualem in ea lite aduersarium constitui  
 patiarur: in qua si eum vinci contingat, etiam de-  
 decori futurum illud est, minuitque ea res non  
 parum existimationem magistratus, quasi per  
 imperitiam, aut perfidiam litem vel instituis-  
 se, vel excepisse videatur, qui iuste condemna-  
 tus creditur. Quis enim iudex nisi planè amens  
 aut imperitus maiores istos magistratus aude-  
 ret in-

ret iniuste condemnare? Sed & Senatusconsulto  
 cauetur, vt de his quæ non tantùm præiudices ipsi,  
 sed etiam comites aut libertini eorum, antequam  
 in prouinciam venissent contraxerunt, non nisi  
 parcellis ius dicatur, ita tamen vt actiones quæ  
 ob eam causam instituta non essent, ea postea-  
 quam eorum quis ex prouincia excesserit restituat-  
 ur *l. senatusconsulto 16. sup. de offic. præf. Melius e-  
 nim visum est & tolerabilius, vt ex anni eius tem-  
 poris mora incommodum aliquod accederet, aut  
 magistratibus, aut iis, qui cum magistratu litigare  
 vellent, quam vrid fieri permitteretur, propter  
 quod suspicari quis vel temerè posset aliquid fa-  
 ctum esse vel à magistratibus, vel in ipsis magistra-  
 tus, quod minus ex eorum vel fide vel dignitate  
 esse crederetur. Aded decet magistratus omnes nò  
 tantùm crimine, sed etiam quantalacunque cri-  
 minis suspicione vacare. Et quoties nihil sine ca-  
 ptione inuestigari potest, eligendum est id quod  
 habeat, vel minus iniquitatis *l. quoties 200. de reg.  
 iur. vel plus publicæ honestatis, cuius præcipua ra-  
 tio habenda est in iis etiam quæ licent l. non omne  
 144. cod. l. semper in contumeliosis 42. j. de rit. nupt.*  
 Planè si quid iniuriis magistratibus accideret anno  
 quo cum imperio sunt, puta si iniuriam vel furtum  
 passi sint, hæc tenus ius dicendum est, vt lis con-  
 testetur, reliq; ablata exhibeatur & deponatur, aut  
 exhiberi sistive satisfactio promittatur. *d. l. senatus-  
 consulto in fin. vbi dixi.**

a *Simulac verò magistratus dies exierit.* Ratio du-

bitandi. Etiam posteaquam magistratus dies exiit,  
 supersunt tamen reliquæ quædam pristinae digni-  
 tatis, Nam qui fuit Consul remanet Consularis,  
 qui Prætor, prætorius, qui Quæstor, quæstorius, &  
 sic de cæteris. Ergo parum videtur referre an ma-  
 gistratus dies exierit, necne. Ratio decidendi. Non  
 dignitas magistratus facit quominus vel agere vel  
 conueniri possint eo anno quo magistratum ge-  
 runt, sed imperium quod eo anno habent cum di-  
 gnitate *l. 2. sup. de in ius vocand.* Ided namque in li-  
 teris Diui Hadriani sic scriptum est *Magistratus  
 quo anno cum imp. v. i. sum.* Atqui postquam magi-  
 stratus dies exiit, neque imperium, neque imperij  
 reliquias vllas retinent. Superstitis igitur reliquæ  
 dignitatis facere non debent quominus vel agere  
 possint vel conueniri. Quid ergo fiet hodie cum  
 magistratus sunt perpetui? Mutauit ea res ratione  
 iuris, nec hodie locus esse potest literis Hadriani:  
 vt nec quantum ad alia pleraque, quæ in annuis  
 magistratibus erant olim constituta, vt constat *ex  
 l. principalibus 31. & seq. vbi fauente Deo dicemus, j.  
 de reb. credit.* In maioribus magistratibus Aduoca-  
 tus sisci non est, ideòque nec agere prohibetur  
*l. penult. & vlt. sup. de postul.* Planè qui quis in ho-  
 nore annuo ministerioque publico est si aduersus  
 legem Iuliam de adulteriis deliquerit, teus qui-  
 dem postulatur, sed differtur eius accusatio &  
 cautione iudicio sistendi causa promittitur in fi-  
 nem honoris *l. si adulterium 38. §. vlt. j. ad leg. Iul.  
 de adult.*

49. PAVLVS libro 3. Responforum.

**V**enditor ab emptore denunciatus, vt eum euictionis nomine defenderet, dicit, se  
 priuilegium habere sui iudicis. Quæritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem  
 res inter petitorum, & emptorem cæpta est, ad suum iudicem reuocare. Paulus respon-  
 dit venditorem emptoris iudicem sequi solere.

Ad l. venditor 49.

Ratio dubitandi. Venditor cum emptorem de-  
 fendit euictionis nomine, nò tam emptoris quam  
 suam propriam causam agit, quippe in quem peri-  
 culum damnusque euictionis totum sit recasur-  
 us *l. si in venditione 60. j. cod. ill. tit. l. 1. C. vbi in rem act.  
 exerc. deb.* Ergo non est frustrandus priuilegio sui  
 iudicis si quod habet, quasi alienam magis quam  
 suam litem defendat, potestque litem ab eo iudice  
 apud quem res inter petitorum & emptorem cæ-  
 pta est ad suum iudicem reuocare, Ne alioqui pri-  
 uilegium quod ex propria persona habet, ei adio-  
 natur ex persona alterius, præsertim cum nihil inter-  
 sit emptoris diuimò defendatur. Ratio decidendi.  
 Litem alienam non suam persequitur venditor  
 qui emptorem defendit, aut potius res à se ven-  
 ditam, licet suo sumptu & periculo id faciat. Nec  
 enim potest dicere rem suam quam vendidit, &  
 quam in emptorem totam transtulit, Nec proinde  
 litem eo nomine institutam, præsertim quæ

iam cæpta sit inter petitorum & emptorem. Co-  
 gitur ergo sequi iudicem emptoris, vt vbi cæ-  
 ptum iudicium est ibi & sine accipiat ex *reg. l. vbi  
 ceptum 30. sup.* Nam nec emptor alia actione con-  
 uenitur, quam actione in rem quæ scilicet non  
 contra venditorem competit, sed contra possi-  
 dentem *d. l. 1. C. vbi in rem act.* Sed hoc ita est acci-  
 piendum si venditor emptorem defendat, nec nisi  
 contra petitorum pro emptore litigare velit. Cæ-  
 terùm si venditor ab emptore laudatus neget se  
 teneri de euictione, ideòque nolit emptorem de-  
 fendere, alia erit quæstio nouaque lis eo nomine  
 instituenda est, & quidem apud iudicem vendito-  
 ris cum sit actio personalis in qua haud dubiè &  
 generaliter cogitur actor sequi forum rei *l. 2. C. de  
 iurisdict. l. vlt. C. vbi in rem act.* Neque ad illum ca-  
 sum hæc lex pertinet, quamuis ea passim abu tan-  
 tur pragmatici nostri, vt errorem suum defen-  
 dant, qui & inualuit iam in tribunalibus. Contra  
 quem vide quæ scripti in *1. part. Chiliad. De error.  
 pragmat.*

**I**udices à præside dati solent etiam in tempus successorum eius durare, & cogi  
 pronuntiare: easque sententias seruari. in eundem sensum etiam s cauola respondit.

Ad §. iudices.

Ratio dubitandi. Nulla præsidum autoritas est  
 postquam magistratum deposuerunt, maximè ve-  
 ro vbi successorè acceperunt *l. memisse 10. sup. de*

*offic. procons.* Ergo neque specialium iudicum ab iis  
 datorum, quia & eum qui iudicare iubet, magi-  
 stratum esse oportet, & magistratus ipsi quique  
 prouincias regunt, iudicare iubere eo die quo pri-





fortè vexandi eius gratia conspirent fideicommissarij, vt singuli pro singulis fideicommissis eum conueniant in alijs atque alijs tribunalibus, in quorum territorio aliquid hereditarium reperitur, quomodo frequentissimum olim erat in tanta Romanorum fortuna, vt patrimonium permulti haberent in varijs prouincijs, quod legatorum formula illa toties in libris nostris usurpata testatur *Bona que habeo in Asia, Pamphylia, Cilicia, &c.* Caterum si heres in loco sui domicilij conueniatur etiam si nihil ibi possideat ex hereditate, qua fronte tamen potest reculare aut prescribere quominus ibi conueniatur, adeoque fideicommissum prestare compellatur. Nec enim alio villo loco conueniri potest commodius: Nec addenda est exceptio quæ additur in legatis si modò id quod petitur eo loco prestari commodè possit, id est, si non certum corpus legatum aut fideicommissi nomine relictum sit, sed quid aliud quod in pondere, vel numero, vel mensura consistat, quod nemo adhuc dixit, separanda esse hac parte fideicommissa etiam singularia, à legatis per vindicationem relictis. Nam nec in alio legatorum genere ipsam legatam verbum usurparat. Mouet me quod video in hac lege & sequentibus, & in *l. i. C. vbi fideic. per. oport. de fideicommissis* tantum agi, non etiam de legato. Contra vidè in *d. l. quod legatur 38. sup. & d. l. cum res 47. l. si seruus 108. in princip. de legat. i.* de solo legato agi non etiam de fideicommissis. Porro inter legatum quod per vindicationem & per verbum lego relictum sit, & fideicommissum hoc interest, quod testator cum legat nec de herede loquitur, nec ad heredem, sed tantum de legatario & ad legatarium. Cum verò heredis fidei committit, necessarium de herede cogitatur, siue cum eo loquatur, quâuis nec id necesse sit, siue ad fideicommissarium verba sua dirigat, & intentionem. Aded vt dubitatum sit olim an valeret fideicommissum, de quo testator cum herede locutus non esset. *l. miles ad iurorè 75. in princ. l. cum pater 77. §. donationis de leg. 2.* Ex qua differentia, etiam illa proficiscitur quod legatum per vindicationem relictum, à legatario potest occupari propria autoritate, nec capiendum necessarium est per manus heredis, tanquam quod tam citò acquisitum sit legatario, atque hereditas hereditatis legatum *30. eod. d. l. Titio 64. in fi. de iur. fideicommissum* verò ab herede, ac per eius manus semper capiendum est siue vniuersale sit, siue singulare inspecta iuris veteris ratione. Non enim nunc agimus de iure nouo, quod Iustinus induxit in *l. i. C. commun. de legat.* vbi etiam pro fideicommissis singularibus, sicut & pro legatis quibuslibet dedit vindicationem. Inde igitur fieri dico, vt cum certa res legata fuit, certumque corpus, si heres per actionem personalem conueniatur, non solum ibi conueniri possit vbi habet domicilium, sed etiam vbi est hereditas, siue maior, siue minor pars hereditatis ibi sit, etiam si res legata alibi sit prestanda tanquam alibi à testatore relictâ. Nempe quia sufficit heredi vt pariat se condemnari & consentiat vt legatarius ibi rem capiat vbi est, cum potuerit omnem inuito & non expectato heredem, vt Cains loquitur in *Insti.* eam rem sibi legatam propria autoritate occupare. Proinde etiam si heres dare illam sua manu & prestare velit, non alibi tamen dare illam & prestare cogendus est quam vbi est, ita nimium faciente voluntate testatoris. Nam si testator voluit, vt posset legatarius eam re-

propria autoritate occupare, quod vtiq; facere non potuisset alio in loco, quam vbi res fuisset, multò magis credendus est non alio in loco dari eam, præstariq; ab herede voluisse, quam vbi relictâ fuisset. Quòd si non certum corpus legatum fuerit, sed pecunia, vel quid aliud quod consistat in pondere, numero, vel mensura, idque per modum generis non per modum corporis & speciei, petendum quidem illud est in eodem loco. Sed cum hoc amplius quod ibidem etiam præstandum est omnimodò non inspecto eo quod legata specie inspiceretur, An alibi testator, aut pecuniam, aut merces reliquisset, vt dixi ad *d. l. quod legatur. sup.* vbi etiam attuli rationem diuersitatis. Planè si nolit legatarius heredem conuenire, vbi est maior pars hereditatis, licet non habeat ibidem heres domicilium suum. Non video cur non cogendus sit ibi iudicium suscipere contra legatarium, perinde ac contra fideicommissarium. Tantò magis quod ea res non obligat heredem, vt ibi prestare cogatur rem legatam quæ alibi sit. Aliud enim est querere vbi legatum peti debeat, aliud verò in quo loco prestari. Nec quicquam vetat vno loco peti legatum, & condemnari heredem eo nomine, alibi verò fieri præstationem *d. l. quod legatur & d. l. cum res.* Sed quid si petatur ibi legatum vbi sit res vna tantum hereditaria? Nec habebit heres præscriptionem contra legatarium quam haberet contra fideicommissarium, siue certum corpus legatum sit, quia eo casu nihil interest heredis, qui, vt dixi, non eò magis legatum ibi prestare compellatur, sed vbi corpus ipsum erit *d. l. quod legatur.* Siue legata sit pecunia, vel quid aliud simile, quia testator qui legauit per vindicationem non magis voluit heredem habere quicquam, vel minimum ex hereditate, quam legatarium habere suum legatum, *d. l. legatum.* Potestque dici stare hoc casu per heredem, quominus legatarius suum legatum consequatur, & occupet suo iure, sc. si soluendo legato sufficiens sit patrimonium hereditarium quod in eo loco est in quo legatum petitur, ne alioqui minus magno incommodo heres afficiatur, arg. *l. sed et si 52. §. 2. j.* At in fideicommissis, siue vniuersale, siue singulare sit, diuersa sunt omnia. Nam cum heres non possit reculare quominus fideicommissum sua manu præstet, nec illud quoque reculare potest quominus præstet in eo loco in quo petitur, licet res alibi relictâ fuerit à testatore, Ne alioqui dum se excusat quod res alibi sit, hoc ipso se tantò magis oneret, vt ad eum locum ire ipse cogatur ad rem tradendam: quæ res non minus ab ipsius comodo, quam à testatoris voluntate aliena esset. Onerauit enim testator heredem, vt sua manu fideicommissum præstaret, non etiam vt iret ad eum locum in quo res esset, ibique eam præstaret. Quare nec cum de fideicommissis queritur, distinctio illa adhibetur quæ adhibenda est in legatis, An eam rem heres aliò transtulerit dolo malo, quia non potest transtulisse dolo malo, qui satisfacit voluntati testatoris tradendo eam quocumque loco, maxime verò in eo loco tractat, in quo petitur: quæ tota est pena heredis aliò rem legatam dolo malo transferentis. Sicut nec distinctio alia in fideicommissis locum habet, An legata sit species, an verò genus quod in pondere, numero, vel mensura consistat. Omnibus enim fideicommissis commune illud est, vt præstari debeat vbi petitur, nec duplex in iis quomodo in legatis questio est,

est, vbi debeat peti, & vbi prestari, sed tantò æquius fuit contentus, vt ibi peti deberent vbi commodius prestari possent, facta scilicet in fauorem heredis, vt in alijs rebus omnibus, in interpretatione, quia etiam in fideicommissis testator voluit potiore esse causam heredis, quam fideicommissarij acceptari fideicommissum per manus heredis. Non potuit autem constitui locus commodior in quo & peterent & prestarentur, quam vbi relictâ esset hereditas *l. vna. C. vbi fideic. per. oport.* cum ex ipsa hereditate sint prestanda. Hereditas, inquam, est res hereditaria. Ius enim ipsum hereditatis nullibi gentium esse potest, vt iam dixi, cum sit incorporea. At quomam fieri facile potest, ac euenit plerumque vt res hereditaria in varijs non modò locis sint, sed etiam prouincijs & iurisdictionibus, nihil poterat incommodius esse heredi, quam ita ius constitui, vt vbiunque esset aliquid hereditarium, ibi conueniri posset quasi & in eo loco esset hereditas, nisi adhibuit fuisse ex constitutionibus temperamentum, vt ibi maior pars hereditatis petere oporteret, vbi heres prætextu hereditatis inquietaretur. Sed hoc ad excludenda duntaxat cetera loca, in quibus aliquid esset ex hereditate, at non etiam ad excludendum locum domicilij si fideicommissarius heredem ibi conuenire mallet. Eo namque casu quo heres in domicilij sui loco conueniatur, nulla certe præscriptio adiuuanda est, tanquam etiam maior pars hereditatis alibi sit, tanquam eo casu non tam quasi heres, quam quasi alius debitor quilibet conueniatur & in eo iure communi quo ceteri debitores omnes in domicilij loco conueniuntur *d. l. i. C. de iur. iur.* Idèòque Vlpianus in hoc §. indistinctè ait, rescriptum esse vt illic petatur fideicommissum, vbi domicilij heres habet, Nec addit quicquam de præscriptione illa si alibi non sit maior pars hereditatis. E contrario, cum idem Vlpianus in principio legis scribit in huc modum *Si fideicommissum ab aliquo petatur, si quo dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, an non satis innuit tractare se casum illi quo fideicommissum ibi petatur, vbi aliqua sit pars hereditatis, sed non maior?* Ita fit vt tota vis huius differentiæ quam inter legata & fideicommissa constitimus, consistat tam in petitione, quam in præstatione. Nam ei hæc & illa petenda sunt alibi atq; alibi, sed fideicommissa ibi omnimodò præstanda sunt, vbi petuntur, legata verò vindicationis si per actionem personalem petantur etiam alibi præ-

standa sunt plerumque, id est, cum certum corpus legatum fuit quod alibi sit, relictum à testatore nec dolo malo heredis aliò translatum. Aut si quando præstanda sint vbi petuntur, quod contingit si legata sit pecunia vel quid aliud quod pondere, vel numero, vel mensura contineatur, ibidem præstantur etiam si neque tota hereditas, neque maior pars hereditatis ibi sit. Fideicommissa verò non item propter præscriptionem quæ heredi datur contra fideicommissarium, at nunquam contra legatarium cui datur fuerit legatum per verbum lego. Atque hæc mea sententia est noua quidem & ante hunc diem inaudita, sed quæ tamen & rationi iuris veteris, & earum legum quas interpretamur verbis conuenientior videtur. Cui consequens est, vt postquam Iustinianus pro fideicommissis quoque singularibus dedit vindicationem, eandemque ipsis vt & legatis omnibus naturam tribuerit, quæ olim erat legatorum per vindicationem relictorum, ius hoc rotum hodie sit conturbatum, & illud ipsum in fideicommissis omnibus petentibus obseruari oporteat, quod olim obtinebat in legatis per vindicationem non quod in ipsis fideicommissis. Excipienda tamen sunt fideicommissa vniuersalia pro quibus nec hodie vindicatio competit nisi post factam ab herede restitutionem, vt neque olim *l. Julia 53. j. ad S. C. T. reuol.* præterquam iis casibus quibus placuit fideicommissum vniuersale habendum esse ipso iure pro restituto *l. pen. C. eo. & Nonell. l. de hered. & fideic.* Vbi ergo petendum erit hodie fideicommissum vniuersale? Vbi petendum erat olim, id est, vel in loco domicilij heredis, vel vbi est maior pars hereditatis.

*b. Quoties autem caput quis.* Hic versiculus merito parenthesi circumscriptus est tanquam planè irreperitus, & à sententia huius v. itemque legis sequentis alienus. Vt vel ex hoc maxime loco appareat non defuisse ex interpretibus imperitos plerosque qui leges nostras plerasque corruerint sua glussemata contextui inferendo. Verum tamen est si heres in eo loco conueniatur ad præstandum fideicommissum vbi nec domicilium ipse haberet, nec maior pars hereditatis esset, cõperit aliquid ex fideicommissis soluere non posse illum vt hæc præscriptione quippe cui per solutionem inchoatam renunciassè videatur non minus quam si eo in loco litem contestatus esset. Aliud esset si soluisset antequam conueniretur.

SI. MARCIANVS libro 8. Institutionum.

**Q**uamuis ad eum hereditas fuerit deuoluta, qui domicilium in prouincia habet. Sed & Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, si consenserit fideicommissarius alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare, vbi consenserit.

*Ad l. quamuis 51.*

Ratio dubitandi. Cum hereditas illius qui patrimonium suum Romæ habuit (de isto enim omnes hæc leges loquuntur) ad eum deuoluta fuit qui domicilium in prouincia & fortassis trans mare habet, non videtur ea fuisse voluntas testatoris, vt hic heres fideicommissum prestare cogereur in loco sui domicilij in quo nihil penitus ex hereditate possideret. Vtiq; enim testator heredem non de suo sed de bonis hereditatis fideicommissa prestare voluit. Ergo saltem hoc casu dicendum

est heredem si in domicilij sui loco conueniatur ad fideicommissi præstationem, iuuandum esse eam præscriptione quod alibi sit hereditas. Nam cuiusdam exceptionem ob id quod maior pars hereditatis alibi sit, multò magis danda est ob id quod tota hereditas in alia prouincia esse proponatur.

Ratio decidendi. Ius commune illud est omnium debitorum, vt nullam habeant præscriptionem si in loco sui domicilij conueniantur, quia nec fieri posset vt alio villo loco qui commodior iis esset conuenirentur, *l. 2. C. de iur. l. cum quadam 19. §. 20.*

ill. tit. Nec quod in eo loco nihil penitus sit hereditarium, ad rem facit; Quando etiam nihil profus esset in hereditate non eo minus tamen & conueniri posset heres, & de suo satisfacere creditoribus teneretur. *l. que dotis 33. §. solut. matr.* Et si autem minus iuris habebant olim legatarij & fideicommissarii quam creditores, quia neque legatis vel fideicommissis onerari poterat hereditas supra quam esset in hereditate. *l. in ratione 11. §. quod vulgò ad leg. falcid. l. 1. §. si is qui quadringenta ad S. C. Trib.* (quod hodie immutatum est à Iuliano in odium heredis nullam inuentarium conficientis. *l. vlt. §. si vero postquam iunct. §. nisi prefatam. vers. sed et si legatarij. C. de iur. deliber. in.*) Non poterat tamen ea res quod nihil ex hereditate esset in loco domicilij heredis, facere quominus in eo loco conueniri posset, cum esset liberum heredes hereditarias alibi constitutas vel vendere, vel ad domicilij sui locum si erant mobiles reuocare, vt fideicommissario satisfacere posset. Aut saltem poterat ea ratio adferre aliquam excusationem heredi, conuenio & condemnato in loco sui domicilij, ne tam cito iudicatum facere teneretur, at non etiam ne in eo loco & conueniretur & condemnaretur. Ceterum ex huius legis continuatione cum §. vlt. legis precedentis apparet quam verum sit quod ad eum §. vlt. monuimus irreptitium esse delendumque totum illum versic. *quod is autem cepit quis.* Nihil enim commune habet lex hæc cum eius versiculi sententia, sed cum eo tantum quod Vlp. dixerat rescriptum esse, vt illic fideicommissum petatur vbi heres domicilium habeat. Apparet etiam ex hac lege verum esse quod docuimus ad eundem §. vlt. nulla præscriptione inuandam esse heredem cum in sui domicilij loco conuenitur, etiam si maior pars hereditatis alibi esse proponatur. Nam si poneret tractari in hac lege de herede qui & in

foro sui domicilij conueniretur, & in eo loco haberet maiorem partem hereditatis, incepta esset ratio dubitandi quæ ex eo sumitur quod hereditas ad alterius prouincia hominem fuerit deuoluta, cum etiam Romanus esset nec vllum domicilium in prouincia haberet, in ea tamen conueniri & posset & deberet, vel ob hoc solum quod in ea esset maior pars hereditatis.

a *Si consenserit fideicommissarius alio loco dare.* Legendum est fideicommissum pro fideicommissarius nato facile mendo ex eo quod paucioribus literis scriptum esset fideicommissum quibus literis & fideicommissum & fideicommissarius poterat significari. Ceterum & præcedentia & sequentia omnia sunt de herede non de fideicommissario. Præsertim illa si consenserit alio loco dare. Item illa *necess. habuit secundum consensum dare* vbi consenserit. Heredis enim est dare, fideicommissarij autem accipere. Sed & quod initio sequens legis scriptum est, *si iur. cepit actionem fideicommissi ad heredem pertinet nō ad fideicommissarium vt nemo non videt.* Ratio dubitandi. Priuatorum pactioibus iuri publico derogari nō potest *l. ius publicum 38. sup. de pact.* Atqui ius publicum est vt fideicommissum nō alio loco peti oporteat quam vbi vel heres domicilium habet, vel maior pars hereditatis est, vt dixi ad §. vlt. legis precedentis. Ergo quamuis consenserit heres fideicommissum alio loco dare non tamen necesse habebit secundum consensum dare, id est vbi consenserit. Maxime si postea mutet voluntatem *l. si conuenit 18. sup. de iurisd.* Ratio decidendi. Potest quilibet iuri ac privilegio suo renunciare *l. pactum 46. §. de pact. l. pen. C. cod.* maxime vero præscriptioni fori cui plerumque etiam tacito consensu renunciatum intelligitur, puta si lis contestata sit antequam ea opponeretur *l. vlt. C. de recept. l. 4. C. de iurisd. §. j. l. proxima seq. vbi dicam.*

#### 6. VLPIANVS libro 6. Fideicommissorum.

**S**ed & si suscepit actionem fideicommissi, & aliis defensionibus vsus, hanc omisit: postea quamuis ante sententiam, reuertitur ad hanc defensionem non potest.

#### Ad l. sed et si §. 2.

Ratio dubitandi. Præscriptio ista de qua agitur in hac lege & in precedentibus non videtur umilis cæteris præscriptionibus fori quas proximè diximus non posse opponi post litem contestatam ex *l. 4. C. de iurisd. l. vlt. C. de except.* quia non tam ad iurisdictionem ipsam declinandam pertinet, ne heres fideicommissi nomine conueniatur & condemnatur, quam ad remorandam præstationem, Ne scilicet fideicommissum præstare teneatur in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis *l. si fideicommissum §. o. in illis verbis, non erit ad præstationem compellendus sup. hoc tit.* Vt proinde non tam fori, quam loci præscriptio esse videatur. Ergo etiam si lis contestata sit apud prætorem susceptaque per heredem actio fideicommissi nō eo minus tamen heredi permittendum est quamuis aliis defensionibus vsu vt saltem ante sententiam ad hanc defensionem reuertatur. Neque enim pluribus defensionibus quisquam vti prohibetur, Nec rursus nouum est vt exceptiones plerumque non modo post litem contestatam & ante sententiam, sed etiam post sententiam ipsam opponantur, Nempe si tales sint quæ non impugnent iudicatum,

Quismodi sunt solutionis, compensationis, & de eo quod facere quis possit *l. miles 6. in princ. j. de rei iudic. l. in condemnatione 173. vbi not. j. De reg. iur.* Quibus & hæc similis esse videtur. Quid enim verat quominus heres sit condemnatus ad solutionem fideicommissi, & tamen præscribar non alio se loco præstare id debere quam vbi sit maior pars hereditatis?

Ratio decidendi. Fideicommissa omnia quoniam per manus heredis præstanda sunt, nō alio loco peti debent, quam in quo etiam præstari, vt dixi ad *l. §. o. §. vlt. sup.* Ergo quæ præscriptio non potest opponi Ne fideicommissum certo loco petatur, eadem nec opponi potest, vt in eo loco præstetur. Atqui præscriptio, Ne fideicommissum certo loco petatur est præscriptio fori non loci, vt apparet ex eo quod si in eadem prouincia & iurisdictione varia sint loca, in quibus sita sint bona hereditaria, non potest heres contentus in foro illius prouinciæ præscribere quod in alia ciuitate eiusdem iurisdictionis, maior pars sit hereditatis. Alibi enim esse maiorem partem nihil aliud est in hoc tractatu, quam esse in alia iurisdictione. Ergo non potest opponi ante litem contestatam. Est enim

nam hoc generale & commune omnibus fori præscriptionibus, vt & cæteris dilatoriis, vt opponi debeant ab initio litis, & ante contestationem *l. 1. vlt. C. de except. l. exceptionem 19. C. de prob. in.*

**¶** Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit: quamuis maior pars hereditatis in prouincia sit, tamen Romæ debere fideicommissum solui, dicendum est: cum apparet id testatorem sensisse ex genere comparationis.

#### Ad §. 1. si libertis.

Ratio dubitandi. Non debet fideicommissum aut peti aut solui Romæ si maior pars hereditatis sit in prouincia, Alioqui præscriptio locum habet, de qua in *l. si fideicommissum §. o. sup. hoc tit.* Ergo etiam si libertis suis testator emi voluerit tesseras frumentarias, id est, signa, quibus exhibitis frumentum à Principe dabatur, si tamen maior pars hereditatis in prouincia sit, non eò magis Romæ peti aut solui fideicommissum hoc debebit.

Ratio decidendi. Etiam alibi quam vbi maior pars hereditatis est soluenda sunt fideicommissa si testator ita voluerit. Est enim hoc commune legatis omnibus & fideicommissis, vt in huiusmo-

**¶** Sed et si proponas, quibusdam clarissimis viris argenti, vel auri pondo relicta, & sic sufficiens ad huiusmodi fideicommissa Romæ patrimonium: licet maior pars totius patrimonij in prouincia sit, dici oportet, Romæ esse præstandum nec enim verisimile est, testatorem, qui honorem habitum voluit his, quibus reliquit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse.

#### Ad §. 2. Sed et si proponas.

Ratio dubitandi. Fideicommissa omnia sicut & legata quæ à testatoribus relinquuntur, eandem temper causam habent, adfectionem scilicet testatoris erga legatarios & fideicommissarios, quibus hunc honorem habere voluerit ob meritum aliquod præcedens *l. nec adierit 9. infra pro socio.* Ergo parum refert an clarissimis quibusdam viris, an aliis bene meritis argenti vel auri pondo aliquot relicta sint Romæ, Sed vtroque casu perinde dicendum est, vel præstandum esse fideicommissum Romæ ex ratione illa quam hic Vlpianus adfert quod non sit verisimile testatorem, qui honorem habitum voluit iis quibus reliquit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse, Vel præscribendum esse fideicommissariis perentibus Romæ fideicommissum, quod alibi sit maior pars hereditatis. Ratio decidendi. Et si legatorum & fideicommissorum omnium causa eadem est quæ & ex testatoris adfectione, & ex legatarij vel fideicommissarij merito proficitur, fatendum tamen est, non semper parem esse testatoris erga omnes illos adfectionem, & plerumque interpretandas plenius defunctorum voluntates pro eius dignitate cui relicta sunt *l. plenum 12. §. 1. vers. aliquo enim largius. j. de vsu & habit.* Ergo cum testator clarissimis quibusdam viris aliquot argenti vel auri pondo reliquit, multo maior ratio est, vt dicamus non esse verisimile testatorem qui honorem iis habitum voluit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse, quam si aliis cuiuslibet conditionis hominibus eiusmodi fideicommissa data proponeretur. Proinde clarissimis istis fideicommissum Romæ petentibus non obstat

di quæstionibus voluntatem testatoris ante omnia spectari oporteat *l. cum res 47. de leg. 1.* Atqui in proposita specie apparet de voluntate testatoris ex genere comparationis, id est, ex qualitate & conditione eius rei quam fideicommissariis emi ab herede & comparari voluit. Tesseras enim frumentarias emi voluit, quæ non alibi, quam Romæ venduntur, sicut nec alibi, quam frumentum datur iis qui eiusmodi tesseras exhibent. Ex eo igitur apparet voluntatem testatoris hoc casu facere vt tale fideicommissum Romæ solui debeat. Quod ipsum tamen sic intelligendum videtur, si huic fideicommissi præstatio sufficiens relicta sit Romæ patrimonium, Exemplo eius quod scriptum est in §. seq.

præscriptio quæ aliis obstat, Quod alibi sit maior pars hereditatis, Si tamen illud præterea concurrat vt ad huiusmodi fideicommissa Romæ præstanda sufficiens sit Romæ patrimonium. Alioqui durum sanè & iniquum esset prætextu dignitatis fideicommissarium vrgeri heredem ad soluendum fideicommissum eo in loco vbi non habeat ex patrimonio defuncti vnde possit soluere. Quo argumento supra diximus ad *l. si fideicommissum §. o. vltim. sup.* Et si heres nullam habeat præscriptionem contra legatarios petentes legatum pecuniarium, aut quod constat in pondere, vel numero, vel mensura, etiam si petatur ibi vbi quid vel minimum sit ex hereditate, id tamen ita debere accipi: Si in eo loco sit ex hereditate quantum satis est ad soluendum legatum: vt eadem sit condicio heredis quantum ad legatarios quæ quod ad fideicommissarios, Illo saltem casu, quo non magis contra fideicommissarium præscriptio aliqua competat, quam contra legatarium. Non tamen sufficeret quod & clarissimis viris data essent fideicommissa, & sufficiens esset ad ea soluenda Romæ patrimonium, si non etiam illud concurreret vt modica essent fideicommissa: Emphasis enim præcipua rationis qua vitur Vlpianus, consistit in modicitate fideicommissorum vt probant verba illa *tam modica fideicommissa.* Indignum enim sanè esset pro re modica cogi clarissimos viros relicta vrbe in prouinciam ire. Ergo si magna sint fideicommissa, probandum aliud erit quamuis sufficiens quoque sit ad ea soluenda Romæ patrimonium: vt ab eo iure quod communiter constitutum est, non nisi quam minimum fieri potest peccetur.



3 ¶ Si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit dicendum est non debere præscribi, ei, qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit.

*Ad §. 3. si ea res.*

Ratio dubitandi. Constitutiones quæ præscriptionem hanc fori dederunt heredi aduersus fideicommissarios ne possit ab eo peti fideicommissum alio in loco quam in quo sit maior pars hereditatis *l. si fideicommissum 50. in princ. §. generaliter & indistinctè locuta sunt*, id est nõ adhibita ea distinctione. An res quæ per fideicommissum relicta sit eo in loco sit in quo petitur, an non. Ergo generaliter & indistinctè intelligi debent, arg. *l. de præcio. §. de publicia. l. in fraudem 15. in §. de rest. milit. l. 1. §. generaliter. §. de leg. præst. & consequenter*, quamuis ea res quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit ubi petitur, dicendum est perinde præscribi debere ei qui petit si maior pars hereditatis alibi sit. Ratio decidendi. Non tam quid ab Imperatoribus quam qua mente & ratione constitutum sit inspicendam est *l. per. §. ad exhib. l. adigere 6. §. quamuis. §. de in. p. tron.* Atqui nõ alia fuit ratio propter quam præscripserint Imperatores accommodandam heredi hæc præscriptionem aduersus fideicommissarios petentes fideicommissum, quam ut fauerent heredi, ne alibi præstare fideicommissum cogeretur, quàm ubi minore suo incommodo id facturus videbatur. Porro incommodum nullam heredis futurum est etiam si cogatur fideicommissum præstare in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis, si modò ea ipsa res quæ præstanda est in eo loco reperitur. Vbi enim præstari, obsecro, commodius potest, quàm ubi est eam illud etiam cõcurrit ut ibi ubi est petatur? Ergo nullus hoc casu præscriptioni aut cõstitutionibus locus esse potest. Non dissimilis Papiniani ratio, & ratio ginatio est in *l. unum ex familia 67. §. si re delegat. 2.* Malè tamen nõnulli ad hunc locum pertinere putant, quod scriptum est de re legata ibi ubi est præstanda in *l. quod legatur 38. §. l. cum res 47. de leg. 1.* Nã in legatis omnino diuersum ius est, & res legata ibi ubi est, præstanda est tam quoq; cum alio loco petitur per actionem personalem, ut dixi ad *§. ult. l. 50. §.* At nos tractamus eum casum quo res per fideicommissum data ibi sit ubi petitur. Alioqui non esset præstanda ubi esset sed ubi peteretur, Cùm hoc tamen ut neque alibi peti posset,

4 ¶ Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommissio satis: videndum est: an hæc præscriptio locum habeat, & non puto habere, quinimodò, & si nihil sit eo loci, attamen iubendum satisficere. quid enim veretur: cùm, si satis non dederit, mittatur aduersarius in possessionem fideicommissi seruandi causa.

*Ad §. ult. Sed si non fideicommissum.*

Ratio dubitandi. Parum interest an vrgeatur quis ad fideicommissum præstandum in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis, An verò ibidem vrgeatur ad præstandam fideicommissi nomine satisfactionem ex edicto prætoris, de quo in *tit. l. de legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* cùm plerumq; tam difficile sit fideiussorem inuenire quàm pecuniam explicare *l. 2. §. pen. sup. h. r.* Ergo quemadmodum non potest heres pro fideicommissio conueniri eo in loco in quo nihil sit hereditarium, at neque ibi ubi aliquid ex hereditate est si maior pars hereditatis alibi sit, ita neque permittendum est ut eo loco ad præstandam fideicommissi nomine satisfi-

quàm ubi esset maior pars hereditatis, Nisi voluntas testatoris illud suaderet ut in casibus de quibus in *§. 1. & 2. §.* Illa etiam differentia inter legatum & fideicommissum mihi noranda summè videtur, quod etiam si in eo loco in quo est petiturque res per fideicommissum relicta, nihil aliud sit hereditarium, non eo minus tamen in eo ipso loco heres fideicommissi nomine conueniri potest & quidem sine metu præscriptionis: Non quòd res quæ petitur ibi sit (ratio enim illa sola melior est ad tollendum obicem præscriptionis, quàm ad inducendum ius petendi eo in loco fideicommissi.) Sed quòd verum sit eo in loco, in quo est res quæ per fideicommissum relicta fuit, esse aliquid hereditarium, cùm ipsa res per fideicommissum relicta, sit manensque hereditaria quocumque fideicommissario tradita præstaturque fuerit. Sufficit autem hoc casu conueniri heredem in eo loco in quo sit aliquid hereditarium, cessante scilicet constitutionum potestate. At si res per vindicationem legata, peteretur per actionem personalem in eo loco in quo ipsa esset, & vix nihil aliud esset hereditarium, utique malè peteretur tanquam in eo loco in quo non posset videri esse hereditas cùm nihil ibi esset ex hereditate. Res enim ipsa per vindicationem legata non potest dici hereditaria, cùm eius dominium nunquam factum heredis relicta via transierit à testatore in legatarium, eique ignorantia fuerit acquiritum *l. cum pater 77. §. iurdo l. legatum 80. de leg. 1. a Titio 64. in de iur. Denique legata delibant hereditatem *l. legatum est delibatio 16. de leg. 1.* At fideicommissa nõ hereditatem sed patrimonium heredis. Aut quod idem est Legata delibant hereditatem acquirendam, fideicommissa verò hereditatem sam acquirunt & eo tempore quo iam sit conuersa in patrimonium heredis. Idque non obscure significat Iurisc. in *d. l. quod legatur 38. vers. si in con. sup. vbi ait*, Rem legata possit quidem & debere peti ubi est si petatur per actionem in rem, At non etiam si petatur per actionem personalem, quomodo tamen fideicommissum peti temper acceffe est, iure isto veteri inspecto.*

tionem, Ne alioqui quod per fideicommissarium directò fieri non potest, id per indirectum fieri permittatur, Contra *l. scire oportet 21. §. 1. §. de testam. tutel.* Ratio decidendi. Longè diuersa ratio est præstandi fideicommissi & præstande satisfactionis pro fideicommissio. Non enim satisfactionem præcisè iubet præstari prætor, quod sanè plerumque esset difficillimum, sed cum hac adiectione, ut si non præsterit mittendus sit fideicommissarius, aut legatarius in possessionem rerum hereditariarum, custodiæ causa ut tradio logtoris custodiæ tandem extorqueat cautionem. *l. 5. in prin. §. de in. poss. leg. a. iun. §. l. 1. §. non exigis. eod.* Atqui nullum in eo damnus aut incommodum est heredis qui non eo minus retinet

retinet omnium rerum hereditarium & dominium & possessionem *l. cum legatorum 12. §. quib. ex ear. in poss. eat. l. si quis ante 10. §. de acq. poss.* Ergo non est permittendum heredi ut aduersus petitam satisfactionem præscribat, maiorem partem hereditatis alibi esse, sed omnimodò condemnandus est sub alternatione, ut vel satisfidat fideicommissi nomine, vel patiat aduersarium ex ea causa mitti in possessionem rerum hereditarium, Adeoque quod magis est etiam si in eo loco nihil penitus sit ex hereditate, simile est quod diximus ad *l. 26. & 27. supr.*

*a Quotum est si nihil sit eo loci.* Ratio dub. Nõ potest quis mitti in possessionem ex autoritate prætoris aut alterius magistratus, nisi eorum demum rerum quæ in eius magistratus territorium & iurisdictione sunt *l. cum vnus 12. §. pen. §. de reb. autor. iudic. possid. cum extra territorium ius debent impunè non patreatur *l. ult. sup. de iur. d.** Ergo si nihil hereditarium sit eo loco in quo satis petitur fideicommissi nomine, frustra est dicere idè permittendum id esse fideicommissario in defectum satisfactionis mittendus sit fideicommissarius in possessionem bonorum hereditarium eam ea missio sine effectu futura sit. Ratio decidendi. Quamuis in eo loco in quo petitur satisfidatio pro fideicommissio, nihil penitus sit hereditarium, Tamen missio ex alterius magistratus autoritate potest fieri in possessionem rerum hereditarium eaq; missio habere effectum, Scilicet si in alio illo loco quamuis ad alieius magistratus iurisdictionem pertinente ali-

qua sint bona hereditaria? Quidni enim poterit magistratus iubere ut in eorū possessionem fideicommissarius mittatur, ob hoc ipsum quod heres interpellatus ut satisfidaret etiam in eo loco in quo nihil erat ex hereditate, satisfidare tamen noluerit? Nam si non exigat prætor ut per heredem stet quominus caueat, sed contentus est per legatarium vel fideicommissarium non stare quominus ei caueatur, etiam si nec desiderauerit sibi caueri *l. 1. §. non exigis. §. ut in poss. legat.* Quancò magis sufficere debet ad impetrandam ex edicto & autoritate iudicis competentis missionem in possessionem quod interpellatus heres, recusauerit aut distulerit satisfactionem, quamuis interpellatio ibi facta sit ubi nihil erat hereditarium? Semper enim verum est non solum non satisfidasse heredem nec per fideicommissarium sterisse, quod sufficeret, sed etiam quod magis est interpellatum heredem satisfidare noluisse, perq; cum sterisse, quod ex abundantia est. Ceteram hic verisimiliter ostendit quod iam supra monimus, sufficere ut aliquid sit vel minimum ex hereditate in eo loco in quo legatum aut fideicommissum petitur, ut heres ibi possit summo iure conueniri, Quòd vbiunque aliquid est hereditarium ibi etiam hereditas sit, quæ sola obligat heredem præstationi legatorum & fideicommissorum *l. sine a certis 17. §. de duob. reis.* Ideoque nimirum necessaria est heredi præscriptio. Quòd alibi sit maior pars hereditatis quæ præscriptio non esset necessaria si summo iure conueniri heres eo loco non posset.

53. HERMOGENIANVS libro I. Iuris Epitomarum.

Vix certis ex causis aduersus dominos seruis consistere permillum est: id est, si qui suppressas tabulas testamenti dicat, in quibus libertatem sibi relictam adseuerant. Item artioris annonæ populi Romani: census etiam, & falsæ monetæ criminis reos dominos detegere seruis permillum est. Præterea fideicommissam libertatem ab his petent. Sed & si qui suis nummis redemptos esse, & non manumissos, contra placiti fidem adseuerent. Liber etiam esse iustus, si rationes reddiderit, arbitrum contra dominum rationibus excutiendis rectè petet. Sed & si quis fidem alicuius elegerit: ut nummis eius redimatur, atque, his solutis, manumittatur: nec ille oblatam pecuniam suscipere velle dicat: contractus fidem detegendi seruo potestas tributa est.

*Ad l. vix certis ex causis 53.*

Ratio dubitandi. Nulla his potest nobis esse cum eo quem habemus in potestate, siue filiusfamilias ille sit, siue seruus. Præterquam de peculio castrensi quod ad filiumfamilias pertinet *l. 4. sup. h. r.* Seruus enim neque peculium castrense habere potest, quia nec miles esse potest ut ad eam legem notaui, cùm sit omnino incognitus non tantum ciuili iure sed etiam prætorio, adeò ut neque extra ordinem computetur *l. nullamodo 7. de l. Corn. de fals. l. qui testamento 10. §. seruus. §. qui restam. fac. poss.* tanquam qui pro nullo habeatur *l. quod attinet 27. de reg. iur.* Vnde est quod neq; agere neq; conueniri vnquam seruus potest nec si cū extraneo illi res sit *l. quoties 13. sup. si quis castri. cum seruo 107. de reg. iur.* quippe quòd & actiones omnes & iudicia sint iuris ciuili cuius nullam penitus communionem seruus habet nisi ex persona domini quantum satis est ut domino suo prodesse possit *l. nõ minus 31. de hered. inst. l. 1. l. 2. & pass. de stipul. seruo.* Ergo multò minus fieri potest ut ex aliqua quantumuis iusta causa permittendum sit seruo aduersus dominum suum consistere, siue in iudicio, siue apud prætorè. Ratio decidendi. Quædam sunt causæ fauorabiliores in quibus hoc permittè-

dum fuit, nõ propter seruū, sed propter vtilitatem publicam, cuius fauorè admixtū habent. Vtilitas. n. publica semper spectanda est, & præferenda non tantum vtilitati priuatae, *Auth. res que in fin. C. com. de legat. sed etiam quod magis est, rationi iuris l. ita vulneratus 11. §. ult. ad l. Aquil. ut, quod est in duodecim tabulis, salus populi suprema lex sit.* Eiusmodi verò causæ octo in hac lege numerantur, quarum duæ tantum pertinent ad seruum ipsum, sed de libertate contendetem; quæ omnium fauorabilissima res esse creditur *l. libertas omnib. 22. de reg. iur.* non tã quòd sit naturalis & iure naturali communis omnibus hominibus *d. l. quod attinet l. 4. de inst. & iur.* quàm quia reipublicæ non parum interest repleti liberis hominibus ciuitatè *l. 1. §. sol. matrim.* Ceteræ omnes causæ ad reipublicæ dignitatè & vtilitatem directò spectant. Sed illud omnibus cõmune est quod non idè bis vnquam est aut iudicium inrer dominum & seruum, at tantum ut seruo potestas fiat conquirendi apud prætorè aliumve magistratum de iniuria sibi per dominum illata vel detegendi contra dominum id quod sciri publicè interesse videatur. Itaque non sunt istæ exceptiones ad supradictam conclusionem quam posuimus in ratione dubi-

tandi, quod vulgò creditur, ob idq; nec sic loquitur Hermogenianus in hac lege ut dicat vix centis ex causis permissum esse seruo ut possit contra dominum litigare, sed ut possit aduersus dominum consistere, id est ut in Curia Romana pragmatici loquantur, os aperit: quod certè nec nisi magna ex causa permittendum fuit, cum ita fieri videatur ut non tantum dominica potestas, sed etiam reuerentia per seruum debita domino cuius persona ei semper sancta & honesta videri debet, violetur. Quare nec debuit hæc lex poni sub hoc titulo in quo non agitur nisi de iudiciis quæ per iudices datos exercentur. Nullo enim profusus casu potest seruus in iudicio & apud iudicem datum consistere contra dominum, sed tantum in iure apud prætorem. Primus ergo casus est, Si seruus dicat supplicatas fuisse à domino tabulas testamenti in quibus libertatem sibi relictam fuisse adfueret *dist. l. millimed. de leg. Corn. de fals. Duplex enim hic fauor est & libertatis quæ alioqui intercederet, & testamenti, cum voluntates defunctorum exitum habere interfit publicè l. volnegare 6. §. testam. quem aper. l. 1. C. de sacros. eccles. Sc. c. idus casus est, Si seruus dicat dominum fraudasse annonam publicam l. 1. §. de leg. Jul. de annon. vbi tamen quod Marcianus scribit consistere ex hac causa iudicium inter dominum & seruum, minus propriè dictum puto, pro eo quod Hermogenianus hic scribit posse seruum ex hac causa aduersus dominum consistere, eumque accusare, sed deferendo duntaxat: os aperiendo, ut dixi, non etiam iudicium contra eum accipiendo: nisi malis distinguere hac parte iudicia criminalia à ciuilibus. Ciuilia enim ex actionibus constituntur, Criminalia verò ex accusationibus. Facilius autem est ut permittatur seruo accusare, quam ut agere, quia in actionibus merum ius ciuile, in accusationibus etiam factum versatur, Scilicet quia actiones pendunt ab obligationibus, quæ sunt iuris, Accusationes verò à delictis quæ sunt facti, Vnde est quod accusari & condemnari etiam seruus ex causa delicti potest, qui tamen ciuili actione conueniri, ut diximus, nunquam potest. Habet autem hic casus euidens æquitatem, quod nihil sit vitiosius reipublicæ quam rationem haberi publicæ annonæ, ne qua ex causa carior fiat l. 2. §. 3. cor. de leg. Jul. de annon. Quamquam nec tam generaliter id accipiendum videtur ut passim, & quocumque liceat seruo contra dominum suum ex hac causa consistere, sed tum demum si iam arctiore annonæ populus Romanus laboret, quemadmodum hæc lex ait, ut intelligamus si in summa annonæ publicæ abundantia velit seruus dicere fraudatam esse annonam à domino, non facile audiendum eum esse. Tertius casus est, Si seruus dicat fraudem factam esse à domino in censu profitendo, quod ea quoque res maxime pertinet ad publicam utilitatem, cum Romani ferè omnia ex census ratione & comparatione æstimarent l. 3. l. 4. §. ult. & pass. §. de censib. Quartus est si falsæ monetæ reum detegere dominum seruus velit. Nam quemadmodum nec sine moneta commercium, nec sine commercio respublica stare potest l. 1. De contr. emp. ita nihil est quod in republica bene constituta maioris momenti sit, quam prouidere ne qua fraus fiat in moneta publica, & maxime ne quis adulterinam monetam clandestino sceleris exercent l. 1. §. 2. C. de fals. monet. & ut certa semper iustaque sit nummorum æstimatio l. 3. §.*

de in lit. iur. Propter quam causam placuit, seruam qui eiusmodi monetarios adulterinam monetam euentes detulerit in publicam, hoc ipso ciuitate Romana donandum esse, inuito etiam domino cui tamen hæc tunc consultum est ut serui sui precium à fisco percipiat l. 2. C. pro quibus caus. serui p. p. am. libert. accip. Quare nec mirum est si ex hac causa possit seruus contra dominum consistere, cuius nec ferè seruus amplius esse intelligitur qui iam in eo est ut pro premio detecti sceleris, ciuitatem Romanam inuito quoque domino sit habiturus. Quintus casus est, Si seruus fideicommissariam libertatem petat, quam dominus præstare nolit. Quidni enim liceat seruo conueniri hoc casu de domino apud prætorem fideicommissarium ut ab inuito eo extorqueat libertatem tot. tit. de fideic. libert. Est enim hoc casu duplex factor, & libertatis & fideicommissi. Vterque tamen ut si dominus heres institutus rogatus sit seruam suam manumittere, eique hereditatem restituere nec adire velit sine iusto fortassis metu aris alieni, siue ut seruum suum & libertate & hereditate fraudet, possit cogi hereditatem adire & restituere l. mulier 22. §. non est dubitatum ad S. C. Tribell. vbi ait Vlpianus non debere prætorem aspernari personam cogentis, quia quamuis nondum possit aut fideicommissariam libertatem petere, aut directam sibi vindicare, tamen propter solam spem & libertatis & hereditatis adiutum per se habet ad prætorem. Tamen non possit cogere heredem ad hereditatem adendum propter solam libertatem l. non est cogendus 73. cod. 1. Cur verò loquitur hæc lex de fideicommissaria libertate duntaxat? An quia sit fauorabilior quam directa? Minime, sed quia nullo fauore directa indiget eum ipso iure liber & heres sit qui directam libertatem à domino consequutus est, Ideoq; non potest in directa libertate fieri locus quæstioni, An seruus possit eam à domino petere cum non alius quam dominus eam dare possit, l. seruo 9. C. de testam. marum. Potest sane fieri ut etiam directa libertatis obtinenda gratia quam dominus in testamento suo dederit, adendum sit prætor ut cogat heredem adire hereditatem, quæ si non adiretur directa omnes libertates eo testamento datæ intercederent, non minus quam fideicommissaria d. §. non est dubitatum. Sed eo casu non consistit seruus aduersus dominum, sed tantum aduersus heredem institutum, qui dominus nec est nec esse vult hoc ipso quod heres fieri recusat. Sextus casus est, Si qui suis nummis redemptus se, & non manumissos contra placiti fidem adfuerent. Ex hac enim causa possunt consistere cum dominis suis in quorū fidē confugerunt, & queri quod ab iis non manumittantur. Idque ex sacris constitutionibus Diuorum fratrum, sed sub ea tamen denunciatione ut is seruus qui hoc intenderit nec impleuerit, in opus metalli detur, Nisi forte dominus reddi eum sibi maluerit, utique non maiorem ex ea causa pecuniam constituturus l. si quis dicat 5. §. de manum. Habet autem hic etiam casus summam æquitatem, quia is qui suis nummis emitur ex epistola eorundem Diuorum fratrum libertatem adipiscitur l. is qui 4. in princip. eod. tit. vbi etiam tractatur, quomodo fieri possit ut nummis suis ematur seruus qui quando seruus est, nihil proprium habere potest. Iunge l. qui se dicit 67. §. hoc tit. Septimus casus est, si quis liber esse iustus sit sub hac conditione quæ olim vulgaris & frequens erat *strationes reddiderit & dominus*

dominus ut moram libertati faciat quæ nisi expleta conditione competere non potest, rationes inspicere & excutere vel differat, vel recuset. Arbitrū enim contra dominum ad rationes excutiendas eundem seruum petet, Ne alioqui nulla ei ratio superstiti obtinenda libertatis l. si cui libertas 70. §. de cond. & demonst. Videtur enim dominus mora in facere libertati qui conditionis impleatur ex reg. liure ciuili 24. de cond. & demonst. l. in omnibus 39. l. in iure ciuili 61. de reg. iur. quam ut contra iuris rationem & regulas seruum aduersus dominum suum consistere patiamur? Respondeo quia nec potest dici stare per dominum antequam acceptus sit aut petitus in eam rem arbiter, postulante seruo: qui nec si nullies offerat domino rationes excutiendas non idem tamen dominum in mora vlla consistere potest qui nec eius interpellandi ius habet. Nulla enim mora ibi fieri intelligitur vbi petitio nulla est l. nulla 82. cod. l. si pupillus 127. de verb. oblig. Obstat & postremus casus est, qui ad sextum proximum accedit, Si quis fidem alicuius elegerit, ut nummis eius redimatur, atq; his solutus manumittatur, nec postea velit emptor qui propriis pecuniis eum redemit, oblatam ab ipso pecuniam accipere. Potest

stas enim seruo tributa est non quidem agendi ex hac causa contra dominum, sed ut Hermogenianus hic loquitur detegendi duntaxat fidem contractus, & perfidiam domini, ut aduersus eam perfidiam auxilium impetret à prætore, atque ita tandem libertatem consequatur. Nam & hoc casu ferè est, ut suis nummis emptor videatur seruus, qui eam nummorum quantitatem quam emptor de suo dedit paratus est ei reddere secundum formam conventionis inter eos factæ. Ne nus casus addi potuit qui & primus exprimi debuit, Si seruus domino velit obicere cimen læsæ maiestatis. Nam & serui dominos suos deferentes audiuntur propter criminis atrocitatem l. si quis 7. §. serui quoque 7. ad l. Jul. majest. Extra hos casus seruo qui vltro aliquid de domino confitetur vel queritur, fides non accommodatur, Neque enim oportet salutem dominorum arbitrio seruorum committi l. 1. §. si serui l. vniuersi 8. §. seruo & seq. de quest. Ad id ut nec in caput eius domini à quo distractus fuit, & cui aliquando seruauit, interrogari seruus possit, in memoriam scilicet prioris domini, ut ibi scriptum est. Sic nec liberi partibus accusare possunt in memoriam scilicet præstite conditionis l. qui accusare 8. in fin. §. de accus. l. vltima. C. qui accus. non poss. que lex probat tam liberis quam seruis qui contra facere aut essent certum supplicium fuisse constitutum.

54. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

**P**er minorem causam maiori cognitioni præiudicium fieri non oportet: maior enim quæritio minorem causam ad se trahit.

Ad l. Per minorem 54.

Ratio dubitandi. Habent causæ singulæ sua merita, suos progressus, & exitus, denique sua fata: & sicuti singulis cōtrouersis singulæ actiones comparatæ sunt, ita & singulis actionibus singulæ sententiæ, & vnus iudicatus l. singulis 6. §. de except. rei iudic. Ergo non ob id minus cognoscendum & pronunciamandum est de quæstione minore quod lis pendet de maiore. Semper enim & litigatorum & reipublicæ interest ut si non tota lis terminari possit, tamen vel tantillum de lite decedat, litisque materia si non in toto saltem in tanto, ut pragmatici loquantur, diminuat, arg. l. quidam existimauerunt 21. §. de reb. credit.

Ratio decidendi. Ita comparatum natura est in rebus penè omnibus, ut eorum quæ maiora sunt maior ratio curaq; habenda sit, quam eorum quæ minora, utq; maiora negotia minoribus imperent. Non enim magis fieri potest ut minora negotia sint maioribus paria, quam inter homines ut potentioribus tenuiores sint pares l. 3. in princ. §. de alien. iudic. mut. caus. fact. aut ut fundus inferior superiori non seruiat l. 1. §. de aqua & aqua pluui. arcend. Ergo rectè constitutum est ut per minorem causam maiori cognitioni præiudicium fieri non oporteat l. 4. §. de integ. restit. Maior enim quæstio minorem

causam ad se semper trahit l. fundum 16. l. fundus 8. de except. Rei pondè maiori præiudicium fieri videtur, cum ea quæstio in iudicium deducitur quæ vel tota vel ex aliqua parte communita est quæstioni de re maiori l. rei 21. cod. tit. vbi tamen magis legere rei maiori, quam ut vulgo rei maioris pecunie ut sententia legis esset generator. Potest enim quæstio esse de re maiori in quam tamè pecunie nomen cadere nullomodo possit, puta si de statu agatur, & interim velit is qui se patronum dicit agere de operis cū liberto qui se non modò liberum, sed etiam ingenuum esse contendat. Facile autem fieri potuit ut eam scriptum esset maioris irrepserit per mendam exscriptoris litera, indèq; alius interpret quasi aliquid deesset potius quam superesset occasionem sumperit addèdi pecunie cum aliud nomen aptius & generalius nomen non inueniret. Solam enim rei nomen generalius est quam pecunie l. 3. de verb. signific. Atqui non poterat nisi multò infulsius ita scribere rei maioris rei. Et verò cum in fine legis ea ipsa verba sint *quæstio de re maiori* cur credamus Neratium initio legis aliter locutum fuisse? Denique quis vnquam Latine dixit rem maioris pecunie pro re maioris precij & æstimationis? Precium enim pecunia quidem est, sed non è conuerso pecunia omnis precium dici potest.

55. PAVLVS libro singulari de Officio adfessorum.

**E**dictum, quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debet. Planè licet omnis ab antecessore numerus finitus sit, solet successor vnum edictum dare.

Ad l. edictum 55.

Ratio dubitandi. Cum iudex datus decessit, & a-

lius in eius locū substitutus fuit, rãta ex integro tãpora in persona eius præstituta intelliguntur quan-



ta decessori fuerant ad iudicium peragendum data. *l. si index 32. sup.* Non alia utique ratione quam quia tempus, quod cucurrit decessori non possit imputari successori cuius nulla fuit propria negligentia, quodque successori omnia ex integro agenda superesse videantur. Atqui si edictum quod ab antecessore datum est in numero trium edictorum computari deberet coram successore, tanto minus agendum superesset successori tantoque citius & breuius lis expediretur. Ergo ne frustra vel iniquè ius ita constitutum videatur ut successori ex integro danda sint tanta tempora quanta antecessore habuit, dicendum est edictum quod ab antecessore datum fuit in numero trium edictorum connumerari debere. Ratio decidendi. Odium litium facit ut iudiciorum tempora non solum certa præstituta sint, sed etiam restringenda quantum fieri potest, potius quam protelanda. *l. propterandem 13. C. hoc tit.* Ergo edictum quod ab antecessore datum est ad citandum reum in numero trium edictorum computari oportet quæ præcedere necesse est ut ritè atque ex iudiciorum ordine sententia contra absentem ferri possit, de quibus dicemus ad *l. peremptorium 68. & seq. j. hoc tit.* Nimirum ut tantò breuius ac citius iudicium expediat, possitque ad sententiam perueniri. Vnicum enim iudicium est licet plures sint iudices, ideòque mortuo iudice & alio dato non aliud iudicare posteriore oportet quam quod priore iudicare oportuerat. *l. mortuo 60. iunct. l. proponatur 6. j.* Neque verò quicquam interest absentis, cum necesse sit duobus eum aliis edictis euocari ad successorem quorum alterum sufficere posset ne iustam querelam causam haberet absens postmodum condemnatus quasi se inscio & inaudito iudicatum esset. Facile namque credendus est non fuisse venturus ad tria edicta quo ad duo, adeòque nec is qui ad tertium & peremptorium venire noluit. Propter quam causam praxis nostra ea est ut quamuis in priorum edictorum forma quæ alioqui ad vnguem seruanda est, aliquid siue per apparitorum incuriam, siue per actoris vel negligenciam vel præcipitem festinationem peccatum reperiatur, non eo minus sententia contra absentem ritè feratur, si tertium & peremptorium sollemniter impetratum proberetur.

*a Planè licet omnis.* Ratio dubitandi. Quæ ratio facit, ut edictum quod ab antecessore datum est in numero trium edictorum connumerari oporteat, secundum id quod proximè diximus, eadem multò magis facit, ut si omnis edictorum numerus ab antecessore finitus sit, nec possit nec debeat successor aliud edictum dare, Ne alioqui videatur litem pendè iam finitam ad nouæ litis nouiq; iudicij constitutione redigere, arg. *l. minor annis 40. sup. de minor.* Quid enim potest imputari actori qui trium edictorum ordinem rectè peregerit viuo priore iudice, quod is iudex deinde ante sententiam decesserit? Maxime cum vti iam diximus non aliud nouum iudicium sit, quod à posteriore iudice exercetur, sed illud ipsum quod à priore quamuis

alius sit iudex. *l. proponatur 76. j. hoc tit.* Ergo si omnis edictorum numerus ab antecessore finitus sit non debet successor aliud & quartum edictum dare. Nam post tertium nullus nisi peremptorio locus relinquitur. *l. tertium 70. j.*

Ratio decidendi. Id agit legislator quantum potest ne quis absens & inauditus licet euocatus condemnaretur, ne condemnatus possit conqueri magis se propter suam absentiam quam quod malam causam haberet fuisse condemnatum, quod & in dubio præsumi solet quoties quis absens, etiam ritè condemnatur. *l. si iudex 57. de iust. quia* quauis dici solet partis absentiam per Dei præsentiam repleri. *l. l. proponendum 13. §. cum autem C. h. tit.* adeò ut nonnunquam etiam absens vincat. *l. & post edictum 73. j. l. 1. C. quomodo & quando iud.* Attamen cum ex facto ius oriatur, iudex autem quantumcumque religiosus nihil supplere possit eorum quæ sunt facti. Necesse est frequenter euenire ut absens quis condemnaretur, qui visisset haud dubiè si ad exceptiones suas proponendas iudicio adfuisset. Ob eam igitur causam solet successor quartum & nouum edictum dare priusquam ad peremptorium veniatur, ut postea perseuerante reo non venire possit tutius ferri sententia pro præsentem, cui rursus tam parui temporis mora nocere non potest necius ipsius detentus constituere, arg. *l. si debitori 21. sup. hoc tit. l. et si post tres. sup. si quis cautionem.* Melius enim est peccare in tutiorem & benigniorem partem, & in tempore potius quam in re, Non equidem fauore absentis, qui nullo fauore dignus est apud successorem cuius antecessorem tantopere contempsit arg. *l. 1. s. & d. l. & post edictum 73. §. 2. l. 1. s. sed* quoniam ad ipsam iudiciorum auctoritatem pertinet, & ad pronuntiationem iudicis dignitatem ne quid temerè contra absentem iudicasse videatur: quomodo videri sanè posset si inciperet ille à pronuntiatione aut à peremptorio, quamuis antecessor contra eundem reum omnem edictorum ordinem peregerit. Nam & fieri potest ut qui tribus edictis fuerat euocatus ab antecessore, crediderit, extinctam ipsius morte potestatem edictorum, & alia totidem ex noui iudicis auctoritate fieri debere priusquam ad sententiam perueniri posset, ut solet mandatum omne finire morte. *l. si quis alieni 27. §. morti e. mandat. & eam præterea conditionem tacitam habere si res in eodem statu manserit. l. si cum Cornelius 32. iunct. l. cum quis 38. in prin. j. de solut.* Qui error, licet iuris sit potius quam facti, quia mandatum edictorum peragendorum non extinguit morte edictis ipsis iam ante mortem peractis, atque ita mandato iam impleto, prodesse tamen deberet absentem de damno vitando certantem. *l. iuris 7. & seq. j. de iur. & fact. ignor.* si iudiciorum fauor & auctoritas contrariam interpretationem non suaderet. Aquisitum igitur fuit hoc adhiberi temperamentum, ut etiam si ab antecessore peractus esset finitusque numerus omnium edictorum, successor tamen vnum edictum daret, mox ad peremptorium & ad ferendam sententiam perueniret.

56. VIPIANVS libro 50. ad Sabinum.

**L**icet verum procuratorem in iudicio re deducere, verissimum est: tamen & si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratam dominus habuerit, videtur retro res in iudicium rectè deducta.

*Ad l. licet*

*Ad l. licet 56.*

Ratio dubitandi. Nemo rem alienam in iudicium deducere potest. *l. si petitor 31. vbi dixi sup. eod.* Frustra enim esset tale iudicium ex quo nunquam posset sequi sententia quæ exceptionem pareret rei iudicatæ. Si quidem domino quoadcunque postea litem propriam inferenti, non posset obtinere quod aduerfus non dominum iudicatum esset. *l. nō adcirco 44. §. 1. sup. eod. l. cum queritur 12. & seq. & pass. j. de except. res iudic.* Atqui etiam verus procurator dominus quidem litem est post contestationem, sed non negotij quod deducitur in litè. *l. procuratoribus 22. & seq. C. de procurat.* ideòque nec iudicari conueniri nec solui ei potest nisi aliud mandatum in hoc habeat. *l. hoc iure 85. de solut.* Loquimur siquidem hinc de procuratore ad litem tantum non etiam ad negotia dato. Ergo nec verus procurator rem in iudicium deducit. Ratio decidendi. In iudicium nihil nisi lis ipsa deducitur. Atqui procurator est dominus litis, Ergo rem totam in iudicium deducit. Sed et si non sit dominus negotij principalis de quo lis est, cum tamen habeat mandatum: non minus hoc quoque respectu rem in iudicium deducit, quam si esset dominus cum faciat ex domini voluntate, nihilque interit an per se quis id faciat an per procuratorem. *l. 1. §. vlt. & pass. j. sup. de procurat.* Alienam enim est in iudicium deducere inuito quidè domino, id est eo non consentiente, nemo potest. *l. si petitor. sed* ex voluntate domini potest quilibet, quoniam volenti non fit iniuria. *l. in diem 9. §. 1. j. de aqua & aque plu. arcend.*

*a Tamen et si quis cum procurator non esset.* Ratio dubitandi. Si demum procurator rem in iudicium deducit qui verus procurator est, ut proximè diximus. Ergo qui procurator non est, quisque nullum agendi mandatum habet, etiam alterius nomine agat rem in iudicium deducere non potest. Nec quod sequi possit rati habitio ad rem facere videtur, cum iudicium non possit interim esse in pendenti. *l. non quemadmodum 35. sup.* Necesse igitur est rem in iudicium deduci vel eo ipso tempore quo iudicium exercetur, vel numquam.

57. VIPIANVS libro 41. ad Sabinum.

**T**Am ex contractibus, quam ex delictis, in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem, transfertur iudicium in patrem, dumtaxat de peculio, & quod in rem eius versum est. Certè si, quasi procurator alicuius, filius familias iudicium acceperit: mortuo eo, in eum, quem defenderit, transactio, vel iudicati detur.

*Ad l. tam ex contractibus 57.*

Ratio dubitandi. Inanis est actio quam debitoris inopia eludit. *l. nam is 6. sup. de dolo.* Atqui filius familias nulla bona habet in quæ fieri possit executio iudicari. *l. lex Cornelia 28. vbi quis non efficitur. de vulg. & pup. substit.* cum quicquid acquirat acquirat patri iure Pandectarum. *l. placet 79. j. de acquir. hered. l. 1. j. si quis a parent. manum. str.* nisi eo demum casu quo pater sibi per filium acquiri nolit. *l. cogi 16. §. si pater. l. imperator 50. j. ad SC. Treb. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poss. poss.* Ergo frustra est dicere cōpetere actionem in filium familias tam ex contractibus quam ex delictis, licet verum sit ex omnibus causis eum obligari. *l. filius familias 39. de oblig. & act. præterquam ex causa mutui. l. 1. & tot. r. De SC. Maced. & not. l. 2. §. 1. j. de pollicit.* Ratio decidendi. Filius familias cum sit homo liber & habeat caput in ciuitate non minus quam pater familias, personam

Ratio decidendi. Rati habitio quandoque facta æquiparatur mandato. *l. vlt. C. d. SC. A. l. d. l. vero procuratori 12. §. vlt. de solut.* nec tantum in contractibus & in delictis. *l. §. sed et si quod alius j. de vi & de vi armat. l. hoc iure 152. §. in mal. ficio. de regul. iur. sed etiam in iudiciis. l. si is qui heres 25. §. vlt. ibi deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habeo. j. de except. rei iudic.* Ergo nihil interest an verus procurator egerit, an falsus, cuius tamen factum dominus postea ratum habuerit. *l. 3. §. procuratorem. j. iudic. solut.* Nisi quod verus procurator iam inde ab initio rem in iudicium deducit: falsus non item, sed secuta demum rati habitio de duxisse intelligitur, & retro fingitur. Neque tamè interim iudicium est in pendenti, quoniam scilicet ab initio nullum est, ex postfacto autem per rati habitioem conualefcit. Proinde nunquam pendet. Vnde est quod dicimus exceptionem procuratoriam per quam negatur is qui tanquam procurator egerit habuisse vnquam mandatum posse opponi quandoque etiam in executione iudicati, quia reddidit iudicium retro nullum, quamuis si de mandato quidem constet, sed exceptio procuratoria ex persona procuratoris sumatur, quod ex variis causis potest contingere, necesse sit eam exceptionem opponi ante litem contestatam, quasi que d latoriam sit. *l. licet 24. C. de procurat. iunct. l. exceptionem 9. C. de probat.* E contrario iudicij per falsum procuratorem accepti rati habitio quandoque fieri potest etiam in executione iudicati quia reddit iudicium retro validum & omnia retro acta confirmat. Adeò ut sufficiat à sententia contra falsum procuratorem lata dominum appellare. *l. 3. §. falsus procurator. j. rat. r. e. habet.* Inde etiam est quod cuiuslibet quantumvis falsus procurator admittitur ad agendum alieno nomine dummodò cautionem offerat de rato. *l. §. falsus. l. 1. C. de procurat.* Hinc denique quod coniunctus etiam quem constat non habere mandatum admittitur ad agendum pro coniuncto oblata rei cautione. *l. sed & hoc per rone 35. sup. de procurat.* quamuis ea res non faciat istos procuratores. *l. 3. §. sed et si forte iudic. solut.*

vtiq; habet integrā, ac proinde capacem & obligationis contrahendæ, & actionis suscipiendæ, & condemnationis subeundæ, in quibus omnibus differt à seruo, qui non potest habere personam integrā cum non habeat caput. *l. 3. §. vlt. & l. 1. sup. de cap. minut.* ideòque nec agere nec conueniri vnquam potest, ut diximus ad *l. vix certis 53. sup. ex l. quoties 13. sup. si quis cautio. l. cum seruo 107. de reg. iur.* Nihil ergo vetat in eum & cōpetere & exerceri actionem, siquidè etiam dum in potestate manet, condemnari potest. *l. si dubitet 10. §. si filius fam. j. de fideius.* Nec sine effectu erit condemnatio quandoquidem poterit filius familias ex eo iudicato conueniri, saltem quoadcunque sui iuris fuerit effectus, ut supradicto loco idem Vlpianus noster, cuius hæc lex est, ratio cinatur. Hodie verò nullam res ista recipit dubitandi rationem cum filius familias ex Iustiniani constitutionibus vsque adeò facti sint capaces acqui-





iurisdictione ex cuius autoritate iudex datus fuit, non ideo tamen dedit iudicem, de cuius reuocatione tractamus. Ergo nec prohibere potest quominus is iudicet quem alius dedit, qui dandi ius habuit, sed ex eius qui dedit voluntate id pendere debet.

Ratio decidendi. Potest fieri ut in eadem iurisdictione plures imperium habeant, sed vnus maius quam alius. Id euenit quoties prator aut alius magistratus iurisdictionem suam alteri mandauit. Nam & qui mandauit eandem nihilominus retinet habetque propriam, & magistratus sui iure, & is cui mandata est habet eam quoque, sed tanquam alienam & alieno beneficio *l. 5. §. 6. §. 16. sup. de iurisdictione l. 1. §. qui mandata est, & l. 3. sup. de offic. eius cui mandat. est iurisdictione*. Maius ergo imperium in ea iurisdictione habet magistratus qui eam mandauit quam is cui mandata fuit, Et tamen uterque iudicis dandi ius habet *d. l. cum prator. §. is quoque si. pr. hoc tit. quia scilicet mandata iurisdictione totum officium iuris dicendi transit in mandatarium l. 2. §. an autem §. de susp. et. tut. iurisdictionis autem illud quoque est iudicis dandi potestatem habere l. 1. in fin. §. de iurisdictione*. Igitur si is qui mandata iurisdictionem exercet dederit iudicem, magistratus vero qui mandauit, velit prohibere ne is iudex iudicet, quidni poterit prohibere, qui mandata quoque iurisdictionem si uellet possit reuocare? Non ob id solum quod in ea iurisdictione maius imperium habeat, sed etiam quia is qui iudicem dedit non aliud imperium habuit quam ex mandato & voluntate magistratus. Tam igitur facile est magistratu qui iudicem non dedit, quam mandatario iurisdictionis qui iudicem dedit, ut eum prohibeat, qui antea iustus fuerat iudicare. Sed neque hoc nisi ex magna causa vnquam fit. Suauis uero est Bartolus qui ex hac lege notat, Etiam post litem contestatam posse reuocare iurisdictionem delegatam quamuis secus sit in procuratore, Quasi uero iudex de quo in hac lege agitur iurisdictionem aliquam delegatam habeat, ac non potius nudam iurisdictionem, ut loquitur Iustinus in *l. ultim. C. qui & aduersus quos in integr. restit.* Aut quasi potuerit hac reuocatio fieri etiam ante litem contestatam, cum tamen non nisi lite contestata dari iudices possent: ut proinde reuocatum illum esse oporteret priusquam datus esset. Verum dignus est Bartolus excusatione qui hac omnia ignorauit ignorantie veteris ritus, & moris iudiciorum Romanorum, ut iam alibi saepius & monuimus, & probauimus.

*c. Si ipse iudex eiusdem imperij esse coeperit.* Ratio dubitandi. Etiam prator mandata ab alio magistratu iurisdictionem exequi potest ut non idcirco quicquam pro suo imperio agat in ea iurisdictione sed pro eo cuius mandatu ius dicit quoties parti-

59. ULPIANVS LIBRO 51. ad Sabinum.

**S**I locus in iubendo iudicare non est comprehensus, videtur eo loco iudicare iussisse, quo solet iudicari sine incommodo litigantium.

*Ad l. si locus 59.*

Ratio dubitandi. Fieri ubique potest quod nullo certo loco fieri vel imperatum vel conuentum est *l. conuentum 137. §. cum ita. §. de verb. oblig.* Ergo si certus locus non sit comprehensus in iubendo iudicare, id est, in pratoris formula per quam dedit

bus eius fungitur? *l. 3. sup. de iurisd.* Et tamen prator est ex maioribus magistratibus & ex eorum numero qui imperium habent *l. 2. sup. de in ius vocand.* Ergo nihil caute est curiudicium solui debeat etiam iudex datus eiusdem imperij esse ceperit, cuius erat is qui iudicare iussit. Ratio decidendi. Iudex a magistratu datus, cum iurisdictionem nullam habeat, sed tantum iudicationem, ut proxime diximus, nec minus necessitatem quam potestatem iudicandi *l. index datus 46. sup. hoc tit.* non tam uice magistratus fungi dici potest, quam ministerio quodam fungi ad id faciendum quod ab ipso magistratu fieri, propter eius imperium & dignitatem indecorum uideretur. Nam nec aliam ob causam ita ius obtinebat ante *l. 2. C. de pedan. iudic.* ut magistratus iudices dare solerent & deberent in omnibus fere causis, id est, in tantum exceptis quae grauiiores & fauorabiliores uiderentur, quam quia indignum esset autoritate & maiestate populi Romani ut magistratus de facto ipso cognoscerent & pronuncarent, ut omnium elegantissimè probat locus ille toties idem iam a nobis citatus ex Ciceronis epistola ad Q. fratrem, *Quidam Prator solent iudicare de ueri?* Idcirco nimirum iudices datipedanei dicebantur *d. tit. De p. dan. l. 3. §. a. ne quis eum qui in ius uocab. ut exim.* tanquam qui non solum inferiores essent magistratibus (nam & magistratum alij ius inferiores fuerunt *l. sup. de recept.*) sed etiam ad pedes magistratum uelut eorum ministri, unde & additi uocabantur, quod additi essent formulae quam magistratus imperiose uerbisq; imperatius praescriberet, non minus quam centuri aut adscriptitij additi sunt glebae. Merito igitur placuit solui iudicium si ipse iudex datus eiusdem imperij esse ceperit cuius erat is qui iudicare iussit, ne qui iudicationem suscepit eo tempore quo nullam habebat excusationem, cogatur etiam post adeptam dignitatem id facere quod non nisi indignè a tali magistratu fieri posse credidit ille ipse qui iudicem dedit. Aliud ergo esset si non de iudicis datione, sed de mandata iurisdictione ageremus. Non enim solueretur mandatum iurisdictionis ob id solum quod mandatarius magistratus gerere ceperit: cum etiam magistratum magistratu suam iurisdictionem mandare non indecorum existimeretur *d. l. 3. de offic. eius*. Ex quo apparet tantè manifestius, quam uerum sit quod toties inculcavimus, Aliud longè esse iudicem quem datum esse, aliud uero mandata iurisdictionem exercere. Itemque quam abiectum esset iudicium pedaneorum munus si cum magistratibus populi Romani conferrentur, cum etiam illi qui mandata a magistratu iurisdictionem exercebant iudicem perinde dare possent, qui tamen magistratus ipsi non erant, tantum magistratum uice & officio fangebantur. Dixi ad *l. eum qui 13. sup. de iurisd.*

iudicem, eumque iudicare iussit, uideretur in eius arbitrio & potestate reliquisse prator ut in quo uellet ipse loco iudicaret. Nec enim solet prator in formula ea praetermittere quibus iudicem ex necessitate additum esse uelit. Ad quid enim dare formulam, nisi ut ex eius praescripto intelligere possit

possit iudex, quid sibi sit faciendum? Ratio decidendi. Formula omnes pratoris sicut ab eius autoritate vim capiunt, ita & ex eius voluntate debent recipere interpretationem *l. in conuentualib. 52. §. de verb. oblig. l. in pratoris 9. de prator. siipul.* Nempe autem dixerit pratoris id egisse ut iudex datus alio loco iudicare posset uel deberet, quam in quo iudicari solet, & quidem sine incommodo litigantium, quibus utique consultum uoluit eum & formulam & iudicem dedit. Alioqui non bene officio suo functus uideri posset dando formulam sine expressione loci, si de alio loco insolito sensis-

60. PAVLVS LIBRO 14. ad Sabinum.

**M**ortuo iudice: quod eum iudicare oportuerat, idem eum, qui subditus est, sequi oportet.

*Ad l. mortuo 60.*

Ratio dubitandi. Potest & debet bonus iudex non ex alieni sed ex sui & proprii animi sententia iudicare *l. 1. §. 1. ap. sicut 13. §. de i. si. §. & prout religio ei iudicandum dicitur solum Deum praesentibus habens, & leges & formulam. Tacit. §. de iudicibus. & de diversis scriptis ad iud. dicit §. omnis uerem m. & non quocumque 40. §. ubi dixi sup. hoc tit.* Alioqui tacit litem iuriam *l. si ius iur. §. 1. §. pr. l. ut de extr. iur. §. cognit.* Ergo non quid prior iudex iudicare debuit in cuius demortui locum alius substitutus est, inspicere oportet, sed quid posterior ipse iudicare debeat. Perierit enim post alius esse status litem coram posteriore iudice in ipso tempore rei iudicandae quam fuerit coram priore. Nam & interdum sola moris iudicis aequa de statu & forma litem mutat: Cuius rei exemplum non oblitum est in *l. edictum 55. uerf. plane. §. sup. cod.* Nam si mortuo priore iudice qui omnium edictorum ordinem peregrisset, posterior iudex statim ad peremptorium pronuntiationemque uenit non proposito quarto edicto, id quidè faceret quod antecessor suum facere oportuisset, nec eò minus tamen male faceret, quia unum edictum nouum dare debet *d. l. uerf. plane.* Ratio decidendi. Cum in demortui iudicis locum alius iudex datur, unum idemque iudicium esse intelligitur, ut dixi ad *l. edictum & l. proponitur 76. §.* & ex una eademque pratoris formula estimandum *l. si iudex 32. sup.* cui scilicet uterque iudex aequè obstrictus & addictus fuisse intelligitur. Ergo qui subditus est & subrogatus in locum prioris, eum prorsus necesse est id sequi non quod prior fortassis per imperitiam aut per sordes male iudicatus fuerat, sed quod eum iudicare oportuerat, ut haec lex ait, id est, ad praescriptum formulae pratoris, a qua neutri licuit recedere. Nimirum quantum ad ius sententiae definitiuae, quae sola facit ut iudex sine bene, sine male officio suo functus uideri possit. *l. iudex posteaquam 55. §. de re iudic.* Nam quantum ad interlocutiones nihil est in formula quod iudicem obstringat, quominus aliter atque aliter pronunciet si modo neque lex, neque iudiciorum consuetudo in eo loco in quo iudicium agitur, obseruata repugnet. Sicut & quod ad facti quaestionem pertinet, negari non potest quin sit illa in arbitrio & potestate iudicantis *l. 1. §. 1. uerf. quorum aliterum §. ad S. T. uerf. l. ordines §. ad municip. & consequenter quin iudex possit & debeat ex animi sui sententia facti probationes aestimare, ac fortasse longè aliter quam aestimatus fuerat an-*

ter. Ea namque sola possunt tunc ac sine reprehensione praetermitti quae sunt moris & consuetudinis, quasi quae tacite ueniant, etiam si non fuerint expressa. arg. *l. quod si nolit 31. §. quia adfilius §. de ad. dil. edict. uerf. l. cum quid 37. §. si certis pot. l. ed. C. de si. d. iuss.* Sic nec arbiter compromissarius qui iudicis uicem aut potius similitudinem in multis obtinet, iubere potest ut litigatores ueniant in alium locum quam in quem & honestè & minore incommodo uenire possint *l. quid tamè 21. §. si arbit. sup. de recept.* Quid si prator in formula non loci sed tēporis mentionem omiserit? Dixi ad *l. si iudex 32. §. e.* ubi uide-

recessor. Quis enim nescit ita passim vsuuenire ut quod vnus iudex bene probatum credat, alius nullo modo ac ne quidem sensu plene, ut loquuntur, probatum putet. Unde est quod pragmatici passim iactant, non omnino quidem falso, sed tamen valde periculose totam probationum materiam esse arbitrariam, ut in eo litium genere uix iudex quisquam sit qui non putet sibi impudè deo, quae salua propemodum conscientia haere in qua uelit partem iudicare. Quae res facit ut nec plerumque iudicem & litigatores eubescant dicere si quando litem deciso ex probationum, praeteritum uero ex testium fide pendeat, esse litem ex eorum numero in quibus bonum sit habere iudicem fauorabilem. Quod ego tamen nec dici nec audiri unquam uellem, nisi quod iudici qui in facto errasset facilis parcere non quia in eius arbitrio fuerit errare impudè, sed quia facti quae sit & interpretatio etiam prudentissimos plerumque fallat *l. in §. de iur. §. facti ignor.* Arbitri non eadem quae iudicis ratio est: Nec enim potest sic in arbitrium compromitti ut certam sententiam dicat, Alioqui arbitrium nullum est nec cogitur ille sententiam dicere, nisi permittatur ei ut dicat quod ipse uideatur *l. qualem 19. sup. de recept.* Est enim tolerabilis ut iudex qui a pratore uel alio magistratu datur certam sententiam ferendam & necessitate accipiat a formula magistratus, quam arbiter a voluntate litigatorum, qui si iam conueniant in eo quod pronuntiat uolunt, non egent amplius arbitro. Erii apparet ex his quae diximus sententiam cuius a iudice dato ferendae formam prator praescribit non esse absolute certam, sed tantum quod ad ius pertinet, ex suppositione nimirum facti de quo etiam in formula sub condicione illa uulgari *si paret*, quae iudicis arbitrio & aestimationi totam facti quaestionem relinquit. Paulus uero in *d. l. qualem* potest intelligi de ea sententia quam litigatores tam absolute certam fecerint, ut arbitri iudicio & potestati nihil reliquerint, Quod cum faciunt plus sibi potestatis & autoritatis arrogat in arbitrium, quam prator in iudicem a se datum, Ideoque merito placuit ut nec ualeat compromissum ita factum, nec arbiter ex eo sententiam dicere cogatur. Planè si conuenit inter litigatores quid pronuncietur, etiam iudex a pratore datus cogitur eiusmodi sententiam proferre. *l. si conuenit 26. §. de re iudic.* quia nihil in eo sit contra iudicis autoritatem, uel mentem pratoris qui utique dando litigatoribus iudicem nihil aliud egit nisi

vt cōtrouersias eorum dirimeret, à quibus si spon-  
te recesserint ea lege vt vel hoc vel illud pronun-

cietur, ratum id quoque prator habet. arg. l. 1. §. in-  
de queritur. §. de oper. noui nunciat.

61. VLP IANVS libro 26. ad Edictum.

**S**olemus quidem dicere, id venire in iudicium de quo actum est inter litigantes. sed  
Celsus ait periculosum esse, ex persona rei hoc metiri: qui semper, ne cōdemnetur,  
hoc dicit, non conuenisse. Quid ergo? melius est dicere, id venire in iudicium, non de  
quo actum est, vt veniret: sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret.

Ad l. solemus 61.

Ratio dubitandi. Id demum in iudicium dedu-  
ctum dici potest quod à litigatoribus deductum  
fuit in contestationem apud pratorum, & à præ-  
tore ipso postea deductum in formulam, eam non  
possit iudex recedere à prescripto formula: vt de  
alia re cognoscat quin hoc ipso sit incompetens l.  
1. §. tot. iur. si à non compet. iudic. Nisi in casu l. cum  
Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iud. Ergo nō  
facile potest incidere questio, Quid in iudicium  
venisse videatur. Nam licet ea de quibus lis con-  
testata nunquam fuit in iudicium venire non pos-  
sunt, ita nec ea quæ post acceptum iudicium acci-  
derunt l. non potest 23. vbi dixi supr. hoc iur.

Ratio decidendi. Potest fieri vt certum sit litem  
contestatam esse inter litigantes de Sticho vel de  
fundo Corneliano, & cōsequenter de Sticho quo-  
que vel de fundo Corneliano datam esse formu-  
lam, neque tamen certum sit de quo Sticho vel de  
quo fundo Corneliano litigatores sentierint. Fin-  
ge duos esse seruos, aut duos fundos eiusdem no-  
minis. Hoc igitur casu necessarium querendum est  
quid in iudicium venerit, an is Stichus aut fundus  
de quo actor dicit se sentisse, an is potius de quo  
reus, an neuter.

**a** Id venire in iudicium de quo actum est inter litigantes.  
Ratio dubitandi. Si nō aliud venit in iudicium,  
quàm quod actum est inter litigantes, Ergo si vnus  
ex litigatoribus de vno Sticho, alius de alio sente-  
rit, nihil actum erit. Nam & in stipulatione idem  
sentiret vt si quis Stichum stipulatus de vno sen-  
sisset, promissor autem de alio, stipulatio non vale-  
ret, l. inter stipulantes 83. §. 1. §. de verb. obliga. quia in  
stipulationibus quoque perinde ac in iudiciis se-  
quimur semper id quod actum est inter contra-  
hentes l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. At quin  
etsi ita esse Aristoteles existimauit, ceteris tamen pru-  
dentibus placuit non ita esse, sed ex actoris solius  
potius, quàm ex rei quoque intentione estimari id  
oportere. Nam inter stipulationem & iudicium  
euidens differentia illa est, quod stipulatio non ni-  
si ex vtriusque consensu valet, vtriusque accipit, iu-  
dicium verò ex auctoritate pratoris qui dicit illud  
reddiditque etiam in inuitam. Porro semper nega-  
ret reus se contempsisse in eum Stichum vel fun-  
dum de quo actor diceret se sentisse, vt ita & præ-  
tori & iudici illudens effugeret, cōdemnationem,  
vt præclare contra Aristonem ratiocinatur Pau-  
lus in d. l. inter stipulantes §. 1. Ergo non sic dicen-  
dum est quomodo solere nos dicere Vlpianus hic  
ait, In iudicium id venire de quo actum est inter  
litigantes, sed potius quomodo Paulus loquitur in  
d. §. 1. eum demum Stichum petitorum videri de quo  
actor sentit.

Ratio decidendi. Quæ Pauli sententia est in d. §.  
eadem est Vlpiani ex Celsi in hac lege, Pericu-  
losum scilicet fore, si ex persona & voluntate rei  
metiremur quid in iudicium venisset, quia is ne

condemnaretur semper diceret se non conuenis-  
se. Ergo cum Celsi & Vlpiano concludendum  
est, falsam esse aut saltem minus proprie concep-  
tam illam propositionem quæ vltimo sic effertur solet id  
venire in iudicium de quo actum est inter litigantes.  
Quæ si vera esset sanè sequeretur: Nihil ergo in iu-  
dicium venire nisi de quo vterque litigatorum con-  
sentiat, Ac proinde nihil actum esse quoties reus  
negabit se consensisse: Sed negatiuè concipien-  
dam esse regulam hoc modo, Non vt veniat in iu-  
dicium, id de quo actum est vt veniret, ac contra vt  
non veniat id de quo nominatim actum est ne ve-  
niret: Quod ipsum in effectu nihil est aliud quàm  
quod ait Paulus in d. §. 1. Actor potius quàm reo  
hac parte credi oportere. Ita enim fit vt non sit a-  
ctoris probare quid in iudicium venerit, cum ha-  
beat fundatam intentionem, sed rei sit probare,  
quid illud sit de quo nominatim actum est ne in  
iudicium veniret. Arbitrorum compromissario-  
rum alia ratio est. Id demum enim venit in com-  
promissum de quo actum est vt veniret l. quid ta-  
men 21. aliàs l. scium dies §. plenum sup. de recep. Ni-  
mirum quia compromissa cum per stipulationem  
fiant non nisi ex vtriusque litigatoris consensu fi-  
cut & stipulationes constituuntur d. l. inter §. 1. de  
verb. obliga.

**b** Periculosum esse ex persona rei hoc metiri. Ratio  
dubitandi. Pauciores sunt etiam in iudiciis rei  
quàm actores l. fauorabiliores 125. de reg. iur. Ergo  
reo potius quàm actori in dubio credendum est.  
Præsertim cum possit imputari actori cur non in-  
tentionem suam expresserit apertius de quo Sti-  
cho, vel de quo fundo sentiret cum litem contesta-  
retur. Ex reg. l. vererbis 39. supr. de pact.

Ratio decidendi. Fauetur reo in iudiciis quàm  
faueri potest salua ipsius iudicij substantia & pote-  
state, sed non vique ad eum vt in eius arbitrio & vo-  
luntate relinqui oporteat an iudicium aliquod sit,  
Ne alioqui ex ipsius etiam voluntate pendeant an  
condemnetur, quod non minus absurdum esset  
quàm si quis in arbitrio debitoris poneret an de-  
beret l. 2. §. Scenola, aliàs l. non vique. §. de eo quod  
cert. loc. l. sub hac conditione 87. de verb. obligat. Dices  
non minus absurdum esse si dicamus ex actoris vo-  
luntate rei cōdemnationem pendere. Sed non sunt  
hæc similia. Nam reo ad effugiendam cōdem-  
nationem sufficeret negare se consensisse vt in iu-  
dicium veniret is Stichus de quo actor sentire se  
diceret, rametsi nullum eius retinendi se ius ha-  
bere sciretur: quia nō eò magis possit iudex pro-  
nunciare de eo Sticho de quo datus non fuisset.  
At nō similiter actori sufficeret ad extorquendam  
aduersus reum cōdemnationem, quod diceret se  
de illo Sticho sentisse de quo consentire reus nol-  
let, eumque ipsum Stichum esse de quo iudicium  
datum & acceptum est, nisi etiam probaret vel ad  
se illum pertinere iure dominij, si vindicatio insti-  
tuta sit, vel sibi debitorum esse ex contractu aut qua-  
si con-

si contractu si per actionem in personam petitus  
proponatur. Itaque periculum nullum est vt hac  
parte actori magis credamus quàm reo, quomo-  
do esset è contrario periculosissimum aliquid reo

neganti hac parte credere contra actorem. Deni-  
que non sola actoris utilitas in hoc versatur, sed  
etiam auctoritas pratoris & potestas iudiciorum cui  
facile posset reus alioquin illudere & impunè

¶ Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

Ad §. 1. Latrunculator.

Ratio dubitandi. Etsi Latrunculator iure suo &  
vi propria jurisdictionis de re pecuniaria iudicare  
non potest, cum habeat tantum criminalem iuris-  
dictionem in latrones (nam & inde nomen sum-  
plit quasi latronum insectator, quomodo appella-  
tur Nouel. 8. vt iudic. sine quoquo suffrag. fianr. ca. 13. §.  
iudicimus in princ.) quid tamen vetat dari eum  
iudicem de re pecuniaria à magistratu aliquo præ-  
ferti quod sit ex maioribus habeatque etiam de  
causis pecuniariis iurisdictionem, vt puta à præto-  
re vel à prefecto vrbis. Non enim aliis interdictum  
videtur ne iudicationes à magistratibus suscipiant,  
quàm qui eiusdem parisque imperij sint, argum.  
l. iudicium soluitur §. 8. in fin. sup. hoc iur. Ergo etiam  
Latrunculator de re pecuniaria iudicare poterit si  
fortè à maiore aliquo magistratu in eam rem da-  
tus sit. Ratio decidendi. Ipsum Latrunculatoris  
nomen ostendit non aliam ob causam eum in re-  
publica constitutum quàm vt Latrones assidue in-

sectetur, grauissimisque suppliciis coerceat, ne qua  
parte hoc genus hominum aut grassari aut deli-  
tescere patiatur. Quæ res tanti momenti est, tan-  
tamque exigit diligentiam & assiduitatem, vt non  
immerito interdictum sit Latrunculatori ne causis  
pecuniariis iudicandis operam daret, Ne alioqui  
facile accideret vt ea ratione à suo munere diligen-  
tius, ac vt oportet, obeundo auocetur, quod sanè  
non esset è reipublice utilitate, arg. l. non alius 24. in  
fin. sup. h. iur. Latrunculatoribus istis respondere vi-  
dentur ij quos Galli vocat *Prenosi des Vareschaux*,  
aut etiam *Prenosi de campagns*. Habet enim iurisdic-  
tionem criminalem in latrones, grassatores, mi-  
litum desertores & alios id genus homines, vt non  
solumprehendant, sed extremis quoque suppli-  
ciis afficiant remota qualibet appellatione, Adhi-  
bito tamen aliquo petitorum Athesiorum nume-  
ro nisi facinorosos homines in ipso scelere ac fa-  
cinore deprehendant, quo casu omnia participos  
expedire possunt sine adiesse.

62. VLP IANVS libro 39. ad Edictum.

**I**nter litigantes non aliter lis expediri potest, quàm si alter petitor, alter possessor sit,  
licet enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.

Ad l. inter litigantes 62.

Ratio dubitandi. Multa sunt iudicia eius nature  
& conditionis, vt in iis vterque ex litigatoribus &  
actor sit & reus, vterque petitor, & vterque posses-  
sor, quæ ideò nunc mixta, nunc duplicia appellan-  
tur, qualia sunt finium regundorum, Familie er-  
dicundæ, Communi diuiduorum, de quibus in l. iu-  
diciam 10. §. fin. regund. l. 2. §. 1. §. commun. diuid. l. a-  
ctionis 37. §. 1. §. de oblig. & action. vbi adduntur a-  
lia etiam exempla De interdictis, Vti possidetis, &  
Vt tibi, in quibus similiter contingit vt vterque a-  
ctor sit, quamuis non eò minus vterque se dicat  
possessorem l. 1. §. inter litigantes, & l. 3. §. 1. §. vti pos-  
sid. Nec rursus nouum est vt is quoque qui possidet  
nihilominus actoris partes obineat, siue vno tan-  
tùm casu id contingere dicas, siue non vno casu,  
quomodo legendum esse in §. aquæ. ver. sanè. Infit,  
de action. docuimus lib. 19. Coniect. cap. vlt. Et ta-  
men nemo dixerit iudicia ista expediri nullo mo-  
do posse. Ad quid enim dicerentur & constituere-  
rentur si expediri postea non possent? Ergo non  
potest verum esse quod hic Vlp. ait inter litigan-  
tes non aliter expediri litem posse, quàm si alter

petitor, alter possessor sit, Et esse debere qui onera  
petitoris sustineat, itémque qui commodo posses-  
soris fungatur.

Ratio decidendi. Et civilis & naturalis ratio facit  
vt alium necesse sit possidere, alium verò à possi-  
dente petere, vt scriptum est in §. vti in d. Infit. de  
interd. Itémque vt alium necesse sit actoris partes  
sustinere qui probatione oneretur l. si priusquam 15.  
in fi. de oper. noui nuncia. alium possessoris à quo nul-  
la probatio exigatur. In eo namque versatur præci-  
puum commodum possessionis vt probandi onus  
transferat in aduersarium §. commodum. Infit. eo. ti. de  
interd. Proinde tum quoque cum duplicia illa iu-  
dicia exercentur in quibus vterque & actor & reus  
est, aliquid tamen fieri oportet propter quod dif-  
ferentia inter eos inducatur, ne par omnium cau-  
sa esse existimetur. Ideòque inspicimus quis prior  
ad iudicium prouocauerit vt is demum actor esse in-  
telligatur. Quod si ambo simul ad iudicium prouo-  
cent, uti quasi alio omni remedio deficiente cogimur  
forti re committere, vt discerni possit actor à reo &  
petitor à possessore: ne alioqui nulla super sit ratio  
iudicij expediendi l. in trib. 13. & seq. vbi dixi §. b. r.

63. VLP IANVS libro 49. ad Edictum.

**R**ecè defendi, hoc est iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisfac-  
tione, nec ille videtur defendi, qui, quod iudicatum est, non soluitur.

Ad l. recè defendi 63.

Ratio dubitandi. Publicè vtile est quoscunque,  
sed præsertim absentes à quibuscunque defendi l.  
seruum quoque 33. §. publicè sup. de procurat. Atqui nō  
facile potest quilibet inuenire fideiussorem per  
quem satisfactio de iudicato soluendo l. 2. §. penultim.

supra hoc titulo. Ac plerumque facilius est soluere  
quàm fideiussorem dare. Neque verò iudicia ideò  
exercentur, vt fideiussor detur, sed vt solutio  
exigatur eius quod actori debetur, vt ex actio-  
nis definitione apparet, de qua in l. nihil aliud 57.  
§. de obligat. & action. Pecunia autem plerumque



debetur non satisfatio. Ergo rectè defendi etiam ille dicendus est qui non satisfat si modò vel per se vel per alium accipiat iudicium, nec recuset soluere iudicatum ubi erit condemnatus. Alioqui longè difficilior fiet cuiusque defensio quam tamen faciliorem fieri potius oporteret tanquam quæ naturalem habeat rationem, adeoque iuris sit naturalis, ut nostri loqui solent. Sed & cum quis seipsum per se defendit non per procuratorem, certum est non cogi eum satisfare ut in hoc melioris condicionis sit quam procurator & defensor *l. sed & hoc §. defendere. unct. l. si defensus 17. supr. de procur. l. si ad defendendum 10. iudic. solui.* Ergo malè hic Vlp. sed cum satisfatione, vel eodem Vlpiano iudice in *l. §. ult. j. quib. ex caus. in poss. eat.*

Ratio decidendi. Ad auctoritatem pratoris publicamque utilitatem maxime pertinet, uti ante omnia provideatur ne quid à pratore temerè vel frustra factum esse videatur. Ergo cum in possessionem bonorum debitoris missi sunt creditores ob id quod non defenderetur, si postea velit ille se defendere, ut ita creditores de possessione discedere inbeantur, merito arctandus est ut satisfare compellatur, ne alioquin commodum nationis quod ex pratoris edicto habuissent iis tam facile eriperetur. Igitur rectè defendi hoc casu non illud tantum est, iudicium accipere vel per se vel per alium, sed si hoc præterea adicias cum satisfatione. Nam siue quis per procuratorem defendatur satisfare debet de iudicato soluendo, quamvis reus sit, quia stipulatio hæc à domino litis pro procuratore interponitur *dict. l. si ad defendendum 10. j. iudic. solui.* siue ipse se defendat, ut impediatur bonorum suorum venditionem quæ semel passus ut ex edicto possideri hanc quoque culpæ suæ penam luere illum æquum est ut satisfare teneatur, quamvis ab initio potuisset sine satisfatione missionem impedire, quia facilius est impedire ne creditores mittantur in possessionem quam facere ut de possessione in quam missi sunt inbeantur discedere, quia & Turpius eicitur quam non admittitur hospes. Siue denique alius alium defendat idè satisfare cogitur, quia nemo quantumvis locuples alienæ litis idoneus defensor sine satisfatione intelligitur *l. qui proprio 46. §. qui alium & l. minor 51. §. ult. & legib. seqq. supr. de procur. l. item ait prator 21. §. ult. supr. ex quib. caus. maior. l. §. ult. quib. ex caus. in poss. eat. l. si pupillus 33. §. 1. j. de reb. autor. iudic. possid. qui tamen duo posteriores loci pugnare inuicem videntur, quamvis ambo sint Vlpiani. Nam in §. ult. ait Vlp. non putare se necessariam satisfationem si debitor ipse se defendat. Contra verò in *dict. §. 1.* siue ipse sui, siue alius eius defensionem suscipiat satisfari debere ut satisfatione interposita iudicium accipiatur & à possessione discedatur: cum quo consentit quod in hac lege idem Vlpianus scribit. Illud sanè constat hanc legem non pertinere ad eum qui ab initio se defendit, & cuius bona numquam fuerint eo præteru possessa quasi non defenderetur. Hunc enim certum est satisfare cogendum non esse, cum suam & propriam litem per se tueatur *l. sed & hoc §. defendere.* Nec unquam teneretur dominus satisfare aut promittere pro se de iudicato soluendo, sed tantum pro suo procuratore si quando defendi velit per procuratorem, ut in *dict. si defensus & d. l. si ad defendendum.* At si ab initio latitavit aut alia ratione copia sui non fecit, ita ut cum neque à seipso, neque à quoquâ alio*

defenderetur, in possessionem bonorum eius missi sint creditores ex edicto, quasi iamiam ea bona ex posteriore edicti parte venditur, ratio certè facit ut hoc casu durius agi cum debitore oporteat, ut quamvis ipse se defendat, satisfare tamen debeat priusquam inbeatur creditores de possessione decedere *dict. l. 33. §. 1. de reb. autor. iudic. possid.* quasi non carcat doli suspitione qui iam semel bona sua possideri passus est, verendumque sit ne iterum detrectet iudicium qui iam aliàs detrectavit. Et de hoc demum debitor intelligendus est Vlpian. in hac lege, quoniam in eo debitor est qui ab initio copiam sui fecit, nec unquam latitavit, non solet nec potest quæstioni locus esse an rectè defendatur, sed in eo tantum qui antea non defensus, cum defendi deberet, nunc primum defenditur ut bonorum venditio impediatur. Nisi eum ab initio vult ille per alium defendi siue procurator ille alius sit, siue voluntarius defensor. Sed tamen excipiendus est pupillus ut quamvis eius bona quod à nemine defenderetur ex edicto possessa sint, si tamen post pubertatem paratus sit se per seipsum defendere non ut onerandus satisfatione, *d. l. §. ult. quibus ex caus. in poss. eat.* quo loco obseuandum est non generalem tractatum institui ab Vlpiano, quomodo in hac lege & in *d. l. 3. §. 1. de reb. autor. iud. poss.* Quando rectè quis defendi videatur, & an semper necessaria sit satisfatio siue quis seipsum defendat, siue cum alius sed adhiberi interpretationem ad præcedentia verba edicti pratoris, quæ non de quolibet debitore loquuntur, sed de solo pupillo cuius bona tueint possessa per creditores. Exceptionis autem huius æquitas summa & evidens est, quod non debeat durior fieri condicio pupilli ob id quod neque ipse se, neque alius eum defenderit, cum ætatis ratio faciat ut nihil ei possit imputari, potiusque commiseratione dignus sit quam pœna, hæctenus saltem ut non peiore conuictione admittatur ad sui defensionem, quam si bona eius possessa numquam fuisse; quo casu possit utique se defendere sine satisfatione, ut diximus. Vide an ita dissolueris ad *l. 2. §. ult. supr. ex quibus caus. in poss. eat.* Atque ita nodum hunc dissolvendum arbitror, non quomodo visum est Cuiacio qui libro 10 obferu. cap. 29. sic Vlpianum intelligit in *dict. §. ultim.* quasi utramque opinionem probauerit, ut & necessaria esset satisfatio & non esset. Quasi verò iuris nostri ratio dubitationes istas & incertitudines maxime in tanto iurè consulto quantus Vlpianus fuit, ferre unquam possit. Nimirum accepit vii doctissimus sententiam Vlpiani generaliter, quasi ad omnes debitores qui rectè defenderentur pertinentem, quam tamen debuit coarctare ad pupillos de quibus solum locuta erat pars illa edicti quam tamen interpretabatur Vlpianus, & ad quos solos possit referre verba illa interpretationis & quidem non solum ipsi se defendere volentibus hoc edictum scriptum est. Iuvat etiam suspicari corruptam esse huius legis inscriptionem sicque emendandam ex *d. l. 5.* ut pro quadragesimo nono libro ad Edictum reponamus 19. Is enim liber est in quo potissimum tractavit Vlpian. de missione in possessionem bonorum debitoris ex edicto huius non rectè defendatur, ut constat etiam ex *l. 3. §. 7. eod. tit. quib. ex caus. in poss. eat.*

*a. Nec ille videtur defendi.* Ratio dubitandi. Nō potest tractari de iudicato soluendo priusquam iudicatum sit, quia ad executionem sententiæ id pertinet de

net, de qua nisi præposterè ante sententiam tractari nequit *l. 1. C. de execut. rei iudic.* Atqui post latâ sententiam vera defensio est *l. iam tamen 5. in princ. in iud. solui.* eum lis ex re iudicata finem iam accepit *l. 1. de re iudicat.* Ergo cum quaeritur, An rectè quis defendatur, impertinens est inquirere an iudicatum soluat. Et idè, stipulatio iudicatum solui tres clausulas in vnum collatas habere dicitur, De re iudicata, De re defendenda, & de dolo malo, *l. iudicatum solui 6. in j. iudic. solui,* ut quod actor concedit nō possit ex clausula De re defendenda consequatur ex altera de re iudicata, quæ & præualere solet, *l. ult. eod.*

Ratio decidendi. Rectè defendi nihil aliud est, quam viri boni arbitratu defendi *l. ex clausula 17. & sequ. eod. tit. l. ponit. & ult. supr. de procur.* Atqui vir bonus non arbitratu defendi rectè eum qui etiam condemnatus iudicato patere nolit. Ad quid enim prodest accipere iudicium, & ad rem iudicatum perueniri nisi ut iudicatum solui siquidem exitus est omnium iudiciorum, Executio nimirum rei iudicatæ. Ergo non solum ille dicendus est non defendi, qui vel per se vel per alium accipere iudicium detrectat, aut qui dicit quidem se paratum, sed sine satisfatione tamen quoque cum bona eius iam possessa sunt à creditoribus, sed & is qui condemnatus non soluit quod iudicatum est. Tanto enim magis frustatur & tergiueratur, quam si nō esset condemnatus, quanto æquius esset saltem

post cōdempnationem id facere illum, quod etiam ante sententiam vir bonus & ex bona fide facere debuisset, arg. *l. 3. C. de qua tandem rat. onc. j. de usur. l. si fructus 21. §. cum per venditorum. in fin. de actio. empt.* Et hæc vericuli huius sententia est, non autem illa ut non videatur defendi qui iudicatum solui non satisfat. Hoc enim ipsum illud est quod iam dictum fuerat in prima legis parte. Sed nec Vlpiani verba quæ de iudicato soluendo sunt hanc interpretationem patiuntur. Aliud enim est iudicatum non soluere, Aliud ex clausula satisfandum est ante sententiam, Iudicatum verò ipsum soluendum, ut iam dixi, post sententiam. Et quemadmodum plus facit qui iudicatum soluit quam qui satisfat de iudicato soluendo. Ita e contra magis grauior culpa est illius qui post condemnationem recusat soluere iudicatum, quam eius qui ante sententiam detrectat satisfare, Sed longè grauior si ante sententiam satisfecerit quis de iudicato soluendo, ubi verò condemnatus est, soluere recuset, quasi viro bono ad plenam defensionem sufficit quod satisfecerit de iudicato soluendo: quod tamen ridiculum est. Nam sicuti quando sententia non est reddita sufficit satisfecisse, quia nihil aliud est quod amplius requiri iure possit, ita post sententiam & condemnationem soluere oportet, nec satisfecisse prodest cum solutio ex sententia non satisfatio postuletur.

64. VLPIANVS libro 1. Disputationum.

**N**on ab iudice doli æstimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo: quod in litem iuratur. Denique & prædoni depositi, & commodati, ob eam causam competere actionem, non dubitatur.

*Ad l. non ab iudice 64.*

Ratio dubitandi. Et obligationes & actiones omnes in id comparatæ sunt, ac proinde ipsa quoque iudicia ut vniuersique id quod sua interest consequatur *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. obli.* Ergo si quando doli aduersarij æstimandum sit à iudice, quod euenit quoties in litem iuratur, non ex alio quam ex eo quod actoris interest æstimari potest. Nam ut pragmatici nostri solent dicere, nemo audiendus est, siue agendo, siue excipiendo siue interesse *l. ille à quo 13. §. si de testamento. j. ad SC. Trebell. l. 3. §. 1. de verb. obli.* Et verò cum non alia fuerit causa inducendi iuraturandi in litem, quam quod non deberet esse in potestate doli hominis ut ab inuito domino per rapinam rem eius pretio iusto compararet, utque dominus etiam iniuriam suam iusto pretio vendere cogeret *l. non enim 7. j. iudic. solui. unct. l. nec quasi 70. de rei vindic. apparet satis cum quoque cum in litem iuratur, ex eo quod actoris interest fieri condemnationem, doli quæ æstimatio. Maxime verò si iuratur ex necessitate, ac ob id solum quod non possit iudex sine delatione iuraturandi æstimare rem quæ non exat, ut in *l. in actionibus 5. in fin. j. de in lit. iurand.**

Ratio decidendi. Rem in iudicium deductam non idcirco plurius esse opinamur, quod crescere possit condemnatio, ex contumacia non restituentis, idque per iurandum in litem, quia res non plurius sit per hoc, sed contumacia ipsius æstimatur à iudice ultra rei pretium *l. 1. C. de in iur. vbi sic legendum esse, sed contumacia æstimatur,* non ut vulgò *sed ex contumacia* monuimus, & probauimus in libris Consect. Ergo cum in litem iuratur ob id quod iniustus possessor domino rem suam aut a se

depositam, vel comodatam petenti nolit restituere, fit æstimatio doli à iudice non ex eo quod interest actoris, sed ex eo quod in litem iuratur supra quam reuera interest, quod vulgò nostri *in iurandum æstimationis* appellant. Ad differentiam eius quod idè solent dicere *iuramentum veritatis,* cuiusmodi tamen nullum esse probauimus lib. 16. C. de test. nec proprius hic est de eo dicendi locus. Et sanè siue æquitas, siue etiâ causa necessitas moueat iudicem ad deferendum iurandum in litem, numquam fieri potest, ut non æstimetur doli illius contra quæ iuratur, supra quam interest actoris. Planè si nihil interesset eius qui iurandum sibi deferri peteret, nō esset in utroque audiendus. Est enim multo facilius, ut quis agendo consequatur supra quam sua interest, quam ut agere possit is cuius nihil interest. Rursum si non condemnaretur reus supra quam actoris interesset, nō tam doli quam interesse ipsum æstimatum videretur, ut in *l. si traditio 4. C. de act. empt.*

*a Denique & prædoni.* Ratio dubitandi. Nemo ex improbitate sua potest aut debet consequi actionem *l. si aque 12. §. 1. j. de fur. vbi Vlp. ait furti actionem non dari male fidei possessori qualis fur est, vel prædo, quia licet eius interest rem non subripi, cum eius periculo res sit propter moram quam in re furtiua cōtrestanda perpetuo facere intelligitur *l. in re furtiua 8. §. 1. de condit. furt. nemo tamè ex improbitate sua consequi debeat actionem: Nam nec sufficit interesse ut agi possit, nisi etiam illud cōcurrat ut interest ex honesta causa *l. tum is 11. eod. de fur. l. 3. §. si mecum ad exhib. Ergo si fur vel prædo rem à se subreptam deposuerit aut commodauerit, non eò magis actionem vel depositi vel commodati, præsertim cum bonæ fidei sint habere debet: quia licet***

eius interfuit propterea quod eo nomine teneatur vero domino actione furti, quae ratio fuit Marcelli ab Ulpiano relati in *l. 1. §. si praeo 39. §. deposit.* negari tamen non potest quin ex turpi causa interfuit cum interfuit propter furtum ab actore ipso factum.

Ratio decidendi. Etiam furi & praedoni data fides seruanda est *l. bona fides 31. versic. incurrit. §. cod. t. deposit.* Ergo si fur vel praedo rem quam subripuit aut inuasit apud alium deposuerit, aut alij commodauerit, non eo minus actionem depositi aut commodati habere debet quod sit ipse fur & praedo *dicit. §. si praeo. l. ita ut 16. §. commod.* quemadmodum & si subreptos à se nummos credidisset, subreptis iis haberet conditionem *l. nam est fur. 13. §. de rebus credit.* Neque verò hoc casu actionem sibi fur vel praedo acquirit ex sua improbitate, sed ex sua conuentione, quamuis improbitas materiam conuentioni praebuerit. Sed quid habet haec sententia commune cum eo quod initio legis dictum est doli aestinationem fieri à iudice nō ex eo quod interfuit, sed ex eo quod in litem iuratur. Nempe hoc sibi vult Ulpianus, etiam praedoni cum agit depositi vel commodati permittendum esse iurare in litem, vt ex eo iureiurando possit iudex dolum depositarij vel commodatarij aestimare, potius quam ex eo quod interfuit actoris, Quali nec eius quicquam interesse videatur cum non interfuit ex honesta causa. Illud certè constat in depositi actione iurari in litem, vt & in actione commodati *l. 3. §. in hac actione. §. commod. l. 1. §. in d. postu. 26. §. deposit.* quoniam actio vtraque bonae fidei est, & in vtraque agitur de perfidia & fide rupta, quae potissimum ratio iuramento in litem locum facit *l. et apud quem 5. in princip. §. deposit.* Sed tamen illud mi-

rum & nouum est deferri iusiurandum in litem furi & praedoni, quod non alij deferendum videatur, quam ei qui alioquin rem suam iusto precio vendere cogetur: Nisi cum iusiurandum ex necessitate deferendum est, vt in *specie l. in actionibus 5. §. vlt. §. de in lit. iur.* Dici tamen potest, sicuti non minor est perfidia eius qui rem sibi à praedone depositam vel commodatam non vult restituere, quam si ab alio eam accepisset, dum ne dominus ipse interueniat qui eam sibi restitui velit, vt in *d. l. bona fides 31. versic. incurrit.* Ita nec minore poena vindicandam. Nemo enim ex alieni delicti causa nouam & propriam delinquendi occasionem capere debet. Cur non ergo perinde damus furti vel praedoni actionem furti contra furem, atque actionem depositi vel commodati aduersus depositarium aut commodatarium? An non aequè in dolo fur secundus est? Et nonne in furti quoque actione iuratur in litem? Ita sane est *l. cum furti 9. de in lit. iur.* Sed haberet fur eo casu actionem ex sua improbitate *d. l. itaque*, quam in huius legis specie, id est, contra depositarium & commodatarium habet ex conuentione: quae conuentio facit vt depositario, vel commodatario reculanti rem reddere possit obiecti, non tantum dolum, sed etiam perfidia, quam plus quam dolus est, & quae in secundo fure nulla esset nisi proponeres furem domesticum. Ea igitur perfidia ratio sola est quae facit vt etiam furi vel praedoni agenti siue depositi, siue commodati iusiurandum in litem concedi oporteat, quamuis alij cuiunque siue domino, siue alteri, cuius tamen ex honesta causa interesset non eò minus tale iusiurandum in actione furti dandum esset, quod perfidia nulla, sed dolus tantum interuenisset.

**I** Si quis alio iudicio acturus, iudicatum solui satis acceperit: deinde in alio iudicio agit: non committetur stipulatio: quia de alia re cautum videtur.

*Ad §. 1. si quis alio.*

Ratio dubitandi. Stipulatio iudicatum solui praefertur ea de qua in hoc §. agitur, impersonaliter, & in rem concipitur, id est, non expressa certi iudicis mentione. Alioqui dubitationem nullam res haberet, quin stipulatio relata ad litem coram certo iudice tractandam non posset committi iudicio alio, & apud alium iudicem peracto *l. penul. iudi. solui.* Ergo vt stipulatio haec committatur, ex ea que possit agi contra illum qui iudicatum soluere recusat, sufficit iudicatum esse nec solui: quia quicquid in stipulatione omissum est pro omissio habendum est *l. quicquid adstringenda 99. de verb. obli.* Nec igitur illud inquirendum & inspiciendum est, an in alio iudicio actum sit, quam in quo actum iri putabat is qui cauit, Neque ob id magis verum videri potest quod hinc Vlp. ait de alia re cautum videri. Ponimus enim de eadem profus re & eodem actionis genere actum esse in vno iudicio, de qua in alio agi sperabatur. Ratio decidendi. Stipulatio iudicatum solui nō interponitur propter rem quae in iudicium deducitur, sed propter iudicium ipsum, vt ratum fiat *l. 1. §. 1. de prat. stipul.* Ergo si cum pro vno iudicio interposita esset, alio iudicio actum sit, quamuis de eadem re, vtrique videtur de alia re

65. ULPIANVS libro 34. ad Edictum.

**E**Xigere dotem mulier debet illic, vbi maritus domicilium habuit, non vbi instrumentum dotale conscriptum est. nec enim id genus contractus est, vt & eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium & ipsa mulier per condicionem matrimonij erat reditura.

*Ad l.*

*Ad l. excipere dotem 65.*

Ratio dubitandi. Potest quisque in eo loco conueniri in quo contraxit, vel quali contraxit, adeoque in quo deliquit, vel quali deliquit *l. 2. §. omnes. l. heres absens 19. §. l. non alius 24. in princip. hoc titul.* Ergo si maritus cum dotem vxoriam accepit, de qua ea, vt fieri solet, in casum solati matrimonij restituenda se obligauit, alibi domicilium habuerit, quam vbi contraxit, non eò magis tamen reculare potest, quominus in eo loco vbi dotale instrumentum conscriptum est si hoc mulier elegerit, conueniatur, Ne alioqui repetenda dotis facultas eo angustetur, quam dotium fauore ampliari potius oporteret. Ratio decidendi. Contractus dotalis non est ex eo genere contractuum, in quo locum contractus vbi instrumentum factum est spectari oporteat, potius quam personam mariti, in cuius domicilium ipsa etiam mulier per condicionem matrimonij fuit itura. Sensus est, Mulierem cum dotem dat marito, sequi non tantum fidem, vt alij omnes qui ex quacunque causa contrahunt, sed etiam domicilium mariti. Nec enim datur dotem nisi sciret futurum vt maritus in suo domicilio, & vxorem acciperet, & caetera omnia matrimonij onera perferret. Ergo si quando exigenda dos sit, & repetenda per mulierem, non ibi exigere illam debet vbi contraxit (quod plerumque fit in domicilio ipsius mulieris) sed illic vbi maritus eo tempore domicilium habuit, quasi & ibi potius contractum videatur ex mulieris quoque voto & destinatione, maxime cum & dos quaelibet eo animo ac voto detur, vt peperit ut penes maritum *l. 1. §. de iur. dot. l. 2. Cod. ne fideiuss. dor. dem.* Nec enim nouum est, vt in vno loco vera contractum sit, & in alio tamen contractum fuisse videatur *l. heres absens 19. §. vlt. vbi dixi sup. eod. l. contraxit: 21. §. de oblig. & action.* Et sane commodius est heredibus mariti vt repetitionem dotis in eo loco pariantur, in quo defunctus domicilium habuit, quam vbi instrumentum dotale conscriptum fuit. At quid si maritus aliud domicilium habuerit tempore contractus, aliud verò tempore mortis? Hoc enim euenire facile potest, In quo domicilio erit mariti heres conueniendus? Et putem in vtroque prout mulier elegerit, Sed diuersa ratione. In domicilio quidem quod maritus habuit contractus tempore, non tanquam in loco domicilij (praesens enim domicilium intelligimus, quod dicitur aliquem in domicilio sui loco conueniendum esse) sed tanquam in loco contractus, quasi ibi contractum sit, vt iam dixi. In eo autem quod maritus habuit mortis suae tempore tanquam in loco domicilij. Quam ob causam fortasse Ulpianus ita scribere generaliter voluit *vbi maritus domicilium habuit*, non expresso tempore vel contractus vel solati matrimonij: Nec dixit *vbi domicilium habet*, quia potest morte viri solatum fuisse matrimonium, cum ponat superstitem vxorem quae ipsa exigat dotem. Nisi forte velis eum quoque caelum hinc tractari quo matrimonium solutum sit diuortio, vt in *l. si vxor 42. sup. hoc titula.* Sed non est hoc probabile, Non ob id solum quod abominabilior videatur ille casus, quam vt de eo cogitatum fuisse cre-

dibile sit, arg. *l. cum tale 72. in princ. §. de com. & demonst.* Sed etiam, quia cum maritus diuertit ab vxore, siue ipsius mariti, siue vxoris culpa diuortium fiat, hoc ipso intelligitur cum ea contrahere, seque ad restitutionem dotis nunc primum obligare. Vt proinde vel ex ipsa iuris regula quae habet Possit quem conueniri in eo loco vbi contraxit, consequens fiat ibi conueniendum & defendendum esse maritum vbi diuertit *d. l. si vxor vbi dixi.* Est enim longè diuersa ratio huius contractus ab illo qui tunc fit cum matrimonium contrahitur. Siquidem mulier quae contrahit matrimonium hoc ipso cogitat de domicilio mariti, ad quod iam iam itura est. Quae verò diuertit, de suo potius veteri domicilio ad quod iam iam sit reditura. Proinde ratio qua hinc nititur Ulpianus, vt probet non esse inspiciendum locum vbi dotalis contractus celebratus est, non perinde probare potest, nec illum inspici debere in quo matrimonium diuortio distractum fuit. Dices non contractum fieri sed potius distractum quoties matrimonium dissoluitur etiam si per diuortium. Ego verò fateor matrimonium distracti, sed tamen dico hoc ipso negotium aliquod geri ex quo nascitur & contrahitur obligatio dotis reddendae, Et ideo locum diuortij posse & debere inspici tanquam locum contractus *dicit. l. si vxor.* At nō idem est cum matrimonium morte alterutrius coniugum dissoluitur. Cum enim vnus ex coniugibus moritur, non ideo negotium aliquod inter coniuges geri intelligitur: Nec enim qui moritur quicquam facit cum mors nihil nisi priuatio sit. Multo minus verò qui alium mori patitur. At nec illud omnino probare possum, quod hinc Barr. & alij notant, Speciale esse in contractu dotis, vt non tam locus contractus inspiciatur, quam domicilium mariti. Nam nec alia ratione puto inspici locum domicilij quod maritus tempore contractus habuit, quam quia vt iam dixi in eo ipso loco & contractum fuisse matrimonium, & dotale instrumentum conscriptum esse videatur. Illud planè singulare est ob naturam & condicionem matrimonij vt videatur contraxisse mulier in domicilio mariti, quamuis nec solutionem dotis, nec tale aliud quicquam in id domicilium contulerit: Nempe quia plus facit quae vitam ipsam omnesque & suas spes & liberorum quos ex matrimonio sperat in maritum, marique domicilium vbiunque tandem futurum sit, confert.

*Per condicionem matrimonij.* Matrimonium enim facit vt quamuis inter coniuges inducatur omnis iuris & diuini & humani communicatio *l. 1. §. de rit. nupt.* mulier tamen tempore mariti domicilium sequatur, non aequè maritus domicilium mulieris *l. filij 22. §. 1. l. vlt. §. si eum rescripserunt mulierem. §. ad municip.* Nempe quia vir caput mulieris est, sicut Christus Dominus caput est Ecclesie, inquit D. Paulus. Item si quæris rationem quae tota sit ex iure civili, quia iustus matrimonialis ad virum pertinet non ad mulierem. Vnde illud etiam est quod iure civili sola mulier adulterium committit si se cum alio miscet, non enim maritus si cū alia muliere libera nec nupta. Aliud tamen hac parte, vt & in aliis plerisque Christus, aliud Papinianus, vt alibi etiam monui.

66. ULPIANVS libro 2. Disputationum.

**S**i quis intentione ambigua, vel oratione vltus sit, id, quod vtilius ei est, accipendum est.



*Ad l. si quis intentione 66.*

Ratio dubitandi. Interpretatio semper faciendae est contra eum qui legem apertius dicere potuit & debuit ex reg. l. veterib. 39. §. de pact. l. Labeo scripsit 21. §. de contra. empt. Ergo contra eum qui ambigua intentione usus est. Quis enim cogebat eum ambiguum loqui. Maxime vero in iudiciis hoc debet obtinere in quibus solent plerique huiusmodi ambiguitates ex proposito captare, & dolo malo ut aduersarius in aliquam incidat captionem. Vnde est quod dicimus, nihil interesse an quis neget, an ta-

ceat interrogatus, an vero obscure respondeat ut incertum dimittat interrogatorem l. de atate 11. §. nihil intere. §. de interrog. in iur. faciend. Ideoque nec cogendum respondere illum, qui laqueum captionis timeret l. qui interrogatur §. eod. Non igitur quod vitiosus est ei qui in iudicio ambigua intentione usus fuit, sed quod damnosus & incommodus futurum sit, inspicere oportet. Ratio decidendi. Separanda sunt hac parte, ut & in multis aliis iudicia à contractibus, itemque ambigua ab obscuris, ut dixi latius ad d. l. veteribus. vbi vide.

67. VLPPIANVS libro 6. Disputationum.

**Q**uod si dicit suis nummis redemptum, si hoc probauerit, exinde liber erit, ex quo redemptus est: quia constitutio non liberum pronunciarum præcipit, sed restitui ei libertatem iubet. Proinde compellendus erit manumittere eum, qui se suis nummis redemit. Sed & si latet <sup>b</sup>, exempla senatusconsultorum ad fideicommissam libertatem pertinentium debere induci oportet.

*Ad l. qui se dicit 67.*

Ratio dubitandi. Qui nummis suis redemptus fuit, non ideò tamen siue à venditore, siue ab emptore manumissus dici potest. Ergo nec liber esse ex quo instanti redemptus fuit, præsertim cum sit adhuc manumittendus, ut sequitur in hac lege, & scriptum etiam est in l. §. de manumiss. Quomodo enim manumitti posset is qui iam liber esset?

Ratio decidendi. Plerique sunt casus in quibus sine manumissione ad libertatem peruenitur. *1. Qui sine manumissione ad libertatem peruenit.* quia manumissio in iis casibus potestate iuris interuenisse retrotrahitur, ut in l. §. ill. tit. l. vlt. C. si mancip. ut a fuer. alien. Inter ceteros hic vnus quodammodo est si quis suis nummis ematur, quia ex epistola Diuorum fratrum ad Vrbum Maximum in eam conditionem redigitur, ut libertatem adipiscatur l. 4. in prin. §. de manumiss. non quidem sine manumissione, sed ita ut quodcumque manumissus censetur, fuisse liber prius etiam quam manumitteretur, quasi restituta ei & reddita potius quam data per manumissionem libertate: quia nec emptor quicquam hoc casu præstat propter quod ius habere debeat impediendæ libertatis, cum nihil de suo impendat, sed suum duntaxat nomen emptioni accommodet d. l. 4. §. 1. Itaque sic loquitur constitutio, nõ ut liberum eum pronunciarum præcipiat, sed ut iubeat ei restitui libertatem: Ut proinde intelligamus factò quidem aliquo emptoris opus esse, id est, manumissione ut seruus hic habeat libertatem: sed tamen vbi semel manumissus sit, videri eum liberum ita retro trahisse, ex quo die redemptus fuit, non ex die tantum manumissionis, quasi moram in libertate passus sit ab emptore qui statim à primo redemptionis instanti debuit illum manumittere qui ad ipsius fidem confugerat, ut loquitur Marcianus in d. l. §. Quo non factò singularis perfidia est emptoris & digna quæ hanc pœnam patiatur, ut nunquam in eius domino seruus hic fuisse intelligatur, Et consequenter ut si quid medio tempore, vel ex operis suis, vel aliunde quam ex re ipsius emptoris quæsit, totum id sibi quæserit, non emptori, qui dominus nunquam fuisse existimatur, aut saltem qui dominus non esset hodie, si fidem tam citò quam debuisset impleuisset, quod utique sine villo damno suo facere potuit d. l. 4. §. nihil aut em inter est. de manum. vbi Vlp. hanc ob causam ait non aliud esse in pupillo si pupillus emerit seruum imaginario

isto genere emptionis. Quare nec mirum est si possit seruus ex hac causa consistere contra emptorem qui ita dominus est, ut tamen nec esse, nec vnquam fuisse videatur dicit. l. §. l. vlt. certis ex causis §. 3. sup.

*a. Proinde compellendus erit manumittere.* Deest hic dictio emptor vel dominus, & necessariò addenda est cum suppleri non possit ex præcedentibus in quibus nullum adhuc de domino aut emptore verbum. Porro hæc manumissio nullum emptori manumittenti acquirere ius patronatus in hunc seruum tanquam libertum, siue quòd non nisi imaginarius emptor & dominus fuerit, siue quod per suam perfidiam maluerit cogi manumittere, quam vltro fidem suam implere, arg. l. vlt. in §. si quis à parent. manum. sit. Idem iuris est si quis ab alio nummos acceperit ut seruum suum manumittat. Nam & ab inuito libertas hoc casu extorqueri potest, quasi videatur hic seruus similis ei qui suis nummis redemptus est l. si quis ab alio 19. §. de manumiss. Illud sane in his seruis mirabile est ut non sint liberi citra manumissionem, & tamen prius liberi fuisse intelligantur, quam fuerint re vera manumissi.

*b. Sed et si latet.* Ratio dubitandi. Senatusconsultum factum in fauorem libertatum fideicommissarum ut si per absentiam & contumaciam eius qui præstat illas debuit mora fieri, ne præstentur pro præstitis habeantur, nihil dixerunt de huiusmodi seruo qui suis nummis redemptus fuit, ut constat ex verbis senatusconsultorum Rubriani & Emiliai, quæ Vlpianus noster refert in l. cum verò 26. §. subuentum, & in l. si eum seruum 28. §. si quis seruum §. de fideic. libert. Ergo etiam si latet is qui seruum propriis ipsius serui nummis redemptum manumittere si adesset cogere, non ideò subueniri potest huic seruo, ut pro manumisso habeatur, Ne alioqui fiat ex Senatusconsulto liberis de quo senatusconsultum nec dixit quicquam nec cogitauit. Ratio decidendi. Non possunt omnes casus singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendere, Sed cum in aliqua sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni præstat ad similia procedere atque ita ius dicere debet, Bona enim occasio est cetera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretationem, vel si hoc fieri probabiliter nequeat, saltem iurisdictione suppleri l. non possunt 12. §. sequ. sup. de legibus. Ergo & cum latitat

latitat is qui seruum suis nummis redemptum manumittere debuit, exempla supradictorum senatusconsultorum ad fideicommissarias libertates pertinentium induci oportet, ut huic seruo subueniatur, itaque eodem iure censetur, quo si manumissus esset, cum eius causa non minus fauorabilis, in d. fauorabilior sit quam si libertatem fideicommissariam meruisset. Videtur tamen mihi

hæc lex ad hunc titulum nil pertinere, Est enim tota hæc cognitio prætoris, ut & de ceteris omnibus causis liberalibus, non iudicis dati: Nec enim iudex dari poterat quoties de libertate quærebatur, cuius scilicet fauor maiores iudices exigebat l. non distinguemus 32. §. de liberali. sup. de recept. l. 2. C. de pedan. iudic.

68. VLPPIANVS libro 8. Disputationum.

**A**d peremptorium edictum hoc ordine venitur: ut primo quis petat, post absentiam aduersarij, edictum primum: mox alterum.

*Ad l. ad peremptorium 68.*

Ratio dubitandi. Qui primo edicto vocatus noluit venire ad iudicem, is sanè auctoritatem eius contempnit. arg. l. si quis ex aliena §. sup. hoc tit. Ergo indignus est qui adhuc expectetur, & alius edictis euocetur, sed statim condemnandus videtur, tanquam contumax, adeoque tanquam præsens cum absentia contumacis pro præsentia sit, Auth. quæ in provincia. C. vbi de crim. agi oportet. Ratio decidendi. Non omnis absentia contumacia est; sed ea demum quæ iudicis contemptum admixtum habet, Sicut nec omnis dilatio mora est, sed ea tantum quæ excusationem nullam habet. l. sciendum 21. in §. de usur. Ac quoniam contumacia omnis delictum est (nec enim leuiter delinquit qui iudicem à magistratu datum contemnit, cum ea res in ipsius quoque magistratus qui iudicem dedit, contemptum vergat) nec facile capiendae est præsumptio delicti, quippe quæ sit odiosa, vulg. l. merito §. in §. proficuo. æquissimum fuit ita ius constitui, ut non statim atque à iudice quis euocatus ad eum non venisset, pro contumace haberetur, sed ita demum si iterum atque iterum euocatus, abesse perseueraret, nec vilas absentia suæ iustas causas per se vel per alium reddere, quòd pragmatici nostri *exoner*, *exone* dicunt quasi exonerare ne ad iudicem venire cogatur. Pleraque enim possunt interuenire ac interueniunt quotidie propter quæ impediatur is

qui vocatus fuit ne venire possit etiam si maximè velit. De quibus partim diximus in l. 2. §. si quis iudicio. & seq. sup. si quis caution. vbi vide. *b. Post absentiam aduersarij edictum primum.* Ratio dubitandi. Non potest fieri ut aduersarij absentia præcedat edictum primum. Is enim abiens verè dicitur qui cum adesse iam deberet, nondum adest. Atqui nemo adesse debet prius quam fuerit euocatus l. etiam si 29. §. sup. de minor. Ergo necesse est ut primum edictum præcedat non ut sequatur absentiam. Ratio decidendi. Absentia inducitur etiam ante primum edictum ex eo quod reus non venerit ad diem in promissione iudicio listendi causa dictam. Ideoque namque ex auctoritate prætoris, tùm cum iudicem dabat, interponebatur stipulatio, adeoque satisfactio iudicio listi, de qua in l. 2. §. 1. tit. sup. qui satisd. cog. ant. & in tribus titulis sequentibus. Itaque si reus ad diem venisset nullo erat opus edicto, si non venisset, tum verò tanquam contra absentem primum edictum proponeretur, ut veniret reus & absentia suæ causas si quas habebat reddidurus, & apud datum iudicem litigaturus. Proponebantur autem edicta ista factis denunciationibus per literas iudicis dati, vel illi ipsi qui euocabatur, vel saltem ad ipsius eides, arg. l. 4. §. toties §. de damn. infest. l. 2. C. de annal. except. l. consumacia §. 3. §. 1. de re iudic.

69. VLPPIANVS libro 4. de Omnibus tribunalibus.

**P**er interuallum non minus decem dierum.

*Ad l. per interuallum 69.*

Ratio dubitandi. Expediendæ sunt lites quam citò & celeriter fieri potest, præsertim contra absentes quibus iam imputari potest cur ad diem dictam non venerint, suæque promissioni non satisfecerint. Ergo vel nullum interuallum dandum est inter primum & secundum edictum vel minus quam decem dierum dari debet. Alioqui non erit verum quod in præcedenti lege dictum est post propositum primum edictum si abiens non veniat, mox alterum proponendum esse: Quis enim dicat mox fieri quod non fiat nisi post decem dies? arg. l. et si post tres 8. sup. si quis caution. Et cur non dicimus potius hoc casu ut & in aliis plerisque; spatium hoc temporis tam breue esse debere ut intellectu magis percipi quam verbis & elocutione exprimi possit, l. quod dicimus 105. de sol. l. quo enim 12. §. Iulianus §. rat. rem haber. Ratio decidendi. Nihil vnquam præcipiti festinatione faciendum est nisi si quando præueniendi magni alicuius periculi causa ita fieri necesse est l. si quis filio 6. §. quid tamen §. de in-

inst. rupt. & in ipsis quoque delictis prudentis est hominis ad quem ea res pertinet, dare interdum etiam penitentia locum: nec tam facile esse ad delictum pro comperto habendum, vindicandumque. Sed maximè in litibus tractandis obseruandum est bono iudici, non minus ut nihil festinanter & præcipitanter faciat, quam ut ne quid remissè ac negligenter. Est enim præcipitatio, ut bene pragmatici aiunt, nouerca iustitiæ, præsertim autem si feratur in absentem. Nihil enim est quod difficilius facere debeat bonus iudex quam ut pronunciet in absentem, quem scilicet suspicatur ideò vinci potius quòd ab sit, quam quòd malam habeat causam, ut dixi ad l. edictum §. sup. hoc tit. ex l. si adeo §. §. de euect. Adeò durum & inuile visum est ciuili legislatori, ut abiens quis & inauditus condemnatur. Interuallum ergo aliquod intercedere oportet inter primum & secundum edictum, itemque inter secundum & tertium ut longius habeat spatium reus ad comparandum. Debent enim lites procedere non currere. Porro non minus quam

decem dierum intervallum illud esse debuit, quia & modicum tempus esse intelligitur, quod decem duntaxat dierum est *l. promissor 21. §. 1. de constit. pecun.* si tamen locus ille Triboniani non est potius quam Pauli, ut docuimus in libris Coniecturarum: nam & quod hinc dicitur de decendio sumptum videretur ex Iustiniani constitutione in *l. propterandum 13. §. 1. & si quidem hoc tit. in illis verbis decem dierum spatium per unumquemque introitum destinato.* Hodie tamen non tantum decem, sed etiam triginta dierum intervallum est, quod Iustinianus intercedere voluit in tribus illis edictis quæ simili-

ter præcedere iussit ut contra actorem contumacem fieri sententia possit, Nouell. 12. de litigiosis cap. 3. ut post annum & tria edict. §. omnium vero. Denique certum tempus in hanc rem constitui necesse fuit non arbitrio cuiuslibet iudicis relinquendum, quod ea res maxime pertinet ad formam & sollemnitatem iudicij, quam utique temper certam esse oportet, quemadmodum ipsum quoque ius semper certum est, & esse debet *lege 2. instr. de iur. & fact. ignoran.* Certum est autem hoc tempus non ita ut non possit esse longius ex causa, sed ut non possit esse breuius.

70. VLPPIANVS libro 3. Disputationum.

**E**T tertium quibus propositis: tunc peremptorium impetret<sup>a</sup>, quod ipse hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem<sup>b</sup>: hoc est, ultra ne pateretur aduersarium tergiversari.

Ad l. & tertium 70.

*a* Quibus propositis tunc peremptorium impetret. Ratio dubitandi. Etiam post tria edicta proposita, quartum quoque aliquando dandum est *l. edictum 55. vers. plane. supr. h. t.* Ergo non semper & indistincte verum est quod hæc lex ait propositis tribus edictis, tunc peremptorium impetrandum esse. Ratio decidendi. Vix est, ut nullam satis iustam & probabilem absentiae ac contumaciae suæ excusationem habere possit is qui tribus edictis vocatus venire noluerit, ne alioqui detur progressus in infinitum, si non certus edictorum numerus præbituatur, qui finire quandoque possit. Tria igitur edicta sufficiunt, nec quartum necessarium est nisi in specie dicit *l. edictum*, ubi attulimus rationem. Quod si quis pergat querere cur hanc edictorum numerum ternario potius quam alio villo vel maiore vel minore concludi prudentes voluerint. Ut taceam quæ de ternarij numeri præstantia conquiruntur & congeri hæc possent. Dicam tantum esse hoc iuris constitutum, cuius proinde ratio nulla adferri potest *l. non omnia 20. vbi dixi supr. de legibus.* Nam et si ius ita constitutum esset, ut quatuor edicta, vel quinque præcedere oporteret perinde quæretes cur quatuor aut quinque potius quam tria. Idemque respondebo si quæras ad legem præcedentem, Cur intervallum quod inter edicta observari necesse est non minus esse possit quam decem dierum, & cur non octo vel quindecim potius quam decem dierum mentio hic fiat. Nempe, inquam, ne si de octo vel quindecim diebus prudentes locuti fuissent, illud ipsum adhuc querendum habuisses, Cur de octo vel quindecim potius quam de decem.

*b* Quod perimeret disceptationem. Ratio dubitandi. Non edictum peremptorium illud est, quod perimit finitque disceptationem, sed sententia & res iudicata *l. i. §. de re iudic. l. singulis 6. §. de except. rei iudic.*

71. VLPPIANVS libro 4. De omnibus tribunalibus.

**I**N peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diuersa parte cognitum se & pronunciatum.

Ad l. in peremptorio 71.

Ratio dubitandi. Comminatio iudicis vim reudicata habere nunquam potest *l. 1. §. 1. de pen. C. de comminat. epistol. propt. vim leg. non habet.* Atqui edictum peremptorium inde nomen sumpsit quod

perimat disceptationem, ut diximus in *l. prox. proced.* Ergo est quid aliud, quam nuda comminatio. Ratio decidendi. Non dicitur peremptorium quasi perimat disceptationem exemplo aut iure rei iudicata, sed quia reum ultra tergiversari non patitur,

titur, ut ait *l. proced.* Itaque peremptorium & dicitur & est, facta relatione ad aduersarium non ad iudicem, qui sanè cum edictum hoc proponit, non idcirco perimit negotium, sed tantum comminatur se, etiam absente diuersa parte cognitum se & pronunciatum: Cuius comminationis non parua est utilitas, quippe line qua non nisi iniuste ac temere procedi vnquam posset ad sententiam definitiuam aduersus absentem & inauditum, Vetante id scilicet lege *12. tabul. vt mox dicemus.*

*a* Etiam absente diuersa parte. Ratio dubitandi. Nihil potest iudex statuere quod sit contra leges *l. no. que quid 40. §. 1. supr. hoc tit.* Atqui lex *12. tabul. & ratio ipsa naturalis quæ legum omnium etiam civilium mater est, distictè vetat & prohibet ne quis absens & inauditus condemnatur *l. 1. §. de re iudic. res. l. absentem 5. de pen.* Ergo iniquè & contra leges facit iudex qui comminatur se etiam absente diuersa parte cognitum esse, & pronunciatum. Ratio decidendi. Contumacia pro presentia est, Auth. qua in pronuncia vers. sed si nec ipse. C. vbi de crim. agi oportet. Atqui contumax est is qui tribus edictis vocatus aut vno pro omnibus quod etiam peremptorium appellamus, de quo dicemus ad *l. si q. liticus euocatus presentiam sui facere contemnit l. contumacia 53. §. 1. de re iudic. l. ea que 7. cum duab. seq. C. quomod. & quand. iud.* Ergo quoties peremptorium impetretur, iuste potest iudex & debet comminari se cognitum & pronunciatum absente quo-*

72. VLPPIANVS libro 8. Disputationum.

**N**onnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta, quæ præcesserint, datur: nonnunquam post vnum, vel alterum: nonnunquam statim: quod appellatur vnum pro omnibus. Hoc autem aestimare oportet eum, qui ius dixit<sup>a</sup>: & pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis ita ordinem edictorum, vel compenaium moderare.

Ad l. nonnunquam 72.

Ratio dubitandi. Ad iudiciorum quæ contra absentes exercetur formam & sollemnitatem pertinet, ut tribus denunciationibus euocentur, priusquam contra eos quasi contumaces pronunciarique quæquam possit *l. ea que 7. l. tres denunciations 9. C. quomod. & quand. iud.* At qui neque forma neque auctoritas iuris est in arbitrio iudicantis *l. 1. §. 1. vers. quorum alterum. §. ad SC. Turpil. l. ordine 15. §. ad mutip.* Ergo non est nec debet esse in potestate iudicis, ut pauciora quam tria edicta proponat, antequam ex peremptorio pronunciare possit. Alioqui vix erit ut non seruato iuris & iudiciorum ordine pronunciaisse videatur. Ratio decidendi. Non hoc præcisè constitutum est, ut tria edicta, de quibus hucusque diximus, omnino præcedere oporteat, sed alternatiuè ut vel tria, vel duo quæ sint pro tribus, vel saltem vnum quod sit pro omnibus, id est, etiam pro tribus quod & peremptorium appellatur *l. contumacia 53. §. 1. de re iudic. l. constantium 8. C. quomod. & quand. iud.* Itaque semper certus est numerus edictorum, quia semper tria interuenire necesse est, vel distinctè, vel vi ipsa & effectu. Trium enim vicem obtinet illud vnum quod est pro tribus sicut & tres denunciations ad peremptorie dicitur vicem aduersus contumaces conualecere salubriter statutum est *l. tres denunciations.* Vtrum verò melius sit magisque expediat, tria edicta ex ordine ac distinctè dare, an confusè potius dato vno pro omnibus quod peremptorium sit, positum

que aduersario, ut is intelligat nullum sibi amplius superesse in absentia & contumacia auxilium non solum ad impediendam, sed nec ad differendam quidem condemnationem: idcircoque tantò diligentior fiat ad veniendum ne reuera absens pro presente tamen adeoque consentiente condemnatur. Alioqui in eius potestate esset nunquam veniendo id assequi, ut nunquam condemnaretur, nec ad exitum controuersia vnquam produceretur, quod esset ridiculum & iniquum, *l. potest 61. vbi dixi supr. hoc tit. l. ult. supr. de procurat.* Nam si cuti leges non patiuntur absentem & inauditum quemquam condemnari, sic & illud multò minus ut lis vlla fiat immortalis, & in infinitum producat, præsertim vbi per contumaciam & tergiversationem eius qui parere nolit, siue iudici, siue ius dicenti. Hoc igitur temperamentum sequuntur, ut contumacem condemnari quidem velint, at non tanquam absentem vel inauditum, sed tanquam & presentem & auditum, ad obsequium propemodum consentientem, qui scilicet etiam à iudice admonitus fore ut si non veniret absente non dominus eo pronuncietur, noluit tamen venire. Maluisse enim hoc videtur & consensisse, ut absens condemnaretur. Quæ ratio etiam facit, ut ex peremptorio condemnatus absens si appellet non sit audiendus, si modò per contumaciam defuit, quasi qui futuræ condemnationi per contumaciam suam consentit *l. & post edictum 73. §. ult. vbi dicam. §. hoc tit.*

est, potiusque necessario debuit in arbitrio iudicantis qui aliter atque aliter estimare hoc debeat, pro conditione causarum, vel temporum, vel personarum, ut sequitur in hac lege. Quid enim si is euocandus sit qui ad primum edictum respondit se nolle venire? Quid obsecro necesse est hunc alio atque alio edicto euocari priusquam ad peremptorium perueniatur? Frustra enim diutius expectatur is quem ex propria eius responsione constat nunquam venturum. Quid si fateatur se debere nec recuset condemnationem, quam nec possit euitare quod non habeat in manu pecuniam, cuius solutio postulat? Quid attinet longiorem ei dare dilationem ad veniendum, qui nullam petit nisi ad soluendum? ut in *l. si debitori 21. secundum Triboniam mentem supr. hoc tit.* Quid si res, qua de agitur, tot edictorum moram & dilationem non patitur? Nam & ipsa iuris regula ex hac causa plerumque violantur *l. Dimus 53. §. 1. de hered. per. l. Aristo. §. 1. l. ait prator 7. §. ult. §. de iur. delib. l. ult. §. de appel. recip. vel non l. 1. §. ult. & l. 2. vbi dixi §. de fer. & aular.* Quid denique ne singula persequamur, si cum eo res sit qui tergiversari solitus sit iudiciumque edicta & literas contemnere, aut qui etiam in alio fortassis eiusdem negotij capite iam contumax fuisse proponatur? Indignus sanè hic est cui tantopere faueatur. Peadet hoc igitur ex arbitrio & religione iudicantis.

*a* Hoc autem aestimare oportet eum qui ius dixit. Torus hic versiculus haud dubiè Triboniani est, respici-



cientis ad constitutionem Iustiniani in *l. properandum 13. C. hoc tit.* vbi quod constitutum erat olim pro forma iudiciorum, quæ contra absentes exercebantur à iudicibus datis, & pedaneis qui iudicationem tantum habebant non iurisdictionem *l. ult. C. vbi & apud quos causam integr. rest. agit. sit. l. ait prætor 5. §. de re iudic.* qui quæ ideo non ius dicere sed iudicare dicebantur, vt toties monuimus, traxit Iustinianus, multis tamen additis & immutatis ad quoscunque iudices etiam maiores qui ipsi iudicent ex sua iurisdictione, vt scriptum est in *§. si autem res absuerit. ead. leg.* Scilicet cum ià ex alia Imperatorum Diocletiani & Maximiani constitutione quæ extat in *l. 2. C. de pedan. iudic.* iam factum esset vt omnes magistratus, de quibus causis antea non poterant ipsi cognoscere, sed iudicem dare debebant, per se ipsos hodie cognoscere ac

73. VLPIANVS libro 14. de Omnibus tribunalibus.

**E**T post editum peremptorium impetratum, cum dies eius superuenerit, nunc absens citari debet, & siue responderit, siue non responderit ageur causa, & pronuntiabitur non vtique secundum presentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet<sup>b</sup>.

*Ad l. & post editum 73.*

Ratio dubitandi. Editum peremptorium est quod perimit disceptationem, nec aduersarium ultra tergiversari patitur, habetque comminationem etiam absente eo cogniturum iudicem & pronunciatum, vt scriptum est in legibus precedentibus. Ergo post peremptorium impetratum cum dies eius superuenerit, non est amplius iterum citandus reus, ne alioqui detur progressus in infinitum, & actum agi videatur. Ratio decidendi. Nō est quidem euocandus reus alio vllō edito post peremptorium, vt ad iudicem veniat, sed tamen citandus est voce præconis in foro ipso & tribunali, vt hoc ipsum sciat an venerit necne. Si enim ad vocem præconis non responderit, nec venisse intelligitur. Nisi postmodum confestim & sedente adhuc pro tribunali iudice venerit, quo casu existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita præconis voce defuisse, ideoque & restitui potest *l. diuus 7. §. de in integr. restit.* Aliud ergo est apud Iureconsultos citari, aliud verò euocari, aut saltem aliud citari per præconem, vt sciat an ad sit, aliud verò citari per editum ob hoc ipsum vt ad sit.

<sup>a</sup> *Si non responderit ageur causa.* quod Græci dicunt agi causam *μαροτις*, id est, altera parte absente *l. vit. §. ad SC. Trebell.*

<sup>b</sup> *Sed interdum vel absens si bonam causam habuit, vincet.* Ratio dubitandi. Contumacia litigatoris dāno litis coercetur *l. contumacia 51. de re iudic.* At qui contumax est qui tribus editis propositis, vel vno pro tribus quod peremptorium appellatur, euocatus, presentiam sui facere contemnit, vt scriptum est in *§. eiu. dem legis.* Ergo fieri non potest, vt absens vincat etiam si bonam causam habeat, alioqui nec vllam contumaciae suæ pœnam pateretur, quam tamen nemo dixerit manere impunitā oportere, cum sit maleficio & delictū. Ratio decidendi. In eo tantum puniri quis debet in quo deliquit, ne pœna excedat delictū *l. rescriptum 6. §. de his que in iudic. n. aufer. l. Pomponius 4. alias l. fulc. dia. §. ad leg. falc.* At qui absens qui tot litis & editis euocatus a iudice noluit venire in hoc tantum

pronunciare teneatur. Nec sanè quisquam ex prudentibus vnquam sic locutus est, vt pedaneum iudicem & magistratu datum dixerit ius dicentem. Quamuis è contrario nonnunquam etiam magistratus ipsi iudices dicantur. Nec malè. Sunt enim iudices sed maiores, vt diximus in *l. non distinguemus 32. §. de liberali. sup. de recept. & alibi sæpe.* Estque iudicis nomē generalius ac latius patens, quam ius dicentis. Quisquis enim ius dicens est, idè & iudex dici potest. At non nisi valde ineptè potuisset quis Vlpiani nostri temporibus iudicē quemlibet etiā datum ac pedaneum appellare ius dicentē. Sed & Triboniani manum prodit etiam tota ista phrasia *ita ordinem edictorum vel compendium moderare,* etiā concedā tibi nō illibenter scripsisse Tribonianum *moderari nō moderare* ne alioqui vapulandū ei sit, si Priscianus ita scribentem, vel audiat, vel legat.

peccauit quod abesse maluit, quam adesse ne cognosci & pronuciari de causa possit. Satis ergo punitur si quamuis absens sit, nihilominus tanquam presente eo de causa ipsius & cognoscatur & pronuciatur: quæ certè non leuis pœna huius contumaciae est. Sciunt enim omnes qui litigant, & quotquot in foro versantur, quantum inter sit ad victoriam litis etiam in bona causā obtinenda, vt ad sit qui vult vincere, vt verò ex ea causā bonæ litis iacturam facere debeat absens & contumax, planè extra causam delicti est: Cūque non alio colore possit de causā cognosci & pronuciari absente vna parte, quam quod contumacia faciat, vt pro presente haberi absens debeat, quemadmodum diximus, nulla ratio est cur ob id solum vinci quis debeat etiam si bonam causam habeat, quod sit absens. Alioqui ea ratio quæ facit vt absente altero ex litigatoribus iudicari res possit, implicaret secum contradictionem. Ac præterea partis absentiam per Dei presentiam repleri æquum est, vt ait Iustin. in *l. properandum 13. §. cum autem eremodici. C. hoc tit.* quia Deus ipse est qui iudicat, & iudices omnes terra iudicatus est, nec hominum, sed Dei iudicium exercent ipsi etiā homines qui iudices appellantur. Vnde sit, vt ipsi terribilius sit & esse debeat iudicium quam litigatoribus, quia litigatores quidem sub hominibus, iudices autem Deo inspectore adhibito causas proferunt trutinandas, vt Iustin. præclare in *l. rem non nouam 14. C. hoc tit.* Nec obstat quod scriptum legimus in *l. contumacia.* Distinguenda enim est duplex contumacia, vna eorum qui ius dicenti non obtemperant, de qua Hermogen. in illo loco & Vlpian. in *l. vnic. sup. §. quis ius dicent. non obtemp.* Illa litis dāno coercetur. Altera eorum qui iudicis pedaneū edita & literas contemunt, de qua nunc agimus, & hæc non semper & absolute dāno litis coercetur, sed ita deinde si malam causam habere inueniatur. Textus est non dissimilis in *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Exemplum autem de absente qui vicerit in *l. 1. §. ad SC. Trebell.* Diuersitatis autem huius ratio duplex est. Vna quod contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant, non facit

vt in

vt in pœnam contumaciae de causā cognoscatur & pronuciatur, sed è contrario. vt non possit magistratus vlietius procedere, id est, ne iudicem quidem dare qui cognoscat & pronuciet. Nam nec alius dicitur non obtemperasse ius dicenti, quam qui quod extremum est in iurisdictione non recit, id est, qui litem contestari noluit, vt explicauimus ad *l. vni. §. quis ius dicent. non obtemp.* quia neq; nisi lite contestata iudicem dare poterat prætor aliūve magistratus qui dādi iudicis ius haberet. Promde non parua pœna dignus est qui magistratu populi Romani tam proteruè ac procaciter illudit. Patitur verò iacturam litis etiam bonæ in pœnam suæ contumaciae, non quia condemnatur etiam si bonam causam habeat, sed quia ex edito prætoris tenetur omnino præstare quanti ea res est, de qua litem contestari recitauit *l. vnic. §. vit.* At contumacia eorum qui iudicē pedaneū patere nolunt, nec iurisdictionem impedit magistratus qui iudicem dedit, nec ipsius iudicis iudicationem, at è contrario tacit, vt etiam absente altera parte possit de causā cognosci & pronuciari, quod ipsum vtique non aliter fieri potest, quam examinato plenè negotio ad iustitiæ & æquitatis regulam, vt citi possit, quis debeat vt. cetera. Altera differentia ratio est, quod multò grauiore pœna dignus est qui ius dicentem & magistratum ipsum quam qui iudicem pedaneum à magistratu datum contempnit. Licet fieri nequeat vt salua dignitate eius magistratus qui iudicem dedit, iudex datus condemnatur, & quin saltem per consequentias magistratui debitus honor violetur. Sed non solent tantopere curari ista quæ non fiunt nisi per consequentias, vulg. *l. 1. §. l. quod dicitur 7. §. de autor. tutor.* Hinc est quod si quis eum qui in ius ad prætorem vocabatur

vt exemerit, tenetur pœna edicti, de qua in *lit. Ne quis cum qui in ius vocat. vi. c. i. m.* quia tamen non tenetur vi eximens eum qui ad pedaneum iudicem, id est, ad iudicium non in ius vocabatur *l. 3. §. si quis ad pedaneum. ill. lit.* Euenit tamè sepius vt absens vincatur, quia vix vlla est tam bona causa, quæ non egeat allegationibus & probationibus, quæ tamen quoniam facti sunt non iuris, suppleri per iudicem qui de causā cognoscit, nec possunt vnquam, nec debent *l. vnic. vbi not. C. vt qua def. aduoc. part. iud. suppl.* Tūc ergo potest absens vincere cū actor deficit in probanda intentione, vt in specie *d. l. ult. ad SC. Trib.* quam intentionem semper probare actor debet priusquam de exceptionibus rei quæri oporteat, quoniam alioqui non probante actore semper absoluentus est reus etiam nihil præstiterit *l. qui accusare 4. C. de edict.* Sed & in dubio aduersus absentem pronuciandū est quoties absentia contumacia iuncta est. Id enim est quod pragmatici in ore passim habent, iura omnia clamare contra contumaces. Sed & pœnam illam suæ contumaciae patitur quisquis ad ius iudicis edicti venire noluit, quod si eo quoque casu quo vincit, quia bonam causam habet, nullam tamen summum condemnationem obtinet quam alioqui victores omnes obtinere solent *l. 1. properandum 6. §. si qui dem. 2. m. cū victus iustam habuit, aut saltem probabilem litigandi causam l. qui solida 78. §. 1. de leg. 2. l. cum quærit. m. c. 73.* vbi dicam *§. b. s.* Dices non magnam esse hanc pœnam, vt nullos tumptus ferat qui nullos tenet. Sed potest tamen fieri vt inter sit propter sportulas, & de ea qua hodie rei iudicatarū emodumenta tributāq; appellamus, quæ aliquando pro qualitate & quantitate rei in iudiciū deductæ ad magnam ascendunt estimationem.

**I** Quod si is qui editum peremptorium impetrauit, absit die cognitionis: is verò, aduersus quem impetratum est, ad sit: tum circumducendum erit editum peremptorium: neque causa cognoscetur, nec secundum presentem pronuciabitur.

*Ad §. 1. quod sit, qui editum.*

Ratio dubitandi. In iudicis omnino seruanda est æqualitas, ne quid fauorabilis pro vno quam pro altero ex litigatoribus constituatur *l. vlt. C. de fructib. & lit. expens.* Aut si quando alius alio fauorabilior videri potest, certum est fauorabiliores esse reos, quam actores *l. fauorabiliores 12. de reg. iur.* Atqui si reus ad diem cognitionis non venisset, & causa cognosceret hodie, & secundum presentem actorem pronuciaretur, nisi reus absens bonam causam habere inueniretur, vt proxime dictum est. Ergo si actor ipse qui editum impetrauerat absit die cognitionis, reus verò aduersus quem impetratum est ad sit, non circumducendum est editum peremptorium, sed ad ipsum pro reo obseruandum contra actorem, vt & de causā cognoscatur, & contra actorem absentem pro presente reo pronucietur, nisi actoris absentis melior causa reperiatur. Nam & is qui editum impetrauit si ad diem cognitionis non ad sit, non minus contemnit autoritatem iudicis, quam is aduersus quem impetratum est. Imò tantò magis quod videtur iudicio habere iudicem cuius autoritatem nunc implorat, iunc contemnit: arg. *l. vlt. §. vit. C. de bon. que liber. nec dignus est cui iudex faueat,* qui dum iudicem inuocat, in eum committit, arg. *l. auxilium 37. in fin. sup. de minor.*

Ratio decidendi. Qui editum impetrauit si absit die cognitionis, non ideo tam facile credendus est velle iudicem contemnere, cuius auxilium implorauit, vel litem deserere quam vltro ac plerumque non sine sumptu & incommodo ad peremptorium vsque prosecutus fuit. Sed potius suspicandum est aliquid ei accidisse, propter quod venire non potuerit, cum potuerint multa interuenire *l. contumacia 53. l. pœnam 7. de re iudic.* Meliòque hæc præsumptio est pro actore, quam reo, quoniam agere quidem inuitus nemo cogitur *l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cog. ar.* quis autem tam stultus est vt vltro agere velit nisi de ea re, de qua litis victoriam speret, penèque habeat exploratam? At reus litigat inuitus, nec facile creditur vltro fuisse litigaturus si non redditum fuisset iudicium in ipsam inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de ver. obli.* ideoque quæritur à Græcis, & eorum exemplo à nostris fugies appellatur *dit. l. properandum, & pass. C. hoc tit.* Satis ergo punitur is qui editum impetrauit, neque ad sit die cognitionis, si circumducatur editum peremptorium eiusq; potestas soluat, ita vt alio & nouo peremptorio sit opus ad eam litem alio die tractatam absente parte. Nec potest eius condicio fieri similis conditioni eius aduersus quem editum impetratum est, quin hoc ipso fiat dissimilis & inæqualis, cum is nunquam fuerit edito

iudicis ad cognitionem causa & pronuntiationem sententiae euocatus, Et quod iudex in edicto peremptorio comminatus est se etiam absente diuersa parte cogniturum & pronuntiatum, non eo sensu & proposito fecit quasi absente quoque eo qui edictum impetrasset cogniturus & pronuntiaturus, sed tanquam absente eo contra quem edictum impetrabatur. Quid ergo si is aduersus quem edictum impetratum fuit virgeat cognitionem, nec velit diuersum rem indecisam relinquere? Debet ille ab eodem iudice impetrare non ex integro tria edicta, sed vnum pro omnibus & peremptorium, vt si ad diem cognitionis actor non responderit condemnatur. In eo namque durius agitur cum actore quam cum reo quod tantum edicto vocatur quod citius ac libentius credatur esse venturus, & si veniat statim quasi contumax

2 § Circumducto edicto, videamus an amplius reus conueniri possit: an verò salua quidem lis est, verum instantia tantum edicti perit, & magis est, vt instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.

*Ad §. 2. circumducto.*

Ratio dubitandi. Cum is qui edictum peremptorium impetravit, illud ipsum circumduci patitur propter absentiam & contumaciam suam ferè est, vt & leges & iudicem datum, & magistratum qui iudicem de diuulsiōe habere videatur, quemadmodum diximus ad §. prox. arg. l. ult. §. ult. C. de bon. qualibet. Ergo dignus est qui non tantum instantiam statutam quæ est lenior, sed ipsius quoque litis patitur, ne postea ei liceat iterum litigare, qui litigare nesciat. Maxime cum in persona illius contra quem edictum peremptorium impetratum fuit potestas edicti non instantiam afficiat sed litem. Quid enim aliud est perimere disceptationem & facere, vt ob eam rem de causa cognoscatur & pronuntietur, quam perimere litem? Ratio decidendi. Peremptorij potestas nulla est nisi aduersus eum contra quem fuit impetratum, vt diximus ad §. preced. quia nec eo animo petitur aut datur vt noceat impetranti. Ergo non potest perimere disceptationem & litem si is qui impetravit, absit die cognitionis. Tantumque absit vt potestatem aliquam habeat edictum hoc casu, vt è contrario circumducatur, quod ipsum nihil aliud est quam potestatem eius solui, quomodo interpretari iam sumus. Hoc rursus verò fieri non potest quin afficiatur & perimatur instantia, quæ ipsa nihil aliud est quam litis persecutio ex parte actoris, cuius scilicet tam est instare, quam rei fugere. Itaque cum lis & actori & reo communis sit, instantia tamen solius actoris est, quia instare quidem solus actor potest, sed solus litigare nullomodo potest. Proinde mirum non est actori perire instantiam ob circumductum edictum peremptorium, quæ reo perire nequit. Ex peremptorio autem quoties circumductum non est perimi litem & disceptationem, idque vt plurimum in præiudicium eius contra quem edicti potestas exercetur, sed non semper. Proderit enim peremptorium ei quoque aduersus quem fuit impetratum, si forte bonam causam habere inueniatur, vt puta ob non probatam ab actore suam intentionem, sicuti in specie l. ult. §. 1. ff. de SC. T. reuol. Ex quo apparet quomodo in eremodicio incidere tam actores, quam rei possint, eremodiciam tamen per actorem non tunc contra-

condemnatur. Eoque etiam iure praxis nostra videtur, sed aliis verbis quam quibus videtur Vlp. in hac lege. Nam si actor ad diem non veniat, dicimus absoluentem esse reum ab obseruatione iudicij pro eo quod Vlpianus ait edictum circumductum. Ceterum non ideo actor condemnatur nisi ad expensas contumacie. Vt verò condemnatur illud præterea exigimus, vt postulat aduersario citetur ex nouo peremptorio, tumque si non venire perneret, ab actione aut petitione sua in pœnam contumacie submouatur. Iunge quoque pœna contra actorem contumaciam statuenda Iustinianus constituit in d. l. properandum C. hoc tit. & Nouell. 12. de litigios. cap. 3. vbi etiam vide amplissimam & eruditissimam adnotationem clarissimi I. C. Dionysij Gothofredi pro harum omnium legum interpretatione.

hi, cum is edictum impetravit, & nihilominus absit die cognitionis, sed tum demum cum aduersus eum fuit impetratum edictum ex parte rei, quod postea non fuerit circumductum. Nam cum absit actor, qui edictum impetraverat, eremodiciam nullomodo contrahitur, neque ex parte actoris, neque ex parte rei, sed instantia tantum perit actori, quia cum instantia nihil aliud sit quam litis persecutio, vt diximus, desinat verò litem persequi is qui ipso cognitionis die absit, quo maxime die instandum erat, vt de causa cognoscatur & pronuntietur, fieri non potest vt totius instantiæ quam prius fecerat, fructum non amittat. Ergo nec illud verum est quod vulgò creditur, eremodiciam esse peremptionem instantiæ, aut, vt alij volunt, desertionem vadimonij. Est enim semper desertio litis, quod & nomen ipsum græcum significat. Numquam verò est desertio vadimonij, Numquam peremptio, at ne quidem desertio instantiæ. Vadimonium deseritur cum reus non venit ad eum diem, quo se iudicio futurum promiserat: quæ res nihil aliud inducit nisi necessitatem proponendi edicti instante actore. At cum reus postea vel tribus edictis & literis, vel vno pro omnibus euocatus, qui presentiam facere contemnit, tum demum eremodiciam contrahit, & ex eremodicio dicitur sententia, & ita finitur instantia cum lite, sed non perimitur, quæ scilicet hoc ipso fine & effectu suum habet. Ad quid enim habet instantia, nisi vt lis & disceptatio finiretur? Ipsa certè lis & finitur & perimitur, ideoque nimirum hoc edictum cuius potestate illud fit, peremptorium appellatur. Cum verò actor ad diem cognitionis non venit, is neque vadimonium deserit, quod non ab actore præstat, sed a reo, nec litem, ad quam finiendam non fuit ipse euocatus, sed tantum instantiam, quia de sit instare qui prius instabat. Nec rursus tota instantia perit, sed quod summè notandum est, instantia tantum edicti, quemadmodum Vlp. scribit in hoc §. vt intelligamus & euocatione in ius & promissiones iudicio sistendi causa factas & stipulationes, siue de iudicato soluendo, siue de rato si forte interposita fuerint saluas manere. Nec esse necessarium, vt noua instantia ab initio repetatur: quomodo necessarium est quoties

quoties instantia perimitur lapsu trienij intra quod iudici debuit ex Iustiniani constitutione in l. properandum 13. C. hoc tit. Ergo cum edictum peremptorium ob id circumductum est quod actor ad diem non veniret, instantia quidem edicti perit, sed salua lis adhuc est vt possit ex integro litigari, hoc est, alia l. peremptorij impetrari ceteris tamen omnibus quæ ad litem præparationem & ordinationem præcesserunt in sua causa manebunt. Denique peremptorio ista instantiæ edicti nihil aliud est, quam quod pragmatici nostri dicunt *en simple desfont & congé*, quod vel secundum ipsos pragmaticos longè diuita à peremptione instantiæ. Alio tamen iure praxis nostra videtur, quoniam hoc casu absoluitur reus ab obseruatione totius iudicij, & in omnes litis expensas actor condemnatur, nec quicquam ei saluum est, nisi vt possit nouam litem & instantiam instituire, sed

3 § Sciendum est, ex peremptorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum: si modò per contumaciam defuit: si minus, audietur.

*Ad §. ult. sciendum est.*

Ratio dubitandi. Etiam cum ex peremptorio cognoscitur & pronuntiat absente reo qui eremodiciam contraxit, fieri tamen potest, vt absens vincat & vincere debeat, nempe si bonam causam habere inueniatur, vt scriptum est initio huius legis. Ergo si fuerit condemnatus, & appellare velit, audiendus est quamuis per contumaciam abfuerit, cum aliqui sentiri non possint an debuerit iudex qui ex eremodicio pronuntiauit, vel contra eum, vel pro eo pronuntiare. Præsertim cum iuris præsumptio faciat ne tam ob id videri debeat condemnatus quod malam causam habuerit, quam quod abfuerit l. si id est §. 7. de iudic. Cur ergo ei denegemus auxilium appellationis quod fauorabilissimum est, patetque omnibus, ita vt ob eam causam appelletur in l. 3. §. falsus procurator 7. var. r. hab. Neque verò alia vlla ratio superesse potest emendandæ iniquitatis iudicij, & allegandi, vt sententia in melius reformetur l. 1. §. de appellat. Nisi proponas minoreni fuisse illum qui eremodicio contraxit cum & in eremodicio minori subueniatur l. ait prator 7. alias l. et si sine §. ult. §. de minor. & aduersus re iudicatam l. ult. §. pass. C. si aduer. rem iudic. l. ult. §. de integ. r. §. 1. Ratio decideat. Præcipua contumacie pœna ista est, vt absens per contumaciam condemnatus non possit appellare l. 1. §. 4. C. quor. appellat. non recipit. l. properandum 13. §. cum autem eremodiciam, C. h. t. Non tam ob id quod pro sententia iudicis contra ipsum præsumi oporteat (quamquam hoc quoque verum est) quam quia non sit audiendus qui iudici noluit cum & adesse & loqui iuberetur iudicij: debet imputare, tum quoque cum bonam causam habuit, id est iustas aliquas allegationes, quasi iudici exposuisset, victoriam haud dubie fuerat reportaturus. Debuerat enim venire, ac quicquid libuisset, allegare. Quod quia facere noluit, cum posset, culpam in eo suam debet agnoscere: cuius effectus ille est, vt neque damnus vilius sentisse videatur qui nullam sentit, nisi ex culpa sua l. quod quis 103. de reg. iur. Cur ergo permittamus ei appellare: cum nec aliis permissa sit appellatio, quam quoniam interest l. in pr. de appell. recip. nihil autem interest eius, qui nullum damnus passus intelligatur ex ea sententia à qua vult appellare: Nec quod pro eo iudicari aliquo casu poterit, ad rem facit. Præsumendum

ita vt omnia iam acta rursus agere debeat, ad eò vt nec priore libello iuare se possit à quo instantiam priorem inchoauerat, nec vllis citationibus in tota illa instantia factis. Fessellet ut pragmaticos nostros, vt puto, verba illa huius §. *ex integro autem litigari possit* quasi sint generalia, & ad eò generaliter intelligenda, vt omnia quacunque ad litem pertinètia ex integro fieri oporteat, cum tamen sint restringenda ad id quod proximè dictum fuerat perisse. Quid enim aliud ex integro fieri necesse est, quam quod iam factum perit? Atqui instantia tantum edicti perit, vt aperit Vlpianus ait. Ita igitur ex integro litigandum est, vt ob eam causam solum edictum peremptorium ex integro impetretur. Pragmatici nostri vocant *readuocement peremptoire avec commination qu'à faute de comparoir sera procédé à tel iugement desjuzé que de raison*.

enim est, vt dixi, pro sententia iudicis aduersus contumacem condemnatum, quod nec aliter nec melius potuerit iudicare, quodque pro contumacia fuerit iudicaturus si causæ equitas id passa fuisset. Neque contrarium est, quod dicimus contumacem tum quoque cum victus est præsumi bonam causam habuisse. Præsumitur enim habuisse bonam causam non in eo statu in quo lis fuit cum ex eremodicio indicata est, sed habito respectu ad eas allegationes & probationes quas adferre potuisset si iudicio adfuerit: Propter quas tamen neglectas & insuper habitas nemo dixerit male aut iniquè pronuntiasse iudicem, qui eas nec diuinare potuit, nec si potuisset diuinare, debuit tamen supplere l. vnic. vbi notat C. vt quæ de aduoc. par. iud. suppl. Denique non nego posse fieri vt contumax bonam causam perdat, Sed cum perdit vicio suo perdit d. l. si id est l. Strichum aut Pamphylum 65. §. pen. de solut. Proinde sibi debet imputare non iudici l. exceptione 67. §. de iudic. Et consequenter non potest appellare quoniam quisquis appellat de iudicis iniquitate conuenitur non de se, In quo potissimum differt appellatio à restitutione in integrum l. præfili 17. §. de minor. Hodie tamen hoc iure vitium, vt etiam contumax possit appellare, sed refusus primùm omnibus expensis contumacie, damnisque, Nempe quod per eam expensarum, damnorumque restitutionem ipsa quoque contumacia exstingatur, & vt pragmatici loquuntur, purgata esse existimatur ex l. Janoimus 15. C. hoc tit. Itaque semper verum est contumacem quandiu contumax est non audiri, siue appellando, siue aliter contradicendo.

2 Si modo per contumaciam defuit. Non enim sicuri contumacia omnis est absentia, ita possit è contrario dicere absentiam omnem esse contumaciam, Is enim quem vel aduersa valetudo, vel maioris causæ occupatio defendit, aut qui alio iusto impedimento prohibitus fuit, ne ad diem venire potuerit, neque contumax diei potest, neque contumacis pœnam pati debet l. contumacia 53. §. pœnam contumacis 7. de re iudic. Hic enim non solum verè absens est, sed etiam absentis loco habendus, ideoque nunquam condemnandus, quia neque absens, neque inauditus quisquam condemnatur l. de requir. rei. Contumax verò absens quidem est, sed



ita vt pro praesente haberi eum necesse sit ad hoc, vt tanquam contumax condemnari possit, quia contumacia pro praesentia est, Auth. *qua in pronuncia. vers. sed si nec ipse. C. ubi de crimin. agi oport.* Porro non potest contumax haberi pro praesente quin habeatur pro consentiente hoc ipso quod a sententia aduersus eum lata quae ipso praesente lata creditur, illico non appellauit. Ex quo alia etiam ratio sumi potest propter quam non sit ei permitendum appellare, tanquam qui sententiae iam semel consensisse & acquiescisse fingatur. Nam qui semel acquiescit non potest postmodum appellare l. ad solutionem. C. de re iudic. Ergo si is contra quem pronunciatum est ex peremptorio absens fuerit contra contumaciam non eodem minus quidem valebit peremptorium, & sententia ex eo reddita, sed ta-

men ita vt ab ea possit condemnatus provocare. Itaque quod scriptum est in d.l. *contumacia* §. 1. contumacem eum esse qui tribus edictis propositis vel vno pro omnibus euocatus ad iudicem praesentiam sui facere contemnit, non est perpetuum, sed sub ea exceptione intelligendum, si nulla satis iusta vel probabilis absentiae causa interuenerit quae excusationem mereatur. Idque apparet satis ex eo quod in eadem lege subiicitur immediate in §. *paenam contumacis*. Nam nec alia ratio est propter quam non debeat contumacis poenam pati ille, quem aduersa valetudo, vel maioris causae occupatio defendit, quam quae verum est nec contumacem illum esse. Alioqui cur, obsecro, contumacis poenam pati non deberet is quem contumacem esse fatereur?

74. IULIANVS libro 5. Digestorum.

**D**E qua re cognouit iudex, pronunciare quoque cogendus erit.

*Ad l. de qua re 74.*

Ratio dubitandi. Non potest iudex pronunciare de alia re, quam de qua datus fuit, cum in ceteris omnibus sit incompetentis, nisi competens fiat per reconuentionem l. cum Papinianus 14. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. Atqui potest fieri, vt de multis aliis quaestionibus in principalem causam incidentibus, vel ex ea emergentibus possit & debeat cognoscere, non vt de eis pronunciet, sed vt eas examinet, si aliter fieri non possit, vt de eo pronunciet, de quo datus fuit l. 1. C. de ordin. iudic. vbi est in hanc rem textus apertissimus & elegantissimus si ad eum modum emendetur, quem nos docuimus lib. 19. Coniect. Ergo non est generaliter verum quod hic Iulianus ait, De qua re cognouit iudex de ea & pronunciare cogendum esse.

Ratio decidendi. Potest iudex datus de quibusdam cognoscere ob id quod de iis ipsis cognoscere iustus sit per formulam praetoris, potest etiam de aliis siue incidentibus siue emergentibus, non propter formulam, sed quia nec aliter posset formulam latificare, nec de eo ipso pronunciare, de quo datus esset, vt in specie d.l. 1. C. de ordin. iudic. De iis quae sunt

1. Iudex, qui vsque ad certam summam iudicare iustus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conueniat.

*Ad §. 1. iudex.*

Ratio dubitandi. Iudex datus per formulam praetoris aut alterius magistratus nullum prorsus habet ius nullamque potestatem iudicandi nisi ex formula, cui ob hanc causam sic addictus & obstrictus est vt necessario ex eius praescripto habeat iudicandum, illudque ipsum obseruandum quod ceteri omnes qui mandatum habent, ne mandati fines praetergrediantur l. diligenter §. j. mandat. Atqui non nisi ad certam vsque summam iustus erat iudicare is de quo tractat Iulianus in hoc §. Ergo de re maiori iudicare nullomodo potest quin formulam offendant, nec si litigatores contentiant. Non enim quid litigatores velint inspicere illum oportet, sed quid praetor voluerit, cum non a litigatoribus sed a praetore solo habeat iudicandi potestatem. Nec simile videri potest, quod scriptum est in l. inter conuenientes 28. §. ad municip. Inter conuenientes posse agi etiam de re maiori apud magistratus municipales. Id enim rationem habet optimam, quod

magistratus municipales aliquam habeant iurisdictionem licet exiguam & satis limitatam l. 1. sup. si quis ius dicent. non obtemp. Cerrum autem sit posse iurisdictionem quamlibet ex litigantium consensu prorogari l. 1. & 2. sup. hoc tit. At iudex a praetore aliove magistratu datus nullam habet iurisdictionem sed tantum iudicationem l. vlti. C. vbi & apud quem causam integ. restit. agit. sit. l. a praetor §. j. de re iudic. adeo vt etiam datus sit ab eo qui iurisdictionem habet non ideo tamen videri possit saltem alienam iurisdictionem exercere, aut ius dicentis partibus fungi, cum id faciat quod magistratus ipse ex dignitate a se fieri non posse putet. In quo maxime differet pedaneus iudex ab eo qui mandatum exercet iurisdictionem, vt dixi ad l. iudicium soluitur §. 8. sup. hoc tit. Ratio decidendi. Datur iudex a praetore litigatoribus, vt eorum controuersiam dirimat, & in ipsorum gratiam vt per iudicis pronunciationem finitulis tandem possit l. 1. §. de re iudic. Ergo quamuis vsque ad certam summam

summam iudicare iustus sit, nec ullam habeat aut ex se, aut ab alio iurisdictionem, Si tamen inter litigatores conueniat, vt de re maiori pronunciet, non eodem minus pronunciare poterit, quia non est periculum ne priuatoque pacto iustus & formula praetoris anteposita videatur. Quid enim aliud agebat praetor, quam vt controuersias eorum dirimeret? A quibus si sponte voluerunt recedere per eundem iudicis sententiam debet praetor id quoque ratum habere l. 1. §. inde queritur. §. de oper. noui nunciat. Quae etiam ratio est legis si conuenit 26. §. de re iudic. Itaque omnis formula praetoris tacitam illam conditionem habere intelligitur si non aliter conueniat inter litigatores. Nulla enim formulae potestas est inter consentientes, sed tantum inter contententes, Nec eodem minus tamen iudex qui datus

2. Cum absentem defendere vellem: iudicium, mortuo iam eo, accipi, & condemnatus solui. Quaesitum est, an heres liberaretur: item quae actio mihi aduersus eum competeret. Respondi, iudicium, quod, iam mortuo debitore, per defensorem eius accipitur, nullum esse: & ideo heredem non liberari, defensorem autem, si ex causa iudicati soluerit, repetere quidem non posse: negotiorum tamen gestorum ei actionem competere aduersus heredem: qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conueniatur.

*Ad §. 2. cum absentem.*

Ratio dubitandi. Etiam qui defunctus est si heredem aliquid habeat perinde habendus est, acsi viueret, quasi viuat adhuc in persona heredis, qui scilicet personam defuncti representat, quam & hereditas representaret l. heres & hereditas 22. §. de v. sup. Textus est elegans & ad hunc tractatum valde accommodatus in l. cum quasi 30. in principio. §. de fideicom. liber. Atqui si viueret liberaretur ob hoc solum quod absentem eum defendissem iudiciumque ipsius nomine accepissem, & condemnatus soluissem: quia in iudiciis quasi contrahitur, sitque nouatio per contestationem, praesertim quoties mutatur persona debitoris quasi facta quodammodo delegatione. Fit enim delegatio non tantum per stipulationem, sed etiam per litis contestationem l. delegare 1. §. 1. §. de nouat. & deleg. Nam nec aliud quicquam est alium defendere, quam vicem eius subire l. minor §. 1. §. quoniam sup. de procur. Ergo si cum absentem defendere vellem pro eo quamuis iam mortuo iudicium acceperim, & condemnatus soluerim, perinde dicendum est heredem ipsius liberari, atque ipse si viueret liberaretur: Cum nihil inter sit creditoris, qui suum iam consecutus est. Nam & si pro eo iam mortuo soluissem cum putarem eum viueret, vtique heres liberaretur, cui proficere solutio posset. Adeo quae quod ad rem nostram propius accedit, si praecedente mandato eum defendissem, quamuis mortuo eo si modo hoc ignorarem, competere mihi aduersus heredem ipsius actio mandati, quasi mandatum quidem morte mandatoris, at non etiam mandati actio finiatur l. si praecedente §. 8. in principio. §. mandat. Id enim facit iusta ignorantia mortis alienae, quae ignorantia damno addicere non debet eum qui nihil nisi bono consilio ac proposito fecit §. item si adhuc. §. de mandat. l. quod seruis 11. §. de pos. l. si quis seruis 18. l. cum quis 38. §. 1. de solut. Si ergo defuncti heres ignorans obligari potest, cur non etiam liberari? Nonne proniores debemus esse ad liberationem, quam ad obligationem inducendam? Arrianus 4. de oblig.

fuerat, vt inter litigantes pronunciatet, in id etiam datus intelligitur, vt inter consentientes aliter pronunciet, quam pronunciare per formulam iubeatur. Duae siquidem sunt partes formulae, quarum prior puram iudicis dationem continet quae iudicandi potestatem tribuit & auctoritatem. Posterior vero formam cognoscendi & pronuncian-di praescribit, A qua si litigatores communi consensu recesserint, nihilominus prior pars formulae salua est, vt quicquid iudex hic pronunciauerit ex voluntate litigatorum, quamuis aduersus praescriptum formulae ratum haberi debeat, tanquam ab eo pronunciatum, qui iudicandi potestatem a praetore habuerit, ac postea quoque quam a formulae praescripto recessit retinuerit.

& action. Ratio decidendi. Non potest quis alium defendere nisi sit qui defendatur, Nec rursus defendi potest is qui iam mortuus est, cum nullus sit, nec possit amplius condemnari l. 2. §. qua sent. fin. appell. rescind. Ergo iudicium quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur nullum est. Et consequenter non potest habere vim delegationis, cum id quod nullum est, nullum quoque possit effectum producere l. §. de iniust. rup. nec facere, vt vel debitor ipse liberatus sit, qui vtique non potuit post mortem suam liberari, vel debitoris heres, de quo aut defendendo aut liberando numquam cogitavi. Numquam enim operantur actus nostri ultra voluntatem agentium, vulg. l. non omnis 19. §. de rebus credit. nec quemadmodum accidit aliquando, vt ignorans quis & iniustus liberetur l. soluendo 39. sup. de negot. gest. l. solutio ne 23. §. de solut. ita possit vnquam e contratio accidere, vt alium quis liberet ignorans vel iniustus. Ignorantia namque quantumuis iusta numquam alij prodest, quam illi ipsi qui ignorat, & cui alias noceret, vt in legibus, & exemplis supradictis. Nec quod debitorem fortassis amicum & familiarum meum aut cognatum defendere volui, facere debet, vt aequum videar voluisse defendere ipsius heredem, qui nec de facie fortassis mihi notus fuit. Est enim semper incerta persona heredis quando viuunt aut creditur viuere, de cuius herede tractatur l. qui liberis 8. in si. de vulgari & pupillari substitutione. Itaque nihil simile habet haec species cum illa, de qua in d.l. cum quasi 30. in principio. de fideicom. liber. vbi quod factum fuerat quasi pro absente, qui iam tunc erat mortuus transferretur in personam heredis. Hic enim transferenda esset condemnatio in heredem quae facta fuerat contra defunctum, priusque habendus esset debitoris heres pro condemnato, quam pro liberato: sicut & in d.l. cum quasi prius habetur heres pro absente, quam pro excusato. Quamquam nec in ea specie translatio decreti fit a defuncto in heredem ex ratione iuris, sed ex rescripto Imperatoris, qui neque translatum sed transferendum

esse rescriptis. Quare vereor ne loco illo valde abutantur, qui notant iudicium redditum contra defunctum quidem nullius esse momenti, sed si pro defuncto, valere, & in heredem ipsius transferendam esse. Nam non magis pro mortuo quam contra mortuum lata sententia valere potest. Neque iudicio simile est decretum Imperatoris aut Senatus, ut pro defuncto qui absens credebatur, redditum in heredem eius transferri ex causa possit, accedente praesertim aliquo Imperatoris rescripto.

**a** *Defensorem autem si ex causa iudicati soluerit repetere non possit.* Ratio dubit. Solutio quae non parit liberationem solet parere conditionem, Et contra quae non parit conditionem solet parere liberationem. *l. cum qui 38. §. de peculio & seq. de solut. l. indebitam 47. & pass. de cond. ind. b.* Atqui in hac specie solutio facta per me qui mortuum tanquam absentem defendebam, liberationem nullam potuit heredi acquirere, ut proxime diximus. Nec potest negari quin fuerit indebita pecunia soluta ex iudicato, quoad iudicium ipso iure nullum fuit.

Ratio decidendi. Quod quis condemnatus soluit, siue pro se, siue pro alio condemnatus fuerit soluit suo nomine, Et quamvis se vera sit indebitum si iudicatum non teneat, ut in specie huius §. quia condemnatum accipere debemus eum qui rite condemnatus sit, & ita ut sententia valeat. *l. 4. §. condemnatum. de re iudic.* auctoritas tamen rerum iudicatarum facit, ut eius quod solutum est tanquam ex causa iudicati repetitio nunquam dari possit. *l. si defensor 29. §. penult. j. mand. t.* quantumcumque indebita fuerit pecunia quae soluta est ex causa rei iudicatae. *l. 1. c. de cond. ind. b.* adeo ut, quod mirabilius est, sufficiat ad conditionem impediendam, quod is qui soluit, putauerit se condemnatum, quamvis nullum iudicium praecessisse proponatur. *l. cum putarem 36. j. fam. l. c. i. c.* Ego non magis possum ego repetere hoc casu, quod solui, quam si iudicium constitisset: quo casu utique iudicati actio in me proprio nomine dari debuisset. *l. si procurator 28. in fin. sup. de procurat. d. l. 4. in prin. j. de re iudic.*

**b** *Negotiorum tamen gestorum actionem ei competere aduersus heredem.* Ratio dubitandi. Quod defensor pro alio condemnatus soluit, non pro alio soluit, sed suo proprio nomine, quia nec actione iudicati proprio nomine recusare potuit qui se vltro alienae liti obtulit, ut proxime diximus, ex *d. l. 4. in prin. de re iudic. l. 2. de administ. tutor.* Ergo animo se liberandi non alium etiam obligandi, & tanquam suum negotium gerens potius quam alienum, Et consequenter nullam ex ea solutione potuit actionem acquirere. *l. Papinianus 28. j. manda. l. si quid possessor 31. in princip. de hered. pet. t.* Multo minus actionem negotiorum gestorum, cui scilicet non aliter locus esse potest quam si is qui agit, non solum aliena negotia gesserit, sed illo etiam animo, ut alium sibi obligaret. *l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. si dixerit. l. si quis eum existimauerit 29. j. commun. d. iud. Item quam si gesserit vtiliter. l. 1. sed an vltro 10. §. 1. & pass. de neg. gest. non gerit autem vtiliter qui soluit indebitum, Ideoque si quis aliena negotia gerens indebitum soluerit, debet sibi imputare nec potest eo nomine agere negotiorum gestorum, quamvis si indebitum exegisset, utique ea ipsa actione teneretur. *l. si quis negotia 23. eod.* Atqui hic, de quo agimus, soluit indebitum, adeo-*

que gerens negotium debitoris sui, non autem contemplatione heredis, quem nec heredem esse sciebat, cum nec viuentis heres quilibet esse possit. *l. 1. j. de hered. vel action. vendit. l. 1. j. pro herede.*

Quamnam igitur causa esse potest propter, quam debeat actionem hanc negotiorum gestorum habere contra heredem quem nec solutione sua liberauit? Nam et si iudicium valuisse, liberatus quidem nunc esset debitor, eiusve heres, at non per solutionem quam condemnatus defensor suo nomine fecisset, at propter id duntaxat quod eius nomine defensor iudicium accepisset, atque ita se quodammodo delegari passus fuisset. *l. delegare 11. §. 1. j. de nouat.* Quae ratio euidenter cessat, cum iudicium a defensore acceptum nullum fuit. Nulla ergo ratio potest hoc casu inducere actionem negotiorum gestorum, neque ratio accepti iudicij, neque ratio securae solutionis. Ratio decidendi. Qui alienae liti se vltro offert ut eam defendat, licet hoc ipso iudicij aleam & executionem in se transferat, ita ut condemnatus debeat suo nomine satisfacere iudicato, non eo minus tamen pro indemnitate sua consequenda potest agere negotiorum gestorum aduersus eum quem defendit, si modo nihil possit ei imputari, puta cur condemnatus non appellauerit, quia negari non potest quin inuito iudicij aleam negotium gesserit non suum, & quidem vtiliter cum iudicium pro alio accipiendo eum liberauerit etiam ignorantem & inuito. *l. in cetero 31. §. l. c. m. vbi dixi supra. de negot. gest. l. solutione 23. j. d. solut. l. qui scripsum 20. j. de in iur. fac. l. j. pro patre 10. §. 1. j. de in rem verj.* Etiam autem in proposito non similiter dici potest liberatum esse debitorem heredemve eius per defensorem, quia iudicium a defensore acceptum nullum fuit, non eo minus tamen verum est vtiliter gestum fuisse a defensore negotium heredis debitoris, non in eo quod pro ipso iudicium accepit, sed in eo quod soluit quasi rite redēque condemnatus. Cum ea solutio acquirat heredi debitoris exceptionem doli contra creditorem si pergat ille agere contra heredem quasi nondum liberatum. Dolo enim facit, & improbus est, qui velit bis idem consequi, ut in *l. si quis dolo 31. §. 1. de re iudic. l. sicut 8. §. vltim. j. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ut vero heredis negotium re ipsa vtiliter gestum esse videatur, quamvis defensor non de herede, sed de ipso debitore defendendo ac liberando cogitaret, quid interest an heres liberatus sit ipso iure an per exceptionem? *l. nihil interest 12. de reg. iur. l. si pecunia 77. de leg. 1.*

**c** *Qui sane exceptione doli mali tueri se possit.* Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo vitium. *l. nullus vid. iur. 55. de regul. iur.* Atqui vitium iure suo creditor qui agit contra debitoris heredem nondum liberatum. Ergo nihil facit dolo malo, nec proinde repellitur potest exceptione doli. Ratio decidendi. Dolo malo facit quisquis per occasionem iuris civilis captat lucrum ex alieno damno contra naturalem aequitatem. *l. 1. j. De doli mali except.* Atqui creditor de quo tractamus captata occasione iuris civilis ex eo quod debitoris sui heres non fuisse liberatus per solutionem a defensore factam, vult lucrum facere ex damno alieno. Non solum quia vult bis idem consequi contra *l. bona fides 57. de negot. iur. d. l. si quis dolo. in fin.* sed etiam quod est grauius ab eadem persona, sui scilicet debitoris heredi, vicius qui etiam creditore huic soluat, adhuc tamen

men tenebitur actione negotiorum gestorum indemnitate defensori praestare, ut diximus ex *d. l. qui scripsum 20. de interrog. in iur. fac.* Ergo doli mali

exceptio contra eum habere locum debet, ut & in specie *d. l. sicut 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. iun. & l. 1. eod. tit.*

75. IULIANVS libro 36. Digestorum.

**S**i praetor iusserit eum, a quo debitum petebatur adesse, & ordine edictorum peracto, pronuncianerit absentem debere: non utique iudex, qui de iudicato cognoscit debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin iustoria erunt huiusmodi edicta, & decreta praetorum. Marcellus notat: Si per dolum sciens falsò aliquid allegabit, & hoc modo consecutum cum sententia praetoris liquidò fuerit adprobatum: exitimo debere iudicem, querellam rei admittere. Paulus notat: Si autem morbo impeditus: aut reipublicae causa auocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum dene-gandum, vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.

*Ad l. si praetor 75.*

Legem hanc totam si quid mei iudicij esset non tantum ab hoc tit. sublatam vellem ad quem sanè non pertinet, sed ad *tit. De re iudic.* sed etiam penitus è libris nostris deletam. Ad eò falsa sunt & inepta omnia quae in ea Tribonianus de suo stylo & ingenio sub Iuliano, Marcelli & Pauli nominibus nobis obrudit. Atque illud in primis quod ita scribit *si Praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse, & ordine edictorum peracto pronuncianerit absentem debere.* Nam Iuliani temporibus non solebat praetor, neque pro sua dignitate debebat nec denique poterat tamenli velle pronunciare deberi, ut dixi ad *l. iudicium soluitur 5. §. sup. eo.* & alibi saepe. Idque certissimum est si quid in iure nostro certum dici potest, probatumque manifestè ex *l. 2. C. de pedan. iudic.* quae lex primò in hoc ius immutauit. Deinde quod sequitur *non utique iudex qui de iudicato cognoscit d. b. t. de praetoris sententia cognoscere.* Nam si ponas iudicatum fuisse à praetore, quis, rogo, iudex alius quam praetor ipse potest de iudicato cognoscere aut exequi iudicatum? Si enim à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani ut iudicium à se datorum sententias exequantur. *l. à Diuo Pio 15. in princip. j. de re iudic.* quanto magis credendum est debuisse praetorem aliòsque magistratus eas sententias exequi, quas ipsi dedissent? Nam & sententiae pars quaedam est executio ipsius, & quidem pars potissima cum sine executione non possit sententia ad effectum perducì. *l. properandum 13. §. si autem res absuerit. C. hoc tit.* Vnde & tit. Pandectarum sic conceptus est *De re iudicata, & de effectibus sententiarum.* Eodem planè sensu acti scriptum esset *De re iudicata, Et de executione rei iudicatae.* Sed & cum post illud quoque rescriptum Diui Pij, magistratus P. R. sic iudicatum exequi soleant, ut non tamen ipsi per se exequantur, sed alium dent iudicem qui exequantur, ut constat ex *d. l. à Diuo Pio. §. si rerum & seq.* si Praetor nolit per se ipsum exequi sententiam quam per se ipsum tulerit, an non ipse saltem praetor esse debet qui det iudicem, ad iudicatum exequendum? Quid verò absurdius, quam vel de illo dubitari, An iudex ad exequendum iudicatum à praetore datus possit ipse de iudicato cognoscere, id est de viribus iudicati, eamque sibi potestatem adrogare ut de sententia praetoris cognoscat: Siue sic velis intelligere ut cognoscat an praetor benè iudicauerit, vel malè, siue sic potius ut cognoscat an debeat exequi iudicatum? An non enim esset id fungi officio iudicis appellatum, potius quam officio & ministerio executio-

ris? Quid autem aliud agendum habet is qui à praetore iudicatum exequi iussus est, quam ut praetori pareat, & omnimodo iudicatum exequat. Nam nec praetor ipse posteaquam pronunciauerit, sententiam tamen à se latam quantumvis iniquam & iniustam possit corrigere, non magis quam iudex pedaneus quilibet à praetore ipso datus. *l. quod iussit 14. iun. & l. iudex posteaquam 55. j. de re iudic.* Quo igitur iure permittendum erit iudici dato à praetore praesertim ad iudicatum exequendum ut cognoscat de sententia praetoris? Quid enim prodest cognoscere, nisi ut vel sententia corrigatur, vel eius executio impediatur? Atqui neutrum est eius cui praetor ipse mandauerit & imperauerit executionem: quia datus ut executor numquam potest aut debet partes iudicis sibi vindicare. *l. si ut proponis 6. C. de exc. r. i. iudic. l. ab executione, C. quor. appell. non recip.* Quò si ponas ab alio superiore magistratu datum fuisse iudicem qui iudicatum praetoris exequeretur. Illud etiam ponendum erit praetorem iudicasse tanquam iudicem quendam pedaneum datum à superiore illo magistratu, qui formulam ei praescripserit, & ad quem ob hoc ipsum ex supradicto Diui Pij rescripto pertinuerit, ut praetoris data à se iudicis sententiam exequeretur. At inauditum hoc est, & alienum prorsus à dignitate praetoris ut se à quoquam magistratu & ab alio quam à Principe ipso dari iudicem patiat, et si nihil vetabat quominus mandatam sibi ab alio magistratu iurisdictionem exerceret. *l. esse praetor 3. sup. de offic. eius.* Scio multos Romae fuisse magistratus superiores ac maiores Praetore, inter quos erat Praefectus urbi qui de sententiis Praetoris ex appellatione tanquam superior cognoscebat, *l. Aemilius 38. sup. de minor.* Sed non idèò mihi persuadebo praetorem siue à praefecto urbi siue ab alio vilo magistratu dari iudicem potuisse. Sequitur

**a** *Alioquin iustoria erunt huiusmodi edicta & decreta praetorum.* Quasi verò edicta ista de quorum ordine peracto praedictum est, edicta sint illa praetorum, quae iuris civilis partem constituunt, ac non potius edicta iudicum pedaneorum, ut diximus ad *l. ad peremptorium 68. & seq. sup. hoc tit.* Videtur autem Tribonianus rationem hanc sumpsisse ex alio eiusdem Iuliani loco qui est in *l. vltim. ne quid in loc. pub. vel in fin. fiat.* vbi scriptum est, sicut is qui nullo prohibente in loco publico aedificauerat cogendus non est demoliri ne ruinis urbis deformetur, Ita eum qui aduersus edictum praetoris aedificauerit tollere aedificium debere, Alioquin ina-



ne & luforium, inquit Iulianus, prætoris imperium erit. Sed nemo non videt, quàm sit illa species huic dissimilis. Certum enim est omnia quæ ad interdictionum causam pertinent, per prætorum ipsum expediri solita fuisse, nec de iis dari iudices potuisse, ut verba ipsa interdictionum demonstrant. Sed videamus iam quæ fuerit Marcelli nota ad tam elegans, si Diis placet, Iuliani responsum, si per dolum, inquit sciens falso aliquid allegavit, & hoc modo consecutum eum sententiam prætoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querelam rei admittere. Primum si contextum verborum & phrasim respicias, nihil potuit apertius proderi Tribonianum, cui familiaris est ea locutio & hoc modo consecutum eum sententiam liquido fuerit adprobatum, Sicut & ei familiare est non necessariam & inanem verborum multiplicationem effundere ubi minus necesse est, quomodo hic ab eo factum fuit. An non enim satis erat dicere si per dolum aliquid allegavit, aut ita scribere si sciens falso aliquid allegavit? Nec enim per dolum quisquam facit nisi quod sciens facit, Nec rursus potest quisquam sciens falso aliquid allegare quin alleget per dolum. Quod verò additur tanquam ex Marcello debere iudicem querelam rei admittere, si ad propositam questionem referatur quæ alium tantum habere potest, quàm ut hoc casu iudex qui de iudicatu cognoscit, id est qui iudicatum exequitur debeat de prætoris sententia cognoscere. Sic enim Tribonianus pro Iuliano supra locutus est, quasi idem sit de iudicatu cognoscere, & exequi iudicatum: Aut quasi sint ista differentia, De iudicatu cognoscere, & cognoscere de sententia prætoris cum per prætorem iudicatum fuit: quæ omnia certe sunt absurda. Sed illud multò absurdius, ut tunc quoque cum circumuenta est religio prætoris dolo malo actoris qui obrinuit, iudicati executio debeat ex ea causa impediri si neque per appellationem, neque per in integrum restitutionem sententia suspendatur. Interest enim rei publicæ mandari executioni sententiam, maxime verò prætoris tunc quoque cum prætor per errorem aut etiam ambitiosè aliquid pronunciauit, idque propter rerum iudicatarum autoritatem l. seruo 6. §. cum prætor j. ad Sc. Trebell. Ad eò ut neque super iudicatu transigi hoc casu possit l. si causa cognita 32. C. de transact. Fateor non debere impunitum esse dolum illius qui siue prætoris siue alterius magistratus aut iudicis cuiuslibet religionem circumuenit, nec esse ferendum ut ex dolo suo lucrum sentiat. Sed dico huic iniquitati occurrendum esse per modos per quos, ut loquuntur pragmatici, ex eò quæ sumi posse ac debere materiam vel appellationis interponenda vel restitutionis aduersus sententiam postulanda, ac non executionis citra appellationem vel restitutionem in integrum vllam impedienda. In eamque rem textus est apertissimus in l. Diuus Hadrianus 33. j. de re iudic. ubi cum proponeretur circumuentam esse religionem iudicis falsis testimonii conspiratione aduersariorum testibus pecunia corruptis, nihil tamen aliud ab Imperatore Hadriano rescriptum est, Nisi, & rem seuerè vindicandam esse, & aduersus ea quæ iudice tam malo exemplo circumscripto iudicantur, in integrum restitutionem victo concedi oportere. Non est igitur admittenda victi querela si dolum aduersarij tantum alleget probetque, nisi præterea vel appellet a sententia prætoris, vel ad-

uersus eam petat in integrum restitutionem: quia imputate sibi debet cur non ad ea iuris auxilia confugiat, quibus attentari potest res iudicata, & sine quibus necesse omnimodo est stari rebus quantumuis malè ac perperam iudicatis. Porro iudex qui de iudicatu exequendo cognoscit, siue à prætore ipso, siue ab alio superiore magistratu datus sit, is neque de sententia prætoris ex appellatione potest cognoscere, quam nec interpositam fuisse supponimus, neque aduersus eam sententiam in integrum restituere, quia non est iudicis pedanei ac nec alterius minoris magistratus restituere aduersus sententiam prætoris, sed ad prætorem ipsum pertinet non solum ut aduersus sententiam iudicis à se dati, sed ut aduersus sententiam quoque restituit l. præfeli 7. & seq. l. præfeli 42. supr. de minor. Nullo igitur sensu potest verum esse quod Tribonianus hic commissit notatum fuisse à Marcello ad Iulianum, debere iudicem qui de prætoris iudicatu exequendo cognoscit, querelam rei admittere. Caterùm etiam Marcellus ita scripsisset, hoc saltem ex Marcelli nota sequeretur, ut extra hunc casum quo victoris dolum aliquis insignis & allegetur & probetur non debeat querela eius admitti, qui velit quibuscumque allegationibus iudicati executionem impedire. Et tamen sequitur alia Pauli nota, quæ nec in hac Marcelli opinione conuenire nos patitur. Subiicit enim Tribon. ex Paulo, tam verè scilicet quàm præcedentia ex Iuliano & Marcello si autem morbo impeditus, aut republica causa auocatus ad se non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam, vel exequi prætorem in iudicatum non debere. Quod si ita est, nihil ergo refert an victoris dolum malus interuenierit necne, sed sufficit iustam causam habuisse reum propter quam non potuerit venire, ut executio sententiæ impediatur: & ita inanis erit & stultia distinctio Marcelli. At proculdubio non ita est. Multum namque interest an circumuenta sit religio iudicantis per dolum malum aduersarij, An verò iusta duntaxat causa aliqua intercesserit quæ facere debeat ne reus absens contumacia pœnam patiatur. Priore casu restitutio in integrum danda est aduersus rem iudicatum: d. l. Diuus. Posteriore verò hæc tunc tantum succurrendum est ei, qui victus fuit, ut liceat ipsi appellare l. vitim. supr. de in integ. restit. l. & post editum 73. §. vitim. supr. hoc tit. ubi Iulianus scribit absentem ex peremptorio condemnatum si appeller non esse audiendum si modò per contumaciam defuit, si minus, id est, si ex aliqua alia causa quæ possit eum à contumacia excusare, audiendum esse, nimirum appellantem. Omni ergo casu necesse est ut victus imploret auxilium vel in integrum restitutionem, vel appellationem. Si neutrum faciat, omnimodo pati debet executionem rei iudicatae, nec potest quoquo præterea eam impedire, aut remorari. Atneque video quomodo verum esse possit quod sub Pauli nomine vult Tribonianus, denegandam hoc casu actionem iudicati in eum, contra quem ponimus iam datam fuisse iudicem qui de iudicatu exequendo cognoscit. Quid enim aliud est datum fuisse iudicem ad iudicatum exequendum, quàm datam fuisse iam actionem iudicati? Quomodo autem denegari amplius potest quæ ita data fuerit? Quod aut sequitur, vel exequi prætorem in iudicatum non debere, quid simile aut comune habet cum superioribus in quibus actum

actum est de iudicatu exequendo non per prætorem ipsum sed per iudicem datum qui non solum de iudicatu exequendo, sed etiam de sententia prætoris velit cognoscere: Nisi fortè putamus eam Marcelli & Pauli sententiam fuisse ut duci agi oporteat cum eo qui obtinuit, sententiam ex eremodicio contra illum qui morbo impeditus fuit aut alia iusta de causa ne venire potuerit, quàm cum eo qui per dolum malum religionem iudicis circumuenit ut iniustam ab eo sententiam extorqueret: Quasi pro dolo permittenda quidem sit executio iudicati, sed ita tamen ut querela etiam rei admittatur: Pro eo autem qui nullius doli conscius sit, ne quid iudicati actio detur, Quæ certè denegata, futurum est ut victus non solum restitutionem aut appellationem nulla indigeat sed nec vlla querela ad impediendam iudicati executionem: atque ita ut favorabilius eum eo agatur, quàm si dolum malum aduersarij passus esset. Est enim longè melius condemnato, ut nullam iudicati executionem patiar, quàm ut ex iudicatu conuenit audiat: atque proponens exceptiones aliquas ad executionem impediendam. Atqui longè iustus esset omnem profus iudicati actionem & executionem ei denegare qui dolo malo sententiam extorsisset, quàm ei qui nihil dolo malo fecisset. Scribendum igitur potius erat, siquidem dolum malus victoris interuenisset, non permittendam iudicati executionem, aut permittendam quidem, sed ita ut in executione querela victi admittatur. Si verò dolum nullus interuenisset, executioni mandandum esse omnimodo iudicatum, salvo ei qui condemnatus esset, auxilio appellationis. Quamquam nec dici facile potest, qua ratione possit aut dolum victoris, aut absentia illius qui victus fuit excusatio allegari nisi in ipsa actione & executione iudicati, Quam proinde semper necesse est permissam esse antequàm victi querela possit admitti. Præterquam si fingamus prætorem ipsum qui contra absentem pronunciauerit, interpellatum de dando iudice ad exequendum iudicatum absente etiam condemnato, huiusmodi querelas & excusationes ex se ipso comminisci, ut sententiam quam ipse tulerit, ipse quoque impediatur executionem: et si neque hæc interpretatio planè nugatoria conueniet speciei de qua tractamus, in qua ponimus esse iam aliquid iudicem, qui quisque ille, & à quoque datus sit, qui de iudicatu cognoscit, in iudicati scilicet executione. Concludamus igitur in rota hac lege nihil esse quod iuris rationi conueniat, nihil quod excusati. Nihil denique quod aut à Iuliano aut à Marcello aut à Paulo scriptum esse suspicari quis possit. Nec si velis eorum responsa accommodare ad posteriorum Imperatorum constitutiones, Quibus etiam si iungas omnes Iustiniani leges, præsertim quod ille constituit in l. properandum 13. §. si autem reus abfuerit, Assequeris quidem ut possit hodie prætor quoque & debeat ex eremodicio pronunciare, atque ita absentem condemnare, ut quæ tria illa edita quæ olim erant pedaneorum iudicium, sint hodie etiam prætorum: At non item, ut potest eam ipse pronunciauerit, alius quisquam iudex de eo quod per prætorem iudicatum erit cognoscere debeat, & de ipsius sententia pronunciare. Multò minus verò executio sententiæ, præsertim per prætorem reddita impediri debeat vel differri ob vllas sine doli siue iustæ absentia allegationes, nisi vel appellatione prius interposita, vel petita in

integrum restitutione. Ex his autem apparet etiam quàm ineptè faciant pragmatici nostri qui ad hanc legem confugiunt, quoties disputant, Vtrum iudex requisitus possit cognoscere de viribus sententiæ iudicis requirentis. Quasi iudex datus ad exequendum iudicatum, de quo in hac lege agitur, & qui non potest non esse inferior eo qui dedit, similis videri possit iudici requisito, quem neque inferiorem, neque superiorem, sed parum esse necesse est, adeoque propriam iurisdictionem aliquam habere, quam iudex datus nec propriam nec alienam vllam habet. Illa verò distinctio quam adferre solent, Ut possit iudex requisitus cognoscere quidem de nullitate, sed non de iniquitate sententiæ iudicis requirentis non magis huic legi conuenit, quàm aut iuris rationi aut praxi quam in ceteris obseruamus. Non huic legi, etiam si de iudice requisito non de dato loqueretur, quia nulla huius legis pars est quæ ad sententiæ nullitatem referri possit, cum eo quoque casu quo iudicis religio per victoris dolum malum circumuenta est, sententia tamen non sit ipso iure nulla sed per restitutionem in integrum rescindenda d. l. Diuus de re iudic. Illo autem casu quo reus abfuit causa reipubl. necessarium ei sit auxilium appellationis d. l. vit. supr. de in integ. restit. Planè cum morbus adfert excusationem si fonticus fuit facit quidem ut nec res iudicata videatur, quia in iuris litigatoribus ac iudice diem differt l. questum est 60. de re iudic. Sed præter id quod nullum in hac lege verbum est de morbo fontico, constat etiam ex comparatione illius qui abest reipubl. causa nihil minus agere Tribonianum quàm ut tractet eum casum quo sententia sit ipso iure nulla. Non etiam iuris rationi, quoniam in iure nostro impudicum est ut alius sententiam exequatur quàm qui vel eam tulit, vel eam exequi iussus sit à Principe qui utriusque territorio præsit, & ei in quo lata fuit sententia, & ei in quo facienda executio est, ut in d. l. a. Diuo Pio 15. §. de re iudic. At nos tractamus eum casum quo facienda sit executio in territorio alterius Principis, cui non possit imperari ab eo in cuius ditione sententia lata est. Quòd si dicas ipsas tamen iurisdictiones licet sub diuersis Principibus constitutas sibi inuicem subsidiarias esse, mutuique auxiliis inuicem debere, Non equidem repugno, nec improbo usum eorum literarum quas rogatorius aut requisitorius vocant, quibus in hanc rem passim utimur, sed dicam Inconueniens igitur & absurdum fore si iudex requisitus velit cognoscere de nullitate sententiæ iudicis requirentis, quia id non adiuuare esset sed turbare iurisdictionem quam adiuuare potius vellet ac deberet. Præsertim cum possit impudice putari ei qui nullitatem iudicati allegat apud iudicem requisitum, cur non alleget potius apud iudicem requirentem siue præsens siue absens, & quasi contumax condemnatus proponatur. Denique non conuenit praxi nostræ, supradicta distinctio pragmaticorum, quia de nullitate sententiæ iure nostro prouinciali numquam queri potest nisi per viam appellationis: Et consequenter non alius de nullitate sententiæ cognoscere potest vel debet, quàm qui possit cognoscere de iniquitate per appellationem, cum sit utrumque eiusdem potestatis, autoritatis, & iurisdictionis. Atqui de iniquitate sententiæ iudicis requirentis non posse iudicem requisitum siue ex appellatione, siue citra appellationem cognoscere, in confesso est. Ergo nec fe-

rendum vnam est vt cognoscat de nullitate. Proinde mea sententia est: Iudicem requisitum non debere quidem inaudito condemnato permittere iudicari executionem, vel ob hoc ipsum vt certè sciatur, an fuerit condemnatus. Sed vbi de hoc vno confiterit, nihil aliud præterea suam esse, nec aliam omnino vllam exceptionem à Iudice requisito admitti debere nisi quæ coram iudice ipso requirente admittendæ essent, Cuiusmodi sunt solutionis, pacti, De eo quod facere quis possit, compensationis, & aliæ similes de qui-

76. ALFENVS libro 6. Digestorum.

**P**roponebatur: ex his iudicibus, qui in eandem re dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locum alios esse sumptos: & quærebatur, singulorum iudicium mutatio eandem rem, an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modò si vnus, aut alter, sed & si omnes iudices mutati essent, tamen & rem eandem, & iudicium idem, quod antea fuisset: permanere: neque in hoc solum euenire, vt partibus cõmutatis eadem res esse existimaretur, sed & in multis cæteris rebus: nam & legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent: quorum in locum alij subiecti essent: & populum eundem hoc tẽpore putari, qui ab hinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nũc viueret, itẽmque nauẽ, si adeò sæpè refecta esset, vt nulla tabula eadẽ permaneret, quæ non noua fuisset, nihilominus eadẽ nauem esse existimari. Quod si quis putaret, partibus commutatis, aliam re fieri: fore, vt ex eius ratione nos ipsi nõ idem essemus, qui ab hinc anno fuissẽmus: propterea quod, vt philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis cõsisteremus, hæc cotidie ex nostro corpore decederent, aliæque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter, cuius rei species eadem cõsisteret, rem quoque eandem esse existimari.

Ad l. proponebatur 76.

Hæc lex tam elegans & Alfeno digna est, quam superior fuit insulsa & digna Triboniano. Ratio dubitandi. Totum nõ sit neque constat nisi ex suis partibus. Ergo vbi partes omnes mutatae sunt, ipsũ quoque totum mutatum & aliud esse necesse est. Ac proinde mutatis omnibus iudicibus, à quibus & iudicium nomen sumit, tanquam ab iis qui principalem iudicij partem constituunt, quippe quod constat ex iudice actore & reo, iudicium quoque mutari & aliud iudicium aliamque rem fieri fatendum est. Ratio decidendi. Cuius rei species eadem cõsistit, eadem quoque res existimatur. *l. Seia 6. §. 1. v. nam qui fieri potest 7. de aur. argent. mund. legat.* Species enim & forma illa est quæ dat esse rei etiã secundum Iureconsultos non minus quam secundum Philosophos. *l. Iulianus 9. §. sed si quis rem 5. j. ad exhib.* sed alio atque alio sensu. Formam enim philosophi intelligunt ipsam rei substantiam, & vt loquuntur quidditatem quæ semper inuisibilis est, & quæ non tam species ipsa est quam speciem, constituit simul cum materia quæ nec ipsa videtur. Sola enim sunt accidentia quæ videntur, & tanguntur. At Iuriconsulti formam accipiunt pro specie ipsa & ea rei constitutione naturali quæ videtur extrinsecus, statimque diuersam esse rem dicunt quæ diuersam habet formam extrinsecam licet ex eadem materia factam. *l. si commenerit 18. §. pe. j. de pignor. actio.* Atqui non modò si vnus aut alter iudicium sed et si omnes iudices mutati essent, eadem tamen species & forma iudicij permanet. Ergo idem illud ipsam iudicium est quod antea fuit, Nimirum si proponas iudices omnes non simul mutatos sed per vices quemadmodum mutationem fieri per vices necesse est in aliis speciebus quas tanquam similes Alfenu adfert. Nam legio ex qua multi decesserunt in quorum locum alij subiecti sunt eadem quidem esse intelligunt, sed

bus nemo dubitat quin possint opponerentiam in executione iudicari. Casum vnũ excipio, Si is qui ex eremodicio condemnatus fuit, alleget probetque se legibus sui Principis in cuius territorio postulat executioni iudicari, prohibentur fuisse ne ad eum locum iret in quo propter absentiam suam & tanquam contumax condemnatus fuit, Tunc enim omni modo sanè deneganda iudicari executio est, cum per Principem ipsum aut per magistratũ territorij factum sit vt victus hic fuerit, qui vicisset fortasse si iudicio adfuisset.

ita demum si non omnes simul decesserint. Finge totam legionem deletam vsque ad internecionem, Alia proculdubio erit legio, quæ extoridem militibus in occisorum locum substitutis constabit. Sic & populus idem nunc putatur qui ab hinc centum annis fuit, cum tamen ex illis qui tum vivebant, nemo hodie ac ne vnus quidem viuat, quia nec simul omnes mortui sunt, nec simul alij in mortuorum locum substituti, sed paulatim & per vices adeoque propemodum imperceptibiliter ea mutatio facta est: Cum ad populi & vniuersitatis vnitatem retinendam sufficiat vel vnus hominem superesse in quem vniuersitas ipsa tota recidat. *l. si cur 7. §. vlt. sup. quod cuiusque vniuers. nomin.* Sicut & in grege si prioribus capitibus decesserit totus grex fuerit renouatus, idem tamen grex esse intelligitur. *l. grege 13. in princip. de pignor. l. si grege 22. de leg. 1.* At finge deletam penitus ciuitatem & aratrum passam, quomodo passa olim est Carthago, ita vt nec vnus superfuerit ex vniuerso populo qui tũm erat. Alius populus esse videbitur, & erit, qui subinde idem territorio occupabit: alia ciuitas quæ in eo ipso territorio ex iis ipsis etiam si volles tignis, cæmentis & lapidibus edificabitur. *l. si v. usufruct. 21. j. quib. mod. usufruct. amitt.* Sic denique si ponas nauim tam sæpè refectam esse vt nulla tabula eadem permaneret quæ non noua fuisset, nihilominus eandẽ nauim esse dicimus quia per partes refecta sit, sicut & domum quæ particulatim ita refecta est, vt nihil ex pristina materia superstit. *l. si ita legatum 63. §. vlt. de leg. 1.* Atqui si semel tota dissoluta sit, licet postea ex iisdẽ tabulis nulla præterea adiecta, restaurata fuerit, alia tamẽ nauis esse existimatur. *l. quid ramento. §. in nauis. j. eod. tit.* Quod tamen ita est accipiendum, Si nauis hæc mente refoluta sit, vt in alium vsum tabule destinarentur, licet mutato consilio ex iisdem partibus restitueretur. Cæterum si nauis reficiendæ causa omnes ta-

bulæ

bule dissolutæ restituta sint, destinatio sola patrisfamilias tacet, vt non tam intercidit: ille nauis videatur, & compositis iuribus tabulis eadem nauis esse incipiat. *l. inter stip. l. item 83. §. iuram. v. s. & nauis. j. de v. r. obli. g. qui res 98. §. arcam. v. s. nec finit. li. j. de sol.* Ex qua nauis exemplo apparet posse fieri vt eadem res species hodie sit quæ fuit antea, & tamen alia res esse intelligatur, quod videtur pugnare cum ea propositione qua Alfenu totam huius legis disputationem concludit. Sicut & quod scriptum est in *l. s. arcam*, Si alienum hominem promiserim, & is à domo manumissus sit, mox idem ille aliqua lege aut ratione seruus effectus sit, alium hominem eum esse videri, ob idque non teneri me vt eum præstem quali promissum quod & in legato obtinet. *l. seruus legatus 27. in fi. de adm. legat.* An non enim verum est eandem serui speciem cõsistere quæ erat ante manumissionem, & quæ esset hodie si manumissus numquam fuisset? Cur nõ ergo idem homo est? Sed dicendum esse, Rem cuius species eadem cõsisteret tam demum eandem esse & manere intelligi, cum medio tempore nulla mutatio interuenit: huc à natura siue à lege, quæ priorẽ rei speciem & formam cõmutat. Nam eam id fatum est, superueniens postmodum ea ipsa forma & species quæ prius fuerat, non facit vt eadem res sit, aut videri debeat, nisi cum destinatio patrisfamilias hæc potest vt mutatio quæ contingit pro non mutatione habeatur, quod euenit in nauẽ dissoluta eo consilio & proposito vt ex iisdem tabulis reficeretur, Non potest autem similiter euenire in seruo manumisso, quia nõ potest manumitti eo consilio, at ne quidem eo tam malo omine, vt speretur recasus in seruitutem. *l. s. iuram.* Dixi *sine à natura siue à lege mutatio medio tempore superuenit*, quia mutatio quæ ex aliquo actu legis est, licet extrinsecam & visibilem rem faciat & speciem nõ immutat, non minorem tamen effectum habet, vt cernere est in manumissione quæ seruo dat caput, qui antea nullum habebat si legi credas potiusquã natura. *l. 3. §. vlt. & l. 4. sup. de cap. minut. l. si Pamphilo 10. j. de opt. legat.* Mutationes enim quæ per legis potestatem solam fiunt, non possunt esse non inuisibiles, sicut & ipsa lex inuisibilis est, effectus tamẽ earum sunt perceptibiles non solum legi sed etiã legi iuri & magistratui quod in rerum natura, & mutationibus naturalibus diuersum est. Et si nec mutationes omnes naturales semper visibiles sunt adeoque nec perceptibiles, Vt cernere est in ea cuius exemplo postremo tanquam subtilissimo Alfenu noster vitur, cum ait, quod si quis pararet partibus commutatis aliam rem statim fieri fore vt ex eius ratione nos ipsi nõ idem essemus qui ab hinc anno fuissẽmus, Propterea quod vt Philosophi dicerent ex quibus particulis minimis cõsisteremus hæc quotidie ex nostro corpore decederent, & quæ extrinsecus in earum locum succederent, Nimirum non mutat rem hæc partium mutatio, quia neque perceptibilis est neque effectum perceptibile habet. Ergo vt ad legis nostræ hypotheseu redeamus, Si prætor pluribus datis iudicibus certũ iudicium cõstituerit, deinde ex iis quidam aut excusati aut mortui, alij verò subinde in eorum locum successerint, adeoque si omnes iudices hac ratione mutati sint, dicendum est vnus & idem iudicium manere, quod effectus si ne vnus quidem mutatus fuisset, at ita demum si paulatim & per vices mutati propo-

nantur: Sed si ponas omnes simul mutatos fuisse, quamuis postea contingat siue ex prætoris siue ex litigantium voluntate vt ij ipsi iudices dentur qui fuerant mutati, aliud tamen iudicium erit, aliisque res, quia verum est pristina speciem & formam iudicij semel mutatam fuisse: nec esse rem hanc earum numero in quibus sola destinatio possit in ipso etiam mutationis instanti vnitatem, & vt loquantur, identitatem rei retinere. Nec enim vnquam mutantur iudices eo consilio & proposito, vt iidem postea reponantur, quamuis contingere possit vt reponantur, quia nec qui in eorum locum substituantur alia mente restituantur, quam vt illi ipsi iudicent, non vt & ipsi subinde mutentur, quod tamen fieri necesse esset vt de prioribus reponendis cogitari posset. *l. Iulianus ait 17. l. iud. x. datus 46. sup. hoc tit. l. pen. §. vlt. de v. r. c. & excus. minor.* Sed cuiusnam quæso, vtilitatis hæc quæstio esse potest, An idem iudicium sit an aliud iudicium mutatis? An fortè ingenij tantũ exercendi & philosophandi gratia credimus ab Alfeno institutam fuisse hæc tractationem, tẽpore exempla perquirita vt probaret, mutatione iudicium iudicium non mutari? Imò magnus est effectus huius quæstionis propter stipulationes iudicatum solui, & Ratam rem haberi quæ pro vno iudicio interpositæ rãdiu saluæ sunt quandiu idem iudicium manet, ac mutato iudice euanescent, ita vt neque fideiussores ex ea causa dati teneantur, quia de alio iudicio & consequenter de alia re cautum videtur. *l. non ab iudice 64. vbi dixi sup. hoc tit. l. 3. in prin. j. iudic. solui.* An igitur perinde admittimus quod ex hac lege Bartolus notat & post Bartolum ceteri, Mutatione iudicis iudicium non mutari? Hoc verò falsissimum esse puto, quia non de vno iudice dato concepta est quæstio huius legis, sed de multis iudicibus separatim & singulatim mutatis: qui autem vnus tantum iudex est is neque paulatim neque per vices mutari potest. Ergo quemadmodum aliud iudicium esset si plures dati iudices omnes simul & semel mutati proponerentur, vt probauimus ex iis ipsis exemplis quæ Alfenu tanquam similia adducit, Ita & aliud iudicium esse fatendum est si mutetur iudex qui vnus tantum fuit, nullumque in hæc specie distinctioni locum relinqui. Quod videtur mihi Vlpian. apertè scribere in *l. 3. in princip. j. iudic. solui*, vbi ait, Si quis apud aliquem iudicem acturus stipulatus est iudicatum solui & subinde agit apud alterum non committi stipulationem, quia non huius iudicis sententiæ fideiussores se subdiderunt. Qui locus ostendit ita solitum fuisse obseruari vt certi iudicis nomen in stipulationibus prætoris quæ propter iudicium interponebantur, non minus exprimeretur quam in formula ipsa prætoris. *l. si in iudicis 80. j. hoc tit.* Ideoque nimirum etiam in stipulatione solebat adijci clausula quæ in *l. locum substitutum erit*, vt ad Sæuolam notat Claudius in *l. penult. eo. tit. iudic. solui*, vt etiam si alius in primi iudicis locum substitutus esset, prior tamen stipulatio teneret, nec aliam interponi necesse esset, siue in eadem prima instantia siue in causa appellationis alius iudex pronunciaret. Tam enim alius iudex est qui in prima instantia substituitur in locum prioris, quam qui iudex datur vt cognoscat ex appellatione: quia licet ea dem causa sit quæ semper prima est, quod non similiter dici potest de causa appellationis quæ est secunda, nunquam ta-



mē facies vt stipulatio qua cautum est de eo quod Sempronius iudicasset præstando, vt in *d.l. pen. ad Mæuium aptari possit* qui subinde ex aliqua causa fuerit in Sempronij locum substitutus. Alius enim

77. AFRICANVS libro 3. Questionum.

**I**N priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest.

*Ad l. in priuatis 77.*

Ratio dubitandi. Iniquissimum est aliquem suæ rei iudicem fieri. *Iniquissimum aut 17. sup. hoc tit.* nisi aduersarius consentiat, vt enenit cum quis defert aduersario iusturandū licis, vt vocat, decisorium *l. 1. j. quar. rer. act. non det.* Atqui patris & filii familias eadem propemodum ceterur esse persona idēque patrimonium propter ius patrie potestatis *l. in suis 1. j. de liber. & posthum. l. ne cum filiofamilias 16. j. de furt. l. ult. C. de impub. & alius subit.* Ergo non magis fieri potest vt pater filium, vel vt filius patrem iudicem habeat, quā vt quis in causa sua propria iudicet vel ius dicat, quod vtique districtè prohibutum est *tit. C. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic.*

Ratio decidendi. In iis quæ ad ius publicū pertinent filiusfamilias non sequitur ius patrie potestatis *l. mag. quod 14. j. ad SC. Trebel.* quia Romani potiore reipublicæ iusque publici quā patrie potestatis causam esse voluerunt. *honor. 14. §. plebey j. de muner. & honor. l. posthumum 19. §. filius quoque familias de captiu. & posthum. scilicet. tanquā antiquiorum, quia prius est vt quis patrie suæ nascatur, quā vt parentibus suis vel sibi ipsi *l. 2. §. & generaliter de ventr. in poss. mit.* Atqui iudicare munus publicū est, vt ex Paulo subicitur in *l. seq. l. 2. j. de regul. iur.* Ergo nō potest ius patrie potestatis impedire quominus & pater filium & filius patrem iudicem habere possit. Scilicet in priuatis negotiis vt hæc lex ait, hoc est in causis pecuniariis. Nam in causis publicis, & publicorum iudiciorum in quibus non nisi de capite vel exultatione agitur, inhumanum certè fuerit, & summè impietati valde proximum, patrem de filio aut filium de patre iudicare. Et si cum pietatem patri debitam filiusfamilias aliquo scelere violauit permittitur patri, etiā priuato nec magistratum vllum gerenti, vt præscribat magistratum, vel alij iudicatur, quam sententiam contra filium ferri velit. Eaque sententiæ forma omnino sequenda est, sed tanquā à patre lata non tanquā à iudice *l. 3. C. de patr. potest.* quod videtur superesse ex reliquiis antiqui iuris patrie potestatis quod tale tantūque erat vt haberet pater in liberos impunitam ac liberam vitæ & necis, non tamen adimendæ libertatis potestatem *l. vltim. cod. tit. ul. dicit. l. in suis 31. in fin. de liber. & posthum.* Neque huic legi contrarium est quod Vlpianus scribit in *l. qui iurisdictioni 10. sup. de iurisd.* Eum qui iurisdictioni præest neque sibi neque suis ius dicere debere, id est, neque vxoti neque liberis suis, neque libertis vel ceteris quos secum habet. Nam præter id quod longè aliud est ius dicere, aliud verò iudicare, liberūque est ius dicentis arbitrium, non vt iudicis certæ formulæ adstrictum, vt ad eum Vlpiani locum adnotauimus, illud etiam obseruandum est iudicem pedaneum nullum esse nisi & qui datus sit à magi-*

strato in eam specialem causam, & in quem litigatores ipsi consenserint. Nam & perumque ex ipsorum litigatorum conuentione dabatur, & ad dicebatur *l. si in iudicis 80. j. hoc titulo.* Itaque si quando filius dabatur iudex in causa patris vel pater in causa filij, nullam ex eo querelæ occasionem habebat aduersarius qui in iudicem consenserat, Nec quicquam erat cur non posset ac deberet datus iudex iudicare in ea causa de qua datus fuisset. At ius dicentibus & magistratibus non similiter datur iurisdictione in certas specialiter personas & causas, sed generaliter vt ius dicat magistratibus & omnibus & inter omnes quibus ac inter quos possit ac debeat ius dicere. Proinde si quis in magistratu & iuris dicendi potestate constitutus velit suis liberis vel parentibus ius dicere, potest quidem summo iure id facere propter eam ipsam rationem quam vsurpamus in iudice, quoniam & ius dicendi munus publicum est, sed non debet, ne iustam det querelæ occasionem iis contra quos ius dicere velit: quique in eum nec consenserint, nec vnquam fortasse consensuri sint. Sibi planè ius dicere nec debet quisquam, nec potest, cum id nominatim prohibitum sit *l. vnic. Cod. vt nem. in caus. sua iudic. vel ius dic.* Ex quo intelligimus distinctionem Iacobi Cuiacij, non posse defendi, qui vt Africanum cum Vlpiano conciliet non distinguit iurisdictionem à iudicio nec iudicem à ius dicente, quomodo iam ante nos benè ac subtiliter Anton. Goueanus distinxerat, sed ista confundens admittit patrem in causa filij, & filium in causa patris posse & ius dicere & iudicare, sed neutrum tamen facere debere. Captans scilicet vtriusque Legis verba in quarum altera Africanus ait posse, in altera Vlpianus negat debere. Nam si ita est, perinde probabo ex Vlpiano posse magistratum non modò liberis suis sed etiam sibi ipsi ius dicere, Nempè quia hoc tantum Vlpianus scribit eum qui iurisdictioni præest sibi ius dicere non debere. Et tamen quis dixerit posse eum, tamen si maximè velit? Certè non potest nisi valde iniquè, & inhonestè. Quod autem nisi contra æquitatem & honestatem facere non possumus, id nec facere posse credimus *l. filius 15. j. de condic. instit. l. iunge l. senatus consulto 16. sup. de offic. presid. l. pars literarum 48. vbi dixi sup. hoc tit. l. Rursus cum necesse sit patrem quoties in causa filij, aut filium quoties in causa patris iudex datus est, datum esse ex consensu vtriusque litigatoris, vt diximus, quid vetat quominus eque debeat ac potest iudicare? Et hæc sanè diuersitatis ratio mihi magis placet, quā quæ à subtilissimo & doctissimo Goueano sumpta est ex vi & potestate formulæ cui additus est iudex pedaneus non etiam ius dicens. Et si enim verum est iudicem pedaneum additum & obstrictum esse formulæ, Negari tamen non potest quin tota facta quæstio*

quæstio qua ad priuam illam formulam partem condicio vultur conueniam pertinere si pater, &c. posita sit in arbitrio iudicantis *l. si ad. sic. quorum alterum 7. ad SC. Trebel. l. ne cum filiofamilias 16. j. de furt. aut obligatiol. Imperator 10. ad SC. Trebell. Sanè quod nonnulli hac in re distinguunt inter contentiosam iurisdictionem & non contentiosam nihil minùs quā probabile est. Nec enim iudices pedanei dantur in priuatis negotiis ad aliam quā ad contentiosam iurisdictionem pertinentibus.*

78. PAVLVVS libro 16. ad Plautium.

**Q**Vippe iudicare munus publicum est.

*Ad l. quippe 78.*

Ratio dubitandi. Iudex pedaneus nō solum priuatus est, sed etiam iudicandi potestatem ab alio aequè priuato habere potest, puta ab eo qui cum ipse magistratus non sit, mandatam daturat à magistratu iurisdictionem exerceat *l. cum prætor 12. §. is quoque iudicium soluitur 8. vbi dixi sup. hoc tit.* Ergo iudicandi munus publicum dici non potest. Nec enim iudex datus habet vllam iurisdictionem sed tantum indicationē vt tepius diximus ex *l. vlt. C. ubi & quid quem cognit. in integ. r. sit. ag. it. l. ait prætor 5. l. princ. j. de re iudi.* Ratio decidendi. Eum qui suo & proprio iure alium iudicare iubet ma-

gistratū esse oportet, Aded vt nec magistratus possit iubere iudicare eo die quo priuatus futurus est *l. cum qui 13. in pr. & §. i. sup. de iur. d. l. vlt. l. ier. 49. §. 1. vbi dixi sup. hoc tit.* Neque quod is qui mandatam à magistratu iurisdictionem habet iudicem quoque datus potest ad rem facit, cum det ille iudicem non suo iure & ex propria persona, sed ex iure & persona magistratus cuius iurisdictionem exerceat, vt dixi ad *d. l. cum qui, & ad l. i. quoque* Atqui ius publicum partim consistit in magistratibus *l. 1. §. ius publicum sup. de iur. d. l. ier.* Ergo iudicandi munus quod non nisi à magistratu accipiatur publicum est *l. 2. de regul. iur.*

79. VLPIANVS libro 5. de Officio Proconsulis.

**E**VM quem temerè aduersarium suum in iudicium vocasse consistit, viatica litisque sumptus aduersario suo reddere oportebit.

*Ad l. eum quem temerè 79.*

Ratio dubitandi. Datus iudex nihil pronunciare potest nisi eo præscripto formulæ vt toties dixi. Atqui nihil solebat olim exprimi in formula prætoris, de condemnatione sumptuum litis, victo irroganda. Ergo nec cum questu consuet vocasse temerè aduersarium suum in ius, condemnare iudex potest vt viatica litisque sumptus aduersario suo reddat. Ratio decidendi. Non tantum formulam prætoris ante oculos habere debet iudex, sed etiā leges & Principum constitutiones, ne quid aut committendo aut omittendo in eas offendar *l. nō quicquid 20. §. 1. vbi dixi sup. hoc tit.* Atqui ex legibus & ex ratione iuris est vt temerè litigantium siue malitiam siue stultitiam aliqua pœna coerceri oporteat. Id enim magnæ curæ semper fuit civili legislatori vt præfatur Iustin. initio *tit. Inst. de pœ. temer. litig. l. 2. C. de iur. iur. propt. calum. dand.* Nulla porò dignior & conuenientior neque mitior pœna esse potest, quā vt qui temerè litigauit, id est nullo iure nulloque facti, probabili iuris colore, is in omnes litis improbæ expensas condemnatur *l. 3. & 4. C. de iur. iur. & lit. expens.* vt in quo peccauit in eo ipso puniatur, argum. l. rescriptum 6. j. de his que vt indign. l. Paulus 24. aliàs *l. falcidia. j. ad legem falcidiam.* Præsertim verò actor qui debet sibi impurare cur egerit temerè cum agere non cogere *l. vnic. C. vt nem. in iur. ager. vel accus. cog. l. 1. §. §. si de doli mal. except. l. petenda 6. C. de tempo. in integ. rest.* Quanquam nec melior rei condicio est si maluerit improbam litē suscipere & in ea perseuerare quā cedere & satisfacere. Nec n. litigare cogebatur si soluere maluisset *l. si debitor 21. vbi dixi sup.*

*hoc tit. l. ex iudicatum solui 16. j. iudic. solui. l. si rem 72. sup. de precur.* Vna igitur ratio illa potest aut actorem aut reum à condemnatione sumptuum litis exulare, si iustam aliquam aut saltem probabilem habuit litigandi causam *l. qui non solidign 78. §. etia j. de leg. 2.* Ista verò aut probabilis litigandi causa fuisse vulgo creditur si quæstio iuris in iudicium deducta dubia fuerit ex interpretum dissentione. Quod ego tamen probabile nunquam putavi: cū vix hodie quicquam sic in iure nostro tam certum & exploratum, in quo Doctores omnes consentiant, & quod iuris dubij & controuersi esse non videatur. Atqui ius omne nostrum certum est non minùs quā finitum *l. 2. j. de iur. & fact. ignor.* Dubia igitur causa illa tantum dici potest, non quæ ex iure pendeat, sed quæ ex facto, quia facti quæstio plerumque obscura & ambigua est, idēque etiam prudentissimos fallit *d. l. 2.* positæque est in arbitrio & religione iudicantis *l. adine 15. ad municip. l. 1. §. 1. vers. quorum aliterum ad Turpil.* Et eo sensu dubiæ causæ dicuntur in *l. admonendi 31. j. de iur. iur.* Extra hunc casum, tam generale, perpetuum, æquūque est victum victori in omnes litis expensas condemnari non obligationis alicuius iure, aut ex potestate formulæ sed ex mero officio iudicis, vt Iustinianus constituerit in *l. properandum 13. §. sine autem alterutra C. hoc tit.* standū esse iuramento victoris super pecuniarum quas in litem ex more impedit, quantitate, & præterea quod magis est, Iudicē ipsum qui huiusmodi expensarum condemnationem prætermiserit, ipsum de suo proprio huiusmodi pœnæ subiacere, & expensas victori reddere oportere, quasi in eo fecerit litem suam quia con-

tra leges iudicavit d.l. non quicquid §. 1. vbi dixi sup. At quid si aliqua parte litis tantum iustam causam litigandi habuerit is qui tamen victus tandem fuit. An totius litis expensas debebit, an pro ea tantum litis parte in qua improbus litigator fuerit? Finge quæsitum fuisse de facto alieno cuius probabilem ignorantiam reus ab initio habere potuerit l. ult. j. pro suo l. qui in alterius 42. l. non potest 99. de reg. iur. Postea vero allatis probationibus aperiquirestationibus facti veritatem innotuisse, nec eo minus tamen reum in lite perseuerasse. Plerique putant compensationem expensarum ad aperturam vsque restitutionum fieri debere, exinde vero reum ad sumptus litis condemnari oportere. Mihi contra semper visum est. Nullo scilicet favore dignum esse qui in lite improba perseueravit, quantumvis probabilem ab initio habuerit litigandi causam, arg. l. destitisse 10. vbi dixi sup. quia nunc saltem incipit esse in dolo, arg. l. 2. §. circa j. de doli mal. excepti. docetque ex postfacto æquè ab initio se litigaturum fuisse tamen veritatem facti

**I**udicibus de iure dubitantibus præfides respondere solent: de facto consulentibus non debent præfides consilium impertire, verum iubere eos, prout religio suggerit, sententiam proferre. hæc enim res nonnunquam infamat, & materiam gratiæ, vel ambitionis tribuit.

*Ad §. 1. iudicibus.*

Ratio dubitandi ius semper certum est, factum vero plerumque incertum, ita vt facti interpretatio etiam prudentissimos fallat lege 2. infr. de iur. & facti ignor. Ergo maior ratio est vt iudicibus de iure dubitantibus præfides qui eos dederunt respondere non debeant, quasi stultis, eam stulti dicantur qui in iure errant, l. regula 9. §. pen. eodem rit. quam vt de facto consulentibus non debeant consilium impertire: cum vbi magis præceps errandi occasio est ibi tanquam in maiore periculo sit magis sebuendum.

Ratio decidendi iuris certitudo facit vt responsum præfides ad iudicem non possit aliqua vel gratiæ vel ambitionis suspitione laborare. Nullus enim gratiæ, nullus ambitioni locus relinquitur in ea re expedienda quæ aliter se habere non possit. At facti incertitudo è contrario facit vt si de facto consulentibus iudicibus præfides responderent, facile materiam calumniæ & infamiæ ea res daret, vt per gratiam vel ambitionem aliquid fecisse præfides viderentur in ea re quæ aliter atque aliter habere se posset. Id vero ne eueniat cauere summopere Præfides, omnique magistratus debent, quippe quos non tantum crimine, sed etiam criminis suspitione vacare oporteat, vt dixi ad l. pars literarum 48. sup. hoc ritul. Melius igitur facient præfides si de facto consulentibus iudicibus nihil aliud respondeant nisi vt eos iubeant prout religio suggerit, sententiam proferre, in eamque rem vsurpent verba illa Imperatoris relata in l. 3. §. 1. de testib. Tu magis scire potes iunct. l. quæsitum 13. eod. ritul. Apparet autem vel maximè ex hoc loco, quam semper certum sit ius nostrum, numquam incertum, numquam arbitrarium. Nam si quando incertum aut quod effectu idem est, arbitrarium esset eo saltem casu dicendum esset non magis iudicibus de iure dubitantibus quam de facto consulentibus rescribere Præfides oportere. Illa e-

persectam habuisset. Denique semper mora posterior nocere debet l. qui decem 72. in princip. §. 1. de solut. Planè si penes lite quod plerumque accidit ius nouum aut auctori aut reo superuenerit, propter quod vincere debeat vincatque is qui inspecta priore statu litis vinci debuisset, potest ea res iustam præbere materiam compensationis expensarum, vt ignoscatur auctori qui nec temerè nec improbè accessit ad litigandum, Nilieique quoque posteriorem suam moram nocere volumus, & ipsi imputare cur non desisterit à lite ex quo improbam factam esse vidit. In quam sententiam procliuor sanè sum, ne litigatorum temeritati vquam ignoscatur, vt eo saltem metu à tor litibus inchoandis & profectendis improbi litigatores deterreantur: quibus etiam si mihi credere iudices vellent, multa pecuniaria eaque grauissima diceretur, quoties nullo iure quem litigasse & aduersarium suum tor ambagibus sumptibusque vexasse, ex euentu litis appareret.

tiam ratio suadere videbatur, ne iudicibus etiam de iure solo dubitantibus deberent Præfides respondere, quod à iudice quem Præfides dedit non alius quam præfides ipse appellari potest leg. 1. & ultim. infr. quis à quo appeller. Quomodo autem poterit præfides in causa appellationis pronunciare malè fuisse iudicatum à primo iudice, qui iudicauerit ex ipsius Præfides opinione? Sed respondendum est, Tum quoque cum præfides qui iudicem dederat appellatur, non idcirco tamen cognoscere illum & pronunciare de appellatione, sed alium ab eo iudicem dari qui in causa appellationis & cognoscat ipse & pronunciet lege penultim. infr. iudic. solui. Tam enim erat indignum maiestate magistratum populii Romani vt ipsi per se de facto cognoscerent & pronunciant in causa appellationis, quam vt in prima instantia. Sed & dici potest absurdum non esse vt quis iudicet in ea lite in qua iam emiserit votum, dummodò quantum ad id tantum quod ad iuris rationem solam pertineat. Nam nec votum, nec deliberatio est de iure certo ac explorato, sed de iis tantum in quibus mixta est quæstio facti, & ad factum accommodari ius debet, in quo vno maximè iudicantur officium, iudicium, ac prudentia versatur. Itaque etiam si dixerò filium exheredari posse ob id quod patri suo violentas manus intulerit, quod vtrique iuris certi est, non eo minus iudex esse potero in tua causa etiam si eius status non alius sit quam hic, Vtrum iuste fueris exheredatus à patre tuo, cui violentas manus dicis intulisse. Superest enim illa non ex iure sed ex iurisdictione pendens quæstio, An violentas manus intuleris patri, De quo necdum emisi votum, nec emittere potui antè inspectas facti probationes. Denique sunt ista non modò diuersa sed etiam propemodum pugnantia, Esse quid iuris, & Esse iurisdictionis l. inter tutores 36. j. de adm. tu. sor. l. filia 28. versic. Claudium. j. de solut. Nihil nocet emisse

mississe votum de eo quod iuris est, dum ne emiseris de eo etiam quod sit iurisdictionis. Aut vt eandem sententiam aliter eloquar, Nihil nocet emi-

ssisse votum de iure legum & constitutionum, data ne sit emissum de iure litigatoris, arg. l. 2. §. cum sit contra. j. que sent. sup. appell. rescind.

80. POMPONIUS libro 2. ad Sabinum.

**S**i in iudicis nomine prænomine erratum est: Seruius respondit, si ex conuentione litigatorum is iudex additus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent.

*Ad l. si in iudicis 80.*

Ratio dubitandi. Error neque consensum habet, neque voluntatem qui potius imperitiam dedit l. si per errorem 13. sup. de iurisd. l. 2. sup. hoc rit. l. in omnibus negotiis 57. j. de obli. & act. l. nihil consensui 116. §. ult. de regul. iur. Atqui an in aliqua re vel persona erratum sit non aliter aut melius sciri potest quam ex ipsius nomine. Ad quid enim nomina comparata sunt, nisi vt rem vnamquamque designent, & aliam ab alia distinguant? l. Labo 7. §. ult. de supell. legat. l. si idem 7. C. de codicill. Ergo si in iudicis dati nomine ac prænomine erratum sit iudicis datio valere non potest, tanquam quæ nec pratoris voluntatem, nec litigatorum consensum habeat. Proinde neque is iudex erit qui nominatus fuit, quoniam non de ipso sed de alio dando, & actum & cogitatum est, neque alius ille de quo dando & actum & cogitatum fuisse ponimus, quia datus & in formula nominatus nõ fuit nec scriptus, exemplo eius quod in heredis institutione scriptum est in l. quoties 9. in princ. de hered. inst. Iudicia enim sicut vim accipiunt ex formula, ita & formula ex scripto. Ratio decidendi. Multum interet an iudicem prator dederit ex conuentione litigatorum, id est eum ipsum quem vterque litigatorum elegerit, An vero ex sua autoritate cum litigatores quod plerumque euenit in personam certi iudicis consentire non possent. Priore casu error pratoris dantis formulam, eamque sub alio nomine ac prænomine concipientis non vitiat dationem, quæ ex litigatorum conuentione quam prator sublecutus est vires capit. Itaque sufficit hoc casu vt constet de corpore, id est de persona ipsa de qua litigatores senserunt, & in quam consenserunt. Nam si erratum quoque esset in corpore aliud esset l. 4. de leg. 1. Posteriore vero casu sanè error pratoris noceret, quia non posset videri à pratore datus iudex qui ab eo scriptus non fuisset, tamen eum scribere prator voluisset arg. d. l. quo-

ries. Noua igitur formula opus erit, per quam error prioris corrigatur. Non enim possis hæc dicere in pratoris formulis & stipulationibus mentem pratoris spectari potissimum, ex eaque interpretationem fieri oportere l. in conuentionalibus 53. de verb. obligat. l. in pratoris 9. de prator. stipul. Non enim de formula interpretanda quaerendum est sed de emendanda quoties in nomine vel prænomine iudicis vel etiam vtroque erratum fuit. Id quæ obtinet generaliter in iis omnibus quæ ex scriptura vltimantur suamque vim & substantiam ex ea capiunt, vt non sufficiat constare de mente & intentione scribentis si menti & intentioni scriptura non congruat l. iubeamus 29. C. de testam. & d. l. quoties, quæ loquitur de testamento in scriptis non de nuncupatio quamvis scripto. Diuersum est in iis quæ non tam à scriptura quam à voluntate pendunt, licet ea voluntas ad futuram rei memoriam in scripturam redigatur, vt in l. vnum ex familia 67. §. si omissa. de leg. 2. l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. In illis enim error scripturæ nõquam nocet dummodo constet de voluntate l. errore 7. C. de testam. l. ambiguitates 24. eod. l. illicitas 65. §. veritas sup. de off. præfisa. Rectè igitur ac subtiliter Seruius distinguendo respondit, Si in iudicis nomine aut prænomine erratum sit, aut etiam in vtroque, nihil enim refert, valere nihilominus dationem & eum esse iudicem de quo litigatores sensissent, ita deum si ex conuentione litigatorum is iudex additus esset: Cuius distinctionis tota vis in eo est vt inspicimus, An litigatores sublecuti sint voluntatem pratoris, An vero prator voluntatem litigatorum. Neque enim possis hæc dicere ex arbitrio auctoris constituendum esse in dubio quis iudex sit vt dici solet cum dubitatur Stichus petito de quo litigatores senserint l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl. l. solemnus 61. sup. h. t. Est enim pessimi exempli, ex voluntate auctoris aut alterutius litigantium in iudicem sumi l. obseruandum 47. sup. eod.

81. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

**Q**ui neque iurisdictioni præest: neque à principe potestate aliqua præditus est: neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est: nec ex compromisso sumptus, vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit.

*Ad l. qui neque 81.*

Ratio dubitandi. Etiam qui à magistratu iudex datus est remanet priuatus, cum neque magistratus ideò fiat neque vllam acquirat tibi iurisdictionem, vt dixi ad l. quippe 78. sup. hoc rit. Quid ergo vterque quominus etiam priuatus iudex esse possit? Presertim vero inter consentientes, Maximè si addas conuenire inter litigatores quid ille iudicandum habeat. Quidni enim consensus litigatorum erit ei pro formula, Cum etiam si per formulam pratoris datus esset, non aliud tamen eum iudicare oportet, quam quod inter litigatores conuenisset, l. si conuenierit 26. j. de re iudic.

Ratio decidendi. Iudicare munus publicum est, d. l. quippe & l. 2. de reg. iur. quia proficiscitur à publica potestate, id est à magistratu qui potestatem publicam habet l. eum qui 13. sup. de iurisd. iunct. l. 1. §. ius publicum. de iust. & iur. Nemo igitur priuatus eam sibi potestatem adrogare debet nec si litigatores milles consentiant, quia priuatorum consensus non potest iudicem facere illum qui neque iurisdictioni præest, neque à Principe aliqua potestate præditus est, neque datus ab aliquo ex iis quos dandi iudicis ius habere diximus in l. cum prator 12. §. 1. sup. hoc rit. neque ex compromisso sumptus, vel aliqua etiam lege confirmatus est l. 3. C. de iurisd. i.



Cui consequens est ut quod hic tanquam iudex staturerit, rei iudicatae auctoritatem obtinere nunquam possit. *l. si ut proponis 6. C. de exec. rei iudic.* unde exemplum non incongruum etiam ad hanc legem sumi potest. Iunge quae dixi ad *l. 1. & 2. §. hoc tit.* *a. Vel ex aliqua lege confirmatus est.* Suspicio facile addita fuisse à Triboniano hæc verba propter mul-

ros novos iudices, quos posteriorum Imperatorum ac Iustiniani potissimum constitutiones induxerunt. Nam in toto Pandectarum iure difficile esset vel vnum exemplum habere eius iudicis qui ex aliqua speciali lege confirmatus sit. Addimus enim *speciali* ut Triboniano morem manumque melius exprimamus.

82. VLP IANVS libro I. de Officio Consulis.

**N**onnunquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare. quod tarò, & non nisi re virgente faciendum est.

*Ad l. nonnunquam vlt.*

Ratio dubitandi. Arbitrari ad aliquid faciendum à magistratu constitutus vice iudicis est, in eoque plus iuris habet quam arbiter compromissarius, & ideò appellari etiam ab eo tanquam à iudice potest. *l. arbitro 9. & seq. sup. qui satis d. cogant.* Atqui viator, id est apparitor magistratus, aut nuncius cuius est renunciare magistratui quae ex eius mandato perquisita comperit, ut in *l. 5. ne tamen. §. de reb. eo. qui sub tut. sunt.* vilios officium aut potius ministerium exercet quam ut mandandum ei sit munus iudicandi quod publicum est, ut dixi ad legem præcedentem. Non ergo debent magistratus populi Romani viatorem dare vel iudicem vel arbitrum, ne vilitate personae cui munus committitur, ipsius quoque muneris dignitas vilescat, néve talis iudicis vel arbitri imperitia damnum aliquod litigatoribus irroget maioremque ut sæpè fit litis materiam excitet, quam melioris iudicis vel arbitri prudentia cohibuisset.

Ratio decidendi. Nonnunquam accidit ut magistratus non habeat obvium quem aut arbitrum aut vice arbitri dare possit, & tamen res virgeat nec facile longiorem moram & dilationem patiatur: Quod cum evenit, melius certe ac tolerabilius est etiam viatorem nominatim non quidem arbitrum ac multò minus iudicem, sed tamen vice arbitri dare, quam virgenti rei, & occasione penitus deesse. Quoties enim nihil sine captione aut incommodo aliquo investigari potest, id semper eligendum est quod minus habeat incommodi. *l. quoties 200. de reg. iur.* ideòque in iis quae moram & di-

lacionem non recipiunt, facile est ut aliquid de solennibus remittatur. *l. 1. §. vlt. & l. 2. sup. de ser. l. Dimus 5. §. de hered. pet. l. vlt. §. de appellat. recip. vel non. l. si quis filio 6. §. quid tamen. §. de iust. vult.* Extra hæc causam non solent magistratus ne quidem vice arbitri viatorem dare, sed tantum executorem. Id enim viatoribus maxime convenit ut magistratum iussa exequantur, & quae faciendae iis committuntur facta referant & renuncient, ut in *d. §. de i. m. n.* neque iudicis aut arbitri partes unquam sibi arrogent, quæ nec alius quisquam executor sibi arrogare unquam potest aut debet. *l. si ut proponis 6. C. de ex. cur. rei iudic.* Id enim esset executoris officium excedere mandati que fines prætergredi. *l. ab executione 5. C. quor. appell. non recip.* Denique id etiam observandum est, ne unquam nisi re valde virgente viatoribus istis committatur executio quae aliquam partem admixtam habeat, vel minimam castæ cognitionem: Meri enim executores esse possunt: at cognitores & disceptatores negotij in tanta, quantæ præsertim hodie est istius hominum generis imperitia, sine magno litigatorum periculo esse non possunt. Sed quod hæc lex pertinet ad hunc titulum quem toties diximus non nisi ad iudices datos pertinere? Nempe quia arbitri à magistratibus dati proximè accedunt ad iudices, Ad arbitros vero illi qui vice arbitrorum dantur. Nam & omnibus commune illud est ut si quid constituerit quod iniquum videatur, ab iis appellari oporteat, & quidem ad eum qui dedit. *l. arbitro, & seq. sup. qui satis d. cogant. l. 1. & vlt. quis à quo appeller.*



## DE INOFFIC. TESTAM.

### TITVLVS II.

I. VLP IANVS libro 14. ad Edictum.

**S**CIENDVM est, frequentes esse inofficiosi querelas, omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

*Ad l. sciendum est 1.*

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi testamenti est odiosa, quia rescindit iudicium, & testamentum civis Romani tanquam hominis insani, demeritis, & furiosi. *l. 2. l. 5. in fin. l. Titia 13. §. vlt. §. hoc tit. nec fideicommissa 36. de leg. 3.* Ergo non debuit

tam frequenter & passim permitti ut de inofficioso testamento agi posset.

Ratio decidendi. Publicè interest non violari à quoquam officia pietatis, quippe quae sunt ex iure naturali, nec violari possunt quin natura ipsa, iustique gentium violetur. *l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. sup. de insti.*

*& iur.*

*Et iur. l. 1. & vlt. tit. de obseq. parent. & patron. praes. Est enim pietas quaedam publica d. l. 1. §. si filius, quae hanc dubiè defenditur, cum privata violatur. Atque querela inofficiosi testamenti hoc unum intendit. Eum casus testamentum inofficiosum dicitur testatum fuisse contra officium pietatis. *l. pro. §. Permittenda igitur fuit omnibus querela inofficiosi testamenti, tanquam accusatio quaedam publica, ut eo veluti metu proposito decurrerentur testatores ne resandi potestate sibi per legem data ad impietatem vique abuterentur. Ideòque dicitur passim querela hæc non tantum actio, sed etiam accusatio. *l. quemadmodum 7. l. filius 21. l. si filium 27. l. si inofficiosa 29. §. quoniam. l. pen. vlt. in princ. & §. 1. & post. hoc tit.* proximèque accedit ad actionem inofficiosam. *l. 1. §. quod putat. §. si quid in fraud. patr.* quia inofficiosa non est, sed omnium gravissimam facit, quae violat pietatem. *l. 1. §. quoniam 8. d. l. filius 22. §. 1.* Illius igitur non est omnibus licere de inofficioso disputare, cum iis qui ad inofficiosa successionem non admittuntur. *l. postulantibus 6. §. si quis ex inofficiosa 1. §. 1.***

*a. Omnia ista non permittuntur quàm liberis.* Rationem Vlpianus reddere velut eius quod praefatus erat frequentes hodie esse querelas inofficiosi testamenti Ratio autem nec incitor, nec vltior red- ditor, quàm quia licet omnibus de inofficio- so disputare, & accusationem quae veluti publica est proponere. Ergo quod hic adicitur *tam parentibus quam liberis*, aut compositorum, aut alicuius imperti interpretis commentum est, ignorantis fortasse aut absurdum existimantis, quod dicimus publicam esse & cuiuslibet permittam esse hanc accusationem. Nam si quod Vlpianus generaliter scripserat omnibus testibus ad parentes & liberos, probabiles potius non esse frequentes querelas inofficiosi, quàm quod Vlpianus probare voluit, frequentes esse. Sed & tacite fallam sententiam quae generalior vera esset. Nam inofficiosi querelam omnibus competere veram non est. Nec enim competit suis heredibus siue institutis, siue parentibus, sed tantum exheredatis. Emancipatis vero competit non solum exheredatis, sed etiam parentibus, ut & parentibus, quia eorum partem habetur pro exheredatione. *§. mancipatus & §. vlt. Inst. de exhered. libert.* at non etiam institutis, nisi fuissent olim ex minore quàm ex legitima portione instituti. *l. Papius 8. §. quomodo autem, & l. si non mortis 25. vbi dicam §. hoc tit. vlt.* Ergo non omnibus parentibus & liberis licet de inofficioso disputare. Longèque aliud est ita loqui ut dicas parentibus tantum & liberis permittam esse querelam, quod siue Tribon. siue imperitus ille interpres vique sensit. Aliud vero ut ita dicas, Omnibus parentibus & liberis permittam esse. Prior propositio vera est, Posterior falsa. Prior apta est ad probandum frequentes non esse inofficiosi querelas, quoniam ex propositione restricta & limitata, non nisi restricta quoque & limitata conclusio sequi potest. Posterior vero enon vera esset, nihil tamè amplius probaret quàm prior. Sed & manca est nō minus quàm falsa illa propositio si sic intelligatur, ut & omnibus & solis parentibus ac liberis permittam sit agere de inofficioso. Nam & fratibus competit querela siue consanguineis tantum siue ex utroque parente coniunctis si modò instituta sit tur-

pis persona, vel quae liboret aliqua etiam levi macula nota. *l. praes. 27. C. de tit. vbi Constantinus primum hoc ius fratribus vicinis denegavit quod antea sanè habebant. *l. patris 21. d. 1.* Debuerat ergo ita scribi *tam parentibus & liberis quam fratribus*, praesertim cum id ageret Vlpianus ut rationem redderet cur huiusmodi querelae frequentes essent. Sed & liberorum mentio præcedere debuit, quorum scilicet causa potior est in iure proponendae querelae quàm parentum. *l. pater filium 14. §. hoc tit. vlt.* quia parentum successiones debentur liberis tanquam ad propria bona venientibus iure naturae & ex communi parentum ipsorum voto. *l. in ius 14. de lib. & post. l. 1. §. longinquae successores.* liberorum vero successiones parentibus sola ratione mitterationis. *l. nam ut si in princ. §. hoc tit. l. scripto 7. §. vlt. §. vnde liber.* Neque hunc ordinem pervertit Vlpianus si de liberis & parentibus aliquid exprimere voluisset. Quod vero sequitur *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem melius facerent si se sumptibus inanibus non vexarent cum obtinere spem non haberent* manifestè is probat quod volumus.*

Adiecta scilicet fuisse superiora illa *tam parentibus quam liberis* ab alio quàm ab Vlpiano. Nam cum Vlpianus rationem vellet reddere cur sic quærentes essent querelae, voluit interpreti de contraria ratione adferre cur subiecerit restrictam omnem illam *tam parentibus quam liberis*. Nimirum, inquit, quoniam cognati proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent si non quærentur. Atqui aliud est dicere, non posse illos queri tamen si maxime velint, quod necessariò dicendum esset, si solis parentibus & liberis querela competeret. Aliud vero dicere, melius facturos eos si non conquærentur. Qui enim sic loquitur, ostendit conquæri istos & posse & solere non minus quàm parentes & liberos licet minore iustitiam, manūve sano consilio. Quod ergo attingebat illa addere *tam parentibus quam liberis*, cum de eo tractaretur an non frequentes esse deberent querelae inofficiosi, sed an frequentes essent, An forte aliquid iuris frequentes sit ob id solum quod stultè etiam fiat? Nec mirus videtur cur de cognatis locutus hinc fuisset Vlpianus ac non potius de agnatis, praesertim cum adiecerit *qui sunt ultra fratrem*. Fratres enim ipsi, si non vicini tantum sunt, agnati sunt non cognati, & consequenter agnati quoque omnes qui per fratrem consanguineum iunguntur. Esti autem cognatorum nomen generale est quo etiam agnati continentur, nemo tamen unquam cognatos dixit qui agnatos solos significare voluerit: Cognatos vero, qui agnati non sunt, non illa tantum ratio excludi à spe vltius commodi per querelam obtinendi quae agnatos ipsos remouet, quod sine remotiores in gradu quàm ut iis legitima vlla debeat, sed alia etiam, quod nullo iure vocentur ad successionem nisi ex mera pratoris indulgentia. *l. 1. §. vnde cognata.* querela autem inofficiosi testamenti sit tota ex iure civili, siue eam lex Glia induxerit ut parum probabiliter putat Cuiacius sumpta coniectura satis leui ex inscriptione. *l. 4. hoc tit.* Siue quod magis credo, prudentum interpretatio ad legem 12. tabularum, quae interpretatio etiam induxit ut sui heredes deberent nominatim vel institui vel exheredari, alioqui testamentum ipso iure nullum esset. Nam & inde fit ut nec liberi emancipati quia iure tantum pratorio sunt cognati pos-

sunt admitti ad querelam nisi prius impetrata bonorum possessione liris ordinandae gratia, de qua in *d. l. quemadmodum 7. §. l. §. 1. j.* Ego de agnatis tantum debuerat Vlpianus loqui non de cognatis, de quibus longè minor aut potius nulla erat ratio dubitandi. De agnatis verò ita scribendum erat *agnati tamen qui sunt ultra fratrem* non quomodo scriptum est de cognatis *agnati enim*. Restitutio enim ista est non ratio clausulae precedentis quae iam concepta fuerat per modum rationis iis verbis *Omnibus enim*. Sed & quod scriptum video *cognati proprii* pro cognatis primis & proximis, nescio an alibi vspiam ita scriptum sit, nec an Latine scribi possit. Illud planè scio phrasim graecā non esse latinā illam *Cum obtinere spem non haberent*, Scribendū enim latine fuit *cum obtinendi spem non habeant*. Quae tamē ratio mala est duplici de causa, Primam quia imò fieri potest ut etiam cognati obtineant saltem casu, quomodo interdum etiam illi obtinent qui tamen nullomodo ad successionem admittuntur, quia nemo eos repellit si velint agere ut scriptum est in *d. l. posthumus 6. §. si quis infra*. Deinde quoniam etiam si cognati qui sunt ultra fratrem possent agere & semper obtinere, non tamen prodesset iis victoria, sed ceteris qui iure civili proximiores essent ad succedendum ab intestato *d. l. §. si quis*. Non ergo illa ratio in cognatis adferri debuit, quod spem obtinendi non habeant, sed illa potius aut saltem tanquam subsidiaria & fortior, quod etiam maximè obtinerent iis tamen

## 2. MARCIANVS libro 4. Institutionum.

**H**oc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt ut testamentum ordinarent, & hoc dicitur, non quasi verè furiosus, vel demens testatus sit: sed rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis, nam si verè furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.

## Ad hoc colore 2.

Ratio dubitandi. Qui agit querela inofficiosi testamenti is fateatur utique testamentum ipso iure valere, adeo ut nec sufficiat valere, nisi etiam illud concurrat ut ex eo iam adita sit hereditas prius quam querela proponi possit, quam scilicet certum est nec nasci ante aditam hereditatem *l. Papianus 8. §. si conditioni 7. h. t. l. si quis filium 34. infra. C. cod.* At qui testamentum a furioso vel demente factum ipso iure non valet, nec proinde ad ius ex eo hereditas vnquam potest *l. filiusfamilis 16. §. Marcellus 7. qui test. facer. post. l. furiosum 9. C. cod.* Ergo seculum implicat contradictionem is qui agit querela inofficiosi testamenti hoc colore quasi testator fuerit infans, demens, & furiosus. Nam si ei concedatur quod intendit, hoc ipso igitur apparebit malè illum agere ad hoc ut testamentum quod ipso iure nullum est rescindatur.

Ratio decidendi. Is qui proponit querelam non hoc intendit testatorem fuisse dementem aut furiosum quod certè dici non potest quin hoc ipso dicatur testamentum non valere, sed hoc colore impugnat testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator cum suprema ordinaret, quippe qui ritè quidem fecerit testamentum & seruatis sollemnibus iuris, sed non satis rectè neque ex officio pietatis quam qui violat, cum necesse sit eum ita facere aut malitiosè & perfidè, aut stultè ac demeter, humanior videtur ista interpretatio ut per insaniam ac furorem potius quam per malitiam &

victoria non prodesset, sed aliis proximioribus ab intestato successeris. Si enim stultè facit qui se vixat inanibus sumptibus in ea lite cuius victoriam sperare vix possit, adhuc tamen stultus facit qui eam litem exercet in qua etiam si obrineret, nullum tamen ex victoria fructum sperare possit. Nam nec iure pratorio admittuntur cognati nisi post agnatos *d. l. v. end. cogn. §. placebat. Inst. de legit. agna. §. success.* Quamquam hoc hodie immutatum est à Iustiano qui veteres istas agnatorum & cognatorum differentias in successione intestati sublatas voluit Nouel. *l. 8. de heredib. ab intest. venient*. His igitur tot rationibus motus cogor dicere legem hanc siue à Triboniano alisque compositoribus, siue ab interprete aliquo corruptam fuisse, & ex Vlpiano legendam ita esse, *Sciendum est, frequenter esse inofficiosi querelas. Omnibus enim de inofficioso licet disjungere.* Hodie non idem dici potest, non quia sit in totum, sublata querela ut malè quidam putant sed quia ius eius valde fuit immutatum & conturbatum ex Iustiani constitutionib. praesertim ex *l. omnimodo 30. C. b. t. & Novel. 15. et cum d. app. d. cogn. §. 2. aliud quoque capitulum* Ita ut vix hodie alio casu possit locus esse querelae quā in quo testator filium vel parentem vel fratrem exheredauerit adiecta quidem causa eaque iusta sed de cuius veritate disputari oportet. Non enim aliter id quā per querelam fieri potest, ut probaui pluribus in Errorib. pragmat. vbi vide. Iunge quae dicam ad *d. l. 6. §. si quis ex his infra*.

perfidiam ita fecisse testator existimetur. Et quamuis hic color tantum sit impugnandi testamenti, tamen effectu non caret. Nam cum rescinditur testamentum per sententiā Centumuirorum ad quos cognitio ista olim pertinebat *l. Titianus 7. h. t. nō pronunciatu* testamentum si ipi vel rescindi debet, sed testatorè intestatū decessisse pro ea salte parte pro qua fuit proposita & vicit querela *l. posthumus 6. §. si quis ex his infra 2. §. post 7. co. non minus quā si testator verè demens ac furiosus fuisset. Eademq; ratio facit ut pro qua parte testator sit intestatus, pro eadē corruant etiam omnia eo testamento siue relicta, siue imperata. Et ut intelligas non tā id fieri in consequentiā necessariā rescissi testamenti, quā quia hoc colore rescissum fuerit testamentum quasi testator fuerit demens, infans & furiosus. Nec si deicommissa valent quae testator in eo testamento reperierit ab heredib. intestati, tanquam ab intestato saltem praestanda. Nempe quia demens & furiosus non magis ab intestato quā ex testamento si deicommissa dare potest *d. l. Titia 13. in fi. l. nec si deicommissa 36. de leg. 3.* quod tamen secus esset si qua alia ex causa testamentum corrueret vel ab initio minus ritè minùsque sollemniter factum inueniretur *l. generaliter 24. §. ex testamento. De fideic. libert. 7. l. 1. C. cod. l. pen. §. vlt. de leg. cum similib.* Hodie ex Iustiani constitutionib. hoc quoq; immutatum est, id est, ex Nouel. *15. ut cum de appel. cogn. §. aliud quoq; capitulum*. Nec solum quantum ad formā agendi, quod vnum videtur Bartol. obseruasse (nec enim hodie color*

color iste queritur ut testator demens & furiosus fuisse dicatur, sufficere proponere non esse veram causam exheredationis aut praeiterationis quā testator suo testamento instruerit) verum etiam quantum ad effectum actionis quoniam hodie ut pro per querelam testamento ex causa siue exheredationis, siue praeiterationis quae pro exheredatione habeatur, institutiones tantum corruunt, cetera verò omnia eo testamento relicta firma permanent, ut iure quoque testamenti & debeantur, & peti possint *Ambr. ex causa. C. de lib. praeiter. quae sumpta est ex dict. Nouel. 15.* quod certè fieri nullomodo possit si hodie testamentum rescinderetur per querelam eo ipso colore quo antea, quasi testator demens fuisset ac furiosus. An non igitur hodie querela esset odiosa vel olim? Non vixque tantopere, quia neque totum testamentum subuerit, neque tam indigno colore. Sed tamen odiosa semper est, quia subuertit institutionem ex qua praecipue testamentum relinquitur *l. quod per manus 10. §. de iur. codicill. l. 2. §. prius autem. D. de vul. & pupill. sub. iur.*

## 3. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

**I**nofficiosum testamentum dicere, hoc est, allegare, quare exheredari, vel praeteriti non debuerit, quod plerumque accidit, etiam falsò parentes instimulati liberos suos, vel exheredant, vel praeteriunt.

## Ad l. inofficiosum 3.

Ratio dubitandi. Lex duodecim tabularum permittit cuiilibet citi Romano facienti testamentum de bonis suis pro arbitrio disponere illis scilicet verbis quā latissime patentibus *Patrisfamilias uti super sua re legasset ius esse. l. v. h. t. §. 120. de verbor. signific. Cui non dissimiliter Iustianus Nouel. 22. de mupt. disponat, inquit, testator & erit lex. Nec sanè quicquam est quod homini magis debeatur, quā ut supremae voluntatis postquam aliud iam velle non potest, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium *l. 1. C. de furof. coctof. publicèque non restit suprema defuncti hominis iudicia exitum habere. l. vel negare 67. testam. quemadmod. aper.* Ergo quem testator praeteritum, vel exheredatum esse voluit eum pro bene praeterito vel exheredato haberi oportet, nec quicquam causae est cur ex hac causa testamentum ipsius per querelam rescindatur, aut cur infans vel furiosus videri debeat qui iure suo dataeque sibi per legem potestate usus est *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Nam & dici solet, quod sit lege permittente poenā non mereri vulg. *l. Gracchus 5. C. ad l. Iul. de adulter.* Quod si in ceteris testatorib. haec vera sunt, multò magis in patribus obtinet qui liberos habet in potestate. Cur non enim pro arbitrio & impune possint eos praeterire vel exheredare, quos olim etiam occidere licebat *l. in suis 11. §. de lib. & post. l. vlt. C. de p. r. potest.**

Ratio decidendi. Latissima illa potestas quae per supradictam legem 12. tab. tributa fuerat, & heredis instituendi & legata & libertates dandi & tutelae quoque constituendi, & in summa quicquid testator vellent pro arbitrio faciendi, ea postmodum conangustata est ut debuit partim interpretatione notarum legum quae legem illam veterem 12. tabul. secuta sunt, partim auctoritate & magistratuum & prudentum iura constitutionum: quemadmodum Pomponius scribit in *d. l. v. h. t. §. 120.* Inter cetera verò quae prudenter interpretatio & auctoritas pri-

a *Sed velle quidem fecit testamentum.* Malo legere ritè quā ritè. Sunt enim ista longè differentia. Ritè fit quod fit ex more & ritu solito, id est seruatis sollemnibus licet minus rectè minùsque iuste factum sit. Rectè verò quod fit omnino bene, id est non minus iuste quā ritè. Itaque plus est rectè quid fieri quā ritè. Quicquid rectè fit, etiam ritè fit sed non contra. In proposito autem implicat contradictionem ut testamentum rectè factum sit, & tamen non ex officio pietatis. Quid enim minus rectè fieri potest quā quod fit contra pietatem, & ipsius naturae religionem, ut Constantinus loquitur in *l. liberi 23. C. hoc titulo?* Planè nihil impedit quominus ritè factum sit, nec tamen ex officio pietatis factum dici possit. Testamentum quod ritè factum non est, id est, in quo aliqua iuris sollemnitas defuerit ipso iure nullum, in iustum, nulliusque momenti est *l. 1. §. de iust. rupt.* Quod autem ritè quidem, sed non rectè factum est valet sanè ipso iure, sed ita ut possit & debeat rescindi. Is ergo demum turo testatur non qui ritè sed qui rectè testatur.

mum induxit, illud fuisse videtur, ut non aliter patrisfamilias qui liberos in potestate haberet, ratum esset testamentum, quā si eos vel instituisset nominatim, vel exheredasset, cum etiam viuo patre quodammodo rerum paternarum domini esse videantur, eo verò defuncto non tam in alienis bonis succedere, quā liberiores rerum suarum administrationem nasci dicit. *l. in suis 11. §. largius de success. edict.* quippe quibus parentes omnia sua ex voto patet *l. nihil inter. §. 50. §. sed non quid. §. de bon. libert.* Cum verò eueniret ut haec quidem sollemnitas quam prudentum interpretatio inuenerat patres satisfacerent, sed tamen exheredationum liberorum potestate ac licentia sibi data passim abuterentur, multis exheredantibus liberos immerecentes siue falsis aduersus liberos instimulati suspitionibus, siue temerariis & iniuris odiis, siue demerique nouercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti visum est prudentibus huic quoque malo prouidendum esse, nec usque adeo indulgendum parentibus qui aduersus liberos suos tantam iniuriam testamento inducerent, ut pietatis officia negligere ac violare ipsis impune permitteretur. Nam & publicè interest ne quis suo iure & imperio etiam in seruos suos nedum in liberos abutatur *§. 1. Inst. de his qui sui vel alieni iur. sunt.* In eam igitur rem necesse fuit comparari remediū querelae, eiq; colorem illum quem diximus adferri furoris & insaniae, ut metu tanti pericoli testatores in debito pietatis officio continerentur, nec in tanta pro arbitrio testandi licentia impie ac impune simul in posterum vagarentur, sed ita demum liberos suos exheredare possent si liberi primū pietatis parentibus debitae officia violassent, & ingratitude culpam aliquam contraxissent. Putat vir doctissimus Iacob. Cuiacius lege Glicia inductam fuisse querelam, sed parum probabiliter, ut dixi ad *l. 1.* nec fuit necessaria lex vlla ad constituendum ius illud, quod induci potuit interpretatione prudentum



tum, quæ scilicet iuris ciuilibis partem maximam constituit, ad eoque ipsum iuris ciuilibis nomen proprium sibi fecit, ut ait Pomponius in l. 2. §. his legibus. *supr. de orig. iur.* Postea verò quàm inuentum est remedium querelæ per quam patrum quoque testamenta subuerti possent, facile ad remedij communionem aduulsi sunt cætera quoque personæ omnes quas nec institui nominatim nec exheredari necesse erat, quæque poterant ideò impune præteriti quod earum præteritio pro exheredatione haberetur, ut si mater liberos aut liberi matrem præterissent. Nam de liberis emancipatis, neque tractatum, neque tractandum fuit cum pro extraneis penitus haberentur. *l. quinctiam 55. in fin. de ritu nupt.* quousque prætor temperans & corrigens asperitatem iuris ciuilibis fecit ut rescissa emancipatione in liberorum numero haberentur. *l. 3. §. si emancipatus, & p. si. j. de bonor. poss. contr. tabul.* Hoc ergo initium, hic progressus fuit querelæ inofficiosi testamenti.

*a. Quare exheredari vel præteriri debuerit.* Deest negatio, qua addita sic legendum est *quare exheredari vel præteriri non debuerit.* Isto enim iure Pandectarum nõ sufficiebat ei qui querelam proponeret ut se immerèter præteritum, vel exheredatum esse diceret, sed necesse etiam erat ut hoc ipsum doceret. *l. 3. §. 1. in illis verbis docere immerentem se, & c. l. liberi 28. C. cod. quod tamen hodie secus est.* Primum enim Iustinianus induxit in *l. omnimodo 30. C. cod.* ut si testator liberos suos erga se ingratos fuisse dixerit, heres ingratitudinem istam legitimis modis arguere, id est probare teneatur. Si verò pater nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, nec heredi liceat ingratos eos nominare, & quæstionem hanc introducere, an ingrati fuerint, necne. Postea verò idem Iustinianus addidit *d. Nov. 11. ut cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, ut non sufficiat quod pater liberos suos in testamento ingratos nominauerit, & tanquam tales exheredauerit, nisi etiã ingratitudinis & exheredationis causam certam expresse rit, quæ subinde per heredem præcisè probetur, ita ut si aliam ingratitudinis speciem probare velit, quam testator non expresse rit, minimè sit audiendus. Nec liberorum duntaxat fauore ita constituit Iustinianus, sed cæterorum etiam omnium qui de inofficioso queri possunt. Legamus igitur in hac lege, quomodo Marcellum scribere necesse fuit, inofficiosum testamentum dicere, nihil aliud esse quàm allegare & docere quare exheredari vel præteriri non debuerit is qui querelam proponit, id est, probationem præstare, quod obsequium debitum iugiter prout ipsius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuerint, ut Constantinus loquitur, tractans de parentis testamento in *dist. l. liberi.* Nisi fortè probabilis quis putet

consulto delectam hanc negationem à Triboniano & compositoribus respicientibus ad supradictas Iustiniani constitutiones: quæ & allegandæ ingratitudinis necessitatem transulerunt in testatorem, & probanda in heredem. Ita enim sit ut hodie quisquis agit querela inofficiosi testamenti satis habeat allegare non docendo & probando, ut antea, sed tantum interrogando, quare debuerit præteriri vel exheredari, Vincit enim omnimodo in querela, non si testator nullam causam ingratitudinis certam expresse rit (hoc siquidem casu testamentum ipso iure nullum est quali facta exheredatione) sed si causam à testatore expressam heres probare non potuerit. *d. §. aliud quoque capitulum.*

*Præteriri.* Ratio dubitandi. Querela inofficiosi non potest proponi aduersus testamentum quod sit ipso iure nullum, cum neque nascatur ante aditam hereditatem. *l. Papinianus 8. §. si conditioni. j. hoc titul.* aditam autem non possit hereditas ex eo testamento quod ipso iure non subsistit, ad eoque nec si ab initio constitit. si postea ruptum fuit. *l. 1. & 4. & 10. tit. de iust. rupt. l. v. utre 34. de acquir. hered.* Atqui testamentum nullum est in quo filiusfamilias præteritus fuit. *d. l. d. in iust. rupt. ad eò ut nec si filius viuo patre decedat, testamentum tamen conualecat. l. si filius 7. l. G. alius 29. §. in omnib. & l. inter cetera 30. de iul. & p. s. b.* Ergo cum filius præteritus est, non oportet tractari de querela.

Ratio decidendi. Lex hæc generaliter loquitur de querela inofficiosi, & consequenter ad omnes pertinet qui de inofficioso queri possunt: in eo autem numero non tantum sunt liberi in potestate constituti, sed etiam ceteri, puta qui matris aut aui materni testamentum impugnare velint. Nec enim matres habent suos heredes & liberos in potestate. *l. iud. 4. §. ad testamentum. j. de bonor. poss. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adop.* Item in eo numero sunt parentes, qui etiam de inofficioso liberorum testamento possunt dicere. *l. pater filium 14. & seq. j. hoc titul.* Atqui omnes isti præteriri impune possunt, quia eorum præteritio habetur pro exheredatione. *§. ut. inst. de exhered. liber.* Nec minus necessaria iis est querela ad impugnandum testamentum, quàm si essent exheredati. *l. filiam præteritam 15. C. hoc titul.* Ergo quod hæc dicitur de præteritione non ad liberos in potestate constitutos referendum est, sed ad alias omnes personas quarum præteritio habetur pro exheredatione, sicut & quod scriptum est in *Authen. ex causa. C. de liber. præter. ut probauit pluribus in locis in errorib. pragmatic.* Quod verò de exheredatione additur ad omnes indifferenter pertinet. Idque probatur etiam ex *l. 5. j.* quæ cum hac coniungenda est, ut ibi dicam.

#### 4. G A I V S libro singul. ad legem Glitiam.

**N**on est enim consentiendum parentibus qui iniuriam aduersus liberos suos testamento introducunt, quod plerumque faciunt, malignè circa sanguinem suum in ferentes iudicium, nouercalibus delinimentis, instigationibusve corrupti.

##### *Ad l. non est enim 4.*

Ratio dubitandi. Nullus affectus potest vincere paternum aut maternum. *l. vlt. C. de cura. furios. l. isti quidem 8. in fi. §. quod mer. cau.* nec proinde vnquam malignè de parentum erga liberos voluntate & adfectione suspicandæ est. *l. pen. §. 1. j. de rit. nupt.* cum pa-

rentum omnium cõmune vorù illud sit, ut liberis suis omnia parent. *l. pen. §. sed nunguid. j. de bon. liber. liberisq; suos habeant non tantum superstites, sed etiã successores. l. scripto 7. §. vlt. j. vnd. lib. l. nam et si 51. j. h. tit.* Ergo si quando accidat ut liberi à parentibus præteriti sint vel exheredati, credendum in dubio

dubio & præsumendum est, malè de parentibus meritis fuisse liberos, potius quàm cogitasse parentes de iniuria liberis inferenda, & malignè que circa sanguinem suum affectos exstitisse.

Ratio decidendi. Ea ratio faciebat quidem olim ut præsumptio esset pro parentibus qui liberos suos vel præterissent vel exheredassent, utque idcirco probandi onus incumberet liberis quod pietatis officia omnia iugiter præstitissent. *l. liberi 28. C. hoc tit.* Sed cum præsumptio semper cedat probationi & veritati. *l. si chirographum 24. & seq. l. imperatores 29. in fin. & pass. de prob.* quid aliud, obsecro, dicendum aut præsumendum est, postquam filius probauit, nihil vnquam à se factum esse aduersus officia pietatis, nisi quod pater malignè circa sanguinem suum fuerit affectus, siue nouercalibus delinimentis instigationibusve corruptus (quis enim nec sit iniusta nouercarum in priuignos odia, & quibus artibus pelliciant, prouocentque maritos ad prioris matrimonij prolem quantumuis innocentem malè tractandam?) siue falsis relationibus, malivè suspitionibus instigulatus, ut scriptum est in *lege præcedit.* Hodie verò, fauorabilius multò agitur cum liberis, pro quibus etiam præsumi voluit Iustinianus in *l. omnimodo 30. C. hoc tit.* & Nouell. 115. ut cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capi-

telum, quasi nullam præteritionis aut exheredationis causam parentibus dederint, nisi & eam parentes specialiter expresse rit, ad eoque vnquam ex his quas Iustiniani constitutio pro bonis & iustis habet, & à parentibus expressam heredes probent: Ita ut nec audiatur heres si velit probare, vel ingratos fuisse liberos quos parens tamen ingratos non nominauerit, vel aliam ingratitudinis speciem admisisset, quàm quæ parentis testamento expressa fuerit. Vtrumque ut puto, non tam odio parentum aut fauore liberorum (nam & idem pro parentibus constitutum est, si fortè velint aduersus liberorum testamentum dicere de inofficioso) quàm odio querelæ, quæ nihil nisi impietatem obtendens, duras illas & piis amibus aduersas quæstiones inducit, An parens erga filium impius fuerit, An filius erga parentem. Hoc enim esse videtur, quod Iustinianus significare voluit in *d. l. omnimodo*, iis verbis *nõ licebit eius heredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi quæstiones introducere.* Quàm ergo æquum esset ab iis faciendis, & parentes, & liberos abstinere, de quibus etiam factis iustissimam querelam propitiis auribus vix audire pius legislator possit? Ad eò malefactorum memoriam quoque nedum exempla obliterari & aboleui penitus vellet, si fieri posset. Cætera dixi ad *l. prox. supr.*

#### 5. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

**N**am & his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi: cum & de matris testamento agant, & obtinere assidue soleant.

##### *Ad l. nam & his 5.*

Hæc lex cum sit Marcelli, sumptiq; ex libro eius tertio Digestorum ex quo etiã *l. 3. supr. hoc tit.* coniungi cum ea debet, nõ cum *l. prox. præcedite.* Nam cum in *d. l. 3.* non de patribus tantum sed generaliter de parentibus tractasset Marcellus, qui falsò instigulati liberos suos vel exheredant vel præterunt, subiiciendum fuit, ita generaliter locutum fuisse de parentibus Marcellum & de liberis non solum exheredatis sed etiam præteritis, quia non tantum liberi in patris potestate constituti de inofficioso eius testamento dicere possunt, sed etiam qui non ex masculis descendunt, sed ex feminis siue matris siue aui materni testamentum impugnare quis velit, quo casu non tantum de liberis exheredatis tractari potest, ut cum agitur de liberis in potestate, sed etiam de præteritis quod eorum præteritio habeatur pro exheredatione, ut dixi ad *l. 3. in fin. supr.*

*a. Facultas est agendi.* Intellige, cum spe obtinendi. Nam & cæteris omnibus qui de inofficioso agere volunt, liberum est, quamuis nullo sanguinis iure testatorem contingant, sed ita tamen ut obtinendi spem vix vllam habere possint, ut dixi ad *l. 1. supr.* Idque ostendit quod sequitur

*b. Cum & de matris testamento agant, & obtinere assidue soleant.* Ratio dubitandi. Mater nõ habet liberos in potestate. *l. mulierem 5. C. de adop. l. illud 4. §. ad testamentum. j. de bon. poss. contr. tabul.* id eoque nec instituere illos cogitur nec exheredare, sed silentio eos præterire potest, nec eò minus valet testamentum. *l. filiam præteritam 15. C. hoc tit.* Neque testatus filius matri agnatus dici potest, quomodo est patri. *l. filius 12. j. de suis & leg.* Ob eamque causam ex lege 12. tabul. nullus liberis ad maternam successione ab intestato aditus patebat, cum ea lex non nisi de

suis heredibus, & de agnatis locuta esset iis verbis, *si filius heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Etsi autè cæpit postea ex SC. Orficiano ita ius esse, ut intestatæ matri possent liberi succedere, sicut & mater liberis ex SC. Tertij, etiam ante agnatos. *l. 1. & 101. tit. j. ad SC. Tertij. l. & Orfic.* Nihil tamè iis senatusconsultis cautum fuit de successione testatæ, sed tantum, de causâ intestati. Proinde quod ad causam testati pertinet, videtur ius vetus mansisse incorruptum, ut libera sit matri de bonis suis disponendi facultas in præiudicium liberorum, & contra liberis quoque in præiudicium matris. Satis enim utrique & matri, & liberis esse debet, quod hodie ad intestatam successione admittantur, à qua penitus olim arcebantur, arg. *l. 1. §. merito. insti. quond. ag. de pecu. annual. est. l. cum qui 30. j. de iure iur.* nec illud etiam iis indulgendum est, ut possint contra testamentum per querelam venire. Nam & aliis plerisque casibus euenit, ut qui potest ab intestato succedere, testamentum tamen impugnare non possit, ut in *l. pr. §. sed ne articulum. C. de adop. l. vlt. C. de natur. libe.* Nempe quoniam qui succedit ab intestato intelligitur succedere ex tacita patrisfamilias voluntate & quasi tacite institutus. *l. 3. in princ. l. consuevitur 8. vers. sed id eò. j. de iur. codic. l. ab exheredati 126. de legat.* Qui verò querelam proponit, is contra expressam voluntatem venit, cuius in dubio semper præcipuus fauor est, & maior quàm querelæ. *l. si pars 10. j. hoc tit.* At neq; dici potest factum esse per interpretationem prudentum ad legem 12. tabul. ut possint liberi queri de inofficioso matris testamento, quemadmodum supra diximus per eam interpretationem inductum esse ius querelæ pro liberis contra testamentum patris. Prius enim faciendum fuit, ut liberi possent intestatæ matri succedere, quàm ut de inofficioso eius testa-

mento queri possent, cum non aliis detur querela quam quibus debetur legitima *l. cum queritur 6. C. hoc tit. l. P. epinian. 8. §. quoniam autem. j. eod. legitima autem est metur ex comparatione successioneis intestati, quia est portio portioneis ab intestato contingentis *l. qua mper 31. C. eo. Atqui prudentes non poterunt facere, ut possent mariti succedere liberi, vel mater liberis, in eamque rem fuit idem necessaria autoritas senatusconsultorum *l. senatus 7. §. de capir. mimi. Ergo neque per eorum interpretationem fieri potuit, ut liberi contra matris testamentum haberet querelam, aut matres aduersus testamentum liberorum. Ratio decidendi. Ius proponenda querelae estimatur, ut proximè dictum est, ex comparatione successioneis intestati, non quidem affirmatiue quasi omnibus qui ab intestato possunt succedere legitima debeatur, & querela in effecta competat (saltem enim illud est cum ultra fratres nullus ex legitimis successoribus in ea causa sit) sed negatiue, ut cui legitima successio deferri non potest, ei nec legitima successioneis legitima portio vlla debeatur, *d. l. cum queritur. Itaque sicut ante Senatusconsultum Tertullianum & Orficiapum nullus poterat esse locus quaestioni, An filio danda esset querela contra matris testamentum, aut matri contra testamentum filij, cum ab intestato inuicem succedere non dum possent, ita postquam cepit ius matris ab intestato successioneis inter eos inductum esse ex supradictis senatusconsultis, cepit etiam fieri locus interpretationi prudentum ad ea senatusconsultum, quomodo antea ad legem duodecim tabularum, ut exinde possent liberi de inofficioso matris testamentum conueni si ab ea inmeretes prateriti, vel exheredati fuissent, & vicissim mater à filio praterita non minus quam si pater à liberis prateritis, vel liberi à patre iniuste exheredati proponerentur. Non tam ob id solam quod inter matrem & liberos inductum esset mutuum ius illud successioneis intestati, quam ob coniunctam quoque rationem illam que inter patrem & liberos idem ius querelae primùm induxerat, quod non minus matris quam patris hereditas****

**I** Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa (ut dixi) est docere immerentem se, & ideo & indignè prateritum, vel etiam exheredatione summotum. Resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum iniucè ordinaret.

6. VLPANVS libro 14. ad Edictum.

**P**osthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, vel legitimus potuisset fieri, si in vtero fuerit mortis eorum tempore. Sed & cognatorum, quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo eis imputatur, cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare. Non enim interdicitur testamento factione. Hoc planè imputare potest, cur cum heredem non scripserit, potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula *de ventre in possessionem mittendo*. item natus secundum tabulas haberet. Simili modo & cum, qui post testamentum factum, ex se eto ventre, extractus est, posse queri dico.

*Ad l. posthumus 6.*

Ratio dubitandi. Posthumus non potest dici suus heres aut legitimus quandiu in vtero est, quia prius est ut sit homo. *l. vtr. §. De collat. Partus autem nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur *l. in falcidia 9. §. 1. ad leg. fal. Ergo posthumus qui in vtero fuit mortis tempore non potest queri de inofficioso testamento, ne quidem eius cui suus he-**

res aut legitimus fieri nascendo potuisset, quia verum est inspecto testamento & mortis tempore nullam ei factam esse iniuriam, qui tunc si iam in rerum, certè non in hominum natura fuit, cum homo nondum esset. Nec videtur ad rem facere quod qui in vtero est habeatur pro nato quantum ad ea quæ ad ipsius comòdum pertinent *l. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. §. de stat. homin. Id enim ad cau-*

ad causam successioneis intestati pertinet, ut quandiu posthumus aliquis speratur, legitima hereditas proximo agnato non deferatur, sed ipsi posthumo quando cumque postea nato *d. l. 26. sed non ad causam testati, ut ex eo apparet, quod prateritio posthumo non facit testamentum patris ipso iure nullum, quomodo faceret prateritio filij iam nati *l. 2. §. de inoff. rupt. Et quamvis posthumus prateritus nascendo rumpat testamentum, si tamen postea viuo adhuc patre moriatur, testamentum conualescit, hæcenus saltem ut bonorum possessionem secundum tabulas cum re ex eo testamentum obtinere heres scilicet possit *l. posthumus 12. eod. quod non ita est filio iam nato eodemque praterito ante patrem defuncto *l. si filius 7. §. de liber. & posthu. Atqui non potest tractari de querela nisi factò testamento aditque ex eo hereditate *l. P. papinianus §. §. si conditioni. §. l. si quis filium 34. in fi. C. eo. Quod si nomen ipsum sonat querelam inofficiosi testamenti. Ergo nulla ratio est, ut posthumus, sine praterito, sine exheredato detur villo casu nisi sanè velis imputare testatori cur non decesserit intestatus, ut ad eius legitimam successioneis posthumus quando cumque natus aspirare possit. Atqui fuerit ridiculum hoc dicere, nec quod, quam index propitius auribus vnquam audiat posthuma hoc allegatum, quia neuisi interdicitur facitione testamenti, quam lex 12. tabu. verbis generalissimis & latissimis cuiuslibet patris familias cum Romano dedit *l. verbis legis 120. de verbo. sign. C. tangitur in querela inofficiosi de illo tantum queratur an testator fuerit sanæ mentis, an verò aliquid contra pietatem fecerit eo præcisè tempore quo supremum animabat. *l. proxim. in fin. sup. eo autem tempore posthumus non iam esset homo, cui proinde nulla poterat adhuc pietas deberi, consequens est, ut non sit admittendus ad querelam inofficiosi, ne quidem contra testamentum patris sine prateritis, sine exheredati fuisse proponatur. Nam si prateritus fuit, utique agnoscendo rumpit testamentum, nec proinde locus vllus querelae proponenda relinquitur, quia testamentum iam ruptum agnitione posthumo, rescinditur amplius per iudicium Centumuirale non potest. Si verò exheredatus cum nullam ingratitudeis culpam, nec exheredationis causam admittere poterit, credendum est non nisi bona mente fuisse illum exheredatum. Multi enim non notæ causa exheredant filios, nec ut eis obliuiscunt, sed ut magis eis consulant *l. multi 18. §. de liber. & posthu. Quis verò permittat, siue posthumo, siue filio iam nato, ut de ea exheredatione conqueratur, quam pater fecerit bona mente? An fortè insanus fuisse potest videri pater, qui id egerit ut filio prospiceret, siue nato, siue nascituro? Ratio decidendi. Posthumus & quandiu in vtero est, habetur pro iam nato quod ad causam successioneis attinet *d. l. qui in vtero 26. de stat. homin. l. in est gendus est 15. §. de verb. signific. & postquam natus loco eius est, qui iam ipso testamento tempore superstes fuit *l. si primo 8. in fi. §. de liber. & posthu. Et ea res facit, ut perinde institui debeat aut exheredari à patre, ac si iam natus esset, non quasi prateritus faciat testamentum ipso iure nullum, quomodo faceret filius iam natus, (potest enim non nasci, neque lex interim certa est quid futurum sit) sed ne nascendo rumpat *d. l. 1. & 2. de inoff. rupt. l. inter cetera 30. & pass. de lib. & posthu. quia & cum nascitur, iura sui heredis***********

nascitur, quamvis testamenti tempore non fuerit in patris mortis potestate *d. l. vtr. §. de collat. Ergo si non prateritus fuerit à patre sed exheredatus, perinde danda ei est querela, ac si ians testamenti tempore natus fuisset, cum ius proponenda querelae nascatur, ut supradictum est, ex dupli. ci illa simul iuncta ratione pietatis & legitima successioneis. Non minus autem sit in prius pater qui posthumum, quam qui filium iam natum mala mente ac notæ causa exheredat, Imò rantò impientior, quanto certius est nullam exheredationis causam à posthumo committi potuisse, adeoque nec ab infante *l. si quis suo 13. §. 1. C. hoc tit. Et si olim ita ius erat ut postea pater etiam iustè posthumum exheredare, si uxoris pudicitiam iustè suspectam haberet, ut hac ratione mulieres in pudicitia continerentur, scientes alioqui fore, ut partum ederent miseritimum temper futurum, perpetuamque egestate laboraturum. Quo exemplo illud etiam receptum fuit, quod tamen erat longè odiosius, ut etiam infantem suum postea mater tanquam ingratum exheredare, si modò id faceret odio mariti ex quo infans ille progenitus fuisset, ut ex Paulo Iustin. refert in *d. l. si quis suo §. 1. Non quòd pater posthuc iam à viro atque à muliere legislator exigeret, sed ut hoc etiam metu proposito vterque coniugum ad eam maritalem concordiam retinendam magis ac magis invitarentur, sine qua nec diu nec feliciter stare matrimonium potest. Ex quo apparet loqui nos de exheredatione non qua bona mente, sed qua notæ causa & malo animo facta sit. Bona enim mente facta exheredatio tantum dicitur, cum filio exheredato pater dat fideicommissam hereditatem *d. l. militi*, ut scilicet lubrico tutela præferat remedium fideicommissi, quemadmodum in *l. 3. §. cum Bollidum. in fi. de vj. Extra hunc casum quo posthumus aut à patre odio matris, aut à matre odio patris mala mente exheredatus fuisset, poterat ille habere querelam inofficiosi, in qua non de ipsius posthumi meritis aut demeritis queri poterat, sed de persona parentis cuius odio fuerat exheredatus, ut si odium iustum fuisse probaretur, iusta quoque esse exheredatio crederetur, iniusta verò si iniustum, arg. *l. 3. §. si emancipatus. in fi. de bonor. poss. contr. tabul. Et verò non minus impie testatur qui posthumo suo heredi facit iniuriam, quam qui filio iam nato, si modò quando cumque postea nascatur. (Hoc enim semper addendum est quoties de posthumo disputamus *l. is cui 16. §. et legat. seu fideicom. nom. caueat*, quia posthumus qui nunquam nascitur perinde habetur in omnibus acti nec vnquam cõceptus fuisset *l. vtrum ita 7. in princip. de reb. dub. Proinde imputari ei potest non cur intestatus minimè decesserit, sed cur non scripserit heredem posthumum, postquam placuit posthumum qui cum nascetur suus heres futurus sit, aut ut melius dicam, qui si viuo testatore natus fuisset suus ei heres futurus erat, institui hodie posse, ne prateritus & quandoque natus rumpat testamentum *l. placer 4. de liber. & posthu. quamvis antea institui ex ratione iuris nullo modo posset tanquam cuius persona incerta esset, ac in quam iudicium certum conferri non poterat §. incertis 2. in fi. de legat. De quo videnda sunt quæ scripsi pluribus ad *l. Galus 29. de liber. & posthu. lib. 9. c. 10. Coniicitur. Illud sanè certum est non posse hodie posthumum mala mente exheredari, cum nullam********



possit ingratiudinem committere ex his prefer-  
 tum quas Iustinianus certis praescripsit & enume-  
 ravit in d. §. *quod quocumque capitulum*. Nec rursus pos-  
 sit odio patris exheredari & odio praegravari d.  
*l. si quis suo §. 1.* Sed an non saltem bona mente po-  
 teat exheredari si hoc vultus parenti videatur? Ita  
 puto, Ne quod in liberorum favore Iustin. con-  
 stituit in eorum odium retroqueatur *contra L. nulla*  
*27. §. 1. de leg. 1. quod favore C. de ad. penult. C. ad*  
*SC. 1. rebell.*  
 a *Quibus suis heredes vel legitimus potuisse fieri*. Quod  
 ait de posthumo suo herede non iam ad patris te-  
 stam. cum referri potest aut aut patrem si pater vi-  
 vo aut decesserit, quia nec alij suis heres adnati  
 posthumus potest. Quod verò addit de legitimo,  
 referendum est ad fratrem qui si consanguineus  
 saltem fuit legitimam heredem habere posthu-  
 mum fratrem potest *quod in vtero §. de fr. bon. in*  
 Cetero magis notandum quod vltra fratrem sunt, ead-  
 em quidem ratio est hactenus, ut & ab intestato  
 succedere posthumus possit si mortis tempore  
 proximior reperitur, at non etiam, ut de ineffic-  
 ioso eorum testamento queri possit in suo pro-  
 prio, & cum spe obtinendi, sed tantum quasi ex-  
 tiancus quilibet ad huiusmodi accusationem tan-  
 quam quae publica sit admittendas, ut dixi ad *l. si*  
*supr. quoniam vltra fratres nemo potest in quere-*  
*la obtinere, cum nulli legitima debeat*. Longè  
 tamen maior est ratio dubitandi in posthumo le-  
 gitimo herede quam in suo, eam quoque eam de  
 fratris consanguinei testamento agitur. Nam fra-  
 ter posthumus fratri testatorum quantumvis con-  
 sanguineo alienus posthumus est, cui scilicet suis  
 adnati nunquam potest. Si quidem suis heres ille  
 dicitur, imp. & in noventis potestate est, & pri-  
 mum in familia locum obtinet quantum ad cau-  
 sam succedendi *l. si suis familias 337. de testam. in-  
 tit. l. scripto 7. in princ. vnde liber*. Atqui etiam post-  
 humus viuo fratre suo consanguineo natus fuit-  
 set, nunquam tamen in eius potestate nasci po-  
 tuisset, quia frater fratrem non habet in potestate.  
 Ergo posthumus fratri suo alienus fuit ex defi-  
 nitione posthumi alieni posita in §. *posthumus quo-*  
*que in §. de leg. & consequenter institui ab eo he-*  
*res non poterat Vlpiani temporibus, & ante Iu-*  
*stiniani constitutionem qua primùm fecit ut ce-*  
*perit alienus posthumus cognitus esse iuri civili,*  
*ut gloriatur ille initio tit. De bon. poss. Instit.* Ergo si  
 permittamus posthumo quem frater consanguine-  
 us, vel exheredaverit, vel praeterierit (nam &  
 fratris praeteritio pro exheredatione habetur) ut  
 queratur de inofficioso fratris consanguinei testa-  
 mento, non de alio videbitur ille conqueri, quam  
 cur frater ille consanguineus non decesserit inte-  
 statatus. Alioqui quid potest videri peccasse frater  
 quod posthumum fratrem non instituerit, quem  
 instituit etiam si maximè voluisset, tamen non  
 potuisset? An forte quisquam insanus aut furiosus  
 dicitur ob id quod non fecerit ea quae facere non  
 potuit? Atqui nemo vnquam apud iudicem possit  
 hoc impetrare, ut cuiquam testatori imputetur,  
 quare non decesserit intestatus. Nemini enim fa-  
 ctione testamenti interdicitur. Ergo non est dan-  
 da posthumo querela inofficiosi contra testamen-  
 tum fratris consanguinei, etiam cui legitimus ab  
 intestato heres futurus fuit. Ratio decidendi. Im-  
 putari potest fratri consanguineo cur fratrem  
 posthumum quem sibi legitimum heredem spera-

re potuit, non scripserit aliqua ex parte heredem,  
 quia etiam si ea institutione non potuisset valere iu-  
 re civili ante eam Iustiniani constitutionem, cuius  
 meminimus, valuisset tamen iure praetorio, ita ut  
 ex ea potuisset posthumus scriptus heres mitti in  
 possessionem ex clausula edicti de *v. m. in poss. mit-*  
*tend. natus verò habere bonorum possessionem se-*  
*cundum tabulas, quam utique semper praetores*  
*dederunt cuilibet alieno posthumo heredi insti-*  
*tuto. Id enim est quod ait Iustin. in §. posthumus in-*  
*stit. Inst. de leg. alienum posthumum heredem in-*  
*stitui, & ante potuisse & hodie posse, Ut nimirum*  
*potuerit ante institui iure praetorio, possit autem*  
*hodie etiam iure civili, quoniam idem Iustin. ex-*  
*plicat initio dicit. Inst. de bonor. poss. §. 1. At qui dicit a-*  
*liquis, querela inofficiosi inuentum est inris civil-*  
*is cui erat omnino incognitus posthumus alien-*  
*us ante supra dictam Iustiniani constitutionem.*  
 Quomodo igitur poterit accōmōdari posthumo  
 querela inofficio est, ob id solum quod potuerit in-  
 stitui iure praetorio? Respondo esse hunc vnum  
 casum ex his in quibus ad proponendam querelam  
 necessaria est bonorum possessio iuris ordinandae  
 gratia, per quam fiat proponenda querela capax  
 ille, qui alioqui capax non esse, ut dicemus ad §.  
*ut huius legis, & ad l. §. 1.*  
 Si in vtero fuerit mortis eorum tempore. Ratio du-  
 bitandi. Querela inofficiosi refertur ad tēpus testa-  
 menti. Is enim qui conqueritur causam suam agit  
 eo colore quasi non sane mentis fuerit testator,  
 cum tam iniquè testamētū ordinaret? *pro. in §. 1.*  
*supr.* At qui tractamus de posthumo qui non fuerit  
 in vtero tēpore testamēti, sed tantum tēpore mor-  
 tis. Ergo non est ei danda querela, cum non possit  
 quicquam imp. & scilicet is videri qui posthumum  
 praeterit nondum conceptū aut qui eam exhere-  
 dauit, quoniam is qui nondum conceptus est, neque  
 pro dōcepto haberi potest, neque pro nato. Longèq;  
 alia causa est successione intestati, quia cum ei lo-  
 cus esse incipiat ex instanti tantum in mortis, sufficit  
 conceptum & in vtero fuisse posthumum eo tem-  
 pore quo praeterfamilias moriebatur, ad hoc, ut pos-  
 sit ei succedere ab intestato *l. vel si visio cum l. pra-*  
*ced. §. de iur. & leg. l. 1. §. si quis proximior. §. vnde co-*  
*gnat. Demique generale est ut quoties de testamēto*  
*queritur, maximè in specie oportet tēpus testamēti*  
*l. si alienum §. 1. §. 1. de h. i. §. 1. Quomō magis in*  
*hoc casu in quo nō de alio queritur, quam vtrum*  
*sanus vel insanus fuerit testator eam fecit testamē-*  
*tum. Consequenter dicendū viderur non alij post-*  
*humo competere querelam, quam ei qui iam fue-*  
*rit in vtero tēpore testamenti. Ratio decidendi. Is*  
 qui testatur non tã de eo tēpore cogitat quo testa-  
 mentum facit, quam de eo quod post mortē suam  
 futura sit *l. 1. §. qui test. fac. poss.* Disponit enim de sua  
 hereditate, quae hominis viventis nulla esse potest  
*l. 1. §. de here. vel action. vend. l. 1. §. pro h. rede.* Proinde  
 imputari ei potestur sine causa praeterierit, vel  
 exheredaverit posthumum quem scivit aut scire  
 debuit posse mortis tempore aut natum, aut sal-  
 tem conceptum inueniri, quamvis testamēti tē-  
 pore necdum conceptus esset, at nec forte se spe-  
 raretur. Finge factum testamentum ab eo, qui tum  
 nec uxorem habebat nec liberos, neque de vxore  
 vnquam ducenda, vel de liberis suscipiendis cogi-  
 tabat. Adhuc imputari ei potest cur non praevide-  
 rit quod potuit evenire, arg. *l. si quis do. num §. 1. r.*  
*§. locat. l. Gallus 29. in §. 1. & §. & quid si tam in v. &*  
*pass. de*

pass. de liber. & posthum. Nec enim potuit minùs in-  
 titui posthumus nondum dōceptus, quam qui iam  
 conceptus est. latiusque patet hac parte, ut & in cæ-  
 teris omnibus causa testati, quam intestati, Ad eò  
 ut ei quoque possit reliqui hereditas & legatum  
 & fidei commissum qui nec in hominum, nec in  
 rerum natura sit ipso etiam tempore mortis, si mo-  
 dō aliqua condicione delatio suspendatur, tempo-  
 re autem condicione existentis reperitur conce-  
 ptus is, cui relicta fuit *l. si in personam 21. C. de fi-*  
*deic.* Nec quisquam dubitat quin rumpatur testa-  
 mentum patris, agnatione posthumi post multos  
 annos concepti, quia potuit pater & debuit eum  
 inkrituere eam testabatur, ne quandoque testa-  
 mentum rumpereur *l. 4. & §. 1. de lib. & posthu.* Eadem  
 igitur ratio facit, & facere debet, ut huic posthu-  
 mo qui testamenti tempore nondum conceptus  
 fuerat, nihilominus danda sit querela, si mortis  
 tempore conceptus fuerit, & postea natus inue-  
 niat se immerentem exheredatum à patre, vel pra-  
 teritum à fratre consanguineo, cuius praeteritio ha-  
 beri debeat pro exheredatione. Sumpto scilicet ar-  
 gumento à successione intestati ad querelam in-  
 officiosi, ut qui quis ab intestato successurus fuit,  
 idem sit testamento impie praeteritus vel exhereda-  
 tus sit, debeat admitti ad querelam. Quare nec pos-  
 sum intelligere cur Haloander voluerit addita ne-  
 gatione hic legere *si in vtero non fuerit mortis eorum*  
*tempore.* Nam cum is qui proponit querelam, non  
 de alio conqueratur, quam quod non fuerit sibi  
 relicta legitima, Nihil autem aliud sit legitima,  
 quam portio portionis ab intestato contingentis,  
 ut iã seprius monuimus ex *l. cum queritur 6. & l. qua*  
*nuper 31. C. hoc rit.* certe non magis fieri potest uti ad  
 querelam admittatur is qui moriente testatore  
 nondum conceptus fuit, quam ut possit ei succe-  
 dere ab intestato. Rectè igitur Haloander hac in-  
 re ut & in aliis plerisque ab Antonio Augustino  
 reprehensus fuit.  
 c *Sed & cognatorum.* Ratio dubitandi. Minus iuris  
 habet posthumus in successione cognati etiam in-  
 testati, quam in successione agnati. Est enim tam  
 agnatis quam cognatis omnibus commune illud  
 est, ut etiam si maximè velint, nō possint instituere  
 iure civili posthumum, qui sit ipis alienus, ut supra  
 dixi. In eo tamen differunt, quod agnato succede-  
 re ab intestato posthumus potest, dummodò dōcep-  
 tus fuerit tempore mortis, cognato autē ab inte-  
 staro non magis quam ex testamēto succedere iu-  
 re civili potest, quandoquidē nō minùs incognita  
 sunt iuri civili cognitionis iura, quam posthumi  
 alieni fuerunt incogniti ante Iustinianum *l. 1. §. vnde*  
*cognat.* Ergo quamvis dixerimus posthumum de  
 inofficioso fratris testamento conqueri posse, Non  
 tamen statim conueniens fit ut perinde danda ei  
 sit querela contra testamentum cognati, cui non  
 per masculum sed per feminam coniunctus sit,  
 puta aui materni aut fratris vterini, in quibus solis  
 poni exemplum potest. Nam vltra istos frustra de  
 inofficioso cognati agunt sicut & agnati, cum ad  
 querelam non admittantur *l. si fratris 21. C. h. r.* Ratio  
 decidendi. Differētia quidē illa est quam attulimus  
 inter agnatos & cognatos si iuris civilis ratio in-  
 spiciatur. Sed si ius praetoriū inspiciamus aliud est,  
 quia tam capaces sunt cognati quam agnati obti-  
 nendae ex edicto bonorum possessionis ab intesta-  
 to. Nisi quod praetor non eos vocat nisi post agna-  
 tos *d. l. 1. vnde cogn. §. placebat. Inst. de leg. agnat. suc-*

cess. Cum igitur posthumus testamēto cognati pra-  
 teritus vel exheredatus, potuerit bonorum posses-  
 sione cognati ab intestato accipere si cognatus in-  
 testatus decesserit, quemadmodum agnato succe-  
 dere iure civili potuisset: Ac rursus potuerit ille  
 quandiu in vtero fuit, mitti in possessionem ex illā  
 edicti parte *De vter. in poss. mit. natus verò habere*  
*bonorum possessionem secundum tabulas si à co-*  
*gnato institutus fuisset non minùs quam si ab a-*  
*gnato, quia omni casu praetor institutionem post-*  
*humi, quamvis alieni ratam habuisset, Apparet nō*  
*minùs dandam ei esse querelam contra testamen-*  
*tum cognati, quam contra testamentum agnati, ac*  
*proinde non alio casu quam quo posset conqueri*  
*de inofficioso agnati testamento. Ergo non vltra*  
*fratrem vel consanguineum, vel vterinum, ut supra*  
*interpretati sumus. Nam quod dici solet, ius de-*  
*mum fratribus dari querelam qui vel ex vtroque*  
*latere coniuncti, vel saltem consanguinei sunt, in-*  
*ductum est nouo iure per Constantinum in l. fratres*  
*27. C. hoc rit.* Sicut & illud ut nec istis aliter querela  
 competat quam si instituta sit turpis persona, vel  
 quae saltem aliqua nota macula adipegatur, Cum  
 antea non nūm frater vterinus quam consangui-  
 neus haberet querelam, ut omnium optimè hic  
 locus probat, & quod indistinctè scriptum est in *d.*  
*l. fratris 21. eod.* nec minùs si honesta quam si turpis  
 persona fuisset instituta. Quam ob causam soleo  
 in dict. *l. fratres* sic legere *querelam movere possunt* nō  
 ut vulgo *possunt*, quomodo in prima legis parte feri-  
 ptum est *arceantur* non autem *arcentur*, ut appareat  
 vtramque legis partem esse Imperatoris non ius  
 antiquum referentis, sed nouum per verba impe-  
 ratiua, ut fieri oportuit, constituentis.  
 d *Simili modo & cum.* Ratio dubitandi. Qui post te-  
 stamentum matris factum exciso matris ventre  
 extractus est, is natus non videtur, quia non tã na-  
 tura, quam hominum factio in lucem prodiit, Si-  
 cut etiam dicimus falsum esse illam peperisse cui  
 mortuae filius extractus est *l. anniculus 132. §. vlt. de*  
*verb. sign.* Atqui nō alius posthumus ad querelam  
 admitti potest, quā qui mortis tēpore sic in vtero  
 fuit, ut postea natus fuerit, ut supra dictū est ex *l. is*  
*cui 18. §. vlt. legat. nom. caueat.* quoniam qui nunquam  
 nascitur, is nec vnquā conceptus fuisse intelligitur,  
 adeòq; nec is qui mortuus nascitur *l. qui mortuus 129.*  
*de verb. signif.* Ergo is saltem posthumus à querela  
 excludendus est qui non natus, sed exciso matris  
 ventre extractus est. Ratio decidendi. Etia ea mu-  
 lier cum moreretur filium habuisse creditur, quae  
 exciso vtero filium edere potuit *l. etiam 141. eo. 11. de*  
*verb. signif.* & hic qui exciso ventre editus est, licet  
 re vera natus non sit, accipitur tamen pro nato, at  
 deò ut patris quoque testamentum rumpat si na-  
 scatur in potestate *l. quod dicitur 12. §. de lib. & post.*  
 Ergo & ad inofficiosi querelam admitti debet cō-  
 tra testamentum, siue patris, siue fratris aut cōsan-  
 guinei, aut vterini, siue etiam matris, cum eadem  
 & æquitatis & pietatis ratio locum in eo habeat,  
 quae in posthumo bene nato. Sed quod de tempe-  
 ramento matris dicimus, exceptionem vnam ha-  
 bet, Nisi in puerperio mater decesserit, indēque  
 factum sit ut non potuerit testamentum mutare.  
 Hoc enim casu repentini casus iniquitas per con-  
 iecturam maternae pietatis emendanda est, ut ha-  
 beatur hic filius pro instituto potius quam pro  
 praeterito aut exheredato, quasi sit verisimile ma-  
 trem eum institutam fuisse si per temporis &

mortis angustias ellicuisset, Nempe si alios liberos quos testamenti tempore iam superstitis habebat, eo testamento heredes scripserat. Alioqui si heredes extranei scripti erant danda est querela huic filio tanquam præterito aut exheredato, sumpra nimirum coniectura ex aliorum liberorum præteritione vel exheredatione, quasi non sit existimandum matrem quæ admissit hereditatem liberis quibus vitam dederat, etiam si maximè mutandi testamenti facultatem habuisset unquam id consilij capturam, ut hereditatem suam ei daret qui matri ipsi si non vitam admissit, certè mortis causam præbuisset. Quæ species & sententia est l. 3. C. hoc r. De qua scripti pluribus in Error. pragmat. Illud tamen addendum est quod nescio an alius quisquam obseruauerit, Si mater quæ extraneis heredibus scriptis decessit in puerperio: nec testamentum suum mutare potuit, nullos testamenti sui tempore liberos habebat, nihil cause esse cur testamentum eius tanquam demeritis & insanæ per querelam rescindi debeat. Quid enim est quod possit ei imputare quæ cum liberos nullos haberet, in-

¶ Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) & casu obtinuerit, non ei profit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patrem familias facit.

Ad §. 1. si quis ex his.

Ratio dubitandi. Legitima nihil aliud est, quam portio portionis ab intestato contingentis l. cum queritur 6. l. que in per 31. C. hoc r. Ergo non alius de inofficioso agere, & ad querelam admitti potest, quam qui sit ex his personis quæ ad intestati successionem admittuntur. Idque adeo verum est, ut nec omnes qui possunt ab intestato succedere admittantur ad querelam, sed ex omnibus agnatis cognatisque transeuntibus soli fratres l. fratres 26. C. e. nec rursus fratres omnes, sed ij tantum qui vel ex utroque parente coniuncti, vel saltem consanguinei sunt l. fratres 27. eod. Nempe quoniam istis, non etiam cæteris legitima debetur, nec proinde aliorum quicquam interesse videtur, Nemo autem potest agere sine interesse, ut vulgo nostri loquuntur, & probant non malè ex l. l. i. a quo 13. §. si de testamento. j. ad SC. T. reb. R. decid. Querela inofficiosi est accusatio publica, ut dixi ad l. si pr. Ergo pater omnibus agere volentibus, ut generaliter scripserat Vlpianus in d. l. i. nisi vis ei, siue à Tribonianis, siue ab aliquo interprete facta fuisset. Idque est quod idem Vlpianus hic scribit nemo enim cum repellit eodè sensu ac si scripserit nemo enim potest cum repellere, ut hæc verba non tam ad factum, quam ad ius referantur. Sed obseruandum est, quod nò dum dixi, Aliud esse agere de inofficioso, aliud verò querelam proponere. Agere de inofficioso nihil aliud est, quam disputare de inofficioso testamento, & memorie testatoris impietatem obicere, quasi fuerit impius in eos quibus pietatè debebat. Querelam verò proponere, est non pro alio, sed pro se agere de inofficioso, & docere se immerentem, vel præteritum vel exheredatum. De inofficioso agere ac disputare omnibus licet, At querelam proponere non nisi per paucos. Ita sit ut multi possint agere, sed per paucos obtinere, quia quoties actio hæc proponitur per modum publicæ accusationis, nihil aliud consequi actor potest, nisi ut defuncti memo-

riam oneret, & suggillet, in exemplum potius viuorum, & in vindictam ac ultionem impietatis admittat, quam rei vilis persequendæ gratia. In quo differunt huiusmodi accusationes publicæ à popularibus actionibus, quæ licet cuius de populo competant, & quidem ita ut non tamen idèd locupletior esse videatur, qui eas habet l. pen. §. 1. de popul. action. suum tamen populo ius tuerentur l. i. eo. & consequenter cuiilibet de populo, ac proinde etiam actori si eius interfit l. 3. §. 1. eod. Ita que sunt rei persecutoriæ, quia per eas actor persequitur ius populi, non vindictam. At publica ista accusatio nihil nisi vindictam publicam, non ad euertendū testamentum (interest enim potius publicè, ut non evertatur l. vel negare 6. j. de testam. quemadmodum. aper. l. si pars 10. j. hoc r. i.) sed ut defuncti cineribus, & ossibus infamia & exprobratio impietatis inuratur. Neque alius eius effectus est, nisi ut accusator audiatur, non etiam ut vel condemnet, vel condemnatur, Nisi succumbat in probanda accusatione, quo casu dignus certè est, qui in litis temerariæ expensas condemnetur, Ne sit in eius potestate dum se vexat inanibus sumptibus, ut heredem quoque scriptum & defuncti memoriam impunè vexet l. eum quem temerè 79. sup. tit. prox. Proinde qui agunt si tales sint qui ad intestati successionem admitti possint, aut possint quidem sed non sint ex earum personarum numero quibus legitima aliqua debeatur, agunt quidem de inofficioso & iure agunt contra heredem institutum, ita ut neq; heres scriptus, neque alius quisquam possit eos repellere, sed tamen frustra agunt, quia obtinendi spem non habent cum ad querelam ex propria persona non admittantur, quia ipsorum nihil interest, non potest autem alius proprio nomine agere quàm cuius interest l. §. 1. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. obl. neque ex persona alterius in quem admissa impietas fuit, quia ut alij datur nihil interest mea d. §. alteri, neque ex iure totius populi, quia nihil interest populi ad quem hereditas defuncti pertinet, & interest

& interesset potius, ut ad testamentarios, quam ut ad legatos heredes pertinet, fauore testamentariorum, ut diximus. Denique plus est conueniri quam agere de inofficioso. Agere de inofficioso quisquis conuenitur, Sed non è contrario conuenitur, quisquis agit. Multi enim agunt, ut tantum accusetur, non ut ipsi pro se, aut pro aliis conueniantur. Et hi sunt qui frustra agunt, ut scriptum est in d. l. i. juris 21. C. hoc r. i. (quæ hæc nostram distinctionem omnium aperit, atque elegantissimè probat) quæque perinde frustra agunt, huc pro se ipsis, siue pro aliis conueniri vellet. d. l. i. sup. At ij qui sic agunt ut conueniantur, ut inuicem præteritos vel exheredatos, non agunt frustra si modò intentionem suam probent, & hoc ipso locupletiores esse intelligantur, quoniam agunt cum spe obtinendæ non per victoriam sed post victoriam vel hereditatis vel bonorum possessionis: In quo melius cum his agitur, quàm cum his quæ popularem tantum actionem aliquam excitant, qui etiam non frustra agunt sed obtineant, nihil magis tamen locupletiores esse intelligantur d. l. pen. §. 1. de popul. act. quia nempe nihil pro se obtinent, sed tantum pro populo cuius vitæ ius tuerentur. Obiecta autem est hæc tria differentia. Nihil agere, frustra agere & malè agere l. vnicuique si iniquam dicitur si quis legat. eod. Qui enim agit tanquam vnus de populo non malè agit cum nemo eum repellat nec possit repellere. Nec rursus nihil agit, quia onerat & suggillat exultationem defuncti licet non euerat ipsius testamentum. Sed tamen frustra agit quoniam agit sine spe obtinendæ, nisi aliquid casu fiat ut obtineat, quomodo loquitur in hoc textu.

¶ Et casu obtinuerit. Ratio dubitandi. Nò potest valere sententia quæ contra ius certum lata est & contra leges l. si expressim 19. inf. de appell. Atqui ius certum est nò alios posse in querela obuenire, ne quidem ad hæc tantum ut pater familias fiat intestatus quàm qui possunt admitti ad querelam proprio interdicti est quibus legitima portio debetur ut modò probauimus. Ergo si quis ex his personis quæ nec ad legitimam successionem nec ad legitimam portionem pertinet admittatur de inofficioso egerit, & casu obtinuerit, qui iure obtinere nò potuit, nò potest ea sententia tantum esse roboris & momentum ut patrem familias faciat intestatum. Ratio decidendi. Res iudicata pro veritate habetur leg. res iudicata 208. de reg. iur. l. i. ingenuum 25. de stat. hom. nec de alio querèdū est postquam iudicatum fuit quàm quid iudicatum sit etiam si per eorum aut ambitionem malè iudicatum proponatur, quia utilitas publica exigit ut ea sit autoritas rerum iudicarum, Ne alioqui nullus sit futurus litium finis l. seruo 65. §. cum prator j. ad SC. T. reb. l. si per imprudentiam si de eust. l. exceptio 67. j. de iust. iuss. Atqui hoc colore agit quisquis agit de inofficioso, quàm nò sanæ mentis fuerit testator cum suprema ordinat l. 2. §. 5. sup. ut proinde faciat patrem familias intestatum. Ergo si actor casu obtinuerit etiam si obtinere non debuisset, omnino consequens est ut perinde faciat, patrem familias intestatum, ac si iure suo ad querelam admitti potuisset. Neque sententiæ vires ledere illud potest quod contra ius & leges reddita videatur. Ea demum namque sententia contra leges aut constitutiones specialiter reddita ipso iure nulla est quæ de iure ipsius legis aut constitutionis, nò quæ de iure ipsius litigatoris reddita fuit l. §. i. si contra j. que sent. inf. appell. rescind. Ponimus autè hanc

Tom. II.

de qua tractat Vlpianus, de iure tantum litigatoris redditam fuisse quàm esse ille ex eorum iuramento, qui ad querelam inofficiosi legitimaque petitiōnem admitti debuerunt.

b. Nò est profit victoria sed his qui habent ab intestato successionem. Ratio dubitandi. Regula iuris est, res inter alios actas vel iudicatas alius nec prodesse nec nocere l. 1. §. 1. tit. i. C. in alios act. vel iud. alij nò nocer. Atqui ponimus iudicatum fuisse inter heredem & eum solum qui ad successionem intestati admitti non potuit, nec proinde ad querelam. Ergo etiam si casu obtinuerit, victoria quæ ipsi prodesse non potest, multo minus debet prodesse cæteris qui nec egerunt nec obtinuerunt, & quibus æquè nihil noceret si hic qui egit fuisset condemnatus Ratio decidendi. Sententia quæ in accusatione & querela inofficiosi pro actore redditur, nò est ius ipsius testamenti ex persona testatoris. Nec enim aliud Centum pronunciat, nisi hoc ipsum quod interdicti actor quisquis agit de inofficioso, Testamentum scilicet nò valere, tanquam ab eo factum, qui cum suprema ordinatè demeritis fuerit & sanus. Atqui testamentum nò magis valere potest quod ad eos qui nò egerunt, quàm quod ad eum qui egerit. Est enim ius testamenti in diuina. Nò rursus fieri potest ut testator pronuncietur sanus quin pro tali habendus sit quod ad omnes, quia licet causæque persona ipsa in diuina est ita & ius ac condicio personæ. Vnuque hic casus est ex iis in quibus temerè inter quosdam lata necesse est facere ius inter omnes, sc. quoties lata fuit super statu, & condicione personæ l. ex causa 9. sup. de postul. l. de atate 43. sup. de minor. Dummodo reddita sit eum legitimo contradicte ac citra collusionem l. si suscip. etia 293. hoc r. i. l. si perclusorio 14. in pr. §. 1. de appell. In proposito autè ponimus redditam fuisse sententiā cum legitimo contradicte id est, cum herede qui solus in hoc causa legitimus contradicte est, utpote ad quæ pertinet nò minus memoriam defuncti & testamentum ipsum quàm hereditatem iam à se aditam defendere l. Papinianus 8. §. si conditionem j. l. si quis situm 34. inf. C. eod. Ergo mirum nò est victoriæ actoris quo casu obtinuerit, quàm prodesse ipsi nò posse, quia nò est ex iis qui ad intestati successionem admittuntur, prodesse tamè cæteris successoribus legitimis. Quid enim aliud dici aut sequi potest facto patrem familias intestato nisi ut hereditas proximo cuique, ac legitimo successoris deferatur, tamen de eo iudex neque pronunciat uerit quicquid, neque pronunciare potuerit. Fit igitur hoc nò principaliter sed per necessariā consequentiā, nec tam videtur hoc casu acquiri hereditas aut ius habedè hereditatis legitimo successoris per liberam actoris personam quàm aliquid ex ordine fieri quomodo in specie quàmvis dissimili ratiocinatur l. C. in l. cum vnus 12. j. de reb. aut. iud. pass. Ex hoc vero apparet quàm falsum sit quod I. Cuius & alij nò nulli scripserunt, Querelam inofficiosi esse veluti petitionem quadam hereditatis. Nā si ita esset, utique hereditas è se per obtineret is qui vinceret siue casu vinceret siue iure, & consequenter rei iudicata autoritas faceret ut ad eum non ad alios ullos hereditas pertineret. Pronunciandum enim esset hereditatem ipsius esse, quæ pronuntiatio includeret. Nullius ergo alterius esse posse l. si inter me 15. inf. de excop. rei iudic. Veritas itaque est querelam inofficiosi non esse petitionem hereditatis, nec iudicium aliquod vniuersale aut singulare per quod res aliqua peratur, sed tantum esse accusationem, querelam &

L



expostulationem de impietate testatoris, ut testamentum ipsius pronuncietur nullum tanquam factum à furioso & demente, nulla tamen de hereditate ipsius facta mentione. Vbi verò ita pronunciatum est, tum incipit locus esse petitioni hereditatis ab intestato, cuius proinde petitionis preparatorium est iudicium querelæ, quia quando testamentum subsistit, fieri certè nequit ut hereditas legitima & ab intestato vlla sit, nec ut ad aliud pertineat, quam ad heredem testamentarium, à quo & adicam eam fuisse ponendam est ut querela exerceri possit. Et si non nego posse eum qui de inofficioso queritur simul petere hereditatem dummodo faciat subordinatè. Et ita intelligo quod scriptum est in *l. qui de inofficioso 20. §. l. filium 20. §. sed quemadmodum bonor. poss. contr. tab.* Ideoq; bene Tribonianus ab vniuersalibus iudiciis inchoaturus quæ sunt De petitione hereditatis præposuit hunc titulum De inofficioso testamento, ut præcederet sicuti querela præcedit hereditatis petitionem. Neq; huic nostræ sententiæ obstat *l. C. h. t. ut ex iis constat quæ de illius legis sententia scripsimus lib. 17. Contest. cap. 1.*

*c. Num inestatum patremfamilias facit.* Ratio dubitandi. Querela non potest proponi nisi post aditam ex testamento hereditatem quia nec ante nascitur *l. Papinianus 8. §. si conditioni in fr. l. si quis sit 34. in fin. C. cod.* Atquin is qui semel ex testamento heres fuit non magis potest desinere esse heres

2 § Si quis instituta accusatione inofficiosi, decesserit: an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, (quod & quibusdam rescriptis significatur) si post adgnitam bonorum possessionem decesserit<sup>a</sup>, esse successorem accusationis<sup>b</sup>. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen cæpra controuersia, vel præparata<sup>c</sup>: vel si, cum venit ad mouendam inofficiosi querelam<sup>d</sup>, decessit, puto ad heredem transire.

*Ad §. 2. Si quis instituta.*

Ratio dubitandi. Inofficiosi testamenti querela non tam actio est merè civilis quàm accusatio quædam, eaq; quodammodo publica ut dixi ad *l. 1. sup.* & ita in hoc ipso §. appellatur & alibi sæpe, ut appareat non ad rei persecutionem eam pertinere, sed ad vindictam & vltionem, cum per eam nihil aliud petatur, nisi ut pronuncietur, testatorem fuisse dementem & furiosum cum suprema ordinaret, ideòque nec testamentum facere iure potuisse *l. 2. l. sup.* Ideoq; dicitur similis actioni iniuriarum & ad eam proximè accedere *l. 1. §. si quis putat in fr. si quid in fraud. patron.* Atqui neque actio iniuriarum, neque alia vlla quæ ad vindictam pertinet transit ad heredem, sed eæ tantùm quæ rei persecutionem continent *l. si quis cum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis cauior* nisi facta sit perpetua & transitoria per litis contestationem, quamuis ille qui iniuriam passus est probetur eam ad animum suum reuocasse. Sola enim contestatio effectum hunc habere potest, ut actionem perpetuet, quæ alioqui tempore fuerat peritura vel morte *l. aliam 19. in fr. de nouat. l. omnes poenales 26. l. constitutionibus 33. in fr. de obl. & act. in fr. l. in honorariis 35. eo.* Ergo nec querela inofficiosi testamenti ad heredem transire potest, quantumuis fuit præparata, si non etiam fuerit contestata. Ratio decidendi. Querela inofficiosi testamenti, quatenus quidem accusatio est, nihil nisi vindictam continet, ideòq; nec transmittitur ad heredem nisi contestata: Quamquam nec cum contestata est, quicquam tamen attinet de transmissione querere cum pateat cuiuslibet de po-

quæ qui ab intestato *l. ait prator 7. §. sed quod Papinianus sup. de minor. l. ei qui solutio 88. de her. in fr.* Nec ruitus potest dici quisquam intestatus qui ex testamento heredem habet *l. in fr. de sus & legit. l. intestatus 64. de verb. sign.* Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas in perpetuum rata constituitur *l. si patroni 55. §. qui fideicommissum ad SC. Trebell.* Ergo fieri non potest ut querela testamenti inofficiosi faciat patremfamilias intestatum.

Ratio decidendi. Proponitur querela hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit testator cum testamentum tam iniquè ac impudè ordinaret *l. 2. & l. 5. sup.* Nec potest pronuciari pro actore quin hoc ipso colore testamentum rescindatur, & pronuncietur non valere tanquam factum à demente & furioso. Atqui non potest fieri ut quisquam heres sit aut maneat ex eo testamento quod nunquam valuisse retroingit. Quo enim momento & instanti valere potuit, quod factum creditur à furioso? Necesse igitur est hoc casu ut contra iuris regulam heres esse desinat is qui aliquando heres verè fuit. Nam & aliis quibusdam casibus emittit *l. in substituitone 31. l. ex iactio 43. §. vlt. in fr. de vulgar. & pupill. subst.* Neq; hoc potestate al qua iuris fieri existimandum est, sed potius per impotentiam iuris, ut nobis videtur non inobliuiter docuisse & probasse *Decret. 27. De error. pr. §. m. vbi vide.* Et iunge quæ scribã ad *d. §. si conuicium & ad l. circa 24. in fr. eo.*

pulo quasi accusatio publica, nec minùs heredi quàm defuncto, non tanquam heredi, sed tanquam ei cuius interit ut & alterius cuiuslibet non violari à quoquã officia pietatis: Sed quatenus proponitur ab eo qui ius habet eòquerèdi propterea quod aut nihil ei relictum sit, aut inuis legitima cum ipsi legitima debetur, habet quodammodo rei persecutionem, tanquam preparatoria & ut nostri loquuntur, ordinata ad petitionem hereditatis, quæ exercere nullomodo potest is qui testamento inofficioso præteritus vel exheredatus fuit, quousq; querelâ proposuerit, & in ea obtinuerit, ut dixi ad §. præcedentè. Proinde cum sola querela ei auxiliũ adferre possit, videtur ex hac parte tã fauorabilis esse querela quàm petitio hereditatis, & perinde transmissibilis ad heredem. Ne alioqui denegata eius transmissio, impediatur etiam transmissio petitionis hereditatis quæ tamè sui natura transmissibilis est, ut & cæteræ actiones civiles, quæ se non ponnã persequitur *l. 3. §. de per. her.* At quoniã ex alia parte querela accusatio est, & ad vindictã pertinet, ideòq; nec transmitti deberet ante contestationem, placuit tẽperamẽtũ, ut hæc actio tãquam partim vindictæ partim rei persecutoria non transmittatur ad heredem nisi præparata, transmittatur autem præparata quamuis non contestata. Sed hoc quoq; ut & alia pleraque circa ius vetus querelæ inofficiosi Iustinian. correxit, Constituit namq; ut querela etiam non præparata transmittatur ad suos posteros, ad extraneos verò non itè in *l. scimus 36. in fr. C. h. t.* Nò tamen adeò generaliter ut possit indistinctè dici hodie querelam non præparatã transmitti ad posteros. Sed tantũ in casu

*dicit l.*

*d. l. scimus*, id est cum heres distulit aditionem ut differret querelam atque interim decessit is qui potuisset queri si adita hereditas fuisset. Quamquam non video qua ratione motus Iustinian. ita constituerit & distinxerit, cum quod sequitur in eadem lege ostendat nihil impedire quominus etiam ante aditionem querela præparatur, quamuis interim proponi non possit.

*a. Si post agnitam bonorum possessionem decesserit.* Ratio dubitandi. Omnes bonorũ possessiones aut ex testamento sunt aut ab intestato *§. sunt autem Insti. de bon. poss. l. 1. §. si tabul. test. null. ex ab. and. liber.* Atquin is qui præteritus vel exheredatus est neq; bonorũ possessionem ex testamento petere potest, in quo nõ fuit institutus, neq; ab intestato priusquam ppo fuerit querelâ & obtinuerit, quia quãdiu testamẽtũ subsistit, nõ defertur ab intestato bonorũ possessio ut nec hereditas *l. quando in 39. in plurimũ 70. de ac. qui her. l. quando in 89. de reg. iur. l. 2. C. vnd. liber. l. ante. quam 8. C. commun. de success.* Ergo præposterũ est ut qui decessit ante proposita querelâ decesserit post agnitã bonorũ possessionem. Ratio decidendi. Hæc bonorũ possessio nõ est similis cæteris quæ faciunt bonorũ possessiones istq; dominium saltem bonitatis tribunt rerum omnium hereditariam, ut in omnibus sint illi hæc hereditas *l. 2. & 3. §. de bon. poss. sed habet propria & specialè quãdam naturam, nec vllũ aliud ius tribuit, quàm ut is qui eam impetrat à prætorè sit hoc ipso capax proponendæ querelæ cuius alioquin esset incapax: Et idcirco bonorum possessio litis ordinandæ gratia appellatur à Papiniano & Vlpiano in *l. Papinianus 8. §. 1. §. h. t.* Estq; potissimum necessaria is qui iure civili sunt incogniti, puta emancipatis & cognatis quos solus prætor ad successionem vocat, *l. de bon. poss. contr. tab. l. 1. vnd. cognat.* quiq; ideò suo iure non possent admitti ad querelã inofficiosi testamenti quæ tota iuris civilis est. Nã cæteris quos ius ciuili agnoscit non necessaria ista bonorum possessio, ut ex Paulo subiicitur in *l. prox. seq.* Et tamè si ea vti velint nõ prohibentur, sicut & cæteris bonorũ possessionibus vti possunt in emancipatorũ gratiã comparatis. Ne alioqui dicitur prætorè is qui manserunt in potestate minùs quàm emancipatis fauere voluisse, cum tamen nec emancipatis faueat alio colore quàm quasi semper manserint in potestate, rescissa nimirũ emancipatione *l. 3. §. si emancipatus l. non putauit 8. §. vlt. & pass. de bon. poss. contr. tab. l. is qui 15. §. seq. de leg. præst.* Siue autè suus heres exheredatus, siue emancipatus hanc bonorum possessionem litis ordinandæ gratia petierit, litem iam præparasse videtur, nec deò tamen heredis loco esse dicitur nõ magis ab intestato quàm ex testamento quousq; vicerit in querela: Vbi autem vicerit perinde ei necessaria erit bonorum possessio. Vnde liberi, ac si nullã potius bonorum possessionem accepisset. Nam querelæ victoria nihil aliud ei adferre potest, nisi ut paterfamilias decesserit intestatus. Quæ res etũ sufficere potest filio qui mansit in potestate, ut tanquã suus heres succedat ipso iure *l. in suis 14. §. de suis & legit. l. si filius 16. de liber. & post. l. vlt. de cond. inst.* non potest tamen sufficere emancipato, qui omnino indiget bonorum possessione ut heredis loco possit *l. emancipata 4. C. qui admitt. ad bonor. poss. §. pass.* Dices, Quid ergo prodesse potest bonorum possessionem istam litis ordinandæ gratia impetrari à prætorè, cum querela iuris civilis sit, ut diximus, nõ prætorij? Respõdeo, Prætorè sicuti tẽperat asperitatẽ iu-*

ris civilis cum dat bonorũ possessionem cõtra tabulas emancipatis, qui ad hereditatẽ patris legitimam aspirare iure civili nullomodo possent, ita & ins prospicere illo casu quo necessaria sit querela ad obtinendã bonorũ possessionem, ut quãuis sint incogniti iure civili, perinde tamen admittantur ad auxilium iuris civilis, ac si nõ essent emancipati. Non quidè ut perinde fiant heredes, sed ut perinde possint & proponere querelã & vincere, postea petitori bonorũ possessionem ut fiant salte bonorũ possessores qui heredes fieri nunquã possunt. Quæ ratio & sententia est *l. C. hoc tit.* Ideo autè necesse fuit, ut Prætor in hunc specialiter casum emancipatis prouideret, quia cum sint exheredati non aliter possunt quàm per querelam ad bonorum possessionem Vnde liberi peruenire, quandoquidem non putauit prætor exheredatione notatos liberos ad bonorum possessionem cõtra tabulas admittendos, ut neq; iure civili turbã illi testamenta parentũ ut ea consistere nõ patiantur, sed tamè in ipsorũ arbitrio relinquit ut proponant inofficiosi querelam si velint *d. l. non putauit 8. in princ. de contr. tabul.* Cum igitur ipsi necessaria sit querela, necesse fuit etiam prouideri ut ad querelã admitti possent, & quidè beneficio prætoris, siue tanquã ministri, siue potius tanquam emendatoris aspectatũ iuris civilis, cum tale beneficiũ à iure civili sperari aut expectari nullam possit. Fuit autè iis necessaria hæc bonorũ possessio litis ordinandæ gratia nõ ad proponendã querelã iure accusationis tantũ (cur enim hoc emancipatis denegaretur, quod cuius cui Romano volenti de inofficioso disputare, conceditur) sed ut agant suo nomine nec frustra ac cõ spe obtinendi, bonorũq; possessionem tandè accipiendi. Ex quo apparet prætorè nõ tam facere istos capaces remediũ iuris civilis, quod certè facere non potuit, quàm hoc ius tribuere ut auxiliũ iuris civilis ad quod alioqui possunt admitti iure communi tanquã ciues Romani, possit iis prodesse ad victoriã & ad obtinendã postea Vnde liberi bonorũ possessionem. Nam si ad accusationem admittentur tanquã ciues Romani tantũ nõ etiã tanquã liberi agerent quidè adeoq; sine auxilio prætoris, sed agerent frustra, sedq; inanis sumptibus vexaret, ut alij de quibus in *l. 1. sup. & l. fratris 21. C. eo.* Prodest igitur iis bonorũ possessio litis ordinandæ gratia nõ tã ut possint agere iure omnium communi, quàm ut appareat eos agere iure proprio & tanquã liberos quibus prætor intestato paterfamilias factõ per querelã daturus sit bonorũ possessionem Vnde liberi. Ita fit ut si succubant in querela inutilis reperiat hanc bonorũ possessio & sine re, id est sine vllõ effectu. Nã & ex cæteris bonorũ possessionibus quas prætor dare solet, quardã sunt cõre, quardã sine re, ut Vlp. tractat in *fragment. tit. de bo. poss.* Illum sanè effectũ videtur habere hæc bonorũ possessio quæ & omnes cæteræ ut rescindat eam capitis diminutionem quæ cõtrigit per emancipationem ut in *l. 3. §. si emancipatus de bon. poss. contr. tab. vlt. §. ex.* inde filius emancipatus pro filio suoq; herede haberi debeat, qui antea nou nisi pro extraneo haberetur. Quoties enim prætor emancipatos vocat non alio colore vocat quàm quasi semper in potestate manserint nec vnquam fuerint emancipati. Emancipati præteriti alia ratio est: Habet enim hic auxilium bonorum possessionis contra tabulas, quia eius præteritio non habetur pro exheredatione, Nempe quia cum iure civili habeatur penitus pro extraneo *l. quinetiam 55. in fin. de rit. nupt. non*





tio, vel libelli oblatio, & deinde ad illum venire quo nuda comminatio interuenisset. Quis enim dubitationi locus relinquebatur an denunciatio sufficeret vel oblatio libelli, si comminationem solam sufficere certum erat? Solent enim comminationes istæ fieri non solum extra iudicium, sed etiam absente parte. Quid verò facilius, ita posito iure, quam ut inueniantur post filij mortem testes, qui adfirmant se audisse dicentem filium velle se de inofficioso agere contra patris testamentum? Atque ita semper præparata querela intelligitur ut etiam ad extraneos heredes transmittatur quocumque casu, quod certè fuerit periculosum, arg. l. Diuus Traianus 24. in fin. in fr. de testam. milit. Quare siue Pauli, siue Tribonianus ea quoque adiectio sit, non aliter admittendam eam putarem quam si comminationem testatò factam esse probaretur, ut apparet non modò verè, sed etiam seriò factam fuisse potius quam per vanam iactantiam, quomodo plerumque sermonibus fieri solere nemo nescit arg. d. l. Diuus. Denique paulatim faciliè in hanc sententiam venio, ut putè totam hanc legem Tribonianus esse, Pauli nomine ut & aliàs & aliorum quoque Iureconsultorum passim solet abutentis. Digna enim videbatur sicut rescripto Diui Pij, ita & Iustiniani autoritate, Quando & quemadmo-

8. VLPPIANVS libro 13. ad Edictum.

Papinianus libro quinto quæstionum rectè scribit, inofficiosi querellam patrem filij sui nomine instituire non posse inuito eo: ipsius enim iniuria est. Sequenti loco scribit, si filius post agnitam litem ordinandæ gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam: quæ non patri, sed nomine dabatur filij.

Ad l. Papinianus 8.

Ratio dubitandi. Iniuria quæ fit filio præfertim qui in potestate sit, etiam patri facta intelligitur, cuius nimirum eadem quæ filij persona esse intelligitur propter ius patriæ potestatis l. ne cum filiofamilias 16. j. de iur. l. vlt. C. de impub. & aliis sub 5. l. in suis 11. De liber. & posth. Ad eò ut propter iniuriã filiofamilias illatam non solum possit pater agere iniuriarum §. 2. In fr. de iniur. sed etiam præferendus sit filio si filius quoque iniuriarum agere velit. Et si enim hæc actio ex earum numero est, quas filiusfamilias suo nomine exercere potest, si filiofamilias 9. in fr. de oblig. & act. id tamen ita verum est si neque pater ipse adsit aut velit agere, neque alius quilibet patris procurator, qui patris nomine agere possit l. sed si vnus 17. §. ait Prætor si ei in fr. de iniur. l. si longum 18. §. 1. In fr. rit. prox. Quòd si in actione iniuriarum id obtinet, quæ tota ad vindictã spectat, longè magis obrinere debet in querela inofficiosi, quæ licet vindictam quoque persequatur quatenus accusatio est, in eoque similis sit actioni iniuriarum, l. 1. §. sed si pater in fr. si quid in fraud. patro. pertinet tamen etiam ad rei persecutionem quatenus præparatoria est, & ordinata ad petitionem hereditatis instituendam post victoriam: Cuius petitionis commodum non alij vti que quam patri per filium acquiri potest, ut & cætera omnia quæ filio acquiruntur, Ad eò ut ne momento quidè temporis acquisitio in persona filij constat l. placer 79. in fr. de acqu. hered. l. 1. §. si quis à parent. manum. sit l. filij 6. l. sacratissimi pen. in fr. ad SC. T. erryll. Primus enim Celsianus fuit, qui induxit ut honorum matris non proprietatis non acquiratur patri per filium, sed soli filio, patri verò solus vsusfructus l. 1. C. de

dum præparasse litem quis videretur. Ideòque nec prætermisit Tribonianus verbum illud *videmus*, quo solet uti quoties de suo aliquid inferit prudentum responsis: Nec rursus mentionem rescripti Diui Pij ut quod rescriptum fuerat in casu minus dubio, id est circa denunciationem & libelli oblationem id ille protulerit ad casum multò magis dubium quo neque facta denunciatio, neque libellus datus fuisset, at nuda tantum comminatio præcessisset. Nam & Imperatorum rescriptis sic ille passim abuti solet, ut à nobis aliàs plerisque exemplis comprobatur. Hoc vnum fecit latis bona fide Tribonianus, quod in d. l. scimus in fr. de hac præparatione tractans non ita scribere ausus est si antiquam aut antiqui iuris fuerit præparationem: sed in hunc modum si antiqui iuris fuerit ne nimis aperti mendacij posset argui ab iis qui tùm viuentes non ignorabant quid antea circa præparationem querelæ obseruari soleret, ac ne dubitare quisquam posset, quin antiquis prudentum libris inseruisset ille nouam præparationis formam, qualem ex tot prudentibus nemo vnquam tradiderat. Certè quæ ex Vlpiano & Papiniano proponitur in §. vlt. legis præcedentis, longè alia est, nec cum ea quæ sub Pauli nomine in hac lege tradiur consentire vllomodo potest.

bon. matern. Ergo si filius in potestate exheredatus à matre, vel quod idem est præteritus inueniatur, nec iusta vlla fuerit causa exheredationis vel præteritionis, non est prohibendus pater quominus nomine filij accusationem instituat, & querellam inuito quoque filio, quamuis filij nò patris iniuria sit: cum hoc ipso quo filij iniuria est, sit etiã patris. Nec satis pius erga patrem videatur filius qui patri agere de inofficioso volenti consentire recusat, aut eoque legem inuito patri dicere ne agat: Præsertim cum Papiniani temporibus cum opinionem hinc refert, probatque Vlpianus, posset filius solo patris odio à matre præteriti & exheredari. l. si quis suo 33. §. 1. C. hoc rit. Ratio decidendi. Quæ per inofficiosum testamentum fit iniuria filiofamilias non est similis cæteris, ut ad patrem quoque transeat, Non ob id solum quod filio ipso præterito à matre vel exheredato, patrem quoque præteritum intelligi aut exheredatum nemo dixerit, quippe qui non fuerit instituendus. Sed etiam quia potest fieri ut nec iniuria vlla sit filij præteriti vel exheredati. Ipsa namque præteritio sola vel exheredatio non habet iniuriam nisi cum facta est sine causa. Quid ergo si non desit causa propter quam filius præteriti vel exheredari à matre debuerit? Quid si filius sibi conscius nolit conqueri de inofficioso matris testamento, quòd malit pati ut ingratum eum mater dixerit, quam ut in lite de inofficioso ingratus probetur à matris herede? An non prudentissimè facit qui matrem impietatis accusare non vult, ut hoc ipso pius videatur qui alioquin si querellam proponeret, impietatis ipse argueretur? Ita enim fit ut iustus ipsius metus nihil nisi iudicium & pietas esse videatur. Atqui

Atqui an ingratus necne fuerit filius, qui tanquam ingratus à matre præteritus vel exheredatus est, nò nisi ex querelâ ac litem euentu sciri potest, nec proinde an filius iniuriarum aliquam sit passus, necne. Ergo cum in hac causa nihil de officio patris, sed totum de filij meritis agatur, ut scriptum est in l. filius 22. vers. & quareb. iur. j. hoc rit. non est permittendum patri ut inuito filio querellam proponat, cum filius ipse nolendo conqueri, nullam sibi factam esse iniuriam agnoscat, & fateatur. Si tamen non nisi odio patris filius à matre præteritus, vel exheredatus probaretur, quod fieri olim potuit ante Iustiniani cõstitutionem, quæ extat in d. l. si quis suo 33. §. 1. C. eod. aliud certè dicendum esse putarem, ut nimirum posset pater eo casu filium etiam inuito nomine queri de inofficioso, quia non tam filij quam patris ea esset, esse quæ deberet indignatio, magisque de officio patris erga vxorem quam de meritis filij erga matrem queri oporteret arg. d. l. filius 22. in fr. a Sequenti loco scribit. Ratio dubitandi. Filius, qui bonorum possessionem litem ordinandæ gratia accepit hoc ipso querellam præparasse intelligitur, ut eam transmittat ad heredem, quemadmodum ex eodem Papiniano Vlpianus noster tenuit in l. posthumus 6. §. vlt. vbi dixi j. p. eod. Ergo si post agitam istam litem ordinandæ gratia bonorum possessionem filiusfamilias decesserit, non potest dici finita querela quæ fuit præparata, facta que transmissibilis per præparationem: Sicut & alia ratione potest dici nò esse illam finitam, quæ nec cæpta vnquam fuerit, arg. l. Titio vsusfr. 96. j. de condic. & demonstr. Aliud siquidem esse cæptam esse controuerfiam, aliud verò præparatam dicit l. vlt. Cum igitur præparatio ista querelæ faciat ut ad quemcumque heredem transmitti querela possit, cur non faciat etiam ut transmittatur ad patrem, qui licet filij heres nunquam sit ex iure Pandectarum, ne quidem in castri peculio, nisi de eo filiusfamilias in fauorem patris restatus sit, successor tamen quidam est, saltem a normalis, ut Baldus loqui solet, quia bona filij omnia occupat iure peculij l. 1. & 2. j. de castrens. pecul. Ratio decidendi. Finita dicitur querela non tantum quæ cæpta est, sed etiam quæ præparata (quasi aliquid initium accepit per præparationem) quoties in eum statum deducitur, ut eam prosequi nemo amplius possit, quia sine alium habere nequit. Eiusmodi verò hæc est quam filiusfamilias præparauerat, postea defunctus viuo patre. Nam neque ipse post mortem suam prosequi eam potest, neque pater ipse quia heres non est filij, nec alio quomodo eius successor, ne tùm quidem cum occupat bona illius castrensia iure peculij, quia sit ea occupatio iure patriæ potestatis non successione dicit l. 2. de castrens. pecul. nec denique alius quisquã quasi heres filij, quoniam licet pater heres non sit, impedit tamen ne alius quisquam heres filij esse possit, cum faciat ne filiusfamilias bona vlla reliquerit, in quibus poruerit habere heredem l. lex

Cornelia 28. vers. quia per eam nò efficiunt. j. de vulg. & pupill. subst. Nec ad rem pertinet, quod etiam viuo adhuc filio querela ista competebat patri, dummodo non noller filius queri, ut proxime dictum est ex l. filius 22. in fr. hoc rit. in proposito autem non potest dubitari quin filius queri voluerit, qui iam acceperat litem ordinandæ gratia bonorum possessionem. Nam id quidem ita est, sed obseruari oportet patri querellam hanc competiisse non suo proprio sed filij nomine ac iure dicit l. filius. Filij enim fuit iniuria & indignatio non patris, ut ibidem scriptum est, & initio huius legis, Id quæ est quod Papin. dicebat quæ nò patris, sed nomine dabatur filij. Sic enim lego patris non ut vulgò patri nato errore ex prima litera dictionis sequentis quæ ex more librarum Florentini in præcedentis sine haberi debuit pro repetita. Alioqui falsum est querellam hæc nò competiisse patri, sicut & illud verum est competiisse quidem sed nomine filij non suo. Nisi malis delere negationem, quæ lectio mihi magis placeat, tanquam quæ Papiniano dignior videatur. Contineret enim paucissimis verbis elegantem veramque ad hunc locum dubitandi & decidendi rationem. Dubitandi quidem illam quòd patri hæc querela competebat, non filio. Cur ergo dicamus finitam eam esse morte filij, cum pater ipse adhuc viuat? Decidendi verò hanc, quòd etsi dabatur hoc casu querela patri non filio, non tamen dabatur ei nomine proprio, sed nomine filij. At nihil potest fieri nomine filij postquam is defunctus fuit, cum eo tempore nec nomen amplius habeat, nec hereditatem aut heredem qui eius personam repræsentet l. creditorem 18. j. de SC. Maced. l. qui contra 11. j. de fideiuss. Est quæ hic locus insignis & notandus pro confirmatione opinionis nostræ circa emendationem l. 3. §. Pomponius adicit sup. de minor. vbi monuimus delectanda esse verba illa post obitum eius quòd implicet contradictionem, ut pater nomine filij post obitum eius impetret cognitionem aut aliud quilibet faciat. Fuit autem veritatem addita hæc negatio ab imperito interprete qui eam deesse existimabat, sumpta coniectura ex dictione aduersatiua sed quæ statim sequitur, quasi posita sit in antithesim quomodo si scriptum esset non patri sed filio dicitur, quod tamen nò ita est. Sumitur enim subiunctiue nò aduersatiue, & vnique Papinianus admittit & verum est querellam dari quidem patri non filio, sed tamen dari patri sed nomine filij. Nec sanè de hac lectione aut de hoc sensu quisquam dubitaret, si post dictionem patri adiectus fuisset articulus quidem, qui tamen elegantius potuit prætermitti quam exprimi, ob idque suppleri etiam debet. Notandum tamen est, quod pauci obseruant non esse hodie locum huic Papiniani sententiæ, cum filiusfamilias iure non possit habere heredem, etiam patrem. Nouel. 118. de hered. ab intest. venient. Potest enim dici nomine defuncti fieri, quicquid fieri potest per heredem. Itaque ratio qua mouebatur Papin. hodie locum nò habet.

¶ Si quis post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, postea non audietur.

Ad §. 1. si quis post rem.

Ratio dubitandi. Sufficit præparatam & ordinatam esse querellam ad hoc ut etiã ad heredem transmitti possit & ab herede ipse exerceri l. 6. §. vlt. & l. seq. sup. Ergo multò magis ut is ipse qui eam præparauit quando cõsequi prosequi eam possit, tamen

si post præparationem destiterit, ac litem dereliquerit. Nam & qui motitur satis litem derelinquit, cum quod ad eum pertinet finita sit querela, ut diximus in versic. præcedente.

Ratio decidendi. Lis cui semel renunciatum est, siue inchoata tantum fuerit, siue etiam cõtestata,

hoc ipso finita intelligitur, nec instaurati vnaquam potest l. postquam liti 4. C. de pact. quia remittentibus actiones suas numquam regressus ad eas dandus est l. quiritur 17. §. si venditor. inf. de edict. edict. cum liceat cuilibet iuri suo renunciare l. pactum 46. §. de pact. l. pen. C. cod. l. si iudex circumuenio 41. §. de minor. Litem porrò derelinquere quomodo Vlpian. hinc loquitur, nihil aliud est quam liti renunciare in totum, & quod idem est, à lite desistere l. desitisse 10. sup. tit. prox. Renunciatio autem illa erat actus sollemnis qui in iure & apud prætorē fiebat arg. l. 3. C. de repud. vel abst. hered. l. si donatio 18. C. de donat. l. si liti 11. C. ad leg. Cornel. de fals. Et si poterat quoque liti aliter derelinqui, Nempe si eam actor patereur mori. Sunt enim litibus quoque sua facta, vt tādē

2 ¶ Si Imperator sit heres institutus: posse inofficiosum dici testamentum, sepissimè rescriptum est.

Ad §. 2. si Imperator.

Ratio dubitandi. Sacrilegij instar esse videtur, furorem & insaniam obicere memoriæ defuncti qui Imperatorem ipsum scripserit heredem: Quid enim prudentius factum videri possit si modo dignus fuit Imperator qui heres scriberetur? Nec rursus facillè fieri potest vt eiusmodi accusatio admittatur, quin oneret existimationem, & verecundiam ipsius quoque Imperatoris, quem certè inuerecundum est & inuidiosum hereditatem vindicare ex eo testamento, quod postea inofficiosum reperitur, non minùs quam si ex testamento imperfecto eam vindicasset l. ex imperfecto 23. de leg. 3. parumque abest quin videatur hoc casu Imperator liti causa institutus, vtque non solum calumniæ sed etiam impietatis facultas ex imperiali maiestate capere tum quod numquam ferendum est l. pen. inf. de hered. instit. Ergo ne factum aliquando appareat, quod fieri numquam debuit, longè melius ac tutius est vt non possit inofficiosum dici testamentum, in quo Imperator heres institutus fuit. Et verò si de inofficioso testamento militis siue iure militari, siue iure ciuili facti nec filios posse queri constat l. de inofficioso 9. C. hoc. tit. quamuis militi possit imputari cur testatus non sit ex officio pietatis cum etiam militibus pietatis ratio constare debeat l. in princ. de obseq. parent. & patron. pr. eff. Quanto æquius esset non posse inofficiosum dici testamentum, in quo Imperator scriptus fuisset, idque fauore Imperatoris cui nihil imputari potest? Ratio decidendi. Ad honorem & existimationem Imperatoris pertinet, vt testamentum quo heres scriptus est de inofficioso accusari possit, vel ob hoc ipsum, vt appareat numquam ea mente fuisse Imperatorem vt hereditatem sibi vel acqui-

3 ¶ Papinianus libro secundo responforum ait, contra veterani patrisfamilias testamentum esse inofficiosi querelam, & si ea bona habuit, quæ in castris quæsierat.

Ad §. 3. Papinianus.

Ratio dubitandi. De militis testamento inofficioso dicere nec miles potest l. si instituta 17. §. de inofficioso 17. hoc. tit. l. de inofficioso 9. l. testamentum 24. C. cod. In honorem scilicet ac priuilegium militiæ, cui & alia pleraque priuilegia tributa sunt ex Imperatorum constitutionibus vt eo veluti præmio inuitarentur ciues ad militiæ munera & pericula pro salute reipublicæ subeunda. Atqui veteranus

morianatur l. 2. §. iudic. solui. At neutro modo item derelinquere videri potest is qui moritur, qui scilicet nihil facit sed tantum paritur priuationem vitæ. Nec proinde ipsius morte finitur querela quoties adest heres in cuius personam transire ac transmitti possit dicit. l. 6. §. vl. & l. 7. sup. Itaque non minùs iuris habet hoc casu is qui querelam præparauit, quam heres eius, sed minùs is qui litem dereliquit, quam qui eam nondum ad finem perduxit. Qui enim dereliquit, hoc ipso litem finit, quod eam ad alium finem perducere numquam potest. Qui verò nondum profectus est, profectus adhuc potest quandiu viuat, eo autem mortuo heres ipsius, si modò litem numquam dereliquerit.

reret vel retineret ex eo testamento, quod inofficiosum quandoque probari possit. Nam quandiu de inofficioso actum & probatum non est, nihil potest obici Imperatori qui hereditatem adit ex eo testamento ex quo etiam alius quilibet priuatus eam adire potuisset, adeoque debuisset antequam vltus fieri posset locus querelæ. Vbi verò is qui querelam proposuit in ealite obtinuit, extra omnem sanè culpam & inuidiam est Imperator qui non solum condemnari se patitur, sed etiam auferri sibi in iudicari executione hereditatem, vt appareat tantam maiestatem non illibenter eas seruare leges quibus alioquin soluta esse videatur d. l. ex imperfecto, nec velle vt calumniæ facultas ex imperiali maiestate capiatur dicit. l. pen. de hered. instit. Digna enim vox Principe illa est, Legibus alligatum se Principem profiteri, cum maius imperio quiddam sit submittere legibus Principatum, l. digna vox 4. C. de legib. quamuis verum sit Principem legibus esse solum l. Princeps 31. sup. eod. ill. t. Eum namque qui leges facit pari maiestate legibus obtemperare conuenit, vt eleganter inquit Paulus noster lib. 4. §. 1. §. 3. Quod verò de milite aduultum valde dissimile est. Parcius enim pudori militis, ne furiosus & insanus fuisse post mortē suam existimeretur, vel idèd, quia militis voluntas qualibet lex est, etiam voluntas nuda. Nec enim militum sicut paganorum voluntatem iustam quoque, id est iuri ac legibus consentaneam esse necesse est l. 1. l. eius militis 34. de test. milit. iun. et. l. 1. §. qui testa. facer. poss. At Imperatoris pudori nihil est quod parcere curemus, cum non oneretur per inofficiosi querelam, quæ non in heredis sed in defuncti personam, inque testamentum ipsum dirigitur, quamuis contra heredem ipsum exercetur.

ille dicitur & est qui diu miles fuit, nec nisi honorificè vel iusta aliqua de causa militia missus, quem proinde tanto fauorabiliùs tractari oportet, tanquam qui plura iam pericula subierit pro republica, Præsertim si strenuus miles fuit qualem credibile est fuisse illum qui bona aliqua in castris quæsiuerit, de quo Vlpianus & Papinianus in hoc §. loquuntur, Ergo contra veterani patrisfamilias testamentum proponi querela non potest, maxime verò si

rò si ea sola bona habeat quæ in castris quæsiuit.

Ratio decidendi. Priuilegia militibus concessa vt inuidentur ad militiam obeundam, non porriguntur ad veteranos qui iam dixerunt nolle se amplius militare. Nec enim veterani sunt milites, sed fuerunt: Ideoque possunt quidem testari de bonis castrinibus etiam si filii familias proponantur, sed non iure militari at iure communi: Solumque illud

4 ¶ Si quis in militia fecerit testamentum, & intra annum post militiam decesserit: dubito, an, quia ad hoc vsque temporis iure militari testamentum eius valet, querela inofficiosi cesset: & potest dici, querelam inofficiosi cessare.

Ad §. 4. si quis in militia.

Ratio dubitandi. Veterani testamentum subiaceret querela inofficiosi testamenti, vt proximè diximus. Atqui non eò minùs quis veteranus est, quod decesserit intra annum missionis, quia quo instanti missionem siue honorariam siue causariam impetrat, & desinit esse miles, & incipit esse veteranus. Ac proinde testamentum ipsius etiam si militia tempore factum proponatur, testamentum veterani est, vt ex eo appareat, quod ex die missionis testari amplius iure militari non potest. Ergo quamuis in militia quis fecerit testamentum: si tamè non in militia decesserit, sed post militiam intra annum missionis, de inofficioso eius testamento dici potest. Ratio decidendi. Testamentum veterani morientis intra annum missionis habetur pro testamento militis, dummodò non post missionem sed in ipso militia tempore factum sit, quia sic constitutum est ab Imperatoribus vt testamentum militia tempore factum iure militari valeat eo quoque

5 ¶ Sed nec impuberis filij mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit. & ita Papinianus respondit nec patris frater: quia filij testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

Ad §. 5. sed nec impuberis.

Ratio dubitandi. Et si parentibus non deberet filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga liberos charitatem turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus hereditas liberorum, quam liberis hereditas parentum piè relinqui debet l. nam et si 15. in princ. §. hoc. tit. l. scripto 7. §. vnd. liber. Nec minùs matri quam patri, quia licet inæqualis sit eorum potestas, æqualis tamen pietas vtrique parenti debetur l. 4. §. de curat. furios. Et quemadmodum ratio naturalis quasi lex quedam tacita liberis parentum hereditatem addidit, velut ad debitam successionem eos vocando l. vl. §. de bon. damnat. Ita & ratio miserationis vocat parentes ad hereditatem liberorum, ne & amissæ prolis, & patrimonij simul inactram sentiant dicit. l. scripto. §. vl. l. iure succursum 6. §. de iur. dot. l. vl. Cod. de instit. & substit. Ergo si in filij testamento marer vel præterita vel exhereditata inueniatur, dicendum est dandam ei querelam aduersus testamentum filij, quomodo daretur filio præterito vel exhereditato contra testamentum matris l. nam & hie §. sup. Nec distinguendum videtur An in us pubes decesserit an impubes. Et si enim differentia inter hos casus illa est, quod pubes sibi ipse facit testamentum, impuberi verò pater, nimirum per pupillarem substitutionem postquam ita moribus receptum est l. 2. §. de vulg. & pupill. substit. Attamen tum quoque

priuilegium habent vt testamentum quod in militia iure militari fecerunt valeat intra annum à quo tempore militia missi sunt, non postea l. quod constitutum 21. l. militis 36. §. veteranus. inf. de testam. milit. Proinde subiaceret eorum quoque testamenta periculo querelæ si dicantur testari aduersus officia pietatis, quoniam id ex iure communi est, quo veterani in cæteris quoque omnibus vtuntur.

iure etiam intra annum post missionem l. quod constitutum 21. l. eius militis 34. §. l. militis 36. §. veteranus. inf. de testam. milit. Idèd fortasse, Ne alioqui bene merito de republ. veterano qui honestam missionem impetrauit, pœna hæc iniuri videretur, vt priuilegium militare quo in testando vsus fuisset militia tempore postmodum amitteret, periculūque incurreret moriendi ab intestato si qua fortè de causa aliud testamentum iure communi facere impeditur. Atqui ponimus veteranum, de cuius testamento tractamus, & fecisse testamentum in militia, & intra missionis annum decessisse. Cum igitur testamentum eius valeat etiam iure militari, & consequenter tanquam militis non tanquam veterani, consequens est vt non magis subiaceat querelæ quam si re vera militis non veterani testamentum esset. Atqui in testamento militis querela cessaret l. si instituta 17. §. de inofficioso 1. inf. hoc. tit. l. de inofficioso 9. C. cod. Ergo & in huius veterani testamento cessabit.

eum pater filio impuberi testamentum fecit, verum est filij testamentum esse non patris, quia per pupillarem substitutionem filio succeditur non patri nisi per mediam filij personam, cum filius ipse heres à patre scriptus fuit, quod tamen nil necesse est ad validitatem pupillaris substitutionis, cum etiam exhereditato substitui pupillariter à patre possit d. l. 2. l. sed si plures 10. §. si 10. & §. ad substit. eod. tit. Igitur eodem iure ceteri debet testamentum filij impuberis quod ei pater fecit, quo testamentum filij puberis ab ipso pubere factum, vt perinde vtrumque subiaceat querelæ, quia vtrumque filij testamentum est. Ne alioqui eueniat vt plus iuris habeat pater in testando pro filio, aut filius testatus per patrem, quam habiturus esset ipse filius si pro se ac per se testaretur: quod planè absurdum & iniustum esset. Ita namque fieret vt priuilegium pupillaris substitutionis traheretur ad iniuriam matris contra l. ex facto 43. vers. nam et si furioso. eod. tit. de vulg. l. C. de emancip. liber. vtque quod vna via, directoque prohibetur, alia via, & vt loquuntur per indirectum concederetur contra l. scire oportet 21. §. 1. de tutor. & curat. dat. Adeoque ad auferendam matri non modò luctuosam filij impuberis hereditatem quod per se graue est d. l. vl. C. de instit. & substit. sed etiam portionem illam legitimam quæ ipsi si non naturæ saltem miserationis iure deberetur, in solatium & amissæ filij & amissæ totius reliquæ suc-





frater inofficiosum impuberis ipsius testamentum possunt dicere, Ergo nec frater impuberis audientis sit si velit queri. Ab iis enim qui minus iuris habent ad eum qui plus iuris habeat, non potest valere argumentum.

Ratio decidendi. Potest quidem frater de inofficioso fratris puberis testamento dicere, sed non similiter de inofficioso testamento fratris impuberis, quia licet testamentum fratris sit, iudicium tamen, ut supra diximus, patris est, idque non potest hic frater obicere furorem & insaniam fratri qui nihil ipse disposuisset. Nec rursus ob id solum quod de patris quoque iudicio queri hic frater inquam filius potest, dat ei aditum ad querelam, quia fratris non patris testamentum est. Et ita utraque ratio quæ & impuberis matrem, & patris fratrem summonet à querela inofficiosi separatis respectibus, concurrunt in personam huius qui frater impuberis est, ne de inofficioso fratris testamento queri possit. Planè si ponas fratrem hunc qui in fratris sui impuberis testamento præteritus fuit, etiam in testamento patris fuisse exheredatum, dubitari non oportet quin patris testamentum possit tanquam filius inofficiosum dicere, quia eo casu concurrunt utrumque quod in proponenda querela necessarium esse diximus, ut & iudicium & testamentum sit eius qui demens ac furiosus fuisse dicitur. Atque ita ubi per querelam istam rescissam erit patris testamentum, necesse erit pupillare quoque continere utpote quod à paterno tanquam à principali pendeat. *l. ex pupillari 44. §. de vulg. & pupill. substit.* & consequenter huius impuberis frater vnus querelæ beneficio utramque hereditatem & patris & filij ab intestato obtrinebit.

*c. Si patris non dixit.* Ratio dubitandi. Etiam si frater impuberis agat de inofficioso patris sui testamento, non eò minus tamen verum erit substitutionem pupillarem in qua etiam præteritus ille fuerit, filij testamentum esse non patris, iudicium verò patris non filij, qua sola ratione diximus excludi hunc fratrem ne de inofficioso fratris testamento queri possit. Ergo non eò magis admittendus est ad querelam contra testamentum fratris quod eam proposuerit contra testamentum patris.

Ratio decidendi. Querela quidem contra patris testamentum proposita per fratrem impuberis facere non potest, ut ob id magis admitti debeat ad proponendam querelam contra testamentum fratris, (semper enim verum est iudicium esse patris, neque ob vnus insaniam alterius testamentum euertere debere) sed facit tamen si modò actor in querela patris testamenti obtinuerit, ut pupillare quoque testamentum corrumpat ipso iure, ac citra querelam, quia rescisso paterno testamento quod principale est, pupillare quoque tanquam accessorium necesse est euanescere. *dist. l. ex pupillari iunct. l. 2. in princ. versic. nã si principale. de vulg. & pupill. substit.* Sunt enim pupillares tabulæ pars & sequela quedam patris testamenti. *l. 2. §. ad causam. l. pen. §. testa. quem adm. aper. §. liberis. Infr. de pupill. substit.* Ergo ut frater impuberis possit fratris testamentum euertere, non sufficit propositam ab eo fuisse querelam aduersus testamentum patris, sed illud etiam omnino requiritur, ut obtinuerit in querela. Id enim est quod sequitur in hoc §.

*d. Sed si in patris obtentum est nec hoc valebit.* Ratio dubitandi. Etiam cum vnus testatoris vnici testamentum est quod per querelam inofficiosi oppu-

gnatur, fieri facile potest, ac plerumque fit, ut non nisi pro parte rescindatur, ut subiungit Vlpianus in sequentibus huius §. verbis. & cõstat ex *l. circa 24. vbi dicam §. hoc tit.* quia nihil vetat testatorem ex postfacto decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, ut scriptum est in *dist. l. circa.* Ergo etiam si admittamus pupillare testamentum nihil nisi partem esse patris testamenti, non id eò tamen consequens est, ut ob id solum quod paternum per querelam rescissum sit, eò minus valere debeat pupillare. Et si enim non potest pater filio impuberi facere testamentum quin sibi faciat. *d. l. 2. §. 1. & §. prius aut. de vulg. & pupill. substit.* ut nec sibi ipsi ab initio testamentum facere pro parte. *l. ius nostrum 7. de reg. iur.* Quid tamè vetat ex postfacto decedere partem intestatum, filium verò testatum? Cui diuisio voluntatis & iuris quæ hoc casu in vna eademque persona recipitur, non in duabus multò magis recipietur? *arg. l. si uxor. l. 1. §. de reb. credit.* Est enim multò absurdius ut vnus idemque testamentum eiusdem hominis pro parte valeat & pro parte rescindatur, quam ut patris testamentum corrumpat, filij verò subsistat, non solum si admittas duo esse testamenta, quod Papinianus & Vlpianus sensisse videntur in hoc §. & *l. 1. §. 1. §. si empti, quam per leg. falcid.* sed etiam si facere vnus esse testamentum. Illud enim saltem verum erit testamentum esse duarum personarum & duarum hereditatum, in quibus proinde multò facilius potest induci diuisio iuris & voluntatis quam in vno eiusdem hominis eiusdemque hereditatis testamento. *l. cum qui 18. in fin. §. de his que ut indign. l. nam abjurdum 7. infra de bon. libert.* Denique quid peccauit filius impubes ut ob euersum per querelam patris testamentum, ipsius quoque impuberis testamentum euertere rescindique necesse sit?

Ratio decidendi. Pupillare testamentum non tantum pars est, sed etiam sequela quadam & accessio patris testamenti, exemplo codicillorum ex testamento factorum. *d. l. pen. §. testam. quem adm. aper. §. liberis. Infr. de pupill. substit.* Ergo fieri nullomodo potest ut rescisso per querelam inofficiosi testamento patris, pupillare subsistat, quia cum principalis causa non subsistat, nec ea quoque quæ sequuntur locum habent. *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cum principalis 178. de reg. iur.* Estque multò facilius ut ex facto vnus eiusdemque hominis & hereditatis testamentum infirmetur, quia vnus testamenti utraque pars est æquè principalis, nec vna pender ab alia, sed utraque à ratione iuris & à voluntate testatoris. Inde est quod ex pupillari testamento superius principale neque ex parte, neque in totum confirmari potest. *d. l. ex pupill. 44. de vulg. & pupill. substit.* At ex paterno testamento tanquam principali si valeat, ex eoque sit adita hereditas, pupillare semper confirmatur. *l. apud Iulianum. l. §. idem Iulianus. l. ita tamen. 27. §. à patre. §. ad S. C. T. rebell. c. Nisi si pro parte.* Ratio dubitandi. Nemo in paganis potest decedere pro parte testatus pro parte intestatus. *l. ius nostrum 7. de reg. iur.* Atqui querela inofficiosi testamenti quatenus rescindit testamentum facit patrem familias intestatum. *l. posthumus 6. §. 1. vbi dixi supra eod. hoc tit.* Ergo necesse est ut per querelam inofficiosi contra testamentum patris propositam, vel in totum vel nulla ex parte testamentum rescindatur. Ratio decidendi. Ab initio quidem nemo potest decedere partim testatus partim intestatus, sed ex postfacto nihil vetat hoc euenire, euc-

re, euenitque per sepe in querela inofficiosi. *l. circa 24. supra eod. vbi dicam.*  
*f. Tunc enim pupillare uolet.* Ratio dubitandi. Pupillare testamentum pars & sequela est patris testamenti, ut diximus in precedentibus ex §. *liberis. Infr. de pupill. substit. leg. ponit. infr. restant. ut. quemadmodum aper.* Ergo cum patris testamentum per querelam inofficiosi pro parte rescissum est, pupillare quoque pro eadem parte rescissum esse dicendum est, ut eadem in omnibus ratio sit accessorij quæ principalis. argument. *dist. leg. nihil dolo 129. §. 1. & dist. leg. cum*

6 §. Si quis mortis causa filio donauerit quartam partem eius, quod ad eum esset peruentum, si intestatus paterfamilias decederet: puto securè eum testari.

*Ad §. 6. si quis mortis causa.*

Ratio dubitandi. Mortis causa donatio simile hoc habet cum donatione inter viuos, quod eam fieri necesse est vel per traditionem, vel per stipulationem. *l. Papinianus 23. l. cum hic status 32. §. sine autem, & l. sequent. infr. de donation. inter viuos & uxorem. l. 1. infr. de donation.* Atqui sine hoc, siue illo modo facta donatio sit, certum est id quod donatum fuit, fore extra causam bonorum & successioneis ab intestato, quoniam qui donat etiam mortis causa manit donatariam habere res donatas quam hereditatem. *l. Senatus 35. §. 1. & passim. §. de mortis caus. donation.* Ergo quod mortis causa donatum est, licet ascendat ad quartam partem eius quod alioqui donatarius ab intestato habere potuisset, non debet excludere querelam, nec in eam quartam partem computari. Non magis quam si quid ex aliquo contractu acquisitum esset, aut ex donatione inter viuos, simpliciter facta, id est, non adiecto eo ut in quartam imputaretur, ut in *leg. si non mortis 25. infr.* quippe quod successioneis intestati partem nullam constituat, ex cuius tamen comparatione legitime ratio ponitur. *leg. cum queritur 6. Cod. hoc tit.* Sicut & querelam illud inducit si minus legitime res etiam iure Pandectarum. Nam hodie aliud est post Iustiniani constitutionem in *l. omnimodo 30. C. cod.* vbi dicam ad *d. l. si non mortis 25. infr.*

Ratio decidendi. Donationes mortis causa licet aliqua ex parte similes sint contractibus, quatenus aut per traditionem aut per stipulationem fiunt qui præcipui sunt modi contrahendi, ob idque donationibus inter viuos contractibus æquiparandæ videantur §. *1. Infr. de donat.* magis tamen accedunt ad naturam vltimarum voluntatum & legatorum. *dist. §. 1. l. 2. infr. de publicis in rem act. l. Adarcellus 15. l. illud 37. infr. de mortis caus. donat. l. vltim. Cod. eod. m.* Nempe quia siue ita donatum sit mortis causa ut dominium statim transferatur in accipientem, siue ita ut non aliter nec prius quam mors fuerit insecure donatoris numquam censetur perfecta donatio quousque donator moriatur. *l. non videtur 32. infr. eod. m. illo titulo.* quia interim reuocari semper potest ut alia quilibet vltima voluntas, cuius proprium est ut sit ambulatoria vsque ad supremum vitæ exitum. *d. l. cum hic status 32. §. p. intentionem. de do. inter viuos & uxorem. l. 4. de adm. legat. iunct. l. mortis causa donatio 16. infr. de mort. caus. donat.* Nam ubi ita donatur mortis causa ut nul-

Tom. II.

principalis 178. de regul. iur. Ratio decidendi. Cum patris testamentum pro parte tantum rescissum est, utique pro alia parte saluum & integrum manet, semperque verum est dicere patrem decessisse testatum, siue initium inspicias, quo tempore inspecto decessit testatus in totum, siue quod ex postfacto accidit, quia neque factus est intestatus, nisi pro parte. Ergo perinde hoc casu testamentum pupillare confirmationem ex paterno accipere in totum potest, ac si paternum nulla ex parte rescissum esset.

lo casu reuocetur donatio, magis causa donandi mors est quam mortis causa donatio. *leg. vbi ita donatur 27. Cod. m.* Ergo quemadmodum si cui legatum sit quantum faceret quartam partem eius quod ad ipsam ab intestato esset peruentum, non posset ille queri de inofficioso: neque hoc poterit, cui quarta donata est, quia quartam habet. Neque necesse est in hanc rem ut donationi causa mortis ea lex dicatur, quæ donationi inter viuos dici solet & debet, ut in quartam impuretur, eam iure vltimæ voluntatis accipiatur, quod in donatione inter viuos diuersum est. *dist. l. §. si non mortis.* Sunt enim extra causam bonorum defuncti ea quæ donata sunt ab eo inter viuos, non item illa quæ donata sunt causa mortis. *l. sequens questio 68. de legat. 2.* Vnde etiam est quod in donationibus causa mortis locum habet lex falcidia non in donationibus inter viuos. *dist. l. vbi ita donatur. l. Si is 42. §. vltim. Cod.* Quamquam nec nouum est, ut etiam quod ad falcidiam pertinet, viuos testator prouideat heredi, ut in specie *l. cum quo 36. §. vltim. ad legem falcidiam.*

*a. Puto securè eum testari.* Ratio dubitandi. Non aliter securè testatur quam filium quem in potestate habet instituat vel exheredet. *l. inter cetera 30. & 100. tit. infr. de liberis & posthumis.* Atqui filius cui pater quartam bonorum suorum partem mortis causa donauit, non id eò potest dici institutus vel exheredatus. Nam nec institutio, nec exhereditatio potest fieri extra testamentum. *leg. quod per manus 10. infr. de iur. codicill. l. quidam 27. in fin. infr. de condic. instit.* Ergo ut quis securè testetur non sufficit quod filio suo mortis causa donauerit quartam partem, præsertim cum donatio causa mortis fieri soleat extra testamentum, nec possit fieri in testamento, ut pluribus à nobis probatum est in *Hemischliade De errorib. Pragmatic.*

Ratio decidendi. Qui bonorum suorum quartam partem mortis causa filio donauit, is securè testatur quantum ad hoc ut ipsius testamentum per querelam subuerri numquam possit. Cæterum supponendi sunt, ut alias semper termini habiles. *leg. Gallus 29. §. in omnibus. de liberis & posthumis. leg. adigere 6. §. quamuis. de iure patronatus.* ac proinde ponendum est testamentum rite factam esse, id est, nihil in eo esse ex sollemnibus iuris, Inter quæ vel præcipuum illud est ut filius in potestate, vel instituat, vel exheredetur. *dist. l. inter cetera.* Prior e-

M



nam hæc quæstio est, An ritè quis testatus sit, Posteriorilla, an rectè & secunde. Itaque ridiculum est quod nostri solent iactare sententiam huius §. hodie correctam esse, propterea quod ex nouissima Iustiniani constitutione *Novell. 155. ut cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, legitima sit hodie relinquenda titulo institutionis. Nam tamen pater nullius relinquat filio legitimam titulo institutionis, non tamen satisfaciat sollemnitati iuris nisi præterea eum vel instituat in aliqua parte & quota hereditatis, puta in vicia aut sextante, aut alia huiusmodi parte assis, vel eum exheredet, & quidem adiecta aliqua exheredationis causa. Nimirum, quia ut interpretes omnes consentiunt & verum est, legitima non est portio & quota hereditatis sed bonorum, cum eius ratio ineatur deducto prius ære alieno & funeris impensa §. *quarta autem. infr.* quorum neutrum deducitur ex hereditate *l. si quis iurum 3. §. ultim. & leg. sequent. infr. de legat. 2.* quia hereditas habet commoda & incommoda, & ferè ob eam causam comparata est ut æs quoque alienum comprehenderet, eiusque soluendi necessitatem in heredem transmitteret *l. 1. C. si cert. petat. l. ultim. & tot. tit. l. C. de hered. action. l. hereditatis 119. de verborum signific. iun. & l. 1. de bonor. poss.* Itaque verum est eum qui in legitima tantum portione institutus heres fuit, in nulla tamen hereditatis parte institutum reperiri, quoniam in nulla parte bonorum sicut nec in vlla re singulari pars hereditatis consistere intelligitur *leg. quamuis 14. infr. si quis omis. caus. testam.* At neque reperitur exheredatus secundum eam formam quam testatoribus omnibus pro sollemnitate præscripsit Iustinianus, id est, ita vt certa iustaque exheredationis causa inserta fuerit, licet Notarii nostri temporis soleant post factam in legitima institutionem subicere clausulam simplicis exheredationis, & quidem in quo rursus errant, non à reliqua parte hereditatis, quomodo exheredationem concipi oporteret, sed à reliqua & cætera parte bonorum, quæ nullius momenti exheredatio est *l. cum quidam 16. de lib. & posthu.* Ergo nec vllius momenti sunt ea testamenta quæ passim hodie fiunt, in quibus pater filium in potestate instituit tantum in legitima portione, nec eum sollemniter & adiecta causa exhereditat, vt pluribus probauit in Error. pragmat. Testatur quidem hic pater securè quantum ad querelam, Non solum ex ratione illa iuris veteris, quod is cui legitima quoquo titulo data est non ha-

**7** ¶ Si quis impuberi filio substituit, secundas tabulas faciendo: non ob hoc admittimus ipsum impuberem ad inofficiosam querelam.

*Ad §. 7. si quis impuberi.*

Ratio dubitandi. Pater qui filio suo impuberi facit secundas tabulas vt det ei substitutum, facit vt filius hic si intra pupillares annos moriatur eum necessariò vel inuitus heredem habiturus sit, quem pater ei dedit, & quem fortassis habere ille nollit si iudicio suo testaretur: Et quamuis testari non possit ante pubertatem *l. à qua ætate 5. infr. qui testament. facer. poss.* quid tamen prohibet, quominus possit velle illum habere heredem

beat de quo conqueratur, sed etiam ex alia illa iuris noui, quod hodie vel minimum quid relictum esse sufficiat vt querela excludatur, & ad supplementum agi necesse sit *leg. omnimodo 30. Cod. hoc tit. l.* Sed non ritè testatur, quia filium præterit quem instituire debet vel adiecta causa exheredare. Hoc enim hodie addendum est, cum olim sufficeret dicere simpliciter *vel exheredare.* At si ritè testaretur, filium scilicet instituendo vel adiecta causa exheredando, vtique etiam securè testatus diceretur, qui filio siue instituto ex aliqua parte hereditatis, siue adiecta causa exheredato, legitimam aut saltem aliquid pro legitima reliquisset, non solum si institutionis titulo, vt vulgò creditur, sed etiam iure legati vel fideicommissi, vel donationis causa mortis perinde ac olim. *Novell. 18. de trient. & semiss.* vnde sumpta est *Authent. nouissima. Cod. hoc tit. l.* Nihil enim noui hac parte Iustinianus introduxit, Nisi quod legitimam quæ olim omni casu erat quarta auxit ille ad trientem vtique & semissem pro numero liberorum, Item quod constituit vt exheredationem adiecta causa fieri oporteat, Et vt ad excludendam querelam aliquid vel minimum relictum esse sufficiat, Semper tamen præsupposita, vt olim validitate & sollemnitate testamenti: quemadmodum & in specie huius §. Cuius proinde sententia manet incorrecta, siue ad filium, qui in potestate sit accommodari eam velis, siue ad quam aliam personam ex iis quibus competit querela. Est enim certè generalis, & ad eas quoque personas pertinens, quæ idè præteriti impune possunt quod earum præteritio pro exheredatione habeatur. In quo tamen notandum est ex supradicta Iustiniani *Novel. 115.* non minus esse necessarium vt præteritio qua pro exheredatione habetur, quam vt exheredationi ipsi causa aliqua inseratur, & quidem vna ex iis quæ ad exheredationem sufficerent, Alioqui testamentum sit ipso iure nullum, non quia præteritio non habeatur hodie pro exheredatione iis ipsis casibus, quibus olim, sed quia nec valeret hodie expressa exheredatio quæ causam expressam nullam haberet. Est igitur hodie facilius, quam olim vt quis securè testetur, quia ius querelæ valde restrictum est iure nouo & Iustiniano, Sed difficilior vicissim vt quis ritè testetur, quia testamentorum sollemnitates auctæ & ampliatæ sunt, non quidem quantum ad institutionem, sed quantum ad exheredationem.

quem ei lex data esset, si pater secundas tabulas non fecisset fortassis fratrem aut alium agnatum proximum, cui pater nulla ratione motus extraneum prætererit? Lex enim satis prudens est vt iudicium quod pupillo deest, non minus quam pater supplere possit. Ergo filius etiam heres à patre ex toto assè institutus si substitutum accepit in secundis tabulis, querelam hoc nomine habere debet, ac si à patre exheredatus fuisset. Nec enim accepisse id videtur, quod necesse est vel

vel inuito eo ad substitutum peruenire arg. *l. non videtur quiquam 51. de rogat. iur. l. aliud est capere 71. de verbor. signific. Nisi ponas potuisse impuberem medio tempore & quartam & quartæ fructus colligere ex hereditate.* Hæc enim distinctio adhibetur quoties filius à patre heres scriptus rogatus proponitur de hereditate post certum temporis alteri restituenda. *§. unde si quis anst. hac lege.* Nec videtur posse responderi aliam causam esse substitutionis pupillaris, aliam si fideicommissi ex *l. si adrogator 22. §. 1. infr. de adopt.* Nam si filio iniuria fieri creditur cum de patris hereditate restituenda per fideicommissum rogatur, nisi restitutio dilata sit in tam longam tempus, vt medij temporis fructus possit sufficere ad quartam & quartæ fructus, idè quæ habet illo casu filius querelam *dist. §. unde si quis.* An non maior sit iniuria filio impuberi qui non rogatur sed inuitus cogitur bona sua omnia etiam quæ à patre ipso non accepit, quod magis inuitus est ei relinquere quem nec ille, nec ipsa quoque lex heredem esse velle? Quænamquam nec supradicta distinctio quam à prudentibus adhiberi diximus cum de fideicommissis tractatur, ad pupillarem quoque substitutionem accommodari potest: quippe quam necesse est fieri in tempus incertum, id est, mortis pupilli, qui si postmodum patrem moriatur, substitutum pupillarem e: inde heredem habet: quo tamen casu nemo dixerit potuisse illum ex medij temporis fructibus quartam suam conficere, & quartæ fructus. Atqui iudicium testantis certum esse debet, atque extra omnem furoris & insaniam suspitionem, nisi verò portio esse in tuto vt testamentum per querelam impugnari non possit. Quidni ergo poterit hoc casu locus esse querelæ, ac si pater filio per fideicommissum substituisse, eumque de restituenda post triduum hereditate rogasset? Nam & cum testator heredem suum rogauit vt aliquem heredem faciat, placet non valere illam voluntatem, Nisi iure fideicommissi & hæcenus, vt hic heres de sola testatoris sui hereditate restituenda rogatus esse videatur *l. filius familias 114. §. ut quis heredem. de leg. 1. ex factis 17. in princ. infr. ad S. C. T. v. bil.* Atqui cum pater dat filio impuberi substitutum, non rogat, sed imperat, vt ille pupilli heres sit, & quidem non in iis tantum bonis quæ pupillus à patre habuit, sed in cæteris quoque omnibus vnde cunque prouenerint *l. sed si plures 10. §. ad substitutos. infr. de vulg. & pup. substit. An non igitur furori & insaniam proximum illud est, vt pater sibi eam potestatem adroget disponendi de bonis filij etiam inuiti vt ea transferat in familiam fortassis extraneam, & alienam. Nonne id fit contra legem duodecim tabularum & rationem iuris *l. verbis leg. 120. de verbor. signific. l. conficiuntur 8. §. si post factum. infr. de iur. codicill. l. S. i. v. 34. infr. de manum. testam.**

Ratio decidendi. Cum pater dat filio impuberi substitutum pupillarem iure suo vtitur, facitque quod ei facere non quidem per legem 12. tabul. sed per mores populi Romani licet, quibus inductum

fuit ius pupillaris substitutionis *l. 2. in prin. de vulg. & pupill. subst.* Idque non ad onus & incommodum pupillorum, sed ad ipsorum & honorem & utilitatem, vt scilicet cum testamento decedat qui tamen ipse testamentum facere per se non possit, ne maneat obnoxius insidiis, & fraudibus agnatorum quibus alioquin vita eius adidudè exposta esset. Quid enim honorificentius ciui Romano, quam vt testamenti faciendi ius habeat, id est, vt alibi ostendimus & probauimus, legis condenda potestatem. Quod verò vitium, quam per substitutionem pupillarem id assequi, ne ipsius pupilli salus periclitetur *§. agitur. Infr. de pupill. subst. l. Iulianus 42. aliis l. si pupillus de acq. her. Non igitur quicquam vel insanum vel insaniam proximum fecisse videri potest pater, qui filio impuberi substitutum: se cunctis tabulis, nihil contra leges fecit, at filio suo bene ac commodè prospexit decedendus est. Nec quod alium substituerit quam quem vel pupillus ipse electus, vel lex ei heredem datura fuerit ad rem facit. Lex enim agnati nomen dicitur & gradum nominat sed iura & merita ignorat plerumque in eo confidit testatori quam sibi, Ob idque solet illa substitui testatoris voluntatem, non autem testatoris cogere vt in testando substitui voluntatem legis, cuique deferant hereditatem cui alioquin lex esset delata. Quid enim ita potest iure procedit facere aut fecisse testamentum? Pupilli verò voluntas multò minus hic exquirenda, vel curanda est cum iudicio careat, nec sua desideria & consilia paternis anteponeere debeat, quæ semper meliora sunt & fideliora. Quod verò de fideicommissis obiectis longè distimile est, Siue ponas rogatum verbis discretis filium vt paternam hereditatem alij restitueret, siue quod effectum idem est vt alium heredem faceret. Fideicommissa enim onus est, idè quæ nouo iure habetur pro non adiecto postquam placuit nullum onus legitime imponi posse *l. quomodo in prioribus 32. Cod. hoc tit. l.* At substitutio pupillaris honor est, & idcirco etiam hodie in legitima quoque fieri potest, arg. *dist. l. si adrogator.* qui locus enim hoc §. continet, omnium aptissimus in hanc sententiam, & apertissimus est. Pupillus enim cui pater substitutum dedit in casum pupillarem si intra pubertatem moriatur, non tam restituere illi hereditatem paternam, quam suam deferre licendus est, ac proinde vltro ac sponte cum deferat eam proprio suo testamento, licet non tam iudicio suo quam paterno, cui obtemperandi necessitatem habet non tantum à natura, sed etiam à lege: Quæ nec patitur hoc casu vt pupillus eligat sibi heredem aliquem ab intestato non magis quam ex testamento, cum & illi qui succedant ab intestato, non alia ratione nec alio colore succedant, quam quasi tacito testamento instituti, quod iis paterfamilias sponte legitimam hereditatem reliquisse videatur *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. v. s. sed idè, infr. de iur. codicill. l. ab exheredati 125. de legat. 1.**

**8** ¶ Quoniam autem quarta debite portionis sufficit ad excludendam querelam: videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: vt puta sumus duo filij exheredati. & vtique faciet, vt Papijanus respondit, & si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeat, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes: ex vno plures, tres puta: ex vno vnus: vnicum tescuncia, vnum ex illis semuncia querela excludit.

*Ad §. 8. quoniam autem.*

a *Quarta debita portio*, id est, portio ab intestato contingens §. si quis mortis. *sup. l. que nuper 31. Cod. eodem.* Portio enim que ab intestato contingeret dicitur debita si modo de liberis agatur, ut in hoc §. & in *l. 2. Cod. de inoff. donat.* quibus scilicet parentum hereditates debentur ex ipsorum parentum & naturæ communi voto *l. n. m. est 15. inf. l. ultim. de bon. damnat.* Extra hunc casum non portio ipsa contingens ab intestato dicitur debita, sed portio portio ab intestato contingens quam vno nomine legitimam appellamus §. vnde si quis. §. Legitimam enim idem dicimus, quia ex legibus debetur *l. liberi 28. l. o. n. modo 30. & §. l. scimus 36. in pr. & §. cum autem. & pass. Co. eod. vnde etiam debitum bonorum subsidium appellatur in l. si totus 3. Cod. de inoff. donat.*

b *An exheredatus partem faciat qui non queritur.* Ratio dubitandi. Ad quid bonum est facere filio exheredato qui non queritur, ut partem faciat qui nihil unquam est habiturus *l. si post mortem 10. §. liberi inf. de bon. poss. contr. ab.* Atqui filius exheredatus non potest admitti sine ad successionem ab intestato, siue ad portio legitime petitionem, nisi per querelam inofficiosi, nec aliud vllum iuris adiutorium habet, ut loquitur Iustin. in *l. si quis filium 34. Cod. hoc tit.* Ergo si duo sint filij ambo exheredati, quorum vnus nolit queri, siue quia non possit cum sit meritis exheredatus, siue quod eam patris memoria pietatem ac modestiam prestare velit ut iudicium ipsius nolit impugnare, dicendam est, nec partem eam facere posse fratri, qui velit ipse queri, Nec proinde impedire quominus si alter dicat inofficiosum testamentum, & obtineat, subinde totam hereditatem, non dimidiam duntaxat petere debeat. Partem enim facere nihil aliud est, quam personam suam numerare cum cæteris in partibus faciendis *l. 1. §. ultim. inf. de collatio.* Cur verò numerabimus personam eius, qui nec conquiri vult, nec succedere? Aut saltem cur non ipsius portio alteri fratri petere volenti ad crescat? Et ita differre scriptam est in *l. si ponas 23. §. ult. & in l. qui repudiatis 17. inf.*

Ratio decidendi. Is demum non facit partem, qui nullomodo potest admitti ad partem, etiam si maximè velit, ut in *dict. §. liberi. l. planè 34. §. si duobus. de leg. 1.* At is qui potest admitti ad partem si velit, etiam si non habeat partem, quia nolit, non eò minus facit partem. Idemque est si partem illam habeat, quamvis alio iure, ut in specie *l. huiusmodi 84. §. si Titio. de legat. 1.* Aut si alius cui partem ipse facere non possit certam sibi partem iam habeat à testatore ipso factam & definitam, ut evenit inter eos qui in legato verbis tantum coniunguntur, id est, quibus testator legavit pro æquis partibus. Hi enim partes habent semper & iam inde ab initio siue in collegatariorum persona consistat legitimum, siue non consistat *dict. l. planè. §. si coniunctim. de leg. 1. in c. l. re coniuncti 89. de leg. 3.* Atqui cum duo sint filij exheredati, verum est vtrique ex iis esse personis, quibus legitima debebatur, & idem sicuti ambo simul succederent ab intestato ex semilibus, ita & possunt ambo admitti ad querelam, etiam is qui meritis exheredatus fuit, quamvis in querela obrinere non possit, aut saltem non debeat. Aliud enim est ad querelam admitti, aliud verò in querela obtinere ac vincere: quoniam in

huiusmodi lite, ut in cæteris omnibus non tantum de iure, sed etiam de facto disputandum est *l. si pars 10. l. circa 24. inf.* Ergo etiam is qui non queritur facit partem fratri, scilicet in computatione legitime, ut frater qui vult queri si habeat seiscunciam, non habeat quod queratur, quomodo tamen haberet si frater alius qui non queritur partem non faceret, quia tunc soli fratri conquerenti totus quadrans deberetur, quem tamen non haberet, quia ponimus seiscunciam duntaxat ei datam. Planè si poneret ne quidem seiscunciam alteri fratri datam qui vult de inofficioso queri, sicuti non esset dubitandum quin haberet ille ius proponendæ querelæ ex proprio capite, ita & sciendum esset futurum, ut pars fratris qui de inofficioso queri vel nollit vel non possit fore iam exclusam tempore, alteri huic ad cresceret, ut possit in totum facere partem intestatam, & consequenter post victoriam hereditatem totam ab intestato vindicare *dict. l. qui repudiatis. dict. l. si ponas 23. §. ult. inf. hoc tit.* Ideoque quod hic additur *et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem ab hoc sed dimidiam petere,* non puto ex iuris ratione defendi posse, neque tam Vlpiano aut Papiniano quam imperito interpreti tribuendum esse. Non enim de illo queritur in hoc §. an exheredatus qui non queritur faciat partem in querela, aut in petitione hereditatis, quæ post obtentam in querela victoriam instituitur, Sed de hoc tantum, An partem faciat in computatione ea portio quæ sufficit ad excludendam querelam, id est, An is qui vult queri, & cui tamen tantum relicta est quantum haud dubiè summoueret eum à querela, si alius frater exheredatus quereretur, ob id magis queri possit quasi non habeat portionem legitimam, quod frater non conquiratur. Et cum legitima portio quam relinqui necesse est ad querelam excludendam, nihil aliud sit quam portio portio ab intestato contingens §. si quis mortis. *sup. l. cum queritur 6. C. eodem.* In proposita autem specie duo fratres sint, qui ex semilibus ab intestato succederent si testamentum non obitaret, consequens est, ut cuiusque legitima portio non alia sit quam seiscuncia, quoniam seiscuncia facit quartam partem semilibus, Ac proinde ut ille ex fratribus qui vult conquiri, quasi ob personam fratris exheredati nec conquerentis debuerit habere quadrantem integrum pro legitima, nullam habeat causam querelæ, si modo seiscunciam à parte habuerit. Cæterum, An si minus seiscuncia habuerit, ob idque ad querelam fuerit admissus ex propria persona, debeat queri de inofficioso, & intestatum facere partem pro parte tantam an in totam, Et rursus, An ubi in querela obtinuerit debeat petere dimidiam duntaxat partem hereditatis an totam hereditatem, alia quæstio est, quæ in hoc §. non tractatur, sed in *dict. lege si ponas. §. ultim.* Et ita esse apparet euidenter non solum ex præfatione illa quæ ponitur initio huius §. his verbis, *quoniam autem quarta debita portio sufficit ad excludendam querelam, sed etiam ex eo quod sequitur in hoc ipso §. per modum & continuationis & illationis ex præcedentibus Proinde si sint ex duobus filiis nepotes ex vno plures tres puta, ex alio vnus, vnicum seiscuncia vnus ex illis seiscuncia querelam excludit.* Non enim putauit Vlpianus noster apertius significare tractari à se-

quæstio-

quæstionem illam Quota debeat esse portio fratris exheredati qui vult queri ad hoc vel sit vel ad querelam admittendus vel à querela excludendus, cum adest alius frater exheredatus qui non queritur. Non item istam, Pro quota parte possit frater exheredatus querelam proponere, ac subinde postquam obtinuerit, hereditatem petere, alio fratre exheredato non conquerente. Sed & interpretis nostri manum, simulque iustitiam illud detegit, quod iis verbis quæ tollimus, & si dicam inofficiosum non totam hereditatem debere, sed dimidiam petere, exprimitur aperte, illum qui de inofficioso testamento dicit hoc ipso hereditatem petere quasi querela inofficiosi sit petitio hereditatis: Quod planè filium esse offendimus ad *l. posthumus 6. §. si quis ex his supra.* Debuerat igitur interpretis ille ut nobis imponeret, ac Vlpianum ageret aut Papinianum, non ita scribere, ut scripsit *et si dicam inofficiosum, sed sic potius & si obtineam in querela inofficiosi,* Illud certe non nego filium conquerentem non posse nisi dimidiam petere quandiu alius frater exheredatus conquiri potest, licet nondum conquiratur, ut in *l. inf. si pars hereditatis per. in illis verbis, si queritur non adierit vbi non dixit Cuius pro non dicit.* Sed nego Vlpianum posse sic accipi, quia non de eo loquitur qui nondum queritur, sed de illo qui abolutè non queritur, id est, qui vel constituit nolle queri vel passus est se excludi tempore à proponenda querela, ut in *dict. l. si ponas. §. ult. dict. l. qui repudiatis.* Alioqui qua fronte possit frater qui vult queri, pretendere autem fuisse suam legitimam ex persona fratris nondum conquerentis si adhuc frater conquiri possit? Et tamen hoc vnus casus est de quo solo Vlpian. tractat in hoc §. ut ostendimus.

c *Proinde si sint ex duobus filiis nepotes.* Ratio dubitandi. Cum ex duobus filiis præmortuis plures sint, & disparis numeri nepotes, omnes in eodem gradu sunt, & æquè proximi auctorem vnus bonis legitima portio eis debetur, Nec indigent representatione personæ patris ut succedant, eum nihil impediat quominus qui in pari gradu sunt, pariter ac simul succedant siue ex descendentiis sint, siue ex transuersalibus, & quidem proprio iure ac ex propria persona. Ergo partem & æqualem legitimam portionem habere debent, non vnus seiscunciam, alij verò singuli seiscunciam, Et consequenter qui seiscunciam tantum habuerunt, de inofficioso queri possunt. Ratio decidendi. Quemadmodum cum filius filij & ex altero filio nepos,

neptisve existunt pariter ad aui hereditatem vocantur, nec qui gradu proximior est, vltiorem excludit, quia æquum esse videtur, & ipsorum paritatem naturæque voto consentaneum, ut nepotes neptisque in parentis sui locum succedant, Pari ratione etiam nepotes neptisque ad vnū dimidia pars hereditatis aui intestati, ad alios altera dimidia pertinere debebit, iure scilicet representationis quod in descendentiis iam olim locum habuit in inuitum §. cum filius 6. *Inst. de heredit. que ab intest. deser. & hodie habet ex Iustin. Nouell. 118. de heredit. ab intest. venient.* Atqui legitime ratio ponenda & ineunda est ex comparatione successionis intestati, cum nihil aliud legitima sit, ut toties diximus, quam portio portio ab intestato contingens. Ergo si in proposita specie singulis nepotibus qui tres superferunt ex vno filiorum præmortuorum relicta sit seiscuncia non habet quod querantur, cum habeant quartam eius quod ab intestato fuisse ad eos peruenturum. Non enim ab intestato potuissent habere singuli plus quam sextantem, diuiso scilicet semisse vno in tres sextantes, cum alius seiscuncia ad alium nepotem ex altero filio præmortuo totus spectaret. Seiscuncia autem facit quartam partem sextantis. Nec debent recitare nepotes ex liberis præmortuis quominus succedant auctorem iure representationis etiam cum soli & sine patris succedunt, eum ius representationis sit ipsis fauorabile, per quod scilicet fiat ut quāuis sint remotiores in gradu, succedant tamen in aui hereditate simul cum patris, qui vno gradu eos præcedit, & à quo proinde in totum excludi deberent si ius successionis, ut aliàs solet ex iure sanguinis & proximitatis æstimaretur. Porro non potest inter eos induci ius representationis, quin illud etiam inducatur, ut in stirpes non in capita succedant *dict. §. cum filius & §. vltim. co. tit.* In stirpes enim succedere nihil aliud est, quam tot fieri in diuisione successionis partes, quot sunt stirpes à quibus personæ succedentium originem sumpturunt, ut proinde qui plures ex vno eodemque filio nepotes sunt, sicut vnā duntaxat stirpem habent, ita & ad vnā tantum portionem simul omnes admittantur. Ex quo sequitur, ut cum de legitime portio ratione ineunda tractatur, in stirpes quoque facienda sit computatio ut plurimum ex vno filio nepotum non maior legitima sit, quam ipsius filij, eiusdemque ipsorum patris futura esset si viueret.

9 *Quarta autem accipietur scilicet deducto ære alieno, & funeris impensa.* Sed, an & libertates quartam minuant, videndum est b. & nunquid minuant, nam si, cum quis ex auctore heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit, potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam d. Cum igitur placet quartam minui per libertates: eueniet, ut qui seruos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat: nisi forte hic filius e, si non fuit in potestate f, à patre heres institutus, merito omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituit, vel ab intestato, citra edicti penam, habeat hereditatem g.

*Ad §. 9. quarta autem.*

Ratio dubitandi. Legitima nihil aliud est quam portio quarta olim, nunc tercia vel dimidia portio ab intestato contingens *l. cum queritur 6. l. que nuper 31. Cod. hoc tit. seu quod idem est portio e-*

ius quod ab intestato perueniturum esset, ut Vlpianus noster loquitur in *§. si quis mortis supra.* Atqui ab intestato successisset filius aut alius quisquis legitimam petit, vel in tota hereditate, vel saltem in parte aliqua hereditatis. Lex enim duodecim



tabularum & hereditatem & heredem facit, tam ex testamento quam ab intestato *l. leg. obuenire 130. de verbor. sign. in d. l. filius similis. in d. l. in d. legem falcid.* Porro nec hereditas nec pars vlla hereditatis dicitur deducto aere alieno, quoniam & hereditas, & pars hereditatis qualibet etiam aere alienum continet, videturque ea fictio in hoc maxime per legem comparata fuisse, vt aere alienum quod non erat in bonis defuncti nihilominus ad heredem transferretur vt id soluere teneretur *l. c. si cert. p. t. l. vlt. C. de hered. action. v. r. s. C. de donat. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debet.* Idemque est de funeris impensa. Nam & haec onus hereditatis est, & quidem primum ac praecipuum, tanquam quae etiam aere alieno loco habeatur *l. impensa 13. iunct. l. quod si nulla 28. in d. de religio. & sumpt. funer. l. si quis seruum 8. §. vlt. de leg. 2.* Ergo quarta aut alterius quotae legitima portio intelligi & accipi debet non deducto aere alieno, nec funeris impensa.

Ratio decidendi. Peruenit ex hereditate aut perueniturum esse nihil intelligitur, nisi quod cum effectu perueniat, fueritve perueniturum *l. 2. §. peruenisse. in d. de her. vel act. vend.* Atqui non potest videri cum effectu peruenire aut perueniturum esse si quid aere alieno est, vel cuius alterius oneris hereditarij cuiusmodi est funeris impensa. *dit. §. peruenisse. v. r. s. l. si quid.* quoniam aere alienum soluendum est antequam in bonis debitoris quicquam esse videatur, quia cum bona dicta sunt a beando, non possunt vique beate nec proinde bona dici nisi quatenus in eis superest deducto aere alieno *l. mulier 72. de iur. dot. l. 2. §. 1. de collat. l. non possunt 11. de iur. fidei. l. sub signatum 29. §. 1. de verbor. sign.* Et verò cum is qui agit querela, hoc colore agat, quasi non sanæ mentis fuerit testator cum suprema iam iniquè ordinaret, An non insanus ipse esset ac furioso similis si de eo quoque vellet conueniri quod nulla ex parte onus aere alieno sentire possit, quasi hoc ipso minus ex bonis defuncti acciperet? Cum igitur certis personis legitimam portionem deberi placuerit, vt esset eis non oneri & incommodo, sed honori & emolumento, rectissime constitutum est, vt eius rationem iniuri oporteat deducto aere alieno & funeris impensa. Sed haec aequitatis fortasse potius quam iuris ratio videri possit. Illi igitur accommodatio est, quod legitima non ab alio deberi tota potest, quam ab eo qui sit heres ex asse, ideoque nec nisi contra heredem, qui iam heres sit proponi querela potest, *§. si conditioni. in d. hac lege.* Atqui non potest fieri vt quis sit heres ex asse, alius verò assis hereditarij partem vllam habeat: Ita enim fieret vt saltem aliqua ex parte hereditatis duo essent vni homini heredes in solidum, quod iuris ratio & regula non admittit *l. quod contra 147. §. 1. de reg. iur.* non magis quam vt eiusdem rei duo in solidum sint domini *l. 5. §. si duobus vchiculum. in d. commodat. l. de hereditate 19. §. pater. in d. de castrens. peculio.* Nec igitur illud fieri potest vt legitima sit quota hereditatis, & consequenter necesse est vt sit quota bonorum cuius ratio poni non possit nisi deducto aere alieno ac funeris impensa, quia nec illud fieri vllomodo potest vt totum aere alienum hereditarium non concomiteretur inseparabiliter, vt aiunt assem ipsum hereditatis *l. 2. C. de her. vel act. vendit. a Sed an & libertates.* Ratio dubitandi. Si admittamus legitimam portionem minui per libertates, conuenit, vt qui seruos tantum in patrimonio suo

habeat, quomodo plerique olim praecipuam vim & substantiam patrimonij in seruis habebant, querelam inofficij facile excludat dando iis libertatem. Atqui hoc absurdum videtur, quia vt dici & admitti possit, quia cum legitima portio ex legibus debeat, indeque & legitima, & debita portio nominis sumptis, nihil potest fieri in fraudem legitimae, quod non fiat etiam in fraudem legum & ipsius propemodum naturae: Quicquid autem sit in fraudem legum non modo iurum, & inane esse debet, sed etiam feruere vindicandum est *l. non dubium 5. C. de leg.* quia grauius delinquit, qui per cuniculos in fraudem legum quam qui palam contra leges ipsas facit *l. contra 29. & 29. §. 1. de leg. iunct. l. vlt. in d. de rit. ampt.* Nec tantum fauorem libertatis esse credendum est, vt dari possit in fraudem legum, quae nec datur impune in fraudem creditorum *l. iunct. quibus ex co. §. manum. v. r. s. l. c. si in fraudem 10. & §. 1. si cum sit. commissa 6. §. ne quis imp. qui & l. quae in manum.* Ergo neque dari poterit in fraudem legitimae, maxime si nostris credimus qui putant, cum in legitima debeat, in ea legitima etiam vno illo ex cuius bonis legitima debetur esse iam creditorem: cum creditores accipiamus eos omnes quibus debetur ex quacunque causa *l. reditoris 10. & §. 1. de verbor. sign. iunct.* Proinde ne absurdum hoc eueniat vt excludi in totum possit querela inofficij praetextu libertatum, dicendum est legitimam portionem cuius fauor locum facit querelae, per libertates minui nullomodo posse.

Ratio decidendi. Dicam vt soles libere quod sentio. Locus sanè perobscurus est, & ex quo nullam nisi prorsus ineptam aut sententiam aut ratiocinationem possit vel ipse Papinianus elicere, dignam plane imperitia Tribonianum ceterorumque Compositorum quibus proinde non dubito quin adscribi debeat quicquid in hoc §. scriptum est saltem ab his verbis *si in libertatis* vsque ad finem §. Neque de hoc dubitabit meo iudicio, quisquis rationes quibus in hanc sententiam mouemur, percipiet. Rem ego sic totam tractandam arbitror, vt distinguamus An exheredatus fuerit filius, qui de inofficij patris testamento queri vult, an institutus. De exheredato hucusque locutus est Vlpianus, cui vel nihil vel minus quarta portio relicta sit, & in consequentiam eius tractatus necesse fuit monere quartam accipi deducto aere alieno ac funeris impensa. Quod si voluisset Vlp. illam quoque quaestione subiungere An expleto aere alieno, etiam libertates deducenda sint minuaturque legitimam ad excludendam querelam, & quae poterat ea quaestio tractari, & commodius in filio exheredato, qui in filio ex asse instituto, vt ex iis quae dicturi sumus apparebit. Et tamen totus hic §. ab his verbis est de filio ex asse instituto, vt verba demonstrant, quae res vel sola posset proderet Tribon. Prius ergo tractemus de exheredato, postea de instituto. Si filius qui de inofficij agere vult fuerit exheredatus, Dico nec ipse legitimam posse minui nec inofficij querelam excludi per libertates in patris testamento datas, siue directas, siue fideicommissarias. Mouet me ratio illa inuincibilis, & perpetua, quod legitima sit portio portionis ab intestato contingens, & eius, quod perueniturum esset ab intestato: quae qui non habet, si sit ex iis personis quibus aliqua legitima debeat, omnimodo ad querelam inofficij admittendus est, quauis possit fieri vt in ea succubatur, Nepe si fuerit

fuerit merenter exheredatus, ingratusque probetur. Atqui si nullum testamentum fecisset pater qui filium quem vnicum habebat, exheredauit, aliumque heredem extraneum instituit, haud dubie habuisset filium totam hereditatem patris, & consequenter seruos omnes, tamen totum patrimonium in seruis constitisset: nec tractandum fuisset eo casu de libertatibus, quia neque directae ab intestato dari potuissent, neque fideicommissariae in codicillis ab intestato factis dari potuissent facere quominus seruis omnes in hereditate manerent, quantum cum onere fideicommissariae libertatis praestanda. Ergo cum sit verissimum factum testamento per eum qui totum patrimonium in seruis habebat, & omnibus libertatem directam dederat, non habere filium exheredatum quartam partem eius quod ab intestato fuerat habiturus, omnino consequens est vt ad inofficij querelam sit admittendus. Nec ei obstat potest fauor libertatis, quoniam is qui agit de inofficij non negat libertates esse datas esse, ipseque iure competuisse ex quo instanti defunctus habuit heredem, Sed contendit renouandas esse tanquam a furioso & demente datas, si modo possit asseri per querelam inofficij vt testator intestati exitum faciat quasi qui insanus fuerit & furiosus tempore conditi testamenti. Nihilum siquidem hac parte prauelegium est libertatis, cum homini insano ac furioso non magis liceat libertates dare quam aliud quicquam facere ex iis quae ad testamenti aut alterius cuiuslibet vltimae voluntatis ius pertinent: dommodò querela inofficij fuerit intra quinquennium instituta *§. vlt. in d. l. nec fideicommissa 36. de leg. 2.* Itaque non habet locum hoc casu quod dici solet libertates quae semel competierunt, renouari nunquam posse, quia nec competuisse intelliguntur ex eo testamento quod tanquam a furioso & demente factum fuisse, atque ideo nunquam valuisse creditur *d. §. vlt. vbi dicimus.* Neque rursus potest in hoc casu argumentum illud obici quo Tribonianus huc vitur, quod libertates minuant adeoque in totum aliquando excludant falcidiam, puta si totum patrimonium defuncti fuit in seruis, quibus omnibus deditur ille libertatem: ipsa verò falcidia excludat querelam inofficij. Est enim longè dissimilis ratio filij exheredati cui legitima debetur, & querela competit. Et heredis instituti ad quem pertinet de falcidia disputare. Heres namque institutus, ideo nullam falcidiam detrahit ex libertatibus, non solum quia nec potest, cum & persona serui & libertas ipsa sit indiuidua, adeoque nec recipiat estimationem ex qua possit falcidia deduci, vt fieri solet in ceteris legatis indiuiduis *l. si fundus 23. ad leg. falcid. iunct. l. vlt. in d. l. nec fideicommissa 36. de leg. 2.* detrahendo scilicet ex reliqua hereditate precia seruorum quibus libertas data fuit, & quidem tantum aere alieno loco *l. aere alieno 39. ad leg. falcid.* Ex quo fit, vt & tanto minus ceteri legatarij si qui sint ex legatis consequantur, cum non magis legatorum quam falcidiae ratio poni possit, nisi deducto prius aere alieno *l. in imponenda 6. l. vlt. in d. l. nec fideicommissa 36. de leg. 2.* in quo falcidia legitima similis est, & in dēnis seruetur heres, cui vtiq; nihil deperit etiam si minore falcidiam consequatur ex imminutis legatis, cum quod non habet per deductionem aere alieni, habeat nihilominus per deductionem aere alieni, quasi quod debitum sit ipsi heredi, quomodo &

deducere is potest, quicquid sibi ex alia causa debetur *d. l. in imponenda & d. l. irritum.* Quod si ponas totum patrimonium fuisse in seruis quibus omnibus data sit libertas, Erat quidem hoc remedium deducendi precia seruorum aere alieno loco, inutile heredi qui non habebit unde possit deducere, sibiq; indemnitate praestare, Sed tamen habebit ille quod sibi possit & debeat imputare, qui adierit hereditatem quam debebat potius omittit si noluit sine aliquo lucro & commodo heres esse. Nec enim potuisset cogi ad adendum propter libertates directas, non magis quam propter fideicommissarias, aut propter aliud quodlibet pecuniarium legatum *l. si res aliena 52. §. 1. & l. 9. §. 1. ad S. C. Tribull.* Maxime verò potest hoc ei imputari, si talis heres sit qui etiam ab intestato potuit hereditatem obtinere. Debit enim ab intestato succedere potius, & quidem citra metam edicti, *Si quis omis. caus. testam.* quia nihil videretur dolo fecisse qui doluit & fraudem sui testatoris excludere potius voluisset, arg. *l. qui autem 6. §. si pater in iur. ill. l. si quis omis. caus. testam. cum patre 77. §. 1. Titio aut. p. n. de leg. 2.* Et si postremum hoc mihi suspensum est, quia vt dicam in sequentibus, non potest videri fraudatus a testatore heres qui facta & voluntate testatoris impeditis quoquomodo fuit ne falcidiam vllam habere possit, cum eo casu non in damno moretur sed tantum priuetur eo lucro quod non nisi ex voluntate ac liberalitate testatoris sperare potuit, At is demum fraudatus dicitur quem testator non alia mente instituerit quam vt ei auferret ius aliquod & commodum quod habiturus ille fuerat alio herede existente, vt in specie *d. §. si pater in iur. & d. §. si Titio.* Vt sit prior illa ratio sufficit quod non de alio quam de seipso possit queri heres, qui nullam falcidiam habet propter libertates, quia potuit non adire, atque ita facere non vt falcidiam eo magis consequeretur quam nemo nisi heres consequi potest, sed vt libertates intercederent, quae competere non poterant nisi adita prius ex testamento hereditate *l. in quantitate 77. v. r. s. nec aere ad leg. falcid.* At istorum omnium nihil est quod in persona filij exheredati circa querelam inofficij testamenti tractari possit. Nam neque filius exheredatus potest deducere precia seruorum manuiforum ex reliquis bonis si qua sint, cum non sit heres, sed a tota hereditate exclusus, Neque possit ei imputare, cur adita sit hereditas ad confirmandas libertates, etiam si totum patrimonium in seruis consisteret, cum non eam ipse adierit, sed alius quem ponimus fuisse ex asse institutum, qui que adendum ipsi etiam exheredato nocuit, quia confirmauit exheredationem quae alioqui cum libertatibus ceterisq; omnibus in testamento scriptis corruisset *l. filii 20. de bon. poss. contr. tab. iunct. l. si nemo 9. de test. iur. l.* Quare facendum est Tribonianum argumentum hoc casu non procedere, quod ille sumpsit ex falcidiae exemplo, quo nec vsus est in ea specie quam nunc tractamus in qua filius minus quarta habens fuerit exheredatus, sed in alia de qua iam dicendum nobis est, in qua filius fuerit institutus. Videamus igitur an eo casu quo filius qui de inofficij vult queri, fuerit ex toto asse heres scriptus, probabilis sit quod Tribonianus in hoc §. disertè scribit, legitimam minui per libertates. Nam ratio qua vsi sumus in superiore specie pro filio exheredato, vt eum ad querelam inofficij admitteremus tum quoque cum totum patrimo-

nam exhaustum est libertatibus non videtur posse porrigi ad filium institutum. Exheredatus enim idem admitti debet ad querelam, quod verum sit aut nihil penitus, aut saltem minus legitima ei relicta fuisse. Alterutrum namque ponendum est. At de filio qui sit institutus & quidem ex toto assensum non idem dici potest. Quid enim amplius ei relinquere pater potuit, quam totam hereditatem? Aut quid ad eum amplius ab intestato peruenire potuisset? Ergo non potest conquiri quasi non habuerit à patre portionem portionis ab intestato contingenti, qui habuit id ipsum totum quod ab intestato contigisset, id est vniuersum assensum hereditatis. Nec quod hereditas ipsa vel legatis vel etiam libertatibus aut onerata sit, aut exhausta, facere potest ut eo minus verum sit habuisse filium à patre totam hereditatem, eumque ex toto assensum esse. Multò autem minus facere id potest ut dici possit, nihil videri ex patris hereditate cum effectu ad filium peruenisse, secundum ea quæ ad huius §. initium adnotauimus. Nam imò verum est totam hereditatem ad eum peruenisse & quidem cum effectu, quandoquidem neque legata, neque libertates impediunt quominus ille actionibus hereditariis & actiuis experiri, & passiuis conueniri possit, in quo maxime ac potissimum ius heredis elucet, non etiam in eo ut plus minùve commodi heres sentiat ex hereditate. *l. que dotis 33. §. solut. matrim. l. vlt. & tot. i. i. C. de hered. act. non. l. 2. C. de hered. vel. act. vendit.* An igitur generaliter & indistinctè dicendum erit filium hoc casu querelam inofficiosi non habere? Et si quidem hereditas non tam libertatibus quam legatis iis exhausta sit ex quibus falcidia, id est quarta pars hereditatis totius deduci iure possit, hoc est computatis etiam precibus seruorum quibus libertatem testator dedit fideicommissariam, quod euenit quoties testator seruos legauit cum onere libertatis fideicommissariae ipsi præstandæ, ac præterea iisdem legatis aliquid dedit ex quo falcidia possit ita deduci ut inde, & quod pro seruo præstandum est, sumatur, ut in specie *l. pland. 35. §. seq. ad leg. falcid.* in promptu est dicere non habere filium quod queratur, qui totius hereditatis bonorumque omnium in falcidia quartam habet & quidem iure testamenti, *l. qui duos 42. de vulg. & pup. subst.* adeoque ex voluntate testatoris. Nam falcidia legatorum capitur ex testatoris voluntate, & iure hereditario quia nec nisi de odore legare testator intelligitur ut nec potest *l. ad leg. falcid.* in eoque differt falcidia legatorum à quarta fideicommissorum quæ contra testatoris voluntatem inducitur, nisi cum heres tentata quarta hereditatem restituere rogatus est *l. Titia 86. in fi. cod.* Neque hic casus vllam recipit dubitationem inspecto iure veteri, quo eadem erat quota portionis legitimæ & falcidiæ, nisi in quarta. Sed hodie postquam aucta est per Iustinianum legitima quælibet saltem vsque ad trientem. *Novell. 118. de trient. & semiss.* aliud certè dicendum esset. dādam scilicet querelam ei quoque qui totius hereditatis quartam pro falcidia haberet, tanquam qui minus haberet legitima portione, nisi querelam excluderet alia eiusdem Iustiniani constitutio in *l. omnimodo 30. C. hoc t. quæ actioni ad supplementum non querelæ locum esse vult, quoties aliquid pro legitima relicta est quantumcumque illud sit, quantumvis longè minus quam ut sufficere possit ad legitimam portionem. Verum igitur est siue in-*

speculo iure veteri, siue nouo, nullam hodie hoc casu querelæ locum esse. Idemque dicendum putato si libertatibus directò datis onerata sit hereditas, ita ut totius hereditatis falcidiam ex cæteris legatis deducere heres non possit. Est enim hoc casu falcidia quæ ex cæteris legatis pecuniariis deducitur non æquat legitimam portionem, ne quidem inspecta iuris veteris ratione, nihil tamen interest heredis, qui ut supra diximus, seruorum præcia deducit ex reliqua hereditate quasi æris alieni loco *l. æris alieni 39. ad l. g. falcid.* vnde sit ut legata quidem cætera omnia minuuntur, & consequenter falcidia quæ ex ipsis deducitur, sed non ius ipsam heredis, quippe qui tantum commodi & emolumentum ex hereditate retinet, quantum si libertates falcidiam paterentur, Quinetiam longè plus, quia deducit præcia integra seruorum, qui per legem falcidiam nihil nisi quartam possit deducere. Ille igitur casus solus dubitationem habere potest, Si totum defuncti patrimonium constituit in seruis, aut saltem tanta ex parte, ut neque per falcidiam cæterorum legatorum, neque per deductionem preciorum tanquam æris alieni ex cæteris bonis hereditariis non legatis possit heres conficere sibi quartam illam quæ sola querelam excludit. Ego verò non dubito quin hoc casu filius si non ex toto assensum, sed tantum ex semisse, aut ex alia hereditatis parte scriptus sit, querelam habere debeat, nec possit legitima hoc casu minui per libertates. Dixi si non ex toto assensum quia eam filius ex toto assensum scriptus fuit, nullas huic quæstioni locus relinquatur. Si quidem tamen nec legitimam integram, nec aliud quicquam omnino haberet pro legitima, semper tamen ea ratio excluderet ipsum à querela, quod non haberet contra quem proponere querelam possit, quæ scilicet non aduersus alium quam aduersus heredem ipsum proponi potest. Taceo rationem aliam, quod imputare sibi debeat qui patris hereditate non omisit. An enim ratio illa valeat separatim postea tractandum erit. Et hic primus Tribonianus lapsus fuit, qui tractans de filio herede instituto ex assensu, ait idem non posse illum queri de inofficioso testamento quod habeat falcidiam: Quasi verò si falcidiam non haberet ob id magis admittendus esset ad querelam. Contra quem verò agere possit, nisi contra se ipsam? Id verò multò minus quia non tantum ratio iuris sed etiam natura ipsa impedimento est quominus secum agere quis possit *l. ne cum filio familiaris 16. §. de furt.* Debit ergo Tribonianus dicere, Cum filius ex assensu heres scriptus est, idem ad querelam admitti eum non posse, non quia falcidiam habeat, sed quia non habet contra quem agat etiam si falcidiam non haberet. Idque apertius erit si ponas ex Iustiniani constitutionibus id tantummodò factum esse ut legitima quæ olim quarta erat hodie aucta sit ad trientem, Non etiam illud, ut si quid relicta sit quamuis minus legitima, debeat agi ad supplementum. Hoc enim posito fiet ut filius ex assensu institutus etiam si plenam falcidiam habeat, minus tamen habiturus sit quam legitimæ ratio ferat, & consequenter ut ex iuris veteris ratione non eo minus admittendus sit ad querelam quod falcidiam habeat. Neque tamen ob id magis agere poterit quia nec habebit contra quem agere possit nullo alio herede existente. Fateor fuisse olim bonam rationem quæ hodie non esset, ut filius, qui habebat quartam totius hereditatis iure falcidiæ legatorum non pos-

set queri de inofficioso, quia hoc ipso habebat & iure testamenti, & ex voluntate testatoris quartam quæ sufficiebat ad querelam excludendam. Sed nego fuisse vnquam rationem hanc bonam, propter quam filius ex assensu institutus deberet excludi à querela, quoniam si bona esset, consequens fieret ut quo casu heres ex assensu scriptus falcidiam non haberet de inofficioso queri possit: quod tamen non magis verum esse potest in eo qui nullam falcidiam, quam in eo qui totam habet: Defectu scilicet personæ contra quam agere possit. Nec hoc solum, sed etiam quod notandum est, defectu iuris ex quo possit agere. Nam cum querela non possit proponi ante aditam hereditatem *l. §. si conditioni infir.* acquiritur verò patris hereditate per filium qui de inofficioso queri vult, euenit necessariò ut eadem persona sit quæ de inofficioso & agere debeat, & conueniri possit, apparet ius totum proponendæ querelæ hoc casu exingni per confusione, sicut fuerat quoties in eandem personam vtramque ius concurret & debitoris & creditoris, aut rei & actoris. Non enim magis fieri potest ut idem sit reus & actor, quam ut idem sit debitor & creditor *l. ad debitorum 50. de fideiuss. l. Siue cum 95. §. ad ius de iur. l. ut debitor 7. §. seq. C. de hered. act. non.* Vnde fit ut quoties iure consulti tractant de querela danda filio heredi scripto, non ponant fuisse illum scriptum ex assensu quomodo imperitè ponit Tribonianus, in hoc §. sed tantum ex aliqua parte puta ex semisse, ut in *§. vnde si quis infir.* si tamen ille quoque locus Triboniani non est, de quo ibi videbimus. Nempe ut fieri possit locus quæstioni An filio institutionem suam omittente, atque ita hereditate tota iure adcrefcedi ad coheredem deuoluta, possit querela proponi, si filius ex sua illa institutione legitimam portionem consequi non potuit. Illud enim etiam ponendum necessariò est filium qui ex aliqua hereditatis parte scriptus fuerat institutionem suam omisit. Alioquin noua & alia ratio eum à querela excludit, & quæ non minus potens est quam superiores, quod iudicium defuncti agnouerit agnoscendo institutionem. Quisquis enim quo quomodo agnoscat iudicium defuncti hoc ipso excluditur ne querelam mouere vnquā possit *§. prox. 7. §. l. pen. §. vlt. & l. vlt. §. cod.* Ex quo apparet tantò manifestius quam verum sit quod modò dicebamus, filium ex assensu institutum qui falcidiam habet, ac proinde qui & hereditatem & testamentum agnouit, non ob id excludi à querela quod falcidiam habeat, Sicut nec ob id rursus quod non habeat, contra quem agat (quid enim si ex parte tantum scriptus esset, haberetque coheredem?) sed si veram & genuinam rationem querimus hæc vna est quod quisquis ex testamento heres est vel ex minima portiuncula, defuncti iudicium agnouit, quod impugnare postea non potest. Idem nimirum & nos cum tractauimus de filio herede scripto, qui vellet queri, non solum ponimus fuisse illum institutum ex parte tantum aliqua hereditatis puta ex semisse, ut habere possit coheredem ex alio semisse scriptum, qui portionem suam agnouerit (nam & hoc quoque necessariò ponendum est.) sed etiam ponimus omittam ab eo fuisse institutionem, ne qua de causa possit ei obici quod agnouerit iudicium defuncti. Hunc verò contendimus habere querelam si per libertates siue directas, siue fideicommissarias fiat, ut neque beneficio legis falcidiæ, neque alia vlla ratione, le-

gitimam portionem ex ea institutione consequi possit. Mouer ea ipsa propemodum ratione, quæ in præcedentibus pro filio exheredato attulimus: quod ad querelam admitti debeat filius quoties siue institutionis, siue alio quocumque modo minus ei relicta est quam relinquere debuerit pro legitima portione. Atqui filius hic de quo agimus, licet institutus fuerit ex semisse eam ei sextans fortasse tantum deberetur, non tamen potest consequi sextantem ex institutione saltem integram, quia ponimus etiam hunc semissem libertatibus vel exhaustum penitus, vel saltem oneratum fuisse, nec quicquam aliud esse in hereditate vnde filius possit iure falcidiæ quartam & legitimam portionem retinere. Ego de inofficioso queri potest. Est enim non potest videri sextantem non habere is qui habet semissem, non tamen habet eum sextantem quem portio legitima requirit: quia & sextantis & semissis nomina sunt iuris, legitima verò portionis nomen non tam ius quam rem certam significat, certaque si non substantiæ sed estimationis, & quæ commoda tantum continet non etiam incommoda cum sit quota honorum non hereditatis ut supra probauimus. Itaque quantum verum sit per hunc iurum stare quominus integer semis totius hereditatis ad eum peruenisset cum effectu videatur, non tamen perinde possit dicere per eum stare quominus totam legitimam cum effectu consequatur, quoniam legitima non magis deductis libertatibus inuenda est, ut Tribonianus dicebat, quam deductis seruis ipsis, quos ab intestato filius fuerat habiturus. Cur enim parti permittamus, ut præterea libertatum ladar ius filij & legitimam ipsius portionem imminuat? An idem fortasse, quod ipsam quoque heredis falcidiam possit minuire? Atqui longè aliud est de falcidia, aliud de legitima filij disputare. Sicut & aliud de filio, aliud verò de herede. Potest pater idemque testator ius filij sui eiusdemque heredis instituti pro arbitrio ladar & diminueri quatenus heredis sed non quatenus filij. Nec rursus quatenus heredis nisi eo demum casu quo lex falcidia locum habere non possit. Nam cum lex falcidia locum habet, non magis potest quisquam testator aliquid statueri contra legis falcidiæ auctoritatem, quam facere ne leges cæteræ in testamento suo locum habeant *l. l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid. l. non potest 55. de legat. 1.* At si lex falcidia cæset, quomodo cessat in seruo testatoris cui libertas data fuit *l. in testatoris 34. ad leg. falcid.* nihil absurdi aut incommodi est quod heres institutus, aut falcidiam nullam habeat, aut minus plenam, cui satis esse debet quod si nullum ex hereditate lucrum sentiet, nullo tamen damno adficietur, quippe qui neque legatis neque libertatibus onerari possit vltra modum patrimonij quod à testatore acceperit *l. in ratione 11. §. quod vulgo cod. tit.* Creditoribus planè respondere cogitur etiam supra vires hereditatis *dict. l. que dotis 33. solut. matrim.* quia soluendo intelligitur esse hereditas, quæ inuenit heredem *l. libertus 36. inf. de bon. libert.* licet & quæ inuenit emptorem *l. 3. ad leg. falcid.* Sed damnum illud facilitari sua ac temeritati debet imputare qui damnosam hereditatem inconsultò adierit, quam potuerat & debuerat repudiare. *d. l. in quantitate 73. vers. nec ea res cod. t.* Manca enim potestate legis falcidiæ quæ totius hereditatis quadrantem saluum & illibatum dat heredi ut hoc veluti præmio inuenit eum ad adu-



dam hereditatem, ne legata interdant, & testamentum ipsum destituatur, nihil est quod heredem mouere ac impellere debeat ut propter legata vel libertates implicet se oneribus hereditariis. Et si eo quoque casu non decit auxilium iuris quo libertates defendari possint, si quis fortè inueniatur qui earum conseruandam causa defuncti bona sibi addici postulet, oblata in eam rem cautione secundum formam præscriptam constitutione Dni Marci, de qua litè iust. in tit. *Instit. de eo cui libert. conseru. ad dic.* Nisi quod cõstitutio illa eo tantum casu locum habet, quo heres nemo sit ne quidem ab intestato: quod vix potest contingere cum heres scriptus idè tantum hereditatem omittit ex testamento, quod libertatibus exhausta vel onerata sit ex quibus falcidiam deducere non possit. Nam cum omnia eo casu ex testamento hereditate libertates corrumpant, nec ab intestati successore debeantur, apparet non eandem rationem habere legitimam heredem repudiandam hereditatis legitimam, quam habent heredes scripti omittendæ testamentariæ successiones. Itaque satis magnam mali sui contumeliam fecit in hac specie testator qui cum id ageret ut heredi suo legis falcidiam commodum eriperet data omnibus seruis suis libertate, hoc è contrario asseruit ut intestati exitum fecerit, nihilq; profus valeat eorum omnium quæ testamento dispoferat. At cum idè heres qui à testatore institutus sit, filius quoque testatoris est ac proinde talis cui legitimam omnimodo debent certum sit (nec enim quæri vnquam potest an propter ingratitudinem aliquam, meruerit legitima priuari & exheredari filius quem pater heredem scripsit, adeoque ex maiore quam ex legitima portione) non est in potestate patris ut villo voluntatis genere quicquid de legitima ipsius portione diminuat, quin hoc ipso querelæ locum aperiat, si modò adhuc alius coheres contra quem proponi querela possit, quoniam manca potestate legis falcidiam quæ sola poterat huic debito satisfacere, tantum abest ut filius iure suo cadat, ut è contrario hæc ipsa ratio inducat querelam inofficiosi utpote sine qua filius non solum lucro omni hereditatio priuaretur, sed etiam remaneret in damno legitimæ portione, quæ tamen multò magis integra ei seruari debet, quam heredi sua falcidia: quia falcidiam heres licet habeat non modo à testatore sed etiam à lege, non tamen haberet à lege nisi præcederet voluntas & liberalitas testatoris qui eum instituit heredem, idè quæ minus conquæri potest si ob voluntatem testatoris non habeat, quod non nisi ex eius voluntate habere potuit. Legitimam verò filius habere debet ex bonis quidem patris, sed non ex ipsius patris liberalitate, at ex iure legum ac naturæ beneficio, cum non magis sit in potestate & voluntate patris positum ut nulla filio legitima debeatur, quam ut qui filius est non sit filius, quomodo facere poterat ut qui nunc heres est, nunquam heres fuisset. Quamobrem non quemadmodum heres scriptus nullo colore posset insaniam & furorẽ obicere suo testatori ob id quòd nullam ille heredi aut minus plenam falcidiam reliquisset, (lex enim falcidia lata est ut testamenta confirmaret, non ut euerteret) ita possit quis dicere non esse permittendum filio cui pater minus legitima reliquit ut de inofficioso patris testamento conqueratur ob exhaustam vel oneratam libertatibus eam portionem heredita-

tiam ex qua hunc ipsum filium heredem instituerat, quoniam hac parte tam insanus est qui filium merentem instituit, quam qui immerentem exheredat, si vtraque via id agat ne filius legitimam sibi que debitam possit habere portionem. Ergo perinde vtroque casu filius ad querelam admitti debet si queri malit quam defuncti patris iudicium agnoscere. Restat iam ut singula Tribonianæ verba examinemus & ostendamus non plures in hoc §. dictiones esse quam ineptias.

b. *Sed an & libertates quartam minuat videntur est.* Iam monui sapias, iolare Tribonianum his ferè verbis uti & hæc connexionis forma eam opinionem suas vult inferre responsis prudentum *Sed an, &c. videntur ut in l. præ. sup. aut videntur est* ut hæc. Quod verò sequitur *& nunquid minuat* stultius est, nec nisi insulsa quidem sed tamen Triboniano nostro familiaris inuolutio verborum, An non enim idem est dicere *an libertates quartam minuant* & hoc ipsum dicere *nunquid minuant*.

c. *Nam si quis quis ex ass. ser. institutus est* Suppleri voluit Tribonianus quod exprimere tanè debuit *& legatis vel fideicommissis non. r. i. u. s.* Numquid enim heres ex ass. institutus habet falcidiam ob id solum quòd ex ass. institutus sit nisi etiam illud concurrat ut legatis vel fideicommissis onerata sit, aut exhausta hereditas. Sicur & ridiculum est querere An heres ex ass. institutus possit queri de inofficioso, nisi ponas per legata vel fideicommissa quibus oneratus est, tunc ut non habeat saluam & integram legitimam portionem. Ratiocinatio autem Triboniani hæc est, Cum quis ex ass. heres institutus sit idè non potest inofficiosum testamentum dicere quia falcidiam habet. Atqui falcidia non minuit libertates, sed per eas minuitur. Ergo & deductis libertatibus quartæ ratio inueniendæ est. In qua ratiocinatione falsa est maior propositio, Minor verò distinguenda, Sed conclusio profus pessima. Propositio maior falsa est, quia ut ostendim superioribus, Ratio propter quam heres ex ass. institutus non potest queri de inofficioso, non illa est, quòd habeat falcidiam, sed quia nõ habet contra quem possit agere de inofficioso, Itè quoniam additione hereditatis confutum est & extinctum ius quod habuit querelæ proponendæ. Postquòd quia succedendo ex eiusmodi institutione agnoscit iudicium defuncti. Non enim potest habere falcidiam, ut neque tractari de querela quia ipse heres sit, & quidem ex testamento, quando quidem querela nunquam ab intestato proponitur. Ergo falsa propositio est, nec dari casus vllus potest in quo heres ex ass. institutus querelam habere possit, etiam si falcidiam nullam haberet. Minor verò distinguenda est ne alioqui sit euidenter captiosa. Et si enim verum est nullam ex libertatibus ipsius falcidiam deduci, quia nec potest quomodo Paulus in *l. heredes 27. §. an ea stipulatio j. fam. l. c. i. j.* scribit stipulatione viæ, actus, & itineris, & aliarum huiusmodi seruitorum, quæ sui natura indiuiduæ sunt, non diuidi per legem 12. tab. inter heredes, quemadmodum cæteræ stipulationes & obligationes hereditariæ diuiduntur, quia nec potest, Non tamen perpetuò verum est falcidiam minui per libertates in præiudicium heredis cui falcidia debetur. Nam si alia bona in hereditate sint ex quibus possit prospici heredis indemnitati, deducit ille præcia seruorum loco æris alieni sibi debiti, *d. l. æris alieni 39. ad leg. falcid.* atque ita plus cõ-

sequitur quam si falcidiam deduceret ex libertatibus, Ceteri verò legatarij longè minus quam si libertates falcidiam paterentur. Itaque nihil eo casu interest heredis, quid quod per viam legis falcidiam habere non potest, habet abundantius per deductionem æris alieni. Quòd si ponas libertates datas fuisse per fideicommissum à legatario, ac præterea legatarum aliquid fuisse ex quo iumi possit falcidia etiam pro seruo, erit quidem aequè verum falcidiam non posse deduci ex libertatibus, sed non erit verum falcidiam minui per libertates, quæ scilicet etiam pro libertatibus ex cæteris legatis deduceretur *d. l. l. plani 3. cod. de leg. falcid.* At consecutio profus pessima est, quia nec argumentum formam vllam habet, etiam si propositiones omnes veræ essent. Nam maior propositio est de filio eodèmq; herede, qui falcidiam habeat, Minor de illo qui vel nullam vel minus plenam, Cõsecutio autem ab herede ad filium, à falcidia ad legitimam portionem, Denique à petitione legitimæ ad querelam inofficiosi testamenti. Quæ tamen omnia quam diuersa & dissimilia sint iam ostendimus: sed vel ob id maxime, quòd falcidiam ratio ponitur ex comparatione legatarum testamentum relictorum, quæ faretur heres supponitque relinqui potuisse: Legitimæ autem ratio ponenda est ex comparatione successiones intestati, & ex illa suppositione quod testator neque legando neq; aliud quicquam faciendo potuerit aut debuerit minuere legitimam portionem. Falcidia petitur & debetur ex voluntate testatoris, loquimur enim de falcidia legatarum quæ in eo differt à falcidia fideicommissorum, ut diximus *lib. 6. Comiect. ad l. in quarta 31. & ad l. Titia 85. ad leg. falcid.* idè quæ dicitur capi iure testamenti in *l. qui duos 4. de vulg. & pupill. sub. §. & iure publico l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* Eodem planè sensu, quoniam testamenta sunt iuris publici *l. 3. qui testam. facer. poss.* At legitima debetur & petitur contra voluntatem, quamvis voluerit Iustinianus in *l. omnimodo 30. C. hoc tit.* actionem ad legitimam supplementam quam ille substituit in locum querelæ, censeri ex testamento. Denique testator nunquam dicitur insanus & furiosus ob id solum quòd legatis & fideicommissis sua onerauerit vel exhausterit hereditatem, Non ob id solum quòd ex nullo testamento præstantur legata vltra vires patrimonij *d. l. in ratione 11. §. quod vulg. ad leg. falcid.* sed etiam quia insanior esset heres, qui obiciendo insaniam suo testatori ut haberet falcidiam hoc ipso sibi adimeret ius falcidiam retinendæ non tantum quasi indignus factus esset, sed etiam quòd ex furioso testamento, neque falcidia retineri, neque aliud quicquam haberi possit. At rectè iusteque dicitur testator furiosus qui filio legitimam portionem non reliquit, quique ex testamento est ut etiam institutus ex maiore parte filius saluam legitimam habere non possit propter libertates testamento datas. Et idè libertates etiam iudè datæ & quæ adita ex testamento hereditate aliquando competierunt, reuocari tamen possunt per querelam ob non relictam filio legitimam quasi à demente ac furioso datæ, Quæ tamen propter non relictam heredi falcidiam nunquam reuocantur. Stulta igitur, & omnino inepta hæc Tribonianæ ratiocinatio est, & formem continet. Sic enim argumentari Tribonianus voluit, Falcidia querelam inofficiosi excludit, Atqui libertates excludunt falcidiam. Ergo & libertates excludunt querelam,

Nisi quod serites per propositiones euidenter veras deducit rem ad conclusionem euidenter falsam, Hæc autem etiam propositiones ipse falsæ sunt ut ostendimus. Falcidia enim ita denum querelam inofficiosi excludit si heres & eam habeat ex voluntate testatoris ac iure testamenti, & tantam ut legitimæ portioni respondeat. Atquin cum libertates falcidiam aut ex parte minuant, aut in totum excludunt, non habet heres falcidiam, aut si habet non tantam habet quantam esse oportet ut sufficeret ad legitimam portionem, quoniam libertates illa testamento datæ non possent minuere successionem intestati, nec proinde legitimam quæ debetur ex comparatione patrimonij quod reliquisset defunctus in hereditate si intestatus decessisset. Ergo hoc casu falcidia querelam inofficiosi excludere non potest. Ita sit mutatio terminorum ut & Dialectici loquuntur, & Vlpianus noster in *l. natura canis l. i. 7. de verb. sig. nisi.* Maior enim propositio est de falcidia quam heres plenam habet, Minor verò de falcidia quam heres vel nullam habet, vel saltem per libertates minuitur. Quomodo igitur valere potest argumentum?

d. *Potest dici deductis libertatibus quartam inueniendam.* Ecce morem Triboniani nostri, nihil ferè vnquam nisi trepidè ac dubitanter affirmantis. Quare nec in hac omnino sententia videtur conuiescere, Sed postquam factus audacior è deuenit ut adfirmet quartam minui per libertates iis verbis quæ alioquin videntur præcisa & absolute affirmatiua. Cum igitur placet quartam minui per libertates subinde rursus dubitat, & contra suam hanc sententiam argumentatur ab absurdo, quod nec ipse potest absurdum esse diffiretur. *Eueniat*, inquit, *ut qui seruos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querelam excludat*, quod ipsum tamè sanè fuerit per absurdum. Quid enim absurdius quam esse in potestate testatoris ut arte aliqua excludat querelam inofficiosi, quæ non nisi contra eius voluntatem fuit comparata? Præsertim autem legando? Nam & libertates dicitur quid aliud sunt quam legata libertatis? An non aequè ac legata proficiscuntur ex liberalitate testatoris, eaque ut plurimum immodica & effusa, quam idè & per legem Fufiam Caniniam & per alias leges restringi debere vltimò olim est antiquo legislatori? Quis verò ferat ut per liberalitates in seruos collatas, legitima portio siue filio siue parenti debita minuat? Neque tamè hoc sic accipi velim quasi verum esse putem quod in ratione dubitandi ex nostrorū magis quam ex mea sententia retuli, creditorem esse illum cui legitima debetur tanquam quæ sit æris alieni loco, & quasi ob hanc causam impediri debeant libertates tanquam in creditoris fraudem datæ. Nam imò verò certum est legitimam nullam deberi ne quidem filio quandiu pater vivit, & præmaturam esse eo tempore spem quoque ipsam legitimam consequendæ *l. 1. §. si impubere infr. de collat.* Sicut & contra ius gentium scitnare diceretur is, qui tractaret de successione præsertim legitima & ab intestato hominis adhuc viuientis *l. donari 29. aliàs l. quidam §. 1. j. de donat. l. 2. §. interdum de vulg. l. 2. in fi. de his que ut indig. l. ita tamen 27. §. a patre j. ad S. C. T. rebell.* Nec enim viuientis vlla est hereditas *l. de hered. vel act. vendit. l. 1. pro herede.* nec proinde legitima vlla portio quæ à viuente deberi possit, aut quæ possit æris alieni iure ac nomine censeri. Est

enim hoc ius speciale ac proprium eius portionis quam ex Diui Pij constitutione adrogator debet adrogato, de qua in §. si quis impubes, ubi dicam j. Proinde fateor libertates in fraudem legitimæ datas non posse impediri per legem Æliam Sentiam, quæ tamen impedit omnes libertates datas in fraudem creditorum. Nam creditores quantum ad illam legem pertinet, ijtantem appellantur, quibus quacunque ex causa actio cum fraudatore ipso competit, ut Paulus ait in d. l. si cum fideicommissa 16. §. ne quis creditorum inf. qui & a quibus manum. Nemo autem vnquam dixit posse filio actionem competere cum patre tanquam cum fraudatore ob libertates à patre in fraudem legitimæ datas. Neque verò necesse est legis Æliæ Sentie auxilium in hæc rem imploari, cum habeat filius iure communi auxilium querelæ inofficiosi quod longè potentius est. Lex enim Ælia Sentia impedit libertates ne competant, quia si se nec competere, eas potest evocare non possit. At querela inofficiosi reuocat etiam illas quæ competierunt, quamuis hoc colore quasi nec competierint, nec competere vnquam potuerint ex testamento illius qui testamentum tempore furiosus fuisse existimatur.

*e Nisi forte hie filius.* His verbis fateor non obscure Tribonianus quod modò diximus, absurdum esse ut sit in potestate testatoris excludere querelam inofficiosi, quemodo tamen eam excluderet, quisquis nihil nisi seruos in patrimonio suo habens, daret his omnibus libertatem si legitima portio per libertates minueretur. Et idcirco quærit Tribonianus remedium aliquod, cuius applicatione absurdo huic occurratur. Remedium autem illud est ut filius ex assè heres institutus si propter libertates, neque falcidiam, neque legitimam habeat, omittat hereditatem, & eam ad substitutum transmittens, postea querelam inofficiosi instituat. Pone ergo filium non fuisse in potestate, & substitutum aliquem vulgarem habuisse. At qui in præcedentibus actum fuerat tantum de filio in potestate, & prima illa verba huius additionis Tribonianæ: *Nam si cum quis ex assè heres institutus est* nō magis ad emancipatum filium pertinent quam ad eū qui sit in potestate. Nec rursus posuerat Tribonianus datum filio substitutum, cuius ille nunc meminit, ut remedio suo locum inueniat. Sic enim ille solet progrediendo semper noui aliquid extrinsecus inducere ut absurda illa excluderet, quæ ex opinionibus suis videt emergere. Quam verò ineptum sit hoc remedium etiam filio ex assè instituto substitutum densus, ex eo potest intelligi, quod cum filius ex assè institutus à patre, idè hereditatem omittit quod nihil ex ea lucri & commodi sperare possit ob libertates omnibus seruis datas ab eo qui nihil nisi seruos in patrimonio suo habuit, credibile non sit substitutum quemquam ad eō stultum fore qui eandem hereditatem nulla etiam lucri spe propolita adire velit, arg. d. l. filium 10. ver. quod facile sunt facturi de bonor. poss. contr. tabul. Nam nec aliā ob causam lata est lex falcidia factumque Senatusconsultum Pegasianum, quam quod antea nolentibus hereditibus adire hereditates quantumuis opulentas ex quibus commodum nullum sperarent, eueniret passim ut ciuium Romanorum testamenta destituerentur. Nihil ergo facis etiam cum Tribonianus des substitutum huic filio, nisi des stultam & insanam, qui alieno tantum lucro & commodo adire

velit, nec alia de causa testamentum defuncti per additionem suam confirmare, quam ut filio locum aperiat proponendam querelam ad testamentum ipsi subuertendum. Sed neque video qua fronte aut quo iuris colore possit filius querelam inofficiosi proponere contra substitutum in quem ipse vltro transtulerit hereditatem quam repudiavit. Nam cum heres institutus delatam sibi hereditatem vltro repudiat, sciens habere se vulgarem substitutum, an non id aperte agit ut eam hereditatem transferat ad substitutum? Porro ubi substitutus eam semel habuit non minus ex ipsius instituti quam ex sui testatoris voluntate, An non repellendus est doli exceptione institutus si eam postea velit auocare à substituto, siue per querelam inofficiosi, siue qua alia ratione? Et verò iuris regula quæ habet Non velle heredem esse illum qui ad alium transferre voluit hereditatem? *l. nō vult heres esse de regul. iur.* generaliter certè intelligenda est ut hie neque ex testamento, neque ab intestato heres esse vnquam velit, qui alium fieri heredem voluit. Nec enim quisquam hereditatem sibi delatam repudiat nisi quam hoc ipse velit & consentiam acquiratam ei ad quem scilicet ius ad eundem per suam repudiationem perueniturum *l. 2. §. 4. nisi quis omiff. caus. testam.* & plerumque sit hoc donationis causa, ut in *l. §. si maritus heres instit. j. de donat. int. vir. & vxor. l. donari videtur 2. cum d. l. cum p. r. error. in 3. de regul. iur.* Nisi ponas etiam protestatū tūc filium eam patris hereditatem testamentariam repudiavit, à se id fieri non ut substituti lucro eam hereditatem cedere patiarer, sed ut eam ab intestato per querelam inofficiosi obtinere tandem possit. Miror verò non venisse in mentem Triboniano cum ista scripserit, ut hanc quoque protestationem requireret.

*f. Si non sit in potestate.* Ergo si filius quæ ponimus ex assè institutus à patre qui nihil nisi seruos habuit in patrimonio suo, quibus omnibus libertatem dedit, fuerit in patris potestate, admittit Tribonianus nullum remedio suo locum fore, atque ita futurum ut per libertates testamento patris datas, in totum excludatur filius à querela inofficiosi: Et consequenter ut deterioris conditionis in querela sit filius in potestate quam emancipatus, cum tamen nemo dubitet arctiore vinculo etiam pietatis coniunctum esse patri filium in potestate quam emancipatum, qui iure ciuili pro extraneo habetur *l. in suis n. di. liber. & post. iun. d. l. qui n. i. a. §. in fin. de rit. nupt.* Id enim facit vinculum patriæ potestatis, quo soluto vinculum quoque ipsum pietatis dissoluitur, ut Papinianus loquitur in *l. vlt. j. si à parent. quis man. sit.* Sed in hoc ipso tamè Triboniano errat quod putat aliam esse hac parte causam filij in potestate, aliam emancipati, cum adest vulgaris substitutus. Nam imò verò eadem hoc casu vtriusque ratio est, nec minus potest filius in potestate qui substitutum habet abstinendo se paternam hereditatem transmittere bona omnia ad substitutum, quam emancipatus repudiando transmittere hereditatem, Non quia dato vulgaris substituti perimat & extinguat existentiam sui heredis, ut Bartolus credit, sed quia conditio illa sub qua substitutus vulgaris vocatur *si filius heres non erit* cum sit interpretanda ex voluntate testatoris ut & conditiones cæteræ *l. in condicionib. 19. de condic. & demon.* non minus videtur existere cum filius in potestate se abstinere quam cum emancipatus repudiat, quoniam

niam licet nudo nomine heres maneat etiam post abintentionem *l. 2. §. adoptiu. ad S. C. T. error. l. cum quasi 30. §. sed et si quis de fideic. liber.* certum tamen est testatorem cum heredem habere voluit ob eamque causam non contentus institutione, addidit etiam substitutionem, de illo demum herede cogitasse qui non tantum nomine sed etiam effectu heres esset, id est, qui creditoribus satisfaceret, aut si satisfaceret nolleret bonorum venditionem suo nomine patretor: quorum omnium nihil est quod de filio abintentione dici possit *l. meo esset 57. de acq. her. l. p. v. §. si quis omiff. caus. test.* non de iure potest heres esse *l. in potestate 7. §. sed quod Papinianus sup. de mino. & d. §. sed et si filius.* Vn autè duo heredes in solidū esse non possunt *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.* An hæc potest verò repudiando transmittit ad substitutum nō bona sed hereditatem. Verum nullius momenti hæc differentia est quantum ad tractationem istam: cum legitima sit quota bonorum non hereditatis, perindeque possit querela, si nihil aliud impediatur, proponi contra substitutum habentem bona, atque si haberet hereditatem, quomodo dicimus etiam proponi eam posse contra fideicommissarium, qui tamen non tam hereditatem quam bona defuncti habet, eam non sit ipse heres, sed tantum heredis loco *l. 1. C. hoc iur. §. restituta Inst. de fideic. hered.* Sed de his omnibus videnda sunt quæ scripimus in *Hemiphilade De error. pragmat. & ad d. l. C. h. lib. 17. Conuict. c. 1.* Nec potest obici querelæ viam eam esse ut patrem familias faciat intestatum *l. 6. §. i. sup.* non posse autè fieri intestatū cum qui iam habet suum heredem ex testamento. Nam nō sit intestatus per querelam perinde is, qui suum heredem atque qui extraneum habuit ex testamento, cum non magis suum heredem quam extraneū instituitur possit is qui furiosus fuisse creditur.

*g. Vel ab intestato citra edicti pœnam habeat hereditatem.* Altera hæc pars est dilemmatis quo Tribonianus vitur ut absurdo quod videt negari non posse remedium aliquod, & effugium querat. Nā filius ex assè institutus quem ponimus vellet queri de inofficioso, vel habuit substitutum, vel non habuit. Si habuit iam dixit Tribonianus posse illum merito hereditatem omittere eamque transmittere ad substitutum (dixit enim transmittere pro eo quod Vlpianus multò melius dixit *trāsferre* in *d. l. nō vult 6. de reg. iur.* cum ea demum transmittere in alios dicamur quæ iam nobis sunt acquisita non quæ à nobis repudiata) atque ita contra substitutum deinde querelam inofficiosi instituitur. Si non habuit, ac proinde omittente illo hereditatem testamentum destitutum fuit, necesse est fieri locum successioni intestati. Poterit ergo, inquit Tribonianus, idem hic filius hereditatem patris obtinere ab intestato citra querelam cum nemo sit qui testamentum defendat & contra quem querela proponi

possit, Adeoq; citra pœnā edicti *Si quis omiff. caus. testam.* quæ illa est ut quisquis omnia causa testamenti hereditatem ab intestato possidet perinde legatariis & fideicommissariis teneatur ac si hereditatem ex testamento adisset. Cur verò non erit hoc casus locus edicto? Nec enim Tribonianus rationem adfert, sed adiuvandus est, Nimirum, quia non tam videtur hic filius fraudem voluntati patris facere voluisse paternam hereditatem omittendo, quam fraudem patris exclusisse, ne ipse alioquin à querela inofficiosi & consequenter à paternam hereditate excluderetur. arg. *l. cum pater 77. §. Titio antep. de legat. 2.* Atque hæc quidè ratio colorem aliquem habet (bona enim non est ut postea probauimus) in filio emancipato, quia fraudem testator heredi suo facere videtur quoties idè illum instituit ut maiore aliquo commodo cum priuet quod illa fuerat habiturus alio herede existente ut hie contingit, Quoniam si alius heres institutus fuisset, haberet haud dubiè filius hic aut legitimam aut querelam. Sed non esset colorata in filio qui mansisset in patris potestate. Numquam enim is potest abstinere se ex testamento ut se immisceat ab intestato, sed cum iam sit ipso iure heres ex testamento, abstinere in totum debet vel à patris hereditate si nō vult haberi pro herede, vel à beneficio prætoris si quid velit attingere hereditariū, ut docui in *Hemiphilade, ex l. 1. §. qui sit in potestate si quis omiff. caus. testam.* Ita ergo fiet ut absurdū illud sepe sequatur quod nos ad ver. præcedentè obseruauimus, ut in iure proponenda querelæ melior sit condicio filij emancipati quam filij in potestate, quod tamen ex antiquis prædictibus nemo certè vnquam dixit. Et si enim nihil est quod de querela possit tractari, cum filius emancipatus heres ex assè institutus omittit hereditatem ex testamento, eamque retinet ab intestato, cum tamen non alia de causa hoc ei permittamus citra pœnam edicti, quam quod alioquin fraudem ipse in legitima & querela inofficiosi patretur, Apparet non nisi propter querelam inofficiosi esse illum hac parte melioris conditionis quam filium in potestate. Nā potest quidem emancipatio facere, ac facit ut liceat ei omittere hereditatem ex testamento, & nihilominus ab intestato eam retinere, quod suo heredi nō licet propter ius extincti, ut loquitur sui heredis, sed ut possit emancipatus id facere impunè ac citra metū pœnæq; edicti *si quis omiff. caus. test.* nō habet nisi fauore & cōtēplatione querelæ. Et hoc nimirum est quod nobis absurdū esse videtur, Et propter quod putabam aliquando dici posse siue in potestate siue emancipatus fuerit filius qui ex assè institutus est exhausta libertatibus hereditate, neque possit locum esse querelæ quia nō est contra quæ proponatur, neque omiffa testamēti causa posse hereditatem ab intestato possideri, à filio quidem in potestate nullomodo, ab emancipato autè citra pœnam edicti, ex quo scilicet non minus conseruantur libertates & directæ & fideicommissariæ, quam legata & fideicommissa cætera, *l. de libertatibus 12. l. si in testamento 22. §. cum enim. l. antep. §. 1. ill. r. si quis omiff. caus. test.* Nisi hæc tenus quod seruos etiā quibus directa libertas data fuerat ad libertatem perducere dominus debet ut habeat eos liberos qui alioquin fuissent Orcini. *l. pennulrim. eod.* Ita fiet, iniquis, ut patet impunè filio fraudem fecerit in legitima, querelamque inofficiosi omnino excluderit, quod nos quoque absurdum & iniquum esse admittimus. Sed re-



spōderi posset id verè tum dici cum pater qui filio fraudem in legitima facere voluit alium sibi aut ex alie aut ex parte heredem fecit, quo casu non negamus, imò contra Tribonianum defendimus potiorè legitime ac querelæ inofficiosi quàm libertatum causam esse debere. At cum non alius quàm filius ipse institutus heres fuit, nihil potest videri fecisse pater in fraudem sine filij sine legitime aut querelæ inofficiosi, qui alium nullum sibi quærit heredem. Perindeque debet filius æquo animo ferre tale testamentum ac iudicium patris atque si patris hereditas ex alieno penitus exhausta inueniretur, aut potius ac si omnes ij quibus pater libertatem dedit, iam mortui reperirentur eo tempore quo pater ipse moreretur. (Nam & manumissio morti assimilatur. *Inter omnes 46. de furt. l. si mibi alienam 9. de sol. l. u. §. quando de pecul. act. ann. l. est. l. Iulianus §. qui & a quibus manum.*) quibus casibus non magis de legitima vel de querelæ inofficiosi tractari possent. Denique infans & furiosus creditur fuisse pater, non quisquis filio legitimum non relinquit, sed ille demum qui idem non relinquit ut det alij, & extraneam præferat proli suæ, aut etiam alium filium, qui tamen non fuerit ab intestato vel solas vel prior successus: Quid? An non infans esset qui herede instituendo ex alie filio, siue suo, siue emancipato, servos omnes suos occideret, in quibus tamen totum habet ex patrimonio? Fisset tunc, sed non ea infania quæ possit facere locum querelæ, nec si filius institutus haberet coheredem: qui non possit querelam facere ut reuera mortui servus restituerentur. Eadem ergo ratione dicendum est Si pater servos suos omnes manumiserit filio ex alie institutus, quia perinde haberi debet quod ad patrimonij diminutionem ac si eos occidisset, non habere filium quod de patre conqueratur, nisi quatenus facere potest per querelam, ut qui testamento manumissi sunt ac pro mortuis habentur, restituantur. Potest autem querela hoc facere in servis manumissis, quod non possit facere in verè mortuis, quia reuocat libertates tanquam à demente datas, & quemadmodum manumissio morti similis est, ita è contratio reuocationem manumissionis pro restitutione haberi necesse est. Atqui querela non potest habere locum nemine alio herede existente & quidem ex testamento, ut tories diximus. Ergo quoties filius siue in potestate siue emancipatus heres ex al-

10 § Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filij, vel alterius, qui eandem querellam mouere potest, & sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnouit enim iudicium. Idem est, & si legatarius ei, vel statuliber dedit. Et potest dici, excludi eum: maxime si heredem ei iusserat dare. ceterum si legatarium, nunquid semel natam inofficiosi querellam non perimat legatarij oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus: quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. Ego euentum puto sequendum in hac re: ut si forte, antequam iudicium moueretur, oblatio ei fiat eius, quod relictum est: quasi ex voluntate testatoris oblatio eo, satis ei factum videatur.

Ad §. 10. si conditioni.

In hoc quoque §. necesse est ut nobis res sit cum Triboniano, cuius & manum & inscriam in tota huius loci questione obseruamus. Quæstio est Si conditioni parere testator heredem iusserit in persona filij vel alterius, qui hanc inofficiosi querellam mouere possit, & sciens is accepit pecuniam implendæ conditionis causa datam, Vtrum ab inofficiosi querela excludatur. Potest autem

se institutus est à patre qui totum suum patrimonium datis liberatibus exhaustit, quia non potest habere querellam quæ sola possit servos qui habentur pro mortuis restituitur, (repudiatio enim hereditatis testamentariæ non idem præstare potest, tam propter edictum prætoris quod inuito herede conferuat libertates, quàm quia is qui omittit hereditatem facit tantum ut testamentum destitatur, non ut pro non factò habeatur, ut que appareat libertates non tam inutiliter quàm frustra datas. quàmvis dari potuerint querelæ verò facit ut appareat nec dari potuisse) necesse videtur ut patrimonij paterni iacturam æquo animo ferat: quippe qui nec possit dicere, datas esse in fraudem suæ legitime & querelæ inofficiosi tot libertates, quoniam etiam dare non essent, perinde tamen à querelæ excluderetur. Non tam quod eo casu habet legitimum & plus quàm legitimum, quàm quod aut nullomodo nullòque casu possit, ut inofficiosi querelam habeat qui solus & ex toto alie heres scriptus est. Sed quamquam hæc non infobilitate dicitur, mihi tamen contra nunc videtur. Scilicet Possit filium tam qui in potestate fuit, quàm emancipatum etiam cum ex alie institutus est queri de inofficiosi libertatibus exhausta vel onerata hereditas si modo hereditatem ex testamento omittat, eamque ab intestato retineat. Non ut querelam proponat per modum actionis contra servos sed ut is libertatem potestibus obiciat per modum contradictionis testatorem fuisse furiosum qui filio legitimam integram non reliquit, ac proinde neque ex eo testamento posse libertates aut ipso iure competere aut per prætorum conseruari, neque tamen heredem retrotrahi existisse heredem: ut plaribus dicemus ad §. unde si quis inf. Fuimus enim hæc tam longiores, quia magnum & nimis audax Triboniani facinus nondum à quocquam obseruatum non modò indicandum, sed etiam apertissimis plurimisque rationibus vindicandum fuit. Pendit autem periculis: quod obseruatione dignum est non potuisse Tribonianum sibi adeo imperare ut non egerit aperte Imperatorum eam verbo illo imperatum vltus est habuit quocertè nec Vlp. nec alius quisquam ex prudentibus vquam vltus fuisset. Et Triboniano nostro passim id excidit, ut alibi sepe à nobis probatum est. Fiet verò manifestior hæc Triboniani manus ex ijs que ad sequentes duos §. §. dicturi sumus.

duplici casu locus esse huic questioni. Primus est si pecuniæ datio simpliciter posita sit in conditione vel institutionis hoc modo *Titius heres esto si filio meo centum dederit Filius meus ex heres esto* vel legati in hunc modum *Lego Titio fundum Cornelianum si filio meo ex hereditate centum dederit* vel etià statuliberratis hac forma, *Stichus si filio meo ex hereditate centum dederit, liber esto*. Alter casus est Si non tantum in conditione, sed etiam in dispositione posita sit datio pecuniæ

pecuniæ iussu expressim herede vel legatario, vel statulibero pecuniam dare: his scilicet verbis additis, *Heres meus ea centum filio meo dato*, aut ad legatarij vel ad statuliberum directis Respondetur tamen indistinctè quàmvis dubitanter, ut Tribonianus solet, sed in partem adfirmatiuam videndum esse ne filius excludatur, id est filium excludi, Ratione illa quæ statim sequitur quia defuncti iudicium agnouit, siue heres, siue legatarius, siue denique statuliber pecuniam dederit. Quæ tamen ratio si generaliter accipiatur & ad vtrumque casum accommodetur falsa est. Quod enim conditionis causa datur certum est non accipi ex iudicio & dispositione testatoris, neque iure testamenti sed tantum mortis causa ut eleganter ac disertè scriptum est in *l. si quis sub conditione 8. in fin. si quis omni §. si quis stat. l. Manius §. de cond. & demonstr. Vnde est quod in falcidia legatorum non imputatur. *l. ad mitem 76. ad leg. falc. quomuis in falcidiam fideicommissorum imputetur. l. in quartam 91. eod.* Itaque patrem qui Titium vel heredem vel legatarij esse aut Stichum liberum esse iussit si filio ex hereditate centum dederit nihil filio dedisse videri cõstat, quàmvis negari non possit quin filius qui ea centum accepit ab herede vel à legatario, vel à statulibero, utique mortis causa accepit. *Inter mortis §. vers. totum cum testamento. iunct. l. qui pro socio 8. inf. De mort. caus. soluat.* Ex quo illud etiam sit ut si cui legatus sit fundus Cornelianus sub ea conditione si decem heredi dederit, totus fundus Cornelianus in legatario sit, totumque falcidiam pariat. *l. ad veterani 40. §. ad leg. falc. id est non deductis decem quæ legatarius dare cogitur ut legatum consequatur, quia quod dat non tam ex testatoris quàm ex propria sua voluntate facere intelligitur, qui scilicet dare nec iussus nec rogatus est.* Duerum enim esset, si cui fundus Cornelianus dignus centum a quæis legatus esset addito fideicommissi onere, ut legatarius Sempronio decem daret: quia eo casu non totus fundus, sed nonaginta tantum in legato esse intelligeretur, & falcidiam pareretur, sicut etiam cum heres pro decem ante eorum vendere iussus esset. *l. si dignum 19. in ratione 30. §. unde re l. si fundus 65. l. qui fundum 87. in prin. eod. tit. ad leg. falc.* Illud amplius est quod quæ conditionis implendæ causa dantur, non solent ex defuncti bonis dari, nisi forte statuliber soluat ex peculio, postquam placuit etiam ex peculiaribus nummis posse illum soluere ut impleat conditionem. *l. 3. §. vlt. de cond. caus. dat.* Cæterum potest etiam soluere & soluit plerumque de alieno non de bonis defuncti quo casu dicimus falcidiam interuenire non posse. *leg. falcidia 44. eod. tit.* His ergo iisdem rationibus dico siue heres siue legatarius, siue etiam statuliber pecuniam filio dederit, tantam si volens quanta possit sufficere ad excludendam querelam si & ex iudicio & ex bonis defuncti erogaretur, Non idem tamen filium excludi à querelæ, tanquam qui nihil à patre ipso, neque ex ipsius iudicio & testamento accepit. Nam & illud constat nihil aliud in legitimum imputari debere, quàm quod ex defuncti bonis & pecuniis profectum sit. *l. omnimodo 30. §. imputari C. h. ti.* cum legitima nihil aliud sit quàm certa & constituta portio bonorum quæ testator ipse in patrimonio suo mortis tempore reliquerit. *l. cum queritur 6. eod.* Sanè ad excludendum à querelæ filium possit sufficere, quod defuncti patris iudicij quoquomodo agnouisset etiam si nihil ex e-*

ius bonis accepisset, ut contingit in eo qui à statulibero cepit petere pecuniam implendæ conditionis causa dandam cuius nec petenda: ius vllam habere potuit, De quo Modestinus in *l. nihil inter. off. 12. §. 1. inf. eod.* Hic enim negare non potest, quia licet nullo iure tam è facto ipso agnouerit iudicij & testamentum defuncti, petendo quidem per errorem iuris pecuniam indebitam, sed tamen quasi debitam ex eo testamento, ex quo nihil deberi posset si à furioso factum crederetur. Sed nego perinde posse obici huic filio de quo agimus, quod agnouerit iudicium defuncti, ob id scilicet quod accepit pecuniam sibi aut ab herede, aut à legatario, aut à statulibero implendæ conditionis causa datam. Accepit enim non à patre, neque ex iudicio & testamento patris, ut dixi sed ex bonis & voluntate heredis aut legatarij aut statuliberi qui ut darent cogi non poterant si dare nolissent. *Ad. qui pro socio §. d. l. inter mortis 38. inf. hoc tit.* Duo tantum iuris loci sunt qui huic nostre sententia, aue potius aliis omnibus iuris locis (opradictis aduersari ex diametro videntur, Primus est in *l. §. vlt. de cond. caus. dat.* vbi scriptum est, si statuliber conditionis implendæ causa pecuniam alij quàm heredi dare velit ex peculio, posse quidem ab herede prohiberi ne id faciat, nec eo minus tamen eum ad libertatem peruenituram quod sufficit per eum non stare quominus pareat conditioni, sed illum quem testator pecuniam accipere voluit, posse aduersus heredem actione in factum agere ut testatori pareatur. Alter locus est in *l. pro herede 20. §. Papinianus inf. De acqu. her.* vbi disertè scribitur ex defuncti voluntate accipi, quod implendæ conditionis causa datur. Ideoque si à statulibero pecuniam accepit filius, qui se bonis paternis abstinent conueniendum eum esse à creditoribus hereditariis siue peculiares nummi fuerint, siue non fuerint, Idque & Iulianum in filio qui se non abstinent existimasse. Sed quod ad posteriorem illum locum attinet, duplex responsio afferri potest. Vna, non tam Vlpiani aut Papiniani sententiam ibi referri quàm aliorum quorundam non peritorum sed vulgarium cõsultorum, ut probat, verba illa *vulgo putare quosdam* quorum & ea ratio erat quod ex testatoris voluntate accipiuntur ea quæ conditionis implendæ causa dantur. Sed peritiores & grauiores iuris auctores longè aliter sentissent, Scilicet neque ex voluntate ac iudicio testatoris, neque à testatore, neque iure testamenti ista accipi, sed tantum mortis causa. Nec quod istorum vulgarium Iureconsultorum opinioni Iulianus subscripserat mouere nos debet, quem tamen non ignoro maximè ac præcipuè inter prudentissimos autoritatis fuisse. Subscripserat enim non in ratione illa quam isti adferebant falsam prorsus & alienam à ratione iuris, At neque, ut puto, in eo quod dicebant filium qui à statulibero pecuniam conditionis implendæ causa post abstentionem accepisset posse ob hæc causam quasi se immiscuerit conueniri à creditoribus hereditariis, quod certè difficilis est, sed in eo ut filius qui nondum se abstinent si id faciat hoc ipso se immiscuisse videatur. Est enim facilius & probabilior immixtionis præsumptio in suo herede qui nondum voluntatè suâ declarauit, quàm in eo qui iam se abstinent. *l. si seruus plurimum 70. §. vlt. eod. d. acqu. her.* Ideo autè ita scripserat, nò quia ratione illorū probaret, sed quia fuit ille alioquin facilius quàm ceteri prudentes ad obligandū oneribus

hereditatis suum heredem, quippe qui etiam cum se abstinet multo magis ante abstentionem heres est ipso iure l. 1. §. qui sunt in potestate 7. si quis omittit. *aus. testam. cum quasi 50. §. sed et si suus de fideicom. lib. 1.* Idque apparet non obscure ex eo, quod putabat ille, filium qui in sepulchrum hereditariū intulit mortuum obligari patris creditoribus, contra quam Papinianus senserit, cuius opinionem refert ac tanquam humaniorem sequitur Vlpianus in ead. l. pro herede §. si d. & qui in sepulchrum. Altera responsio est, Papinianum opinionem istorum improbare potius quam probare, non quidem absolute ac simpliciter, sed cum distinctione illa Vtrum filius qui a statulibero pecuniam accepit, fuerit solus heres institutus, & ex asse, an verò habuerit coheredem. Priore casu fatetur videri filium se immiscuisse ac pro herede gessisse, quia non potuit statuliber consequi libertatem nisi impleta conditione, nec rursus implere conditionem si nemo in effecta heres esset. At posteriore casu cum filius habuit coheredem qui adit non putat cogendum eum tamen a statulibero pecuniam accepit, creditorum actiones suscipere, Rationem adferens, quod cum se filius abstinet, idem consequi debeat in reprobatorio quod emancipatus consequitur qui hereditate repudiavit. At qui repudiata per emancipatum hereditate, statuliber filio nominatum puta Titio non heredi pecuniam dare iussus (aliud enim esset si heredi dare iussus esset) potuisset etiam non heredi dādo ad libertatem peruenire. Non ergo, inquit, simpliciter & absolute gerit pro herede filius qui pecuniam a statulibero accipit, sed tum demum cum accipit eam pecuniam quam citra ius & nomen heredis accipere non potuit. Cui tamen distinctioni nullus certe locus esse deberet, si verum esset ex defuncti voluntate accipi quod implendae conditionis causa datur. Semper enim & indistincte ob hoc ipsum gereret pro herede filius qui pecuniam acciperet, siue a statulibero, siue ab alio quolibet implendae conditionis causa. Quod verò ad priorem objectionem pertinet ex l. 3. §. ult. de condition. caus. dat. iam ostendimus libris Cōdicururum, corruptum quoque locum illum fuisse a Triboniano, neque ex iuris ratione posse defendi quod ibi scriptum est, eum in cuius persona testator voluit impleri conditionem, posse in factum agere, adeoque quod absurdus est non aduersus statuliberum qui conditionem implere debuit, & ne faceret prohibitus ab herede fuit, sed aduersus heredem ipsum ut testatori pareatur, cum tamen testator nec eum onerauerit, nec ei in cuius persona condicio impleri debuit quicquam legauerit. Vnde est quod edictum Si quis omittit causa testamenti ad res istas implendae conditionis causa dandas non pertinet d. l. si quis sub conditione 8. ill. tit. si quis omittit. *aus. test. quomodo pertinet haud dubie si quis implendae conditionis causa debetur ex testatoris voluntate deberetur.* Eo namque edicto cōseruat prator omnia quae ex voluntate debentur & quae interciderent omittit causa testamenti, quoniam hoc vnum agit ne defunctorum voluntates circumueniantur l. 1. & pass. eod. tit. Concludamus ergo non posse veram esse huius §. sententiam in eo casu quo pecunia quam filius accepit non nisi conditionis implendae causa ei dari debuerit, quia non potest videri iudicium defuncti agnoscere ac testamentum comprobare is qui pecuniam illam

accipit quae nec ex iudicio defuncti, nec testamenti iure debeat. In quo obseruandum est, quod prima facie mirari quis possit, magis agnoscere iudicium defuncti eum qui huiusmodi pecuniam petit, quam qui accipit. Petitio namque praesupponit ius petendi, ac proinde validitatem & consequenter ad probationem testamenti d. l. nihil interest §. 1. j. Acceptio autē nihil nisi dantis voluntate. Quid enim veterem me accipere quicquid mihi dare velis etiam si nullomodo debeat? Nam & ob eam causam comparata fuit conditio indebiti cui sine dubio etiam in hac specie locus esset nisi ad ipsam impediendam inductus esset titulus mortis causae capionis, ut quod ex hac causa non a testatore relictum, sed extra causam testamenti acceptum esset, iure nihilominus retineretur, tanquam mortis causa acceptum, licet nullo iure peti possit. d. l. qui precio & d. l. inter moras §. de mort. caus. don. & sapient. Quod a Triboniano fortassis non obseruatum fecit ut putaretur ille iudicium defuncti ab eo agnatum videri qui accepit pecuniam implendae conditionis causa dātam, cum existimaret absurdum esse ut deteriorationis conditionis esset qui talem pecuniam petere capisset, nec tamen accepisset, de quo Modestinus in d. l. nihil interest §. 1. quam hūc, qui accepisset: Siquidem plus est accipere quam petere, praesertim cum petitur sine effectu & ita ut nihil accipiat ut in d. §. 1. Quoniam igitur casu vera esse poterit huius §. sententia, An forte secundo illo quem initio adnotauimus si huius pecuniae datio non tantum fuerit in conditione posita, sed etiam in dispositione? Nam hunc sensum videntur praesertim prima illa verba huius §. si conditionis parere herede testator iussit in persona filii. Qui enim sic loquitur Titius heres si filio meo centum dederit, iubetur quod dare centum ut conditioni pareat, quia nec aliter conditioni parere potest, nec nisi impleta conditione hereditatem acquirere, d. §. Papinianus l. pro herede, in illis verbis, statuliber filio nominatum pecuniam dare iussus de acquir. her. l. 3. §. non solum l. si decem 10. & pass. de statu. lib. sed tamen non ideo iubetur conditioni parere, nisi praeterea testator addat Heres meus ea centum filio dabo. Sed tamen ne hoc quidem dici potest. Vix enim vllum in libris nostris exemplum tale reperitur in quo testator eiusdem pecuniae dationem posuerit & in conditione & in dispositione. Sane cum de statulibero prudentes tractant duos modos solent exprimere dandae libertatis Vnum illum quo testator Stichum liberum esse iussit sub ea conditione si heredi, aut etiam si alij d. decem dederit l. ita liber 8. l. si decem 17. leg. penult. §. 1. & pass. eodem tit. de statuliber. Alterum hunc quo testator iubet eum & dare decem & liberum esse, ut in d. l. 3. §. si decem iussus dare l. si decem dare 10. l. si quis ita 13. §. si seruus heredis l. mortuo 15. §. 1. l. si triennio 18. & alibi saepe de statulib. Nempe quia testator non minus potest imperare seruo suo & iubere ut decem quam ut sit liber, At non idem est de ceteris heredibus & legatariis. Nec enim potest ius imperari a testatore nisi heredibus postquam facti sunt heredes quia representant eo tempore personam defuncti, nec proinde minus potuit defunctus iis imperare quam sibi ipsi, Legatariis verò ne tum quidem cum legatarij iam facti sunt per agnitionem legati, Nimirum quia non sunt iuris successores. Vnde olim erat quod a legatario legari non poterat sed tantum fideicommissi iure de fideicom. lib. per fideicom. relicto in priore quod legatario non nisi imperari iuris verbis, fideicommissa verò precariis relinquerentur vique ad Iustinianam constitutionem in l. 2. Cod. commun. de legat. quae totum hoc ius coartat, & conturbauit. Quare nec memini villo iuris loco me legere, ita scriptum quem heredem, ut Titio centum dare iubeatur conditionis implendae causa. Nam quicquid implendae conditionis causa dandum est ab herede scripto, id necesse est dari priusquam heres sit. Ex natura scilicet omnium conditionum quas prius impleri necesse est, quam dispo. 13. & pass. de cond. & demonstr. l. facta 63. §. si sub conditione in fr. ad Sc. Tribull. At qui priusquam heres sit nihil ei potest imperari, ut iam diximus. Rursum ubi heres factus est, potest quidem ei imperari, sed non ut patreat conditioni cum iam paruit. Condicio enim semel impleta, postea impleri amplius nunquam potest, quia neque amplius condicio est. Nullo igitur tempore potest iuberi heres ut patreat conditioni. Legatarius verò multo minus. At neque statuliber. Nam qui & decem dare & heres esse iubetur, utramque sub conditione iussus intelligitur, id est decem dare si liber esse velit, Et liber esse si decem dederit. Itaque si decem dare nunquam poterit, nec vnumquam liber erit, quia nemo eum cogere poterit. Nec quemadmodum inuitus quoque esset liber si directa libertas ei data esset, ita possit dicere inuitum eum cogendum esse ut patreat conditioni ad libertatem consequendam. Facto enim serui aliquo opus est ut impleat conditionem aut saltem facto alterius qui eius nomine impleat cum libertas ei sub conditione data est, & in eius arbitrio testator posuit an liber esse vellet, cum adscripserit conditionem arg. l. verba haec 12. an. de cond. in fr. quia nec condicio esset si non posset deficere l. si pupillus 9. §. 1. de non. ac si ita scripserit Stichus heredi meo dāto, & dāto dāto liber esto, qui ablatiui absoluti decem datus resoluitur in conditionem vult. l. a testatore 109. de cond. & demonstr. At nulla serui aut alterius factio opus est, ut directa libertas competat quae pure data fuit si modo aliquis ex testamento heres sit, sufficit enim sola iuris potestas. Denique aliud est liberi Stichum dare decem, ut impleat conditionem sub qua ei data fuit libertas, Aliud verò iuberi illum ut conditionem impleat. Nam cum iussus dandi decem sit conditionale, ut diximus, si seruus liber esse velit, iussus tamen implendae conditionis parum esset, neque conditionem vllam tacitam magis quam expressam habere intellexeretur. Non igitur credendum est Vlpianum aut alium quam Tribonianum ita locutum fuisse si conditioni parere heredem testator iussit. Accipit enim idem Tribonianus duo ista pro eodem, ut solet omnia confundere, Iuberi quem dare decem conditionis implendae causa, & Iuberi conditionem implere, quod & probant sequentia illa maxime si heredem ei iussit dare, nec rursus distinxit heredem & legatarium a statulibero, quasi perinde possit testator iubere ei quem non facit heredem aut legatarium nisi sub illa conditione si centum filio dederit, ut ea centum der filio, atque imperare statulibero potest ut centum der, & sit liberi quod certe non ita est. Vnus tantum

in libris nostris casus est, quo is qui pecuniam dare conditionis implendae causa potuit, intelligitur iustus eam dare, ac conditionem ipsam implere, postulante nimirum eo, cuius interest impleri. Nam & haec tacita condicio iussui adhuc inest. Is casus est, Si quis duobus heredibus Titio & Sempronio instituitis ex fideicommissis aut ex inaequalibus partibus (nihil enim refert) iusserit Titium accepit centum a Sempronio suam ei portionem hereditariam restituere. Hoc enim casu non tantum Titius a Sempronio conueniri ex fideicommissis potest ut portionem suam ei restituat, sed etiam Sempronius a Titio ut det ei centum, si malit Titius habere centum quam portionem suam hereditatis l. fideicommissa 11. §. cum esset de leg. 3. Vbi Vlpianus ait esse hoc casu duplex fideicommissum, Nempe quia in hac specie duo concurrunt quae hoc ius inducunt, Vnum est quod eam Sempronius aequum sit heres atque Titius, & aequum adiecit hereditatem, non minus potuit fideicommissum ab eo relinqui ut centum daret Titio, quam a Titio ut partem suam hereditatis restitueret Sempronio. Alterum est quod ea centum conditionis quidem implendae causa Titio dari a Sempronio debuerunt, sed ita tamen ut figura conditionis expressa non fuerit, quae res facit ut non tam conditionis implendae causa, quam quodammodo pro precio portionis hereditariae dari iussa videantur l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. fideicom. Quamuis ea ratio non sufficeret ut fideicommissum a Sempronio quoque relictum videretur nisi prior concurreret, quia talis oratio Titii accepit centum a Sempronio hereditatem aut etiam fundi Cornelianum ei restituere, magis pro Sempronio quam contra Sempronium posita videatur, ut scriptum est in dicto §. tametsi. Sed ea distinctio ut & illa Papiniani in dicto leg. pro herede §. Papinianus de qua supra diximus, in speciem nostram cadere non potest, in qua agimus de filio non instituto, sed exheredato, qui sicut fideicommissis nullo grauatus est nec grauari potuit l. ab eo 9. C. de fideicom. ita neque coniectura illa sumi potest quod fideicommissum aliquod ei relictum veluisset pater ab eo quem voluit in filij persona implere conditionem: licet fideicommissum ab eo dare potuerit si voluisset. Fideicommissum enim vnum expressum esse oportet, ut alterum per coniecturam inducatur, ut in d. §. cum esset. Nec rursus de fideicommissis tractari quicquam potest in hoc §. non magis in persona heredis aut legatarij aut statuliberi, cuius condicio adscripta est, quam in persona filij exheredati, quia de eo loquimur qui nec heres nec legatarius, nec liber sit aut esse possit, nisi impleta prius conditione sub qua vel hereditatem meruit, vel legatum, vel libertatem, ac proinde qui nec antè grauari fideicommissis villo potuerit, non magis quam fideicommissum accipere ab exheredato. Quod longè diuersum est in specie dicti §. cum esset, ubi agitur de pecunia danda conditionis implendae causa ad consequendam ex fideicommissis partem hereditatis iam agnitam & acquisitam, Danda autem per eum qui ipse quoque ex sua parte iam heres sit, atque ita inter eos qui inuicem potuerunt. At neque casum illum tractamus quo vel heres vel legatarius, vel statuliber



pecuniam conditionis implenda causa dare iustus sit non expressa figura conditionis, sed quo expressa condicio sit: Alioqui male scriptum esset in hac verba *si conditioni parere heredem testator iussit* quia quod non expressa figura conditionis accipere quis iustus est ab alio non conditionis implenda causa accipi intelligitur, sed pro precio, & iure hereditario d. §. *tamen si*. Quomodo autem possit hoc dici de filio exheredato aut quomodo filius exheredatus iuberi ut aliquid accipiat ab eo qui nondum heres sit? Nam neque pater filio exheredato iuberi ac imperare aliud potest, quam ut exheres sit. Neque potest imperium illud adeoque nec ipsa exhereditatio ullius potest adire non potest heres nisi impleta prius condicione. Ita ergo sit ut in proposita specie nihil possit interesse an testator ita scripserit *Titius heres esto si filio meo centum dederit*, *Filius meus exheres esto*, an verò ita, *Filius meus exheres esto* (potest siquidem filius etiam ante heredis institutionem exheredari l. 3. §. *ante heredis de liber. & post.*) *Titius autem filio meo centum habens esto*, aut quod idem est *Filius meus accepit a Titio centum exheres esto*. *Titius heres esto*. Nam & hoc casu licet institutioni Titij nulla condicio adscripta videatur, ea tamen quae sunt adscripta exheredationi certam institutionem esse creditur cum non in aliam causam possit Titius ex alio heres esse, quam in qua filius fuit exheredatus. Denique his omnibus casibus condicione à Titio impleri & ab eo pecuniam filio exheredato dari necesse est priusquam heres esse possit, & ideo vera semper condicio est siue ligata condicione expressa sit, siue non expressa: Et consequenter nullo casu potest hic heres aut legatarius, nisi stultè potius & ineptè iuberi ut det centum filio: multò minùs ut pateat condicione. Ergo nec nisi valdè iniudè potuit Tribonianus ita scribere *si conditioni parere testator heredem iussit*. Sed fiet apertior Triboniani manus & incertitia ex his quae in hoc §. sequuntur.

*Idem est si legatarius ei vel statuliber dedit*. Nihil igitur interesse putat Tribonianus an filius exheredatus pecuniam acceperit ab herede, an à legatario, an à statulibero. Putat enim omnibus his casibus excludendum filium à querela, quia qui iudicium patris agnouerit. Et ita respondet ad propositam quaestionem non minus quòd ad legatarium & statuliberum atinet quam quòd ad heredem. Et tamen quod sequitur in hoc §. tale est acti nondum adhuc responsum esset. Sequitur enim

*Et potest dici excludi eum*, quibus verbis continetur noua responsio & quidem magis dubia minusque affirmatiua quam praecedens. Et enim verba illa praecedentia *videndum ne ab inofficiosi querela excludatur*, non videntur esse hominis planè affirmantis, ob idque sunt familiaria Triboniano quam prudentibus nostris, non possunt tamen accipi nisi pro affirmatione, ut solent interdum etiam prudentes nostri non dubitanter, ut Tribonianus, sed verecundè sententiam suam siue in affirmatiuam, siue in negatiuam partem exponere in his quae dubitationem aliquam habere videntur, ut à Papiniano factum est in l. 1. *in princ. infir. de pignor.* & alius saepe. Idque apparet certius cum ratio aliqua subiicitur, non dubia sed affirmatiua, qualis illa est quae in hoc §. praecedit *agnouit enim iudicium*. Ac ne quis possit dubitare quin ad propositam quaestionem responsum esset affirmatiuè subiectus

est alius ille versiculus affirmatiuis quoque verbis conceptus *idem est si legatarius ei vel statuliber dedit*. Scribendum enim erat *idem est si potest non quomodo scriptum est idem est si praecedentibus verbis quaestio magis quam ad propositam quaestionem respectu continetur*. Quid ergo atinebat rursus rem in dubium reuocare, & non solam iterum sed incertis his verbis respondere *Et potest dici excludi eum*. Rursus quid atinebat subicere *maximè sibi red. in ei iussit dare*, cum iam dictum esset nihil in hac specie referre an heres sit an legatarius vel statuliber is qui pecuniam filio dare iustus fuit. Namrum volebat Tribonianus ut solet à priore sententia recedere, ac noua distinctione locum faceret, quae statim sequitur his verbis *etiam si legatarius quibus aperte Tribonianus, secum pugnantem aut multum interesse an condicione danda filio pecuniam adscripta sit heredi an legatario aut statulibero: Quod si ita est, non debuerat igitur in praecedentibus scribere *maximè si heredes*, quae dictio est inapplicatiua, ut nostri loquuntur, includens identitatem, ut amentis & rationis, sed debuerat uti dictione aliqua restrictiua quales esse essent *minimè, si aliter, videlicet*, aut qua alia uentili. Cùm igitur aliud iuris constituit Tribonianus in herede, aliud in legatario, & iam bis dixerit in herede si is pecuniam implenda conditionis causa filio dare iustus sit & heredem, excludi filium à querela quòd eam pecuniam accipendo, iudicium patris agnouerit (quae tamen mala & falsa ratio est ut probauimus in praecedentibus) videamus nunc quid ille dixeritum statuat patetque respondendum in legatario. Sic autem ille scribit*

*Cur enim si legatarius, iniquè semel natam inofficiosi querelam non perimat legatarius? Sentis est si legatarius iusserat pater dare filio pecuniam conditionis implenda causa non potest legatarius offerendo eam pecuniam filio petuere querelam inofficiosi quae iam nata sit: & cuius proponenda ius filio fuerit acquisitum: Si tamen Triboniani interrogacionem pro affirmatione accipere volumus, cuius adfirmationem & contrario pro dubitatione, ne dicat etiam pro negatione accipiendam plerumque esse ex his quae iam diximus apparer. Sed siue pro dubitatione, siue pro adfirmatione versiculum hunc accipias, nouum absurdum emergit, sed quod Triboniano etiam familiare est, ut institutionem prosequens quaestionem, causam tamen mutet. Nunc enim illum tractare incipit quo pecunia quae condicione implenda causa dari debuit oblata tantum sit filio siue per heredem, siue per legatarium. Hucusque verò tractauit casum contrarium, quo non modò fuisse oblata, sed etiam data. Sic enim scripserat *Idem est si legatarius ei vel statuliber dedit*. Nunc tractat eum casum quo filius exheredatus, sibi oblata siue ab herede siue à legatario pecuniam nolit accipere. Antea tractauit illum quo filius pecuniam acceperit, & ita iudicium defuncti agnouerit. Denique prima quaestio aut potius sola quae in hoc §. proponitur illa est, An filius qui oblata implenda conditionis causa pecuniam siue ab herede, siue à legatario accepit, ob hoc ipsum excludendus sit à querela. Nunc verò ob eam ipsam quaestionem respondetur, non cogi filium pecuniam accipere si à legatario ipsi offeratur, quod ea oblata semel natam inofficiosi querelam non possit perimere. Quid verò habet haec responsio communè cum proposita quaestione? Quod si eundem casum retinere*

retinere velis, & ponere non tantum oblata fuisse filio pecuniam à legatario, sed etiam à filio ipso acceptam, ita ut que erit ratio ista, & stultior ille, qui cum Triboniano probare per eam velit non excludi filium à querela, tamen iudicium defuncti agnouerit si antequam agnosceret iam nata querela fuit. Quando enim potest melius petiti querela, quam eam iam nata est? Imò verò si nondum nata sit, nec petiti potest: quia & naturae & intellectus ordine semper prius est, ut initiatur à quo quae res habeat, quam ut finem habere possit, & ut nascatur priusquam possit petiti. *Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* Ut vel ex hoc maximè appareat quam peruersus iureconsultus fuerit Tribonianus, qui pro filio ab utraque ratione qua potius contra filium uti pro legatario debuerat. Et tamen sibi tantoperè placet in hac ineptia, ut eam reperat cum subicit, *Cur ergo in herede ab iustis dicitur? Quomodo autem aditam hereditatem nec nascitur querela?* Hanc enim diuersitatis rationem addert inter heredem, & legatarium, quòd heres eam pecuniam offert filio implenda conditionis causa, eam offerat ante natam querelam. Offert enim ut possit heres esse ac proinde antequam sit heres, & consequenter ante natam querelam, quae scilicet non potest nasci nisi ab adita hereditate: Vnde sit eundem iurisprudentiam Triboniani ut faciliè possit ea oblatio perimere querelam quae nondum nata sit. At eam legatarius pecuniam offert, eo tempore offert, quo iam nata sit querela, scilicet post aditam hereditatem, quia nec prius querendam est an legatum debeatur, cum hereditate nunquam adita nunquam deberetur l. 1. §. *et. l. 2. §. in possess. legat. l. si nemo 97. de iust. in l. & ideo difficilis est, si Triboniano credimus, ut iam nata querela perimatur. Quasi verò non possit filius exheredatus agnosceret iudicium defuncti post querelam, non modò natam, sed etiam propositam, & à querela eo tempore excludi siue expressa, siue tacita renunciatione l. si ponas 23. §. *et. l. cum qui 2. in princip. §. Sed nec verum est legatarium cui condicio adscripta est danda filio pecuniam, non potest condicionaliter illam implere ante aditam hereditatem. Nam cum ea sit differentia inter legatam pura & condicionalia, quod eorum quae pura sunt dies statim cedit à morte testatoris, ut exinde transmitti ad heredem possit, secuta quocumque postea hereditatis additione, condicionalium verò dies non cedit nisi impleta prius condicione l. 2. 3. 4. 5. & pass. §. *quand. dies legat. ced.* Quid verat legatarium condicionaliter impleri condicione legati etiam prius quam addeatur hereditas, non quidem ut legatum adhuc consequatur, sed ut ex condicionali faciat purum, & per consequens eas ex non transmissibili transmissibile? Nec enim ob id quod impleta legati condicio est, statim consequens sit ut legatum vel peti possit vel confectum accipi legatario, sed tantum ut pro eo habeatur acti purè datum esset l. ei qui 13. de condic. inst. l. prior 11. §. *et. vers. cum enim qui prior. in pig. hab.* id est, ut eius dies statim cedat si non ex die mortis, quomodo si legatum fuisse purum, saltè ex die impletae conditionis, etiam si hereditas nondum adita proponatur. Non igitur bona est ratio illa diuersitatis, quam Tribon. addert inter heredem & legatarium, quasi oblatio heredis semper praecedat natiuitate querelae, oblatio verò legatarij semper sequatur. Fateor oblationem heredis semper**

praecedere, cum institutioni adscripta condicio est, quia praecedit semper hereditatis acquisitionem etiam in suo herede, cum potestatiua condicio est l. 4. in princ. de hered. inst. l. 5. de condic. & demonstr. Fateor etiam oblationem legatarij aliquando sequi natiuitatem querelae, quia & post aditam hereditatem non minus quam ante aditionem esse legatarius pecuniam, & implere condicione potest. Sed nego legatarij oblationem semper sequi, cum possit fieri ante aditam hereditatem, ut ante aditam hereditatem si aliud nihil impediatur, dies legatorum cedit: Exceptis quibusdam in quibus speciali iure placuit non cedere diem nisi ab adita hereditate, ut in libertatibus & vsufructu legato l. vnic. §. *quand. dies vsusfructu. l. e. l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.* In quibus tamen ipsi illud etiam obtinet, quod in ceteris diximus, ut eorum condicio impleri possit etiam nondum adita hereditate, quoniam aliud est diem legati cedere, aliud legati condicione impleri, eam implementum condicione non faciat ut dies tum cedat si legati natura repugnet, sed tantum ut possit tum cedere cum conditionis tempus aduenit, qui tamen ne tum quidem cederet, si condicio nondum eo tempore impleta reperiretur. Finge legata sibi fuisse centum in Calendis Ianuariis proximas sub ea condicione *si dederit Titio dederit*. Potes decem Titio dare ante Calendas Ianuarias, atque ita facere ut exinde legati sui dies cedat, qui non cederet, ne quidem venientibus Calendis Ianuariis si eo tempore nondum condicione paruilles, quia legatum adhuc condicionaliter inueniretur. Finge datam tibi libertatem sub eadem condicione *si dederit Titio dederit*. Non potest dies tuae libertatis cedere ante aditam hereditatem, etiam si condicione prius impleas. Sed tamen proderit tibi si ante impleas, ut secuta tandem additione possis ex eo instanti liber esse, qui non esses si nondum condicione impleuisses. Planè in legati merè condicionalibus, & quorum si pura essent dies cederet ex die mortis, idem est instantis, & quo impletur condicio, & quo cedit dies legati. Debuerat igitur Tribonian. eam de legatarij oblatione loqueretur, distinguere an facta esset ante an post aditam hereditatem, & eo saltem casu quo ante facta esset, idem prorsus iuris in legatario & in herede constituit. Sed me illud omnium pessimè habet quod video Tribonianum hinc de sola oblatione loqui, cum antea de datione ipsa locutus esset. Item hinc de filio recufante accipere pecuniam sibi oblata, in praecedentibus verò de filio accipiente. Nam certe ratio haec qua Tribonianus pro filio contra legatarium abutitur, eò pertinet ut audiendus sit filius si recuset accipere pecuniam sibi à legatario oblata post nam querelam, non sit verò audiendus si eam accipere recuset ab herede quòd eo tempore nondum nata sit querela, Potius quam ut probe non videri filium agnouisse iudicium patris si pecuniam acceperit à legatario, videri autem agnouisse si acceperit ab herede. Idque ostendunt etiam quae sequuntur in vers. *ego uentum puto siquendum*, ubi scriptum est si filio antequam iudicium querelae moueret oblatio fiat eius quod ei relictum est, videri ei satisfactum, quasi facta oblatione ex testatoris voluntate. Itaque cum video Tribonianum ita scribere *Cur ergo in herede ab iustis dicitur?* Subit cogitatio interrogandi eum *Quid verò illud est quod dixisti Triboniano?* An forte audiendum

non esse filium qui velit agere querela inofficiosi postquam ab herede oblata accepit pecuniam, quod hoc ipso agnouerit iudicium defuncti? An potius, Audiendum cum non esse si malit querelam proponere quam oblata sibi ab herede pecuniam accipere, Vtrum enim tibi velis non possum facile assequi. Placet mihi prior interpretatio cum præcedentia intueor, Placet posterior, cum lego sequentia: Sed nondum tibi liquet quid audeas, vel possis aperte dicere, Nisi quod ante aditam hereditatem nec nascitur querela: Hoc verò non nego, qui video ita placuisse Iustiniano ex Vlpiani sententia, quamuis aliud olim visum sit Modestino, cuius opinionem refert ac improbat Iustinianus in *l. scimus* 36. §. *utrum* et *l. si quis filium* 34. in *fin. C. hoc tit.* Sed dico, nihil hoc ad rem nostram pertinere, quia si loquar de filio qui pecuniam conditionis implendæ causa oblata accepit, quem ais hoc ipso agnouisse iudicium defuncti, Contendo non minus agnouisse illum qui accepit à legatario, quam qui ab herede, siue ante, siue post aditam hereditatem: Si verò loquar de filio qui obligationem, siue heredis, siue legati recipi recusat, Dico nihil esse propter quod videri debeat exclusus à querela cum nullo modo defuncti iudicium agnouerit, vtrumque sit eum & ex hereditate à patre fuisse, nec legitimam portionem & ante patris habuisse quæ ad eum peruentura fuerant ab intestato: Idque siue ante, siue post aditionem hereditatis obligatio facta proponatur. Præter id quod iam dixi posse obligationem fieri à legatario adeoque à statulibero conditionis implendæ causa non minus quam ab herede ante aditam hereditatem. Et verò nondum sibi satisfecisse Tribonianum in iis omnibus quæ hucusque siue dubitanter, siue affirmatiue scripsit in hoc §. ex eo apparet, quod in *seq. vers.* incipite ab illis verbis *Ego enim*, cuius sensum iam retulimus longè aliter responderet, quam dixerat in superioribus nec adhibet distinctionem illam, Vtrum filius acceperit pecuniam, an recusat, neque illam, Vtrum heres an legatarius vel statuliber pecuniam obtulerit, & vtrum ante an post aditam hereditatem, sed nouam planè & hæcenus inauditam, Vtrum obligatio siue ab herede, siue à legatario, siue à statulibero, & siue ante siue post aditionem hereditatis facta sit eo tempore quo nondum mota sit querela quamuis iam nata, an verò eo tempore quo non solum nata iam fuerit querela, sed etiam mota, Vt hoc posteriore casu nihil profit obligatio quasi nimis fera cum filio ius sit quæsitum per litem de inofficioso institutam, Priore verò profit, quasi hoc casu non nisi per filium fiet quominus ei ex voluntate testatoris satisfactum videatur. Itaque sicuti transferat Tribonianus ab eo casu quo data fuisset pecunia & accepta conditionis implendæ causa, ad illum si non prorsus contrarium certè planè diuersum quo pecunia fuerit & oblata tantum & recusat: Ita nunc transit à querela nata ad querelam motam, vt quod de querela nata dixerat, transferat ad querelam motam. Sed neque hæc distinctio, vel melior, vel felicitior est, quam superiores. Nam vel verum est id quod filio conditionis implendæ causa dari pater voluit, posse filium etiam inuitum excludere à querela, tanquam quod ex patris voluntate detur, vel verum est non posse illum excludere à querela tanquam quod neque ex bonis, neque ex voluntate defuncti detur. Si verum est posse ex eo filium ex-

cludi, Ergo quocumque tempore ei offeratur excludetur. Nam ad excludendam querelam sufficit vt filius alia qualibet via, & ratione possit consequi legitimam portionem. Si autem verum est non posse filium ex eo excludi, vtique nihil ei nocere debet quod obligatio fiat ante motam querelam: quia non eò minus verum erit patrem videri fuisse furiosum testamenti tempore, ac testatum fuisse contra officium pietatis qui filio exheredato non reliquerit legitimam portionem. Sed iam video non quid Tribonianus dixerit, at quid dicere voluerit, Nimirum id quod conditionis implendæ causa datur non esse in petitione, sed tantum in præstatione: quia non potest is in cuius persona heredi condicio debet id petere, cum nec legatarius nec fideicommissarius sit qui aliquam eo nomine actionem habere possit. Potest tamen is cui adscripta condicio fuit id soluere, si quod sibi à testatore relictu est consequi velit, dicit *l. si quis sub conditione* 8. §. *quis omnes*, *caus. test. dicit. l. qui precio*, & *dicit. l. inter mortuorum* 38. de *mort. caus. donat.* Exemplo eius quod dicimus, Si cui ita legatum sit *Heredes meus Titio penum dato. si non dederit decem dato* non posse quidem petiti, sed decem, Quasi decem tantum legata sint, penus autem si detur ex interuallo, non nisi mortis causa capiatur: Si tamen incontinenti, hoc est, cum aliquo spatio præterierit intra quod penus præstari & potuerit, & debuerit, Penus verò peti numquam potest, ne quidem eo tempore quo præstari tamen potest, id est, incontinenti, cum actio non nisi in inuitum possit exerceri qui præcisè cogatur id præstare quod debeat. Itaque penus hoc casu in præstatione quidem tantum est non in petitione *l. de pen. legat. l. cum sine præfinitione* 19. §. *si penum* 24. *quand. dies legat. ced.* sed tamen non id eò minus legata intelligitur, atque ex iudicio testatoris & ex testamento data esse si incontinenti data sit aut saltem ante litem contestatam, quia verum est legatam eam esse verbis illis imperatiuis & dispositiuis *Heredes meus penum dato*. At finge non adesse verba illa, sed testator ita scripsisse *si heredes Titio penum non dederit, decem ei dato*. Nullo prorsus casu videbitur penus legata, id est, ne quidem si incontinenti præstetur, & id eò mortis tantum causa capietur, nec in falcidiam quasi ex bonis aut ex iudicio defuncti præstata, ab herede imputabitur dicit §. *item si ita in fin.* Ergo vt bona sit ratiocinatio ab exemplo illo quod videtur Tribonianum fecerit, distinguendum similiter esset in specie proposita, Vtrum testator ita scripsisset *Titius heredes meus filio meo exheredato centum dato, si heredes meus centum filio non dederit, heres ne esto, si autem dederit, heres esto*. An verò, in hunc

in hunc potius modum *Titius si filio meo exheredato centum dederit, heres esto*, vt prius casu viderentur legata filio centum si incontinenti aut saltem ante motam querelam præstarentur, Posteriore verò casu implendæ tantum conditionis causa præstarentur, nec nisi mortis causa caperentur. Atqui hæc distinctio non nisi valde ineptè fieri potest, quia prior eius pars locum habere numquam possit. Non ob id solum quod Vlpiani temporibus, totostque iure veteri nihil poterat legari ante heredis institutionem §. *ante heredis. Inst. de legat.* credebaturque præposterum vt heredi testator quicquam imperaret priusquam heredem eum fecisset, sed etiam quia præsupposito etiam eo, vt ordine saltem intellectus institutio præcessisset intelligeretur, adiectio illa *si heredes meus centum filio meo non dederit heres ne esto*, per quas videretur adcepta hereditas sub conditione, vt in *dicit. l. si penum* 24. *quand. dies legat. ced.* non possit non esse dicendum, & à iuris ratione aliena. Regula enim iuris est, Hereditatem adimmi non posse *l. si ita scriptum* 13. §. *regula. de liber. & posth.* Quod si hereditas iam data non potest adimmi, multò minus potest adimmi ea quæ nondum fuerit data, nec nisi stulta potest esse ademptio, quæ dationem præcedit. Sed & testatore ita locuto, vt posuimus in priore parte supra dictæ distinctionis, non esset verum data fuisse filio centum conditionis tantum implendæ causa, sed expressim legata, vt proinde non posset dubitari quin & ex voluntate, & ex bonis defuncti data intelligerentur, ideoque filium excludere à querela deberent, cui nec vllomodo ademptum posset dici legatum, nisi forte vt transfunderetur in ipsam hereditatem, & filius ex legatario heres fieret, si hereditatis ademptio sub conditione facta valere possit. Quæ nec tantum abest vt querelam possit inducere, vt eam potius omnino excluderet. Quid enim posset queri filius, qui in vtrumque euentum aut legatum haberet sufficiens ad legitimam portionem, aut pro legato vniuersam hereditatem? Non igitur potest hic §. ad alium casum accommodari, quam in quo testator Titium heredem instituerit sub ea conditione, si filio centum daret, nullis præterea verbis imperatiuis & dispositiuis pro filio adiectis. Ergo retenta etiam comparatione legati penoris, non possunt videri hæc centum data filio, ne tuam quidem cum accepit, ex voluntate non magis quam ex bonis patris, sed tantum ex voluntate bonique ipsius heredis, nec iure testamenti accepta, sed tantum mortis causa, Ex quo illud necessariò fit vt filium à querela excludere non possint, non solum si offerantur, siue ante, siue post motum iudicium centumuirale, Sed nec si à filio accipiantur, quia non idcirco iudicium patris agnouisse videri potest qui nihil mortis causa accepit: Nec enim distinctio illa, An incontinenti, an ex interuallo præstitum sit quod testator dari per conditionem voluit, ad ea pertinet quæ conditionis tantum implendæ causa præstatur, sed ad illa demum quæ prius posita sunt in dispositione quam in conditione, vt omnium elegantissimè probat is Pauli locus quem attulimus ex *dicit. l. 1. §. ite si ita. Ad leg. falcid. & dicit. l. cum sine vers. quod si ita*. At nos loquimur in hoc §. de ea pecunia, quæ non fuerit posita nisi in conditione, nec vllomodo poni potuerit in dispositione. Est aliud etiam in hoc §. quod incitiam Tribonianum detegit apertius apud eos, qui veterè iudiciorum Romanorum ritum à nobis toties inculcatum non i-

gnorant. Nam in cæteris iudiciis quæ à Prætoribus aut alio magistratu dictabantur post litem apud Prætoribus ipsam aliumve magistratum cuius ea iurisdictione esset contestatam, non idem obseruari poterat, quod in iudiciis Centumuiralibus quæ apud Centumuiros ex vi propria ipsorum iurisdictionis exercebantur. Non enim Centumuiros dabatur iudices à prætoribus aut alio magistratu, sed propriam iurisdictionem habebant in certis causis pro quibus nec prætor nec alius vllus magistratus aut adiri, aut etiam aditus cognoscere potuissent. Inter quas causas hæc vna erat querela inofficiosi testamenti *l. Titia* 13. *l. qui repudiatis* 17. in *prin. §. hoc tit.* In cæteris igitur causis cum queritur an id quod in præstatione tantum non etiam in petitione fuit præstari quandoque possit siue ad impediendam, siue ad purgandam motam, solemus inspicere tempus non motæ controuersie, nec capiti iudicij, sed litem contestatæ *dicit. l. de pen. legat. dicit. l. cum sine præfinitione* 19. *quand. dies leg. ced.* Quod mediū tempus est inter motam controuersiam & iudicium motum. Sicut enim controuersia præcedit contestationem *l. sed et si lege* 25. §. *si ante de pet. hered.* ita contestatio præcedit iudicium. At in iudiciis Centumuiralibus coram iisdem iudicibus eodemque tempore & controuersia & iudicium mouetur, & post iudicium apud eos motum contestatio fit, quæ proinde iudicium sequitur non præcedit. Itaque tempus quo mouetur iudicium in hoc iudiciorum genere non responderet tempori quo mouetur iudicium in cæteris, sed ei potius temporibus quo mouetur controuersia, quod tempus præcedebat, vt dixi, litem contestationem. Ergo vt bona sit comparatio quæ Tribonianum fecerit, penoris positi in conditione alterius legati, & pecuniæ quæ filio dari debuit conditionis implendæ causa, debuerat Tribonianus admittere heredem ad purgandam motam & offerendam filio pecuniam, vt eum à querela excluderet, non id vsque tempus duntaxat quo iudicium moueretur apud Centumuiros, sed in id vsque quo fieret apud eos litem contestatio, quam præcedebat motum iudicium, sicut in cæteris mota controuersia præcedebat litem contestationem. Sed iam tempus est, vt quæ in hoc §. speciali adnotatione indigent, particulatim persequamur.

*d. Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela.* Ratio dubitandi. Si non ante aditam hereditatem nascatur querela, erit in potestate heredis vt nunquam querela competat, aut nascatur. Quid enim si nolit vnquam adire hereditatem? Poterat siquidem olim adiri hereditas quadiu repudiata non esset, nulloque tempore ius ad eundem hniebatur *l. si curatoris* 9. *C. de iur. deliber.* Aut etiam quid si tardius adire voluisset vt motam faceret querelam? Vtique faciebat iure suo cum in eius arbitrio & potestate esset vt adiret quado veller. Atqui non minus absurdum hoc videtur vt in heredis instituti potestate sit querelam vel excludere, vel differre quam vt in alterius cuiuslibet debitoris potestate sit an debeat *l. 2. §. Scauola*, alias *l. non utique de eo quod err. loc. l. sub hac conditione* 8. *de oblig. & act.* aut an vel quando conueniatur *l. purè* 5. §. *ut. de dol. mal. except. l. petenda* 6. *Cod. de t. por. pet. in integr. restit.* Ergo ne hoc absurdum eueniat, necesse est cursum quinquennij intra quod proponi querela debet *l. si quis filium* 34. in *fin. l. contra* 16. *C. hoc tit. l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est*, non à die aditam hereditatis



incipere sed à die mortis. Atque ita iam olim ob hanc ipsam rationem Modestinus putabat, ut refert Iustinianus in *d.l. scimus 36. §. ult. C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Querela inofficiosa licet hoc colore detur, quasi non sanæ mentis fuerit testator cum suprema ordinaret, ideoque afficiat ius testamenti *l. filio 16. §. 1. j. & l. seq. §. ult. j. hoc tit.* tamen non contra lignum datur, ut bonorum possessio contra tabulas *l. quod vulgo 19. de bonor. poss. contr. tab.* sed contra heredem institutum, qui porro nec heres est, nec defuncti memoriæ defendendæ ius habet priusquam hereditatem adiecit. Non igitur fieri potest ut querela competat aut nascatur ante aditam hereditatem. Ad quid enim prodesset dicere natam esse antequam proponi posset? arg. *l. 3. quand. dies legat. ced.* Nisi forte ad hoc ut eius proponendæ & exercendæ tempora interim currebant filio exheredato, quod sanè iniquum esset *l. cum sex 55. de a. l. i. l. i. §. ult. C. de annal. excep. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Cur verò querela non contra lignum sed contra heredem ipsum detur, si pergas rationem querere illam adferam, quod querela inofficiosa sit odiosa, ut iam sepè monuimus, non ob id tantum quod faciat patremfamilias intestatū *l. 6. §. 1. sup. l. man. et si 15. §. ult. l. qui r. p. d. i. 17. l. circa 24. infr. cod.* sed ob id etiam quod eo colore faciat intestatū, quasi fuerit demens & furiosus. Proinde quandiu alia ratione intestatus fieri paterfamilias potest, atque ita filio aut alij conquiri volenti ius suum conservari, nihil causa est cur tam odioso remedio locus esse debeat, ut & testatoris famæ, & exheredati commodis æquè consulatur. At qui potest intestatus fieri paterfamilias citra querelam si modò contingat ut ex eius testamento non adeatur hereditas, Ne alioqui testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam proficere videatur *l. filium 20. de bonor. poss. contr. tabul.* Merito igitur placuit expectari debere ut sciretur an aliquis heres esset, priusquam querela proponi posset. Quid ergo respondebimus ad rationem illam qua Modestinus in contrarium mouebatur? Facilis hodie responsio est ex Iustiniani constitutione in *d.l. scimus. §. ult.* ubi constituit ut ob hanc causam heres adire debeat hereditatem intra sex menses si in eadem sit provincia, vel intra annum si in alia, si non fecerit cogatur officio iudicis adire. Interea verò decedens filius, id est, post obitum testatoris, & ante aditam hereditatem transmittat ad suos descendentes querelam, tamen non præparatam. Nullūne igitur olim remedio locus erat? Imò erat. Nimirum ut postulante illo qui queri vellet, præscriberetur heredi à pratore tempus ad deliberandum utrum heres esse vellet, necne, quod tempus ut plurimum non nisi centum dierum erat si iusta aliqua causa longius tempus dari non suaderet, *l. 1. & l. 10. j. de iur. deliber.* Quanquam nec semper auxilium prætoris in hac rem necessarium erat. Solebant enim testatores heredem scribere sub hac conditione Si intra centum dies hereditatem adiret, cerneretque, qui ob eam causam creationum dies dicebantur, & erant aliquando continui, aliquando autem vitales, Nempe si testator verba illa in conditione adiecisset quib. scieris poterisque ut pluribus tractat Vlp. in fragment. tit. 22. qui hered. instit. poss. Manet enim illa creatio tollentitas & observatio vsque ad tempora Theodosij qui eam sustulit in *l. creationum 17. C. de iur. delib.* Ceterū Vlpiani sententia ut humanior, & favorabilior

iam olim cæteris prudentibus videtur magis placuisse. Nam & eam Iustinianus ipse secutus est in *l. si quis filium 34. in fi. C. hoc tit.* antequam ederet novam illam suam constitutionem, quam retulimus, & quæ extat in *d.l. scimus §. ult.* Placuit certè Tryphoninò in *d.l. filium §. sed quemadmodum de bonor. poss. contr. tab.* ubi ait, quemadmodum prætor in illa specie tueatur emancipatum ab intestato si adita non fuerit hereditas, ita ne filium qui in potestate remansit, aditione adhibita in totum expellendum esse, sed ad hereditatis petitionem admittendum esse ex causa inofficiosa querelæ contra emancipatum mouendæ. Ut planè non possim videre cur aut quomodo quidam ex eo loco colligant Tryphoninum in ea fuisse sententia ut à morte testatoris cursum querelæ inofficiosa daret. Repugnat enim euidenter verba illa aditione adhibita, quæ ostendunt nisi ex aditionis die moueri querelam posse. Possit quis etiam aliam dubitandi rationem adferre ex eo quod dici solet ac verum est, Non posse adiri hereditatem ex testamento quandiu in eo est ut rumpi aliquo casu possit *l. venre 84. de acquir. heredi.* Quomodo igitur potest adiri hereditas ex eo testamento quod possit rumpi per querelam? Sed respondendum est non tam rumpi per querelam quam rescindi, ut dicam ad *§. si filius 15. j.* in eoque minis præcipit locutus Iust. in Auth. ex causa *C. de liber. præter. post Iust. Nouell. 115. ut cum de appell. cogn. §. aliud quoque capitulum.* Et quamvis admitteremus rumpi testamentum per querelam non tamen ipso iure factò hominis id contingit, id est per sententiam Centumvirosum, supradicta autem propositio intelligenda est de eo testamento quod in eo sit ut sola iuris potestate rumpi possit, At quomodo fieri potest ut qui per aditionem hereditatis factus est heres ex testamento, desinat esse heres per querelam? Nonne id quoque alienum est à regulis iuris? Dixi ad *l. posthumus 6. §. 1. supr.*

*Ego euentum puto sequendum.* Ecce locutione planè Tribonianam & impropiam. Voluit enim Tribonianus dicere inspiciendum esse quid euentus, cum deberet dicere quid factum sit. Euentus enim ad ea magis pertinet quæ casu accidunt, quam ad ea quæ sunt in potestate nostra. Nec rursus voluit Tribonianus tam hoc dicere quod malè expressit inspiciendum esse quid factum sit, quam quod non dixit inspiciendum esse quo tempore facta sit oblatio. Non enim distinguit an oblata sit pecunia necne, sed tantum an oblata sit antequam iudicium moueretur, an postea. Nec igitur debuit scribere euentum spectandum esse, sed tempus euentus.

*f. Oblatio si fiat eius quod relicti est.* Hic verò præcipuus Triboniani error fuit, quod pecuniam implendæ conditionis causa dandam filio, siue per heredem siue per legatarium, siue per stiruliberū, putat filio relictam esse à patre, quod certè falsissimum est, cum neque per legatum, neque per fideicommissum, neque per donationem causa mortis, nec denique alio vilo relicti titulo relicta dici possit *d. l. si quis sub conditione 8. in fi. si quis omis. caus. testam. d. l. 1. §. item sita ad leg. falcid. d. l. inter mortis 38. de mort. caus. donat.* Planè mortis causa capitur, sed non prius quam capiat, ut nomē ipsum mortis causa capionis demonstrat. At nos loquimur de ea pecunia quam filius accipere recuset. Ergo de illa quæ nec quidem mortis causa capiat, etiam offeratur.

offeratur. Non enim sicut mortis causa capionem dicimus, ita & mortis causa oblationem aliquam esse, adhuc quisquam dixit.

*g. Quasi ex voluntate testatoris oblato eo.* Alius hic nec minus grauis Triboniani error est, putantis ad excludendam querelam inofficiosa sufficere ut possit filius habere legitimam suam portionem ex voluntate patris. Hoc verò falsum est. Non enim sufficit ut habeat ex voluntate, nisi habeat etiam ex bonis defuncti, et in nihil aliud et legitima portio, quam pars eius quod ab intestato fuerat peruenturum *§. si quis mortis sup. l. que imp. 31. C. 102.* Idque est quod ait *l. cum queritur 6. 1. 02.* Cum in queritur an filij de inofficiosa patris testamento possint dicere, illud vnum inspiciendum esse an testator reliquerit iis quartam partem bonorum quæ habuit mortis tempore. Duo igitur requiruntur, quæ in hoc vno continentur, An testator ipse reliquerit, & an id reliquerit, quod faciat partem aliquam bonorū ipsius testatoris. In proposito autem neutrum dici potest, quia quod implendæ conditionis causa dandum est, id neque à patre relictum fuit, neque ex bonis patris qui non eò minus locupletem hereditatem suo heredi reliquisset intelligitur. At neque illud verum est quod Tribonianus quamquam frustra, supponit pro vero ex voluntate testatoris offerri pecuniam quæ conditionis implendæ causa offeratur. Nam si non accipitur ex voluntate tunc quoque cum accipitur, sed tantum mortis causa ut probauimus in præcedentibus, multò minus offeratur ex voluntate, si tantum offeratur. Voluntas enim testatoris hac parte si qua est, illa est ut pecunia detur non ut offeratur. Ad eò ut etiam in persona eius qui tunc capax accipiendi, condicio impleri debuit, non eò minus dari ei pecunia debeat, nec sufficiat offerri, quemadmodum si is cui condicio adscripta est, eam pecuniam in mare proicere iussus esset *l. Ateius 15. j. de condic. & demonstr.* Denique si tunc quoque eum patet filio quartam bonorum suorum partem mortis causa donauit, aliquis dubitationi locus adhuc relinquatur, An securè testatus sit qui nihil aliud filio suo exheredato reliquerit, ut diximus ad *§. si quis mortis, quis*

audeat dicere perinde illum excludendam à querela si mortis causa tantum accepit quantum faceret quartam si ex bonis defuncti cogatur. Testator enim donat utrique & de suo quod mortis causa donat, non etiam id quod capitur mortis causa *l. inter mortis.*

*h. Satis ei factum videtur.* In his quoque postremis huius §. verbis alius, vti iam verò postremus, Triboniani error continetur. Supponit enim pecuniam hanc, quæ oblata filio est, habendam esse pro soluta si à filio fuerit recusata. Nimirum quia supponit pecuniam debitam fuisse: quod falsum est. Nam si à testatore relicta non fuit, ut probauimus, nec igitur aut ab herede aut à legatario aut à stirulibero debita fuisse dici potest. Prius autem est ut habeatur pro debita quam ut possit haberi pro soluta. Nam nec solutio ipsi potest si facta sit eius pecuniam quæ nondum debeat, puta quæ promissa fuerit sub conditione ad hunc pendente *l. si pup. l. i. §. 38. §. 1. anteq. de ver. oblig.* Quomodo igitur oblato sola sufficiat? Sed & cum pecunia facta debeat, quæ offeratur, certum tamen est, neque pro solutione neque pro satisfactione habendam esse oblationem, nisi etiam obligatio sequatur, sed tantum prodesse oblationem in congruo loco & tempore facta sit, ad implendam aut purgandam mortis, non ad extinguendam obligationem *l. si per te non sit 7. l. acceptum 9. C. de iur. et signat. 9. Cod. de solut. l. qui dicem 7. l. 1. princ. & l. 1. §. 1. de solut. l. 1. Debuerat igitur Tribonianus tantè obligationem exigere, ut filio satisfactam videretur. Quid verò est quod Tribonianus mouere potuit ut hæc nobis sententiam proponeret? Nimirum quod id semper egit quantum potuit ut restringeret iura querelæ, uti apparet ex pleiisque constitutionibus Codicis quæ sunt sub hoc titulo, & d. cemus ad finem §. seq. Et id video Iustinianum ipsum in *l. scimus 36. §. ult.* repletionem expressim constituisse ut repletio legitima portionis fieri debeat ex substantia patris non si quid ex aliis causis filius lucratum est. Sed aliud est tractare de repletione faciendâ per legem, aliud verò de imputatione faciendâ ex voluntate testatoris. Iam ergo ad sequentem §. venimus.*

*11 §. Vnde si quis fuit institutus fortè ex semisse, cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, & rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem: merito dicendum est, nullum iudicium mouere, tunc debitam portionem, & eius fructus habere possit: fructus enim solere in Facidiam imputari non est incognitum. Ergo & si ab initio ex semisse heres institutus rogetur, post decennium restituere hereditatem: nihil habet, quod queratur: quoniam facile potest debitam portionem, eiusque fructus medio tempore cogere.*

*A. §. u. vnde si quis.*

Initium huius §. ostendit conexam esse huius §. sententiam cum iis quæ in præcedentibus dixerat Vlpianus. Et tamen non possis dicere quæ conexitatem habeat cum iis quæ dicta sunt in duobus proximis §. §. Habet verò maximam cum eo quod scriptum est in §. quoniam, debitæ portionis quartam sufficere ad excludendam querelam. Ergo vel ex hoc maxime apparet quod nos tam multis non verbis, sed rationibus probauimus, omnia quæ interiecta sunt in §. quarta autem, & §. si conditioni, esse Triboniani non Vlpiani. Nisi hic quoque §. Triboniani est, quod ita esse postea ostendemus.

*a. Nullum iudicium mouere.* Ratio dubitandi. Heres institutus ex semisse filius cui sextans pro legitima portione ex substantia testatoris debebatur, cum rogatus est, siue purè, siue post certum temporis restituere hereditatem, id omne videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis *l. in fideicommissaria 13. j. ad SC. Trebell.* & ut suo loco fideicommissarium constituat *l. 2. eodem.* Ergo videtur rogatus ut totam hereditatem sine vlla deductione restitueret. Proinde quamuis possit quartam ex fideicommissio deducere autoritate senatusconsulti olim Pegasiani hodie Trebelliani in quod Pegasianum transfusum est, non eò minus tamen videtur admittendus ad querelam, cum eam quartam sit habiturus non ex iudicio patris, sed ex autoritate senatusconsulti

arg. l. si adrogator 22. sup. de adopt. nec tã ex voluntate testatoris quàm contra ipsius voluntatē l. Titia 68. J. ad leg. falcid. In proposita verò specie videtur hoc tantò certius quod ea portio quæ per senatusconsultum retineri ex fideicommissio potest, cum sit tantum quarta pars portionis hereditariæ restituendæ, non nisi seiscuncia facit, filio autem non seiscuncia, sed sextans debetur. Quidni ergo poterit queri de inofficioso, cum non habeat debitam portionem?

Ratio decidendi. Filius qui post certum temporis hereditatem restituere rogatus est non tantum quartam portionis hereditariæ restituendæ partem ex fideicommissio potest deducere, sed etiam fructus omnes quos medio tempore percepit retinere, quoniam in fideicommissariam hereditatis restitutionem constat non venire fructus nisi de iis quoque restituendis heres rogatus sit dicit. l. in fideicommissariis, ubi ratio redditur quod fructus non hereditati sed rebus hereditariis accepto ferantur. Quoties autem rogatur quis hereditatem restituere, id tantum videatur rogatus reddere quod fuit hereditatis. Atqui eos ipsos fructus quos non cogitur heres fideicommissario restituere, cogitur tamen in quartam Pegasianam quam vulgò Trebellianicam vocant imputare, ut ibidem Vlpian. scribit, Nempe quia ex iudicio & voluntate defuncti percepisse intelligitur: Aliud enim esset si eos ex negligentia fideicommissarij percepisset, puta si rogatus hereditatem purè restituere non fuisset interpellatus nisi post multum temporis de ea restituenda. l. mulier 22. §. si heres. cod. r. Ergo cum ex voluntate & testamento patris possit sibi quartam conficere, non habet quod queratur. Præsupponit tamen hæc ratiocinatio Trebellianicam imputari debere in legitimam, & capi ex iudicio & voluntate testatoris, quorum neutrum ita esse postea contra Tribonianum probabimus.

b Et eius fructus. Ratio dubitandi. Non debetur filio nisi quarta pars bonorum quæ testator mortis tempore reliquit l. cum queritur 6. C. hoc. r. Atqui testator non reliquit mortis suæ tempore fructus illos qui post eius mortem nati & collecti sunt, quos idè diximus non hereditati sed rebus hereditariis accepto ferri debere dicit. l. in fideicommissaria. Ergo ut filius excludatur à querela, sufficere debet ut portionem debitam habere possit, nec etiam illud exigatur, ut portionis debite fructus habeat, aut habere possit. Non enim alij fructus augent hereditatem, quasi locupletiores à testatore relictam, quam qui mortis tempore iam percepti reperiantur l. centurio 15. in fin. de vulg. & pupill. subst. l. in falcidia 9. ad legem falcid.

Ratio decidendi. Conscienda est filio legitima portio ex iis bonis, quæ pater mortis tempore reliquit. Ergo eius quoque portionis fructus filio accedere oportet, Alioquin quomodo posset videri portionem illam sibi debitam iam inde ab initio & inspecto mortis tempore habuisse? Nam si habuisset, utique eius fructus tanquam rei suæ percepisset: cum fructus omnes dominij iure percipiantur l. quis sit 25. §. 1. l. Herennius 42. j. de vulg. An ergo dicimus fructus post mortem testatoris perceptos augere legitimam, quomodo augent illi quos testator temporis morte reliquit aut iam collectos aut saltem maturos & pendentes? Minimè. Sunt enim accessiones portionis legitimæ, nec eam maiorem faciunt, sed eius utilitatem adferunt, quæ ut

caterorum ferè omnium in fructuum perceptione potissimum consistit. Inutilis enim est proprietas, itè quæ possessio quæ fructuum commodum nullum habet, l. an usufr. §. de usufr. l. Manius 66. §. fundo. de leg. 2. Atqui fructus etiam post testatoris mortem percepti augent hereditatem l. item veniunt 20. §. item non solum. vers. fructus. l. sed et si 25. §. 1. §. l. §. de per. hered. Fateor, quia hereditas cum sit nomen iuris recipit augmentum & diminutionē d. §. item non solum. iun. d. l. hereditas 50. §. l. §. de. cod. r. At legitima cum sit quota bonorum nō hereditatis, sed rei certæ, quæ proinde nec augmentum recipere potest nec diminutionem: sed tamen habet suas accessiones, quas etiam fundus, pecunia & alia huiusmodi res habent, Accessiones enim sunt fructus, partus vlturæ, & similes, de quibus in r. De usufr. fruct. lib. acc. §. §. de mort.

c Fructus enim solent in falcidiam imputari. Ratio dubitandi. Legitima debetur ex bonis & substantia testatoris, ut probatur ex hoc §. in illis verbis cum ei sextans ex substantia testatoris debetur. Atqui ex substantia testatoris nō sunt fructus qui nō tantum post eius obitum, sed etiam post aditam hereditatem percepti fuerunt, cum nunquam fuerint testatoris, perceptique sint ab herede eo tempore quo iam hereditas defuncti versa erat in patrimonium heredis l. de separatis. Ergo quamvis verum sit fructus ab herede perceptos ex rebus hereditariis imputandos ei esse in quartam falcidiam, siue legatorum, siue fideicommissorum propterea quod iure hereditario capiuntur dicit. l. in fideicommissaria, & d. l. mulier. §. si heres. ad S. C. Trebell. nō tamen videtur bona consecutio, ut debeant idè imputari in legitimam debitamque portionem. Est enim per-evidens diuersitatis ratio inter legitimam & falcidiam, præsertim eam quæ ex fideicommissis deducitur, quoniam portionem legitimam heredi conficere ac relinquere testator ipse debet, ut excludat filium à querela. Itaque iam inde ab instanti mortis plenam eam totamque cōfectam habere filius debet, ne possit conqueri. Trebellianicam verò nō est necesse cōfectam esse à testatore, cum deducatur ut plurimum contra voluntatem testatoris, sed sufficit ut eam possit heres sibi conficere quocunque titulo, & vndeunque, id est, etiam ex iis quæ conditionis implendæ causa acceperit, licet neque ex testatoris voluntate, neque ex bonis ipsius eā habeat. l. in quartam 91. vers. sed in fideicommissaria j. ad leg. falcid. Nihil enim aliud egit senatusconsultum Pegasianum cum quartæ retentionem heredi permisit, nisi ut eo præmio inuitaretur heres ad hereditatem defuncti adeundam, ne alioquin testamentum destitueretur. Perinde autem inuitatur heres ad adeundum spe quartæ consequendæ si aliunde quàm à testatore consequi eam possit atque si eam à testatore ipso & ex illius bonis consequeretur, dummodò sibi conficiat ex iis quæ non esset habiturus si testamentum destitueretur. In quo numero illa etiam sunt quæ conditionis implendæ causa dari debuerunt. Destituro siquidem testamento corrunt non minùs mortis causa capiones quàm legata & fideicommissa, quia neque quicquam sibi prodesse implere conditionem pro legato vel fideicommissio consequendo quod implera conditione nullo magis consequi posses ex destituito testamento. Vnde etiam nascitur tota illa differentia quæ inter facidiam legatorum &

quar-

quartam fideicommissorum apertissimè constituitur in dicit. l. in quartam, & quam nos contra Iacobi Cuiacium pluribus defendimus libr. 6. Coniectur. quod in falcidiam legatorum imputatur ea duntaxat quæ iure hereditario capiuntur, in quartam vel fideicommissorum etiam ea quæ iure legati vel fideicommissi, adeoque quod magis mirum est, ea quæ conditionis implendæ causa. Nempe quia et si legis falcidiæ idem propositum fuit, quod Senatusconsulti Pegasiani ut aliquo præmio heres inuitaretur ad adeundum ne destituito testamento legata intercederent, aliter tamen lex falcidia locuta fuit quàm Senatusconsultum Pegasianum, quia Senatus quartæ retinendæ ius duntaxat permisit heredi §. sed quia. Insi. de fideic. hered. Lex verò Falcidia nec legare quidem permisit testatori, nisi de dodrante, l. 1. ad legem falcidiam, atque ita conficit ipsa quadrantem heredi ex quarta parte hereditatis, ut proinde frustra sit querere, An debeat heres conficere sibi quartam ex iis quæ habuit à testatore ipso iure legati vel fideicommissi, cum ei quadrantem suam lex cōfecerit priusquam legaretur ei quicquam, vel per fideicommissum relinquere, quod autem 74. cod. Cum ergo in hac ipsa questione De imputatione alia sit ratio falcidiæ legatorum, alia falcidiæ fideicommissorum. Adèd ut nec fructus legatorum sub conditione relictorum percepti ante conditionis euentum imputandi sint in falcidiam ad augenda legata pura, non magis quàm fructus qui hereditati ante additionem accesserunt, eamque auxerunt l. in quantitate 73. cod. r. ad legem falcid. (quamvis augetur legata ipsa conditionalia vel in diem relicta tanquam quæ hoc casu pro puris non habeantur, medij enim temporis commodum heredi computatur, quasi tantò minùs ex defuncti bonis eroganti dicit. l. in quantitate. §. an diem. iun. l. in lege falcidia 45. cod.) Prius vidèdum est Vtri falcidiæ proximior, & similior sit legitimam, An ei quæ ex legatis per legem falcidiam deducitur, An ei quæ ex fideicommissis, siue vniuersalibus, siue singularibus per senatusconsulti autoritatem retinetur. Atqui ex iis quæ iam diximus apparere esse illam longè similiores falcidiæ legatorum, quàm falcidiæ fideicommissorum. Nam quemadmodum falcidiam legatorum heres non sibi conficit, quia eam habet iam cōfectam à lege, ita nec is qui vult de inofficioso queri conficere sibi quartam potest aut debet, sed necesse est ut eam habeat iam cōfectam non à lege (lex enim quotam portionis tantum constituit & præscribit, portionem verò ipsam non conficit) sed à testatore. Illa tamen etiam inter falcidiam legatorum & legitimam portionem differentia est quod legitimam legatorum lex falcidia conficit heredi ex iis omnibus quæ ad heredem perueniunt & peruentura sunt iure hereditario si modò ex instanti ipso mortis certum sit peruentura, ut eo quoque tempore inspecto patrimonij computatio certa fieri possit dicit. l. in quantitate, Legitimam verò portionem quæ debetur ad querelam excludendam testator ipse conficere debet non ex iis omnibus quæ filius iure hereditario est habiturus, sed ex illis tantum quæ ex ipsius patris bonis & substantia quam pater reliquerit in instanti mortis suæ, ut præinde nihil debeat prodesse patri, quominùs & furiosus & intestati exitum fecisse videatur, quòd filius possit legitimam sibi

Tom. II.

conficere ex fructibus hereditatis post certum temporis restituendæ: Non enim eò minùs verum est dicere patrem filio non reliquisse ex bonis suis quæ mortis tempore habuit tantam portionem quantum relinquere cogebatur ad querelam excludendam, cum grauauerit eum de tota portione restituenda, adeoque non adiectis illis verbis *retenta quarta*, quæ cum non adiciuntur etiam quarta ipsa contra testatoris voluntatem retinetur d. l. Titia 86. ad legem falcid. Ergo nec eò minùs querela competet. Et consequenter fatendum etiam esse ratiocinationem quæ ponitur in hæc versicul. neque ad supra positam dubitandi ratiocina responderi bene posse. Nam si falcidia legatorum quæ plus iuris habet quàm falcidia fideicommissorum, minùs tamen habet quàm legitimam, quomodo potest bona esse consecutio à Trebellianica ad legitimam, ut quæ imputanda essent in Trebellianicam ad impediendam deductionem, eadem imputanda sint in legitimam ad submouendam querelam? Quòd si mala stultaque ratiocinatio est proculdubio non Vlpiani est sed Tribonianus, memoris eius quod dixerat in §. quarta autem, falcidiam etiam fideicommissorum excludere querelam inofficiosi, & filium ex assè institutum idè non posse inofficiosum dicere, quia falcidiam habet: quæ propositio vtraque falsa est, ut ad eum locum ostendimus. Potuit etiam Tribonianum sed non Vlpianum illud mouere, quod in §. præcedente scripserat etiam id quod implendæ conditionis causa dandum est vsque adeò imputari debere in legitimam si agnatum sit, ut etiam non agnatum excludat querelam: Si enim ita est multò magis querelam excludere illud debet quod iure hereditario capitur & iure testamenti. Et ea fortasse consecutio est quam significare Tribonianus voluit connexionione huius §. cum præcedente, cum ita scripsit *unde si quis*. At nos longè aliter ac melius, ni fallor, ratiocinemur in hunc modum, Quæ conditionis implendæ causa capiuntur, non imputantur in falcidiam legatorum d. l. quod autem 74. dicit. l. in quartam. Ergo multò minùs imputari debent in legitimam ad exclusionem querelæ, Ac rursum, Quæ iure hereditario capiuntur, cum semper excludant deductionem falcidiæ, quia in eam imputantur, non aliter tamen excludunt querelam inofficiosi, quàm si capiuntur etiam ex bonis & substantia testatoris, quia ea bona, eamque substantiam mortis suæ tempore in hereditate reliquerit. Ergo multò minùs inofficiosi querelam excludent ea quæ mortis tantum causa capiuntur, tum quoque cum capiuntur: quia neque ex bonis defuncti, neque iure hereditario capiuntur. Quantò minùs cum recusantur? Et verò cum semper certum esse debeat iudicium testantis, tum maximè cum filium exheredat ne furiosus fuisse credatur si ei reliquerit minùs legitimam portionem, quis dicat excludi debere filium à querela, siue propter pecuniam implendæ conditionis causa dandam, siue propter fructus pendente fideicommissi conditione post patris obitum percipientes? Quid enim dici potest incertius, cum ex illius cui condicio adscripta est non ex filij voluntate pendeat an pecuniam illam sit habiturus? Itè quæ ex futuro euentu an filius heres institutus rãtos fructus ex fideicommissio percipitur sit medio tempore quanti possint facere legitimam portionem? Quid etenim si

Q



rogatus de restituenda post decennium hereditate moriatur tri duo post patrem? An forte dicemus potuisse illum sibi legitimam conficere ex fructibus medij temporis? An verò sufficiat ad excludendam querelam quod potuisset quartam & quartæ fructus ex iis fructibus colligere si vsque ad decennium vixisset? Vtrumque certe ridiculum est. Debet enim filius eo tempore quo vivit habere legitimam quam nec consequi potest post mortem suam, nec si eius consequendæ spem ad heredem transmittat, Sicuti nec post mortem suam vtiliter exheredatur *l. si in scriptum 13. §. ut l. Gallus 29. §. in omnibus de liber. & posth.* quoniam pati passu ambulat exhereditatio, & legitima & querela, Vt scilicet quo casu & quo tempore filius exhereditatus non habeat legitimam, hoc ipso & eodem instanti habeat querelam, vt exhereditatio, & cum exhereditatione totum testamentum subvertatur. Quare ad rem non pertinet si quis dicat nullam filio iniuriam fieri, tamen cogatur in legitimam suam positionem eos fructus imputare quorum commodum ad heredem suum sit transmissus. Et si enim verum est morte heredis grauari non exingui fideicommissum, siue purè, siue in diem aut sub conditione relictum proponatur, quia restituendæ hereditatis obligatio transit ad heredem. *l. quamuis 40. §. 1. infr. ad S.C. Trebell.* Quenam tamen peruersa ista ratio est querelæ excludendæ, vt ideò filius viuus non possit queri de inofficioso, quod post eius obitum heres ipsius legitimam integram sit habiturus? Deinde an non possunt multa incidere quæ faciunt vt intra id tempus vel nulli, vel saltem non tanti fructus, siue à filio, siue ab eius herede percipiuntur? Quid ergo erit eo casu? An forte dabimus heredi filij querelam ex persona filij, tanquam quem ex postfacto appareat legitimam suam non habuisse? Atqui non potest heres filij exercere querelam, nisi à filio ipso preparatam. In proposito autem nec preparata fuit, nec preparari potuit à filio, qui quandiu vixit conqueri non potuisse ideò creditur, quod aliquo casu poterat fieri vt legitimam integram aut ipse haberet aut heres ipsius. Ita igitur fiet vt filius qui legitimam non habuit, nec queri poterit, nec querelam preparare, nec rursus non preparatam transmittere. Præterea quid si non ipse filius, sed fideicommissarius ante tempus restituendæ hereditatis decessisset? Vtique fideicommissum intercederet secundum eam sententiam quam nos verissimam esse probauimus Decade 31. de error. pragmat. quæ habet fideicommissum vniuersale, etiam cuius dies cessent viuo fideicommissario, ad heredem fideicommissarij transmitti non posse. An igitur bona erit ratio propter quam filio deneganda sit querela, quod eo quoque casu quartam & quartæ fructus sit habiturus? Minus è, sed quia totum semissem ex quo fuit institutus, sibi eo casu sit retenturus. Ergo non est perpetua ratio, quæ in hoc §. ponitur, sed coangustanda ad eum casum quo intra decennium ad restituendam hereditatem præfinitum, nec filius heres institutus, nec fideicommissarius decesserit. Denique quid si filius ex semissem institutus non in diem certum, sed sub conditione rogatus esset hereditatem restituere? An perinde diceremus, non posse illum queri de inofficioso? Nam & æquè hoc casu ratio illa locum haberet, quod possit facile filius debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere, si forte

condicio non nisi post multum temporis existat. Nec minus verum est fructus ex hereditate perceptos pendente fideicommissi conditione, percipi iure hereditario & ex iudicio defuncti, quam si fideicommissum relictum fuisset in diem certum? *dit. l. mulier 22. §. si heres ad S.C. Trebell.* Et tamen non ausus est Tribonianus hoc adfirmare, qui cum tractat de fideicommissis post certum temporis, puta post decennium restituendo, videtur non obscure casum illum excludere quo fuerit fideicommissum sub conditione relictum. Cuius & alia plerumque ratio est quam fideicommissi in diem certum relicti. *d. l. in quantitate 73. §. in diem. iunct. §. proced. ad legem falcidiam.* Neque verò possit quisquam nisi valde ineptè dicere filium qui sub conditione incerta grauatus sit de restituenda hereditate, non posse interim de inofficioso dicere, Prætextu illo quod fieri possit vt antequam condicio existat, filius tantos fructus percipiat, quanti ad legitimam satis esse possint, cum è contrario possit euenire vt citius condicio existat. Atqui etiam aliqua incertitudo subest cum fideicommissum in diem certum relictum fuit, vt ostendimus. Ergo parinde absurdum est dicere filium excludi hoc casu à querela. Nam si velis eam rationem diueritatis adferre quod iusto filio post certum multumque temporis restituere hereditatem, minus conquerendum habeat qui ante tempus illud nullo casu ad restitutionem hereditatis vgeri possit, cum possit condicio vel statim, vel multò citius existere. Dicam è contrario vel ob hoc ipsum maiorem esse rationem, vt filio qui in diem certum quam vt ei qui sub conditione grauatus fuit querela accommodetur: quandoquidem dies certus non potest non venire, condicio autem potest non existere, ideòque fatendum est fauorabilius tractari filium, quem pater rogat hereditatem restituere sub conditione, quam eum quem in diem certum. Quidni ergo etiam expectamus tempus, quo existat condicio antequam admittamus filium ad querelam, Et vt iisdem verbis utar, sed apertius, quibus Tribonianus in §. præcedente cur non sequimur euentum, vt eo saltem casu quo condicio deficiat filius à querela arceatur? Et tamen quid absurdius aut dementius, ne addam furiosius, quam ex euentu qui subsequens sit mortem testatoris estimari an furiosus necne fuerit testator eo tempore quo suprema ordinabat? Fateamur ergo id quod res est, Admittendum esse filium ad querelam si inspecto tempore mortis patris non habeat legitimam, neque expectandum esse euentum vtrum eam ipse aut heres eius habere quandoque possit. An igitur dabimus filio querelam in specie proposita, id est, ei qui ex hereditatis semissem scriptus fuit eum ipsi sextans deberetur, si forte rogatus sit hereditatem post certum temporis restituere? Ita puto, non minus quam si sub conditione fuerit rogatus. Nec posse obiici stultam illam rationem Tribonianeam quod possit ex fructibus medij temporis & quartam, & quartæ fructus cogere, Nec rursus illam quam attulimus in filio ex asse instituto ad *d. §. quarta autem. sup.* quod non habeat contra quem agat is qui solus & ex toto asse heres scriptus est. tractamus enim de filio ex semissem tantum instituto. Nec denique illam, quod plus quam sextantem à patre habeat filius qui fuit institutus ex semissem.

Et si

Est enim ita est institutus, tamen fuit cum onere fideicommissi, & ita verum est non habuisse illum portionem suam legitimam integram sine onere, quod olim sufficiebat vt possit queri. Primus enim Iulianus fuit qui hoc correxit & constituit in *l. quoniam in prioribus 32. C. hoc tit. & in d. l. scimus 36. §. cum autem. eod.* non vt legitimam relinquere debeat sine onere, sed vt si quod onus adiectum sit haberi debeat pro non adiecto, & pro non scripto, Vel ob hoc ipsum ne locum aperiat querelæ cui olim aperiebat. Planè, si semel agnoscat iudicium defuncti, cogetur postea eueniente die vel conditione hereditatem restituere, ac ferò nimis queri volet etiam si ex fructibus medij temporis legitimam non sit consecutus, nedum legitimam fructus, cogeturque pro legitima contentus esse falcidiam, quam ex fideicommissis deducet, quantulumcumque eadem illa sit, hoc est, etiam si ad legitimam quantitatem non ascendat, quia videtur legitimam tantam esse & carere legitima maluisse quam institutionis honorè vel commodum omittere quam vt que omittere poterat si queri maluisset. Sed si malè queri aduersus heredem contendendo admitti eum debere ad querelam, Nec solùm eo casu quo non possit quartam sibi concedere ex portione restituenda nisi computatis fructibus medij temporis, sed etiam si quarta Trebellianica circa vllam fructuum imputationem, respondeat legitimæ portioni, puta si ex semissem institutus sit filius, cui testancia tantum pro legitima portione debebatur, Nempè quia licet hoc posteriore casu videatur filio satis consultum esse per quartam Trebellianicam retentionem, non tamen quartam istam habet ex voluntate testatoris, sed contra ipsius voluntatem & ex sola senatusconsulti autoritate, Nil testator eum rogauerit vt retenta quarta restitueret *l. Titia 86. in prin. ad leg. falcid.* Cur ergo faciet ius deducendæ Trebellianicæ, vt eò minus possit filius queri de inofficioso patris testamenti? An forte minus furiosus & insanus fuit pater, quod inuito eo Trebellianicam filius sit habiturus? Quod si iustam querelæ causam habet filius ex semissem institutus, tum quoque eam quartam legitimam potest sibi conficere ex quarta Trebellianicæ deductione, & ex iis bonis quæ pater reliquit mortis suæ tempore, quod contingit quoties quarta illa Trebellianica legitimæ portioni responderet, adeoq; tamen eò modo fructuum medij temporis possit accedere, filio sc. nò nisi in diem aut sub conditione de restituenda hereditate grauato, An non longè iustior causa est dandæ filio querelæ in specie huius §. id est, cum portionem legitimam non potest sibi conficere per deductionem Trebellianicæ ex bonis quæ fuerunt testatoris iam ipso mortis tempore, sed indiget præceptione & imputatione fructuum medij temporis, vt quartam sibi faciat & quartæ fructus? Hic enim multò plus habet, quod de patre conqueratur, quod ad legitimam pertinet, quàm si puero fideicommissis grauatus esset, ex quo tantam Trebellianicam possit statim deducere, quanta foret ad legitimam satis. Quid ergo si filius hic nò ex semissem, sed ex toto asse institutus fuisset, rogatusque hereditatem, siue purè, siue in diem aut sub conditione restituere? An ideò excludendus erit à querela quod possit quartam Trebellianicam ex fideicommissis retinere, cum nec nisi quarta ei pro legitima portione debeat? An potius admittendus erit ad querelam, quasi qui quartam illam Trebellianicam non possit habere ex patris sui voluntate, sed tan-

tum contra ipsius voluntatem? Et videtur nò posse illum admitti ad querelam, nec si velit institutionem suam omittere, Non quia quartam habere possit, quam certe non nisi contra patris sui voluntatem habiturus esset etiam ex testamento hereditatem paternam agnosceret, Sed quia cum sit institutus ex toto asse, neque potest habere contra quæ agat de inofficioso, neque imputare patri quali in fraudem legitimæ & querelæ inofficio sic disposuerit, cum aliam sibi nullam fecerit heredem, vt disputauimus ad *§. quarta autem. sup.* An igitur cogemus hunc filium vt vel heres sit ex testamento, vel Trebellianicam eligat pro legitima, vel denique nec legitimam habeat, nec Trebellianicam, nec hereditatem? Quid enim si malit hereditatem omittere ex testamento eamque possidere ab intestato? Aut quid si nec ab intestato heres esse velit vt fideicommissum omnino intercidat? Finge filium emancipatum qui nec sit, nec possit heres esse circa aditionem. Nam in suo herede qui & statim ex testamento heres est *l. i. §. qui sunt in potestate si quis omiff. caus. testam.* & remanet heres etiam post abstentionem *l. cum quasi 30. §. sed et si filius de fid. ic. libert.* non tam facile potest fieri locus huic querelæ. Puto ego filium siue in potestate retentum siue emancipatum si patris iudicium agnouerit non posse amplius habere quod queratur, nec magis postquam ante restitutam hereditatem, quia licet facta restitutione supradictæ rationes cessent cum & cõtra fideicommissarium proponi querela, & pater in fraudem legitimæ fideicommissum reliquisset videri possit qui fideicommissarium loco heredis esse voluit *l. i. C. hoc tit.* illa tamè ratio semper adest quæ filium à querela excludat, quod agnouerit iudicium defuncti: Si verò nolit filius iudicium defuncti agnoscere, nec paternam hereditatem aut ex testamento aut ab intestato retinere, Possit quidem illud cogi postulante fideicommissario, vt hereditatem restituat, adeoq; si emancipatus sit vt adeat (nam in suo herede ne quidem immixtio necessaria est ad restituendam hereditatem *l. ita tamen 27. §. si pater filium ad S.C. Trebell.*) sed facta restitutione permittendum ei, vt querelam instituat contra fideicommissarium, siue per viam actionis, siue per viam exceptionis & in modum cõtradictionis, vt in *§. si filius 13. §. quia non potest huic filio imputari quod defuncti iudicium agnouerit, cum nihil fecerit nisi coactus, nec Trebellianicam vllam hoc casu possit deducere, quam nec si veller possit tamen habere nisi contra patris sui voluntatem, vt diximus. At si omittat testamentariam vt sit heres ab intestato, non poterit vti que tractari de querela per modum actionis proponenda cui scilicet ab intestato locus nullus esse potest, cum eius effectus totus ille sit vt parremfamilias faciat intestatum: Sed cum hoc casu fideicommissi etiam vniuersalia cõseruentur ex edicto prætoris, Si quis omiffa causa testamenti *l. si seruum 28. §. 1. ill. tituli. si quis omiff. caus. testam.* & quidem eo colore quasi adita ex testamento hereditate *l. si duo 18. l. si filius 13. in fin. cum l. seq. in fin. & pass. eod. tituli.* vt proinde nihil sit necesse eo casu fieri coactionem ex Senatusconsulto Pegasiano, Arbitror posse non improbabiler defendi audiendum hoc casu filium si conuentus à fideicommissario ad restitutionem fideicommissi velit in modum cõtradictionis & exceptionis dicere testamentum inofficiosum, argum. *dit. §. si filius infr.* non vt patrem faciat magis intestatum quod nec facere vllomodo possit, sed vt voluntatem eius testamentariam subvertat*

etiam ab intestato, & ut appareat fideicommissum ab eo relictum qui demens & furiosus fuisse creditur non magis ab intestato quam ex testamento deberi posse. *L. Tit. 13. in §. hoc tit. l. nec fideicommissa 38. de leg. 3.* & quemadmodum ex eius testamento neq; heres, neq; fideicommissarius qui quæ fieri verè potuisset, ita neq; posse fingi aditam ex eo testamento hereditatem. Ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. Quod si fideicommissarius possit aliqua ratione evincere, habendam esse hoc quoque casu hereditatem pro adita ex testamento, ut fideicommissam hereditatem tanquam ex eo testamento debitam consequatur, Quidni patietur disputari secum de inofficioso testamento, perinde ac querelam pati cogere si fideicommissum ex testamento accepisset, tunc vtrò heres, dum ne filius ipse institutus, siue coactus adisset. *l. 1. C. hoc tit.* Est igitur hic valde singularis casus, nec à quoquam fortassis adhuc observatus, in quo necessaria est querela inofficiosi etiam ab intestato, per modum tamen exceptionis, & contradictionis, non actionis: nec minus si legatis aut fideicommissis singularibus, quam si fideicommissis vniuersali grauatibus proponatur: eadem enim omnium hac parte ratio est. Non quasi possit querela per viam actionis proponi contra legatarios & fideicommissarios singulares, quomodo possit contra fideicommissarium vniuersalem (non enim sunt illi loco heredis, quomodo iste est) sed quia fit hoc per modum contradictionis, nec magis possunt legata vel fideicommissa singularia, quam fideicommissum vniuersale conservari ab intestato cum relicta sunt ab eo qui furiosus fuisse existimatur. Imò legata multò minus, quia nec ab intestato relinqui possunt, quomodo relinquuntur fideicommissa. Sed quo casu non deberentur legata & fideicommissa ex testamento etiam verè ex testamento adita hereditas fuisset, eo casu nec possunt ex edicto prætoris conservari quasi adita ex testamento hereditate. Quæ omnia certè noua sunt, sed tamen ex eo descendunt, quod prætoris edicto non minus nouè inductum fuit, ut qui reuera ab intestato hereditatem possidet, perinde tamen à legatariis & fideicommissariis conueniatur, adeoque eo colore acsi hereditatem ex testamento adisset. Sunt enim & alia pleraque in prætorum edictis talia, quæ habent æquitatem quidem aliquam naturalem, sed tamen ad aliquid nouam, ut Vlpian. loquitur in *l. 1. in princip. de legat. præst.* Nempe quiaposito vno inconuenienti, multa alia sequi necesse est, ut diximus ad §. *sed nec impuberis 3.* & in iis quæ contra rationem iuris ex aliqua æquitate recepta sunt, quale hoc est, de quo nunc agimus, non possumus sequi regulam iuris *l. 1. in his 15. sup. de legib.* De libertatibus si quæ in eodem testamento relictae sint, videtur maior esse dubitatio, secundum ea quæ disputauimus ad §. *quarta autem. sup.* Sed tamen verius est idem in iis iuris esse ac in legatis & fideicommissis, quia nullus factor est libertatum quoties datae sunt ab eo qui demens & furiosus vel verè fuerit, vel fuisse pronuncietur. Nec magis possunt illæ conservari ex edicto prætoris *si quis omis. caus. test.* filio hereditatem testamentariam omittente, quam si testamentum per veram aditionem confirmatum fuisset, ac deinde per querelam inofficiosi rescissum: quo casu haud dubiè reuocarentur etiam si aliquando re vera competissent §. *ult. inf.* quia nec vnquam competuisse crederentur. Eas namque quas prætor ex

edicto illo conseruat minus fauorabiles esse apparer ex eo, quod ita conseruantur vt ex directis hant fideicommissaria, & serui ita liberi sunt vt hant liberti heredis, qui futuri erant Orcini adita ex testamento hereditate. *penult. ill. tit. si quis omis. caus. testam.* Nempe quia potestas iuris prætorij non potest tanta esse quanta est legis tribularum, quæ facit vt libertates directæ testamento datae competant ipso iure sine vlllo heredis factu, vt Vlpianus scribit in *fragm. tit. 1.* Prætor autem hac in re manumissionem heredis requirit, vt & in cæteris ferè omnibus factum aliquod hominis. Idemque de legatis dicendum est, vt etiam illa quorum dominium transisset recta via à testatore in legatarium si verè adita fuisset hereditas ex testamento. *L. Titio 64. in fin. de iur. 1.* eadem si à Prætoris conferuntur per interpretationem fictæ aditionis, non aliter acquirantur legatario quam si ei ab herede tradantur, exemplo fideicommissorum *l. 3. si vtriusque. per. iunct. l. Herennius 4. inf. de v. s. ut.* vt proinde saltem ad aliquid pro fit filio hereditatem ab intestato potius quam ex testamento habere voluisse. An non tamen distinguimus hac parte filium in potestate retentum ab emancipato, quomodo distinxit Tribonianus in *dist. §. quarta autem?* Et constat illam regulariter esse inter hos differentiam, quod filius emancipatus, non minus quam extraneus quilibet potest hereditatem patris ex testamento omittente eandemque ab intestato retinere, Solaque potest superesse illa quæstio An ob eam causam incidat in edictum prætoris, quod aliter atque aliter pro causarum varietate æstimandum est, vt disputauimus ad *dist. §. quarta autem. in fin.* Filius verò in potestate retentus cum statim & ipso iure heres sit ex testamento nunquam potest succedere ab intestato, nec si se abstinere velit *l. 1. §. qui sunt in potestate. ill. tit. si quis omis. caus. testam.* quia non habet beneficium à prætoris vt se possit abstinere à testamento, sed vt possit abstinere bonis, quibus vtique non se abstinere qui ea retinet ab intestato. Sed tamen quod ad tractatum nostrum attinet, idem in vtroque iuris est, quia ex testamento quod à furioso vel demente factum aut re vera fuit, aut fuisse creditur, non magis potest filius in potestate heres esse ipso iure, quam emancipatus heres fieri per aditionem, Ideoq; nihil prohibet quominus immaneat se bonis patris tanquam ab intestato, tamen si heres in tali testamento scriptus sit, dummodò prober tale testamentum esse ex quo non potuerit heres esse iuris potestate. Nec enim potest videri ita facere in fraudem testamenti & legatiorum vel fideicommissariorum, vel libertatum, quoties apparet furiosum testamentum fuisse ex quo nec acquiri nec retineri iure potuit hereditas. Proinde non pertinet hic casus ad edictum prætoris quod id tantum agit prætor vt occurrat calliditati heredum non alia de causa omittentium causam testamenti, quam vt circumueniant voluntates defunctorum quæ alioqui adita ex testamento hereditate exitum habere debuissent *l. 1. ill. eod. 1.* Idem ergo seruari debet in suo herede instituto quod in emancipato diximus, vt possit querelam proponere non modò contra fideicommissarium vniuersalem qui loco heredis est, sed etiam contra legatarios, & fideicommissarios singulares, & eos qui libertatem, siue directam, siue fideicommissariam eodè testamento acceperunt, Non quidem per modum actionis, quod fieri certè nõ possit, sed

sed per modum exceptionis & contradictionis, vt iam dixi. Ceterum neque filius in potestate potest vllomodo se immiscere ab intestato nisi propoita per modum contradictionis querela, Neque emancipatus citra penam edicti prætoris omittente hereditatem ex testamento vt eam retineat ab intestato, quin alleget etiam probetque patrem videri in sanum fuisse ac fuciosum. Et ita in hac quantione ac longè aliter quam Tribonianus responderit, respondendum esse existimo. Duo autem sunt in hoc §. quæ Tribonianus manifestè prodant. Primum illud est quod eam speciem tractat in qua filio sextans pro legitima ex substantia patris debetur. Nullus enim omnino casus fingi potest in quo legitima filij fuerit sextans temporibus Vlpiani, cum si vnus tantum erat filius legitima ipsius quadrans esset, si eorum duo, non nisi seiscuncia, si plures, tantum minor. Nunquam ergo sextans. At hodie acta per Iustinianum legitima vsque ad trientem, nihil frequentius est, quam vt legitima filij sit sextans, sed tunc si duo liberi esse proponantur. Et ridiculus est Accurcius qui hunc locum interpretari vult ex *l. si defunctus 9. C. de iur. & legit.* quæ ius planè nouum continet, atque à posterioribus Imperatoribus contra iuris veteris rationem introductum. Audiri aliquando vtrum quandam alioqui pereruditum, qui, vt hoc absurdum existuget, atque hunc §. ad iuris veteris rationem accommodat docebat corruptum esse textum, & ita emendandum vt pro *factus* legereamus *sexans.* Sed omnino improbabiler. Si enim poneres institutū ex semisse filium cui sexans, aut seiscuncia debeatur, quomodo locutus est Vlpianus in §. *quomodo autem. sup.* nihil necesse esset fingere rogatum eam de restituenda post multum temporis hereditate ad hoc, vt possit ex fructibus medij temporis quartam sibi conficere & quartam fructus, Cùm etiam pure grauat esset, seiscunciam statim deduceret, omniaque fructus ab eo tempore haberet, atque ita perinde à querela excludi deberet, si ratio iuris ferè possit vt exemplo falcidia legatorum quarta fideicommissorum Trebellianica quæ nec iure testamenti, nec ex testatoris voluntate capiatur in legitimam imputaretur. In quam certè non imputatur tanquam quæ contra testatoris voluntatem deducatur. Nisi cum iussit testator vt hereditas deducenda vel retenta quarta restitueretur *l. Titia 86. ad leg. falcid.* Quo magis imputandum est patri qui filium suum, siue ex alio, siue ex semisse institutum grauat de restituenda hereditate, cur non adiciat verba illa *retentæ quarta* quorum quipset filius, tanquam qui quartam haberet ex testamento, si modò legitima portioni ea quarta responderet: quomodo respondebat olim ferè omni casu, nisi eadem erat libertatibus. onerata hereditas. Aliud quod in hoc §. Triboniani manum & morem prodit illud est quod sequitur ab iis verbis *ergo csi ab initio ex semisse heres institutus vsq; ad finem §.* Hoc enim toto versiculo nihil aliud continetur, nisi id ipsum quod iam dictum est in proximè præcedentibus. Iam posuerat Vlpianus institutum filium ex semisse, rogatumq; vt post certum temporis restitueret hereditate. Quid verò nunc adfert noui, vt alia species esse videatur? Nihil penitus, nisi quod pro eo quod dixerat *post certum temporis* nunc reponit *post decennium.* Atqui hæc verba non nouam speciem constituunt, sed primum magis quam nouum pro-

posita speciei exemplum continent. Itaque quod Triboniana scripsit, *et si ab initio ex semisse heres institutus sit non alio sensu donari potest, quam qui esset, si scripsisset, Ergo et si ab initio non institutus ex semisse filium rogatum de restituenda post d. certum hereditate* pro eo quod posuimus simpliciter indistinctè rogatum illam esse vt post certum tempus restitueret. Que locutio quam insolens sit & inepta quis nõ videt? Nam cum ex ratione constructionis grammaticæ non ad aliud referri possit quam ad testatorem, retulit eam Tribonianus ad scriptum. Cùm tamen fuisset ei multò expeditius emendare quod scripsit & pro iis verbis quæ delere debuerat *post certum temporis* reponere *post decennium.* Nam nec absolutè verum esse potest quod ille dixerat filium rogatum de restituenda hereditate post certum tempus posse ex fructibus medij temporis quartam sibi conficere & quartam fructus. Quid enim si rogatus esset vt eam restitueret post annum aut biennium? Quinquennio saltem opus est vt fructus qui vt plurimum auuantur ad ratam vsurarum quincuncium, possint facere quartam partem eius rei ex qua percipiuntur, Vt verò faciant & quartam & quartam fructus, longiore spacio temporis opus est. Igitur debuit Tribonianus ab initio, vt ipse loquitur, scribere non *post certum temporis* quomodo ab initio scripsit, sed *post certum temporis quantum possit sufficere ad colligendam quartam & quartam fructus,* aut potius nec exemplo res indigeret, quomodo scripsit in sequentibus *post decennium.* Est enim decennij tempus in hanc rem accommodatissimum, cum vix fieri possit, vt fructus decennij in hanc rem non sufficiant, Nisi extrinsecus aliquid accidat per quod lædatur, ac minuatur. Illud tamen opinioni nostræ aduersari videtur, quod species & sententia huius §. non minus à iure nouo, quam à veteri, abhorreat. Nam si ius nouum inspicias, non imputantur hodie fructus in Trebellianicam in liberis primi gradus post Zenonis constitutionem quæ extat in *libentis 6. C. ad SC. Trebell.* Et tamen hic §. est de filio primi gradus, nec eò minus rationem illam vnica habet quod soleant fructus in falcidiam imputari, idque non sit incogniti iuris. Verum tantò magis me hoc mouet, vt Tribonianum agnoscam, qui sub Vlpiani eam nobis sententiam tradidit, quæ nec iuri veteri conueniat, nec nouo. Contentus scilicet adferre pro ratione id quod erat quidem verum iure veteri vt fructus in Trebellianicam imputarentur, sed quod tamen ad rem nõ pertinebat. Parum enim erat vt diceret solere fructus imputari in falcidiam fideicommissorum, nisi antea probaret quod supponit pro vero quodque falsissimum est, falcidiam ipsam fideicommissorum Trebellianicam imputari in legitimam portionem ad excludendam inofficiosam querelam tum quoq; cum deducitur ex fideicommissis contra testatoris voluntatem. Cur verò Triboniana his trib. §. §. quos proximè examinauimus, & exanimauimus tam absurdas & à iuris veteris ratione alienas conclusiones inuenerit, rationem si quis querat, Dicam vt non sine aliqua ratione errasse videatur, ita factum ab eo respiciente ad constitutiones ferè omnes quas sub Iustiniani nomine edidit, *sub tit. C. de inoff. testam.* quibus id egit quantum potuit vt querelæ inofficiosi infra restringeret, ac querelam excluderet omni ferè casu quo poterat olim querela locum habere, si modò is qui ad querelam admitti vellet possit alia qualibet ratione sibi cõsulere vt tantum habeat quoquomodo & vnde cõq;



quantum necesse sit ad legitimam portionem, imò quantumcumque illud sit, ut actioni ad supplementum locus fieri possit. Huc enim pertinent nobiliores illæ constitutiones quæ extant in *l. quis nuper* 29. *l. omnimodo* 30. *l. quonia in prioribus* 22. *l. scimus* 36. *in princip.* & *l. cum autem. C. hoc tit.* Sanè cum de legitima per actionem ad supplementum replenda agitur, expressim constituit Iustinianus vt re-

12 ¶ Si quis & irritum dicat testamentum, vel ruptum, & inofficiosum: conditio ei deferri debet, vtrum prius mouere velit.

*Ad §. 12. si quis & irritum.*

Ratio dubitandi. Ex rupto vel irrito facto testamento non potest adiri hereditas, adeoque nec ex testamento quod in eo est vt rumpi possit *l. ventre* 84. *§. de acquir. hered.* *l. 1. 2. & pass. §. de iniust. rupt.* & *irrit. fact. testam.* *l. 1. Cod. de posth. hered. inst. l. generaliter* 24. *§. extestamento. §. de fideic. hered.* Atqui querela inofficiosi præsupponit testamentum ipso iure valere, aditumque ex eo fuisse hereditatem *§. si conditioni. supr. l. si quis filium* 34. *in fin. C. cod.* Ergo necesse est vt cognitio de rupto vel irrito facto testamento præcedat cognitionem de inofficioso, Nec proinde conditio deferenda est ei qui de inofficioso queri vult, vtrum prius mouere velit.

Ratio decidendi. Siue ruptum, siue irritum factum, siue inofficiosum dicatur, probereturque testamento, id semper intenditur decessisse patremfamilias intestatum. Sed cum hac tamen differentia quod in casibus rupti vel irriti facti testamenti paterfamilias sit intestatus ipso iure & sola iuris potestate. Ex causa verò inofficiosi sit intestatus per sententiam & pronunciationem Centumviro- rum, Ideoque non rumpi dicitur hoc casu testamento si propriè ac paritè loqui volumus, sed rescindi: quo verbo non potestas iuris, vt verbo rumpendi, sed factum hominis significatur. Denique sunt ista omnino differentia Testamentum non iure factum, Testamentum nullius momenti, Testamentum ruptum, Testamentum irritum, & Testamentum destitutum. Non iure factum dicitur in quo solennia iuris defuerunt, puta si pauciores quàm septem testes adhibiti fuerint, aut non omnes masculi vel rogati. Nullius momenti est in quo filius qui in testatoris potestate erat, fuit præteritus, Ruptum quoties aliud testamentum posterius ritè factum perfectumque est, aut agnatus est posthumus qui fuerat præteritus. cum institui vel exheredari debuisset. Irritum sit quoties ipsi testatori aliquid contigit puta si ciuitatem amittat aut etiam libertatem, multò magis si vitam ex causa criminis & condemnationis *dict. l. 1. l. si quis filio* 6. *§. irritum. cod. tit. de iniust. rupt.* Destitutum autem illud dicitur ex quo non est adita hereditas. At inofficiosum illud demum est quod iure quidè valuit, nec vnquam ruptum aut factum irritum, aut destitutum fuit, adeoque ex quo iam adita hereditas est, sed quod tamen per sententiam Centumviro- rum rescindi debeat, tanquam à furioso & demente factam. Proinde his omnibus casibus commune illud est vt paterfamilias fiat intestatus, nec nisi ab intestato heredem habere possit. Illa tamen differentia est quod pro parte testamentum vel iniustum vel nullius momenti esse vel rumpi, & irritum aut destitutum fieri numquam potest, sed vel in totum, vel nulla ex parte: At rescindi per querelam etiam pro parte potest *l. nam et si* 15. *§. vlt. l. circa*

pletio fieri debeat ex substantia patris in *dict. l. scimus. §. repletionem.* Sed ea res non excluderet fructuum imputationem si aliud nihil obstaret. argum. *l. quod bonis* 15. *§. fructus. iunct. l. in quantitate* 73. *§. in diem. & in princip. §. ad legem falcidianam.* Voluit enim Iustinianus ea tantum excludere, quæ filius ex aliis causis lucratas esset, vt habent verba constitutionis.

24. *§. hoc tit.* Item illa quod non potest adiri aut alter etiam acquiri hereditas ex testamento quod in eo est, vt rumpi quandoque possit *dict. l. ventre.* At non minus ob id acquiri potest quod testamento in eo sit vt rescindi possit, ad id vt nec possit rescindi antequam fuerit confirmatum per aditionem. Nullo enim hominis facto opus esset ad testamentum rescindendum, si ad eius confirmationem nullum hominis factum præcessisset. Ius enim iure ipso tollitur, factum verò non nisi contrario facto potest elidi *l. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret. supr. de pact.* Vt verò rescindatur testamentum per querelam non tantum facto iudicis opus est qui pronunciet testatorem non habuisse ius faciendi testamenti, sed etiam & possit vnus facto conquirentis, quia si nemo conquiretur testamentum sicut ab initio constituit, ita in perpetuum subsisteret. Ex quo apparet longè minorem esse hac parte potestatem hominis quàm iuris. Ob idque mirum non esse quod possit adiri hereditas ex eo testamento cuius rescissio per querelam timeri possit non etiam ex eo quod possit rumpi ipso iure puta agnatione vel quasi agnatione posthumi *l. l. vlt. Nihil ergo interest heredis scripti contra quem vult actor dicere de iniusto vel rupto vel irrito facto, vel inofficioso testamento vtra prius querelam moueat, quia nec iniustum, nec ruptum, nec irritum, nec inofficiosum testamentum esse oportet, vt ex eo hereditas retineri possit. Potest autem intetesse actoris, vt hanc potius quàm illam causam moueat si fortè promptiores aut certiores habeat vnus, quàm alterius probationes. Et quemadmodum nemo agere cogitur *l. vnus. C. vt nemo inuit. agere vel accus. cogit.* ita neque cogendus ille qui ex pluribus causis agere potest vt ex vna agat si agere malit ex alia. Eligendi enim arbitrium actoris esse debet nõ rei *l. cum filius* 76. *§. variis. de legat. 2.* Sed et si filius ex vna causa egerit, ex alia tamen postea iterum agere non prohibetur *l. contra maiorem* 16. *C. b. t. vbi additur, Si prius actum sit de testamento quasi non iure perfecto, ac postea velit idè actor dicere de inofficioso, non posse ex prioris iudicij mora ei obici quinquennale præscriptio, quia nec cessasse videri potest qui iam egit. Planè si vellet quis eodè iudicio causas istas omnes proponere iniusti, rupti, vel irriti facti & inofficiosi testamenti non esset audendus, quoniam contrariè sunt actiones, & incompa- ribiles nisi alternatiuè ac subordinatè proponantur arg. *l. cum ibi not. C. de furt.* Ceterum si vellet quis dicere testamentum idèd iniustum esse quod suis careat sollè- nitatibus, & quàmuis iustum ab initio fuisset, postea tamè ruptum fuisse agnatione posthumi, ac deniq; etiam si nec ruptum esset, rescindi tamen debere per querelam inofficiosi, nihil certè obstat quominus audiri deberet. Nã & quoties alicui plures actiones cõpetunt, & incertum est quæ potius actio teneat, pot plures simul**

simul dicere dummodò alternatiuè & cum pro- testatione illa quod ex altera tantum velit suum consequi *l. 1. §. quia autem in §. quod legator.* Ergo si quis irritum velit dicere testamentum vel ruptum vel inofficiosum, sic enim lego non & inofficiosum et si coniunctionem pro disiunctione accipi no- tum non est *l. saps 53. de verb. signifi.* conditio ei de-

ferri debet vtrum prius mouere velit. Erat autem hæc electio tantò magis olim necessaria, quod hæc agendi cause sicut diuersæ sunt, ita diuersos habe- bant iudices. Nam de inofficioso agendum erat apud Centumviros *l. Titia* 13. *l. qui r. putantis* 17. *§. hoc tit.* non etiam de iniusto, vel rupto, vel irrito fa- cto testamento.

13 ¶ Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis: scriptus quidem heres pe- teret hereditatem, filius verò in modum contradictionis querellam inducat: quemadmo- dum ageret, si non possideret, sed peteret.

*Ad §. 13. si filius.*

Ratio dubitandi. Filius testamento ritè facto ex- heredatus nullam habet iustam hereditatis retinè- dæ causam, tamen si iniusta sit exhereditatio quousq; proposuerit querelam, & in ea obtinuerit, fecerit- que patrem intestatum, quia exhereditatio interim summouet illum ab omni alio auxilio & beneficio iuris siue ciuilibus siue pratorij *l. non putauit* 8. *de bo- nor. poss. contr. tabul.* Impedit enim continuationem illam donauit que alioqui fieret à patre in filium iure patriæ potestatis *l. inquis. de liber. & post.* Ergo quamuis filius exheredatus sit in possessio- ne hereditatis paternæ, omnimodo tamen condem- nandus est si scriptus heres petat hereditatem, Sal- uo scilicet in eo filio proponendæ postea querelæ si queri vult. Nam nec petere hereditatem possit fi- lius exheredatus nisi nota prius querela *l. qui de inofficioso* 20. *§. l. filium* 20. *§. sed quemadmodum de bo- nor. poss. contr. tabul.* Ergo nec retinere. Ratio deci- dendæ Cui non possidenti damus actionem, mul- tò magis damus possidenti exceptionem & reten- tionem *l. 1. §. is autem §. de superfic. l. inuitus* 16. *§. 1. de regul. iur.* Atqui filius si non possideret patris here- ditatem possit eam petere ex causa querelæ inoffi- ciosi quam in id mouere deberet *l. filium* 20. *§. sed quemadmodum §. de bonor. poss. contr. tabul. l. qui de in- officioso* 20. *§. hoc tit.* Ergo multò magis permittend- um est ei si hereditatem possideat quæ ab eo pe- tatur, vt per modum exceptionis & contradic- tionis querelam inducat, id est vt heredi scripto pe- tenti hereditatem ex testamento, respondeat suis- se patrem furiosum cum (suprema ordinaret, neque ex eo testamento quod à furioso factum credatur, hereditatem aut obtineri aut peti posse. Ita enim perinde assequetur vt testamentum rescindatur ac si proponeret querelam per modum actionis. Di- ces fortasse, Non posse querelam proponi per mo- dum exceptionis in iudicio petitionis hereditatis, quia de querela non alij quàm Centumuiros cogno- scere ac pronunciare olim poterant. *l. Titia* 31. *l. qui repudiamus* 17. *in §.* de petitione verò hereditatis non Centumuiros erat cognitio, sed iudicis dati à prætorè aliove magistratu ad quem iuris-

dictio pertineret. Respondeo pertinere ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit vniuersam in- cidentem questionem quæ in iudicium vocatur examinare, ac proinde hæc etiam de inofficioso testamento, at ita tamen vt non de ea sed de here- ditate pronunciet *l. 1. C. de ordin. iudicior.* Non igitur pronunciat iudex testatorem fuisse furiosum, nec rescindet testamentum, sed perinde pronun- ciabit hereditatem ad filium pertinere, & contra- ctorem pronunciat acti rescissum esset testa- mentum. Idemque eueniet in aliis speciebus in quibus necessarium est vt querela proponatur per modum exceptionis & contradictionis, puta quo- ties legata, fideicommissa & libertates petuntur ex edicto *Si quis omni §. caus. testam.* contra filium ex asse institutum & libertatibus vel legatis vel fideicom- missis grauatum, qui ne fraudem in legitima patia- tur, malet hereditatem ab intestato retinere quàm ex testamento succedere, Secundum ea quæ dispu- tauimus ad §. præcedentem. Ponendum tamen est in specie huius §. filium exheredatum esse in pos- sessione hereditatis paternæ sine vicio, quod facile potest contingere si fortè à patre suo adhuc super- stite res aliquas aut in peculium acceperat, aut alio modo possessionem earum nactus fuerat. Alioqui si cum vicio cæperit possidere, id est aut vi, aut clam, aut precario, siue ab herede ipso, qui casus nullam prorsus habet dubitationem ex ratione po- sita in *l. 1. §. vlt. in §. vlt. possid.* siue etiam ab alio, in- dignus planè est cui legis aut prætoris auxilium ac- commodetur ob id solum quia possideat. Nam ad- uersus extraneos quidem id est qui nullum ius ha- bent, possessio etiam viciosa prodest *l. vlt. de acquir. poss.* sed non aduersus eos qui ius agendi habent, & possessionem auferendi. Sic dicimus fideicom- missarium etiam si rerum hereditariarum possessio- nem nancisci debeat per manus heredis, si ta- men reperiat in possessione sine vicio, legitimam esse contradicteorem etiam in causa missionis in possessionem, quæ heredi datur ex beneficio *l. vlt. C. de edict. Dini Hadri. tollend.* Ita enim nostri ad il- lum locum & Bartolus ad *l. filiam fratibus* 56. *§. ad SC. Trebell.*

14 ¶ Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbè di- xit, & nõ obtinuit, id, quod in testamento accepit, perdere: & id fisco vindicari, quasi indi- gno ablatum. Sed ei demum auferretur quod testamento datum est: qui vsque ad senten- tiam iudicum lite improba perseuerauerit, ceterum si ante sententiam desistit: vel deces- sit, non ei auferretur quod datum est proinde & si, absente eo, secundum præsentem pronuntietur: potest dici, conseruandum ei, quod accepit. Eo autem solo carere quis de- bet, cuius emolumentum ad eum pertinet. ceterum, si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. Vnde non malè Papinianus libro secundo responso- rum refert, si he- res fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non obtinuit, id, quod iure Falcidiæ potuit habere solum perdere.

Ad §. 14. *meminisse.*

Ratio dubitandi. Semel adita ex testamento hereditate omnium defuncti voluntas rata constituitur *l. si pariter §. 8. qui fideicommissum* & ad *SC. Trebell.* & consequenter legata & fideicommissa omnia eo testamento relicta conferuntur, quæ intercidissent si adita hereditas ex testamento non fuisset *l. si nemo §. 7. de testam. iur. l. ea quam 16. C. de fideic.* Atquin inofficiosi querela præsupponit aditam fuisse ex testamento hereditatem §. *si conditioni præp. l. si quis filium §. 4. in fin. l. scimus 36. §. ult. C. cod.* Ergo si testamentum per querelam rescissum non sit, fatendum est ea factem legata ex hereditate deberi quæ ipsi relicta sunt in eo testamento quod valere pronunciatum fuit. Implicat enim contradictionem ut testamentum valeat, & tamen legata in eo iurè ac sollemniter relicta non valeant si nihil extrinsecus obstat quominus valere possint. Quod si non valeant, aut, etiam val. da non tamen deberentur ex hereditate in pœnam propositæ ab eo querela ratio iuris & æquitatis faceret ut heredis qui in querela vicisset, lucto cedere deberent potius quam à fisco vindicari, ut soli victori sua pro sit victoria non fisco, cum quo nihil iudicatum est.

Ratio decidendi. Legata relicta ex hereditate qui in querela succubuit non eo minus quidem valent ipsæque vel debentur si relicta fuerint per damnationem, aut etiam acquisita intelliguntur si relicta sint per vindicationem *l. legatum §. de leg. 1. l. Titio 6. 4. in fin. de iur. ob idque non possunt remanere penes heredem, cum iam sint delibata ex hereditate *l. legatum est delibato 115. de leg. 1.* neque tanquam victoris quia nihil de eo per Centumvirose pronunciatum fuit pro herede, Quin potius contra heredem hoc ipso quod pronunciatum fuit testamentum valere ut diximus, Sed tamen quia indignus plane est filius qui lucrum vllum consequatur aut retineat ex eo testamento quod impugnauit tam graui atrocique accusacione suggillante famam patris tanquam dementis hominis & fuciosi æquitatis sanè ratio suadet ut auctori ei debeat quicquid eo testamento acceperat à patre, Nec potest conueniri vllam sibi in eo fieri iniuriam si redigatur in eam causam in qua se ipse constituit, arg. *l. si iudex 41. sup. de minor.* cum ea legata hodie non esset habiturus si secundum cum pronunciatum fuisset *l. cum tabulis 16. in princ.* iuxta eam loci illius emendationem quam nos in Coniecturarum libris tradidimus *l. de his que ut indign. aufer.* Porro quod ei tanquam indigno auferatur cum nullo iure possit ad heredem recurrere, quia quod semel delibatum est ex hereditate nunquã potest fieri hereditarium, cum nec hereditas vlla sit ex instanti aditionis, à quo demum tempore incipit fieri patrimonium heredis *l. de separat. l. si ego 9. §. si res de iur. dot.* necesse est vt vadat ad fisco, cui etiam cætera omnia applicantur quæ tanquam indignis auferuntur *l. 1. 2. & pass. ill. tit. de his que ut indign.* Rectè igitur constitutum est vt qui testamentum inofficiosum improbè dixit ac succubuit debere id quod eo testamento accepit perdere, non vt id remaneat penes heredem quali factum ex postfacto indebitum, sed vt ad fisco deuoluatur, quali iam acquisitum filio, eidemque tanquam indigno ablatum *l. edito 13. §. pen. de iur. fisco.**

*a Sed ei demum auferitur.* Ratio dubitandi. Qui semel inofficiosum testamentum dixit, hoc ipso ne-

gavit valere testamentum, quippe quod impugnavit hoc colore quali factum à demente & furioso Ac proinde hoc ipso declarauit satis voluntatem suam quod nollet consequi legatum ex eo testamento ex quo nec si vellet consequi tamen vnamquam posset, cum ex fur' ois testamento nihil penitus deberi possit *l. Titia 13. in fin. §. l. in off. fideicommissi 36. de leg. 3.* In summa non potuit querelam proponere nisi legato tacitè saltem prius repudiato, quia nec potuisset admitti ad accusationem vel minimo voluntatis indicio legatum sibi relictum agnouisset *l. p. n. & ult. §. 1. 5. in princ. de hi que ut indign. aufer.* Ergo si filius qui mouit querelam inofficiosi desisterit ante sententiam nec voluerit in lite improba perseverare, potest quidem id ei prodessè ad euitandam sumptuum litis condemnationem, quam alioquin tanquam temerarium litigator pati deberet, arg. *l. d. si iussit 10. vbi dixi & l. cum quem temere §. 9. præp. iur. prox.* sed non vt possit vquam petere vel retinere legatum quod semel non expressè saltem tacitè repudiavit in necessarium antecedens querela.

Ratio decidendi. Laudandus potius quam puniendus est filius, qui comperta melius rei veritate noluit in lite improba perseverare, quam nocentibus causa insisteret *d. l. desistisse*, ne alioquin nullus aperiatur resipiscencie ac pœnitentie locus, si nullus sit venia. Ergo si ante sententiam filius desisterit, non debet quod ipsi relictum fuerat, eaufferi, neque tanquam indigno cum sententiam non expectauerit, & à lite desistendo, existimationem defuncti quam suggillare cœperat, restituerit. Neque tanquam ei qui legatum repudiauerit. Non enim potest videri repudiasse nisi spe maioris commodi & vt hereditatem consequeretur, Denique sub ea veluti conditione, si vinceret in querela. Repudiatio autem cum sit actus legitimus & sollemnis, neque alibi quam in iure, neque sub conditione fieri potest *l. 4. C. de repud. vel abst. hered. l. ad ius legitimum 77. de regul. iur.* Nec sanè debet melioris conditionis esse heres contra quem mota fuit querela si filius desisterit ante sententiam, quam si in lite improba perseverasset: quo tamen casu legatum vt iam diximus, non remaneret apud heredem, nec ad eum recurreret tanquam repudiatum, sed ad fisco deuolueretur tanquam fisco iam acquisitam, eidemque vt indigno ablatum. De legato igitur contentio esse non potest nisi inter filium & fisco: In dubio autem si quid hæc dubij est, non errat qui contra fisco respondet *l. non puto 10. de iur. fisco.* At cum ius fisci totum ex filij indignitate nascatur, indignitas autem filij ex eo quod iudicium patris oppugnaverit, potest dici nunquam videri oppugnasse eum qui non perseverauit oppugnare vsque ad finem litis *d. l. edito 13. §. penult. de iur. fisco.* Sicuti non dicitur versus quod non durat verbum *l. si pro patre 10. §. versus de in rem vers.* Et generaliter non videtur factum quod non durat factum *l. in rem eorum 6. §. penult. sup. quod cuiusque vniuersi 4. §. tunc in potestate §. de vscap.* Et in proposito non sufficere litem de inofficioso motam esse, nisi is qui mouit in ea perseveret, aperte scribit Papinianus in *leg. nam et si 15. §. 1. in fi. hoc tit.*

*b Vel desistit.* Ratio dubitandi. Filius qui post mortem inofficiosi querelam decessit non declarata voluntate an in lite improba perseverare vellet an à lite desistere, non potest præsumi mutasse voluntatem,

etatem, sed in eadem potius voluntate decessisse intelligitur, quia mutata voluntate probatio ei semper incumbit qui mutata dicit, non ei qui negat. *l. 3. l. cum qui voluntatem 27. §. de proba.* Propter quam causam Papinianus in *l. l. cum et si 15. §. 1. j.* tractans de filio qui post litem de inofficioso preparatam decessit, auerit mutata voluntate, vt intelligamus non sufficere quod decesserit si non etiam illud concorsat, vt mutaret voluntatem. Sic dicimus multum referre ut quis cuius corpore possidebamur desisteret de possessione, an decesserit. Nam si desisteret possessionem amittimus quam per eum retinebamus quia mutauit voluntatem, desistitque habere animum possidendi. Si verò decesserit secus est, quia neque mutasse voluntatem creditur, neque mutatus fuisse si diutius vixisset *l. si de eo 40. §. 1. de acquir. poss.* Denique ferè generale est vt in qua voluntate quis vixit, in ea & mortuus & perpetuo vtictus fuisse existimetur. Vnde & Theologi rationem desumere solent æternæ siue beatitudinis siue damnationis ex vnicò illo mortis instanti æstimandæ, cum de momento vt aiunt, pendeat æternitas. Ergo si filius qui in improba lite ac querela inofficiosi testamenti quandiu vixit perseverauit, ante sententiam non mutata voluntate decesserit, non eo minus pœnam illam pati debet quam pateretur si viueret ac in lite succumberet, vt ei quod relictum est auferatur tanquam indigno aut saltem eius heredi. Ratio decidendi. Filius ante sententiam mortuus, licet voluntatem neque mutasse neque mutaturus fuisse in dubio præsumatur, quia tamen potuit mutare in diem vsque sententiæ, nec prius pœnam ablationis patitur quæ indignis irrogatur, quam succubuerit, non potest videri indignus decessisse, & in eo statu vt moriens perdidit vel perdere debuerit quod fuerat ei relictum. At nec rursus post mortem suam indignus fieri potest, si non fuit cum moreretur, non magis quam vt post mortem suam possit exheredari *l. si iura scriptum 13. §. ult. de liber. & poss.* Ergo si ante sententiam decesserit pœnam euitat quam incurere debuisset si vixisset, atque in lite improba perseverasset. Verùm hoc ita si heres ipse id ipsum faciat quod facere debuisset filius ne indignus videretur, id est si ab improba lite ante sententiam desisterit. Alioquin si litè à filio institutam peragat & succumbat, eandem pœnam pati debet quam vnus filius passus fuisset si succubisset, vt quemadmodum egit ex persona filij, ita & perdat quod filio datum fuerat, tanquam quod indigno & datum fuerit & auferendum. Ei namque qui litem à defuncto institutam peragit non proprio nomine sed iure cuiusdam successione siue hereditaria, siue alterius, hætenus quidem parci solet vt quod ei proprio nomine relictum fuerit non perdat, sed non etiam vt quod defuncto relictum fuit, ex defuncti persona consequatur, *l. filius 22. §. nullò magis & §. ult. §. hoc tit.*

*c Proinde et si absente eo.* Ratio dubitandi, Absens nemo condemnatur nisi qui per contumaciam absens sit *l. & post editum 73. §. 1. vbi dixi §. tit. in l. prox.* Atqui contumacia pro presentia est Auth. *qua in provincia vers. sed si nec ipse. C. abs. de crim. agi oport.* Ergo nihil potest interesse an presentem, an verò absente filio qui querelam inofficiosi mouerat, pronunciatum sit secundum heredem presentem. Et consequenter vt quoque calu dicendum est non esse conseruandum filio, sed ei potius auferendum quod

accepit: Præsertim cum potuerit etiam pro eo absente contra testamentum pronuncari si bonam causam habuisset. Nec enim absens vnquam condemnatur ob id solum quod absens sit, nisi etiam hoc concurrat vt malam causam habeat *l. & post editum l. 1. C. quomod. & quand. iud.*

Ratio decidendi. Cum quis absens victus est, licet potuerit & ipse vincere si ex actis litis apparuisset bonam cum causam habere, idè tamen victus existimatur quod absuerit nec ea vel allegauerit vel probauerit quæ præfens & allegare & probare potuisset, potius quam quod malam causam habuerit *l. si id. os. §. de iur. vbi ob hanc ipsam rationem dicitur non committi stipulationem de euitacione aduersus venditorem si idè contra emptorem iudicatum sit quod iudicio defuerit.* Non ergo indignus potest videri filius qui bonam fortassis causam habens passus tamen est se abientem condemnari: quia nec valde abimilis est ei qui à lite desistit siue bonam causam habuerit siue malam, Nec quod imputari culpa potest etiam ei qui bonam causam vicio suo perdidit *l. Stichum 95. §. pen. de solut.* ad rem quicquam fieri. Est enim culpa eius aliqua cuius & pœnam illam patitur, quod condemnatur, sed non tanta vt ob id videri possit aut debeat indignus. Nam & semper pro filio humanè & benignè quantum fieri potest suspicandum & pronunciatum est, non quidem contra testamentum *l. si pars 10. §. sed contra fisco d. l. non puto 10. de iur. fisco.*

*d Eo autem solo carere quis debet.* Ratio dubitandi. Filius heres institutus ex parte, rogatusque de restituenda hereditate, etiam post restitutam hereditatem heres remanet *§. restituta Inst. de fideicom. hered.* & quidem cum effectu siquidem actionibus omnibus hereditariis & experiri, & conueniri potest, quamuis exceptione restituta hereditatis possit vel adiuuari vel summoueri *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano §. ad SC. Trebell.* Ergo si querelam improbè mouerit, nec obtinuerit, sed succubuerit, non quia quartam ex fideicommissio potuit deducere quæ in legitimam imputari debeat, & consequenter excludere querelam, (hæc enim ratio nulla est, cum ea quarta etiam legitima portio respondear non tamen ex iudicio & voluntate testatoris, sed contra ipsius voluntatem deducatur, vt dixi ad *§. unde si quis sup. ex l. Titia 86. in fin. ad leg. falc.*) sed fortè quoniam probatus fuit ingratus, aut quia non potuit ipse probare gratum se semper erga patrem, etque obsequentem fuisse, incumbere enim hoc iure probatio ista filio non heredi *l. liberi 28. C. hoc tit.* priuandus est tanquam indignus, non tantum falcidia quam ex fideicommissio potuit deducere, sed etiam vniuersa hereditate. Nec verendum videtur vt aliqua in eo fiat iniuria fideicommissario, quia cum ex persona heredis lucrum sentiat, quandoquidem herede non aduente fideicommissum intercidisset, eius quoque factum præstare debet *l. ex qua persona 149. de reg. iur.* Nec nouum est, vt factum vnus alteri noceat per consequentias si alter ille nullum ius habeat nisi in consequentiam iuris alieni *l. 1. §. ex contrario vers. nam licet §. de separat.* Idè autem posuimus filium hunc ex parte tantum hereditatis institutum, quia si ex toto ille heres proponeretur, non haberet contra quem posset proponere querelam, Nisi fortè contra fideicommissarium ipsum, Secundum ea que diximus ad *§. quarta autem & ad d. §. unde si quis,* sed



non possit ad eum casum accommodari sententia Papiniani, quæ hic refertur, quia fideicommissum iam fideicommissario restitutum esse oportet, priusquam contra eum moueri querela possit. *l. i. c. hoc tit.* post restitutionem verò fideicommissi fera & incepta est quæstio, An fideicommissario qui querelam ab herede passus fuisset, in eaque obtinuerit, factum heredis nocere deberet. Ratio decidendi. Factum cuique suum non alteri nocere debet. *l. factum 155. de reg. iur.* ne alioquin alteri per alterum iniqua condicio inferatur. *l. non debet alteri 74. eod.* Absurdum igitur esset adeòque iniquum ex facto & indignitate filij qui cõtra testamentum patris improbè mouit querelam, indignum censeri fideicommissarium, vt ex ea causa sui quoque fideicommissi iacturam pati cogereetur. Neque verò solet vnquam fieri locus fisco quandiu alia persona superest ad quam possit ex voluntate defuncti peruenire id quod apud heredem non potest remanere. *l. vnic. C. de caduc. tollen.* quia fiscus semper vocatur post omnes, qui admitti possunt. *l. habere 57. de euit. l. vlt. de success. edit.* Nec rursus heres qui indignus est, & ob hoc ipsù dignus cui hereditas auferatur, eo minus verè manet heres, etiam posteaquam deuoluta est ad fiscum hereditas. *l. ex factis 43. §. vlt. in fr. de vulg. & pupill. subst.* Ergo non ob id potest videri ius fideicommissarij interdictum esse, quominus perinde fideicommissum consequi debeat, ac si hereditas filio ablata non fuisset: quod vtique diuersum esset si filius indignitatis suæ penam passus, heres nunquam fuisse retrofunderetur, quia fideicommissum quoque interdicere necesse esset, cum fideicommissum quod ab aliquo relinquitur ita demum ab eo debeatur si res ad ipsum peruenit. *l. fideicommissi 78. de leg. 1. Imperator 70. de leg. 2.* Nisi quoddam bona non nisi cum suo onere ad fiscum peruenire solent. *l. cum quidam 12. c. in tabulis 16. §.*

25 ¶ Si quis impubes adrogatus sit ex his personis quæ & citra adoptionem, & emancipationem queri de inofficioso possunt: hunc puto remouendum à querela, cum habeat quartam ex constitutione Diui Pij. Quod si egerit, nec obtinuit: an quartam perdat: & puto, aut non admittendum ad inofficiosum aut, si admittatur, etiam non obtinuerit, quartam ei, quasi æs alienum, concedendam.

*Ad §. 15. si quis impubes.*

Ratio dubitandi. Quartam quam habet adrogatus ex constitutione Diui Pij non habet ex iudicio testatoris, sed ex principali prouidentia, vt scriptum est in *l. si adrogator 22. sup. de adopt.* & itaquam æs alienum, vt sequitur in hoc §. Atqui in legitimam portionem non alia imputari possunt, quam quæ & ex bonis & ex iudicio defuncti capiuntur, vt diximus ad §. si conditioni & §. vnde si quis sup. vbi hæc ob causam defendimus nec ea quæ conditionis implendæ causa capiuntur, nec quartam ipsam fideicommissorum, quam Trebellianicam vocant posse filium excludere à querela. Ergo si impubes adrogatus sit ab eo ex cuius bonis legitimam alio iure consequi deberet puta tanquam filius emancipatus, aut tanquam frater, siue in locum filij siue in locum nepotis adrogatus sit, non eo minus legitimam habere debet tanquam filius naturalis aut tanquam frater, quod si habeat quartam tanquam adrogatus, ac proinde si quartam legitimam aliunde non habeat, iustam habet querelæ causam, non minus quam si nullamquam quartam haberet. Ratio decidendi. Quartam debitam portionis

vt. in fr. de his quæ vt indigni. *l. pen. de his quæ in test. delent 1. §. cum ex causa de iur. iust.* Demum non est nouum vt ob alterius personam possit quis id capere quod alioquin ex sui capere non possit. *l. in fr. quæ res pign. obl. poss. si is qui duos 29. de liber. legat.* Nam nec capere quisquam id videtur, quod necesse habet alteri restituere. *l. non videtur 51. de reg. iur. l. aliud est capere 71. de verb. sign.* Vnde est quod si ei qui partem tantum capere poterat legatum sit vt alij restituat, placuit posse illum capere solidum. *l. cum ei 42. de leg. 2.* Itemque quod hi qui solidum capere non possunt si heredes in solidum instituti sint, rogantur solidum restituere, cogendi sunt & ad ius hereditatem & restituere, cum nihil sit oneris apud eos remanentium. *l. cogi 16. §. hi qui solidum ad S. T. rebell.* Sic & donatio inter cõiuges valet si quod coniugi donatum est ea lege donatum sit vt ad alium perueniret. *l. Sulpicius 49. de donat. int. vir. & vxor.* Et cõtrario si cui legatum sit ex iis personis quas prætor exceptas voluit edicto. *De legat. præst.* non est legatum præstandum si ea persona rogata sit illud alteri restituere, quia emolumentum huius legati ad eam personam non respicit quæ edicto excepta fuit. *l. 3. §. item si quis in fr. de legat. præst.* Ergo & in proposito si filius qui legatum à parte vel hereditatem ex institutione accepit rogatus sit id ipsum quod accepit alteri restituere, & querelam contra testamentum patris mouerit, nec obtinuerit, id solum debet perdere quod apud eum fuisset remanentium, non quod ad alium fuerat perueniturum, ne fiat iniuria fideicommissario qui nec querelam mouit, nec alterius factis & delictis indignus fieri potuit. Ita fit vt verum sit solum eo carere filium debere qui de inofficioso egerit cuius commodum & emolumentum ad quem pertinet, quem admodum hæc Vlpianus ex Papiniano scribit, Cui iunge Paulum *lib. 4. sentent. tit. 5. §. 9.*

quam ab intestato habiturus fuerat is qui alioquin de inofficioso queri possit, excludit eum à querela. *§. quoniam autem sup.* nec vnquam ex eiusdem testatoris bonis duplex quarta deduci iure civili villo colore potest. Neque videri potest quis testatus contra officium pietatis etiam si nihil reliquerit filio quem sciuit habiturum quartam iure filij adrogati, quia nec duplex filius intelligi quisquam potest naturalis scilicet & adoptiuus. *l. filio 23. de liber. & posthu.* & vel nature ius præualere oportet vel legis & adrogationis. *l. pen. C. de adopt.* Ergo si quis impubes adrogatus sit (non enim alij adrogato quam impuberi quartam deberi Diuus Pius voluit. *l. l. si adrogator l. sed si plures 10. §. in adrogato in fr. de vulg. & pupill. subst.*) licet sit ex iis personis quæ etiã citra adoptionem queri de inofficioso possunt remouendus est à querela, quãuis nihil ei testamento relicto proponatur, cum habeat quartam ex constitutione Diui Pij. Nō addo verba illa quæ in textu adduntur & emancipationem quia nullum hæc sensum habent, & haud dubiè addita sunt ab imperito interprete decreto ex conjunctione illa & ac si scriptum esset *citra & adoptionem* nec animaduertente

nerente scriptis Vlpianum & pro *etiam*. Numquam enim facit emancipatio, quo magis sed semper quominus debeat quis habere & quartam, & querelam. Ad eò vt nec aliter possit emancipatus etiam filius admitti ad querelam quàm si prius impetrauerit bonorum possessionem litis ordinandæ gratia. *l. 6. §. vlt. vbi dixi §. hoc tit.*

a *Quod si egerit nec obtinuit.* Ratio dubitandi. Nemo potest agere sine actione. *l. si pupilli 6. §. vlt. de nego. gest.* Atqui nullam actionem nec querelam habet hic filius adrogatus qui iam habet quartam ex Diui Pij constitutione, vt proximè diximus. Ergo non potest fieri vt agat, vel vt egerit. Ratio decidendi. Querela inofficiosi accusatio publica est à qua nemo repellitur qui iure publico agere velit. Quamuis non id eò tamen alius obtinere possit quàm qui & ab intestato possit succedere, & ex iis personis sit quibus legitima aliqua debeatur, vt dixi ad *l. 6. §. si quis ex his sup.* Non fuit ergo hic filius admittendus ad querelam quasi filius, & si admittus fuerit, non eo magis tamen fieri potest vt obtineat.

b *Et si non obtinuerit.* Ratio dubitandi. Liberos non tantum natura facit, sed etiam lex & adoptio. *l. i. sup. de adop.* nec minorem pietatem & reuerentiam debet filius adoptiuus quàm naturalis patri, cum æquale sit in vtroque vinculum pietatis potestatis, quod etiam vinculum pietatis appellatur in *l. vlt. §. si à parent. quis manum. sit.* Ergo non minus debet indignus videri filius adrogatus quàm naturalis, vt quicquam ex eius bonis consequatur si eius memoriam & testamentum quasi dementis & infani oppugnauerit, & in tam improba lite ad sententiã vtique perseuerauerit, vt diximus in §. procedente.

Ratio decidendi. Filius qui improbè de inofficioso egerit iis tantum carere debet quæ in eodem testamento, & ex defuncti liberalitate iudicioque accepit. *d. §. proced.* quia iudicium ipsum impugnavit. *l. 5. in princip. §. de his quæ vt indigni. iun. et. l. filio 87. de leg. 1.* At quarta, quam impubes adrogatus habere debet ex bonis adrogatoris, neque ex testamento, neque ex iudicio & liberalitate testatoris percipitur, sed ex Diui Pij constitutione & principali prouidentia. *l. si adrogator. ideòq; dicitur quæ alienum patris quoniam ab ipso adrogationis initio adrogator obligatur vt quartam bonorum suorum partem tunc in suo postremo iudicio quàm in casum emancipationis ei relinquat. l. 2. C. eod.* Ergo

16 ¶ Si ex causa de inofficioso cognouerit iudex, & pronuntiauerit contra testamentum, nec fuerit prouocatum: ipso iure rescissum est: & suus heres erit, secundum quem iudicatum est, & bonorum possessor, si hoc se contendit: & libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur, aut ab eo, qui soluit, aut ab eo, qui obtinuit: & hæc vtili actione repetuntur. Ferè autem, si ante controuersiam motam soluta sunt: qui obtinuit, repetit, & ita Diuus Hadrianus, & Diuus Pius rescripserunt.

*Ad §. 16. si ex causa.*

Ratio dubitandi. Res iudicata nullum aliud ius tribuit nisi quod & actionem in factum parit si pro auctore iudicatum sit. *l. auctori. §. C. de reb. credi. & exceptionem rei iudicatæ reo acquirit. l. 1. & tot. tit. de except. rei iud.* Ergo non potest facere sententiã iudicis qui contra testamentum pronunciauit, licet transierit in rem iudicatam, vt testamentum rescindatur ipso iure. Sunt enim certi modi, quibus testamenta infirmantur ipso iure. *tot. tit. Infr.*

non debet filius eam quartam perdere, tamen si querelam inofficiosi proposuerit, nec in ea obtinuerit, Sicuti nec perderet si quid aliud ei & testatore ex qua alia causa extrinsecus debebatur.

c *Quæstus alienum.* Ratio dubitandi. Quarta quæ debetur impuberi adrogato ex constitutione Diui Pij non debetur nisi post mortem adrogatoris. *l. 2. §. si impubere. §. de collat.* Ergo non potest æs alieni iure censeri, non magis quàm legitima portio qua vel liberis ex bonis parentum, vel parentibus ex bonis liberorum debeat, Quæ est vulgo à nostris eius iuris esse creditur, vt æs alieni loco esse existimetur, quod necessariò relinquenda sit nisi iusta exheredationis causa interueniat, appareret tamen vel maxime ex hoc §. quàm dissimilis sit vtriusque quartæ ratio. Si enim legitima portio esset æs alienum, perinde dicendum esset filium, cui pater aliquid in suo testamento pro legitima minus tamen legitima reliquisset, quique ob eam causam de inofficioso egerit, nec obtinuerit, non debere quod accepisset perdere non magis quàm quartam debitam ex constitutione Diui Pij. Atqui hoc falsum est. Ergo saltem fatendum est legitimam portionem æs alieni loco censeri non debere. Cur verò magis eam quæ debetur adrogato? An forte potentius erit ius legis quàm naturæ? & plus iuris habebit filius adrogatus in bonis sui adrogatoris, quàm filius naturalis in bonis patris naturalis? An non hoc absurdum est? *l. pe. C. de adop.* Ratio decidendi. Quæ ex constitutione Diui Pij debetur filio adrogato quarta in bonis adrogatoris, debetur omnimodo, & ab ipso adrogatore adhuc viuo, licet ad eius præstationem quandiu viuus virgeri non possit. Ad eò vt eius quartæ petitionem transmittat etiam ad heredem quia personalis actio est. *d. §. si impubere,* quod in legitima portione diuersum est. Nec enim transmittitur ad heredem filij si non fuerit filio relicta, quamuis debita; nec eo magis tamen quoddam debita nec relicta fuerit, transmittit filius querelam ad heredem si non eam prius præparauerit. *l. 6. §. vlt. sup.* Ergo non immeritò placuit quartam Diui Pij æs alieni loco censendam esse. Nec enim nouum est vt hereditarium æs alienum intelligatur etiam id de quo cum defuncto agi non potuit. *l. hereditarium 7. de reb. auct. iudic. possid. l. hereditarium 40. de oblig. & action.*

quibus modis testam. infirm. inter quos sententiã iudicis non est. Sed & verbum ipsum rescindendi non tam ius quàm factum demonstrat, in eòq; differt à verbo rumpendi, quod magis ad potestatem iuris refertur, vt dixi ad §. si conditioni vers. quoniam ante aditam sup. Ratio decidendi. Sententiã quæ transtulit in rem iudicatam pro veritate habetur. *l. in genuum 25. de stat. hom. l. res iudicata 207. de reg. iur.* Atqui in querela inofficiosi pronunciatum testatorem furiosum & dementem fuisse videri, & id eò testamen-

tum eius ipso iure non valere, Ergo post sententiam pro querela inofficiosi redditam, faciendum est testamentum quod per eam sententiam rescissum est, ipso iure non valere, proinde nec libertates competere, nec legata deberi. *L. cum mater 28. §. hoc tit.* Et ita scribi in hoc §. debuit, non quomodo scriptum est ipso iure rescissum est. Sunt enim ista cōtraria rescindi testamentum, praesertim si addas, quod hic addendum est *per sententiam* & rescindi ipso iure. Qui enim dicit fieri quid ipso iure, intelligit fieri sola iuris potestate ac sine ullo hominis facto: Qui vero dicit fieri quid per sententiam, factum hominis & iudicis demonstrat. *l. si quis 27. §. passus ne peteret. sup. de pass.* Itaque vel sola haec verba possent sufficere ut Triboniani inofficium detegerem, auderemque affirmare non magis Vlpiani esse hunc §. quam alios tres illa quos Triboniani nō Vlpiani esse supra ostendimus. Sed sunt alia multa in hoc §. quae ut hoc ipsum sententiam me mouent. Primum ipsa prima verba *si ex causa de inofficiosi*: Scribendum enim erat *si ex causa inofficiosi*, aut *si ex causa de inofficioso* aut potius simpliciter *si de inofficioso*. Illa enim *ex causa* planē superuacua ne dicam inepta sunt. Cognoscitur enim de causa nō ex causa. Item quae sequuntur *cognouit iudex*. Nec enim Vlpiani temporibus quisquam de inofficioso cognoscebat sed iudices multi, id est Centumuiui, ut iam saepius diximus ex *L. Titia 13. qui repudiantis 17. §. hoc tit.* Item quod additur *Nec fuerit provocatus*. Ad quem enim potuisset appellari a Centumuiuis nisi forte ad populum aut ad Principem ipsum? Centumuiralis enim iudicij magnitudo & auctoritas hoc certe non patiebatur, ut Iustiniani verbis utar in *l. ult. C. de pet. her. cum centumuiralis faceret. l. ult. C. de liber. prater.* Centumuirale autem erat iudicium querelae ut & cuiuslibet petitionis hereditatis *d. l. ult. C. de pet. her. l. p. de liber. leg.* Nisi & hunc locum coarctare velis ad eos casus quibus agatur de inofficioso non Romae ubi ius reddebant Centumuiui sed in prouincijs vbi Proconsules vel Praefides ita ius dicebant ut tamen iudicem darent *l. 1. §. 2. C. de ordin. iud.* Nam & sic necessarium intelligi debet, quod de appellatione a sententia contra testamentum lata scriptum est in *l. 5. §. si heres l. si per iusorio 14. §. de appell. l. si iuspecta 29. vbi dicam §.* sed & postquam sublata tandem est auctoritas & nomen ipsum Centumuiutorum, coepitque vel praetor vel alius magistratus etiam in vrbe de petitione hereditatis cognoscere, adeoque iudicem dare, coepit etiam a sententia de hereditate lata posse appellari. Ideoque nec dubitari potest, quin a Triboniano accommodati sint plerique loci iuris veteris ad ius nouū, ut & totus ipse titulus De petitione hereditatis in quo nulla vnquam sit mentio Centumuiutorum, sed passim tractatur de iudice & de officio iudicis, ut ad eum titulum videbimus. Mouent me etiam verba illa *& bonorum possessor si hoc se contendit*. Nam praeter id quod sunt parum elegantia, pro eo quod voluit Tribonianus dicere *si malit se bonorum possessor quam suum heredem dicere*, non est etiam bona comparatio sui heredis & bonorum possessoris. Non enim quemadmodum dicimus suum & necessarium heredē, ita quisquam dici potest suus & necessarius bonorum possessor, quia possessiones omnes peti aut saltem admitti necesse est, etiam illas quae ex edicto competunt nec praetoris decretum requirunt. Itaque ex eo quod dicimus testamentum contra

quod pronunciatum est pro querela, ipso iure nullum esse postquam rescissum fuit per sententiam, inferri quidem potest eum pro quo indicatum fuit suum heredem ipso iure esse, sed non similiter potest etiam inferri esse eum ipso iure bonorum possesorem. Nec rursus ob id minus quis suus heres est quod velit esse bonorum possessor cum agnitione bonorum possessionis in suo herede in dacta inmixtionem, sicut in exarcano gestionem pro herede *l. puberem 11. C. de iur. delib.* Postremo ex iis sequentibus verbis moueor *& haec vtili actione repetuntur* quorum sensus est, legata soluta ab herede testamentario ex eo testamento quod postea inofficium pronunciatum est repeti quidem conditione indubiti sine ab eo ipso qui soluit, siue ab herede legitimo pro quo indicatum fuit sed vtili actione, non directā: Quod postremum falsum est. Repetuntur enim a ditione directa non solum si repetantur per eum ipsum qui soluit, quod Accursius admittit, sed et per eum pro quo indicatum fuit, licet non soluerit, cum ponamus soluta fuisse legata ex hereditate, quae hodie ad ipsum pertinet. Neque enim nouum est ut quod vnus soluit, alius repetat etiam directa conditione *l. 2. §. 1. l. 5. §. de cond. indub.* Sed fuit facilius Tribonianus in vtilibus actionibus inducendis, tum quoque cum sunt illae vel non necessariae ut in proposito, vel vllomodo indulgenda, ut a nobis in pluribus acubrationum nostrarum locis ostensum, & comprobatum fuit. Ex his igitur omnibus appareret totum hunc cōtextum Triboniani esse non Vlpiani. Nam & idem Tribonianus in *Novell. 115. §. 2. cum de appell. cognosc.* §. aliud quoque capitulum passim ista confundit. Testamentum rumpi, euacuari, irritum fieri, & rescindi, quasi sint synonyma, quod prudentes nostri nunquam admittent. Rescindi enim testamentū per querelam dicunt, non rumpi, non irritum fieri, non euacuari. Rescindi vero non ipso iure quod implicat contradictionem, sed per sententiam, & quidem Centumuiutorum quae non potest non transire in rem iudicariam *l. si pars 10. vbi dicam §. iun. d. l. ad rescindendam 4. cum sequent. §. pass. C. de rescind. vend. Instatutum enim non querela, nō ius facit sed ipsi Centumuiui *l. qui repudiantis 17. §.* Hodie tamen recessum est ab hoc ipso iure quod Tribonianus sub Vlpiani nomine in hoc §. expresserat, cum sit constitutum in *d. Novell. 115. cap. 3. vnde sumpra est. Aut b. ex causa C. de lib. prater. ut sine rupto siue rescisso testamento ex causa praeteritionis vel exheredationis, solae institutiones corruant, legata vero & fideicommissa conseruentur, ac multo magis libertates, tanquam quae sint ceteris omnibus fauorabiliores.**

*a Si ante cōtrouersiam motam soluta sint.* Ratio dubitandi. Plus iuris habet is qui de inofficioso agit post querelam iam institutam, quam habeat ante motam cōtrouersiam, quia ex tempore motae cōtrouersiae possessores omnes sunt malae fidei possessores & praedones *l. sed et si lege 25. §. si ante §. vit. prox.* Ergo si is qui obtinuit in querela, ius habet repetendi legata quae ante cōtrouersiam motam soluta fuerunt, multo magis ea poterit repetere quae post motam cōtrouersiam soluta probabuntur. Ratio decidendi. Qui scriptus heres iam conuentus est post cōtrouersiam motam soluit, non potuit soluere in praedictum petitoris. Proinde non de hereditate soluisse intelligitur, quod facere exinde non potuit sed de suo. Ea vero res facit ut ipsi

ut ipse competere debeat conditionis qui & cetera fuit, & de suo soluit, non videtur qui nec soluit, nec soluit dicitur. Nam enim petitoris ius est cum habeat potestatem obligari ut hereditate in eo fiat restituat in quo facti tempore motae co-

trouersiae aut saltem litis contestatae *d. §. si mota. Et contrario interest possessoris ut habeat conditionem eorum quae soluit post motam cōtrouersiam, quando soluitur, em illam imputare victori non potest, ut et tantō minus ex hereditate restituat.*

17 §. Planē si post quinquennium inofficium dici ceptum est ex magna, & iusta causa: libertates non esse reuocandas, quae competuerunt, vel praestita sunt: sed viginti anteos a singulis praestandos victori.

*Alia quae sunt post quinquennium.*

Ratio dubia. Querela inofficium non potest proponi post quinquennium, cum sit respondis & quinquennialis *l. inofficium 15. l. si quis filium 23. C. de lib. Nisi si ea praescriptio non noui obicitur *l. 2. cum quib. causis non est nisi in iung. resit.* Et tamen si quando multa aliqua causa inueniantur propter quam permittendum sit, ut quae etiam post quinquennium proponatur, non eo minus verum est id ipsum accidere, quod accitit eum intra quinquennium proponitur, ut faciat intelligi eam testator quasi si quae demens & furiosus fuerat eo tempore quo suprema ordinabat. Semper enim querela eodem colore proponitur, eundemque effectum habet. Ergo vel non est admittenda querela post quinquennium, vel si admittitur perinde dicendum est nec legata deberi nec libertates competere, ac si intra quinquennium proponita fuisset. Et sanē vel hoc vnus probat manifeste quam verum sit quod diximus ad §. *praecedentem*, cuius hic non nisi appēdix est, totum hunc cōtextum Triboniani esse non Vlpiani. Nec enim ad supradictam rationem responderi vllomodo potest, nec defendi ea distinctio, quasi fauorabiliores sint libertates post quinquennium quam ante quinquennium, ut neque ratio illa qua Tribonianus moueri se fatetur iis verbis *libertates non est reuocandas quae competuerunt, vel praestita sunt*. Nam si nihil aliud in principio nisi an libertates aliquando competuerint, certum est etiam proposita intra quinquennium querela libertates directas ipso iure competisse ex directa hereditate, cum ad ius quae sunt necessaria ad appetiendum querelae locum & quae testamentū ipsum confirmant, non potuerit etiam non confirmare libertates & directas & fideicommissarias eodem testamento datas: Si vero inspicimus an libertates nunquam competuisse videantur, certum est non magis posse videri vnquam competisse illas quae datae sunt in testamento quod post quinquennium inofficium esse pronunciatum est quam si ante quinquennium proposita esset querela. Quomodo enim competere vnquam potuerant ex testamento quod nunquam valere potuerit, tanquam factum a demente & furioso *l. cum mater 28. §.* Nec aliud est in libertatibus fideicommissariis quae tempore motae post quinquennium querela, iam per heredem praestitae reperiantur. Sicut enim fideicommissa legataque cetera sunt indebita, sic & libertates. Nisi quod non possunt repeti per conditionē quomodo legata & fideicommissa cetera reperitur *l. 2. §. 1. & l. 5. §. de cond. indub.* quia libertates istae non sola iuris potestate competunt ut directae, nec ob id quod ex testamento debeantur ut legata, sed ex facto & manuissione heredis. Facta autem condici nunquam possunt non magis quam haberi pro infectis *l. naturalis 3. §. quod si faciam inj. de praes. verb.* Et ideo bene atque ex summa nō solum*

aequitate sed etiam ratione constitutum est ut huiusmodi libertates si et praestitae non reuocentur sed sufficiat a singulis qui manus illi sunt praestari victori viginti anteos, ut ea ratione nec semel libertate iam accepta fraudentur, nec heredes sancta iura victoriae ac precio libertatis, arg. *l. ex hoc 8. §. 1. q. in fraud. et du.* Sunt igitur hac parte fauorabiliores libertates fideicommissariae quam directae, quia non tantum testatoris ut directae sed etiam heredis voluntate factaeque competunt: nec possunt ipso iure reuocari tanquam indebitae, cum ab eo praestitae sint, qui cum esset dominus, potuit seruis suos manumittendos perducere ad libertatem etiam de iis manumittendis si quis non fuisset, quantum credit bene sit non fuisse illam eos manumittendum si causa fideicommissi non praecessisset. At neque facile potest dici quam sit magna illa & iusta causa propter quam admittenda sit querela etiam post quinquennium. Si enim cum Accursio exemplum adferas in minore 27. annis ex *d. l. 2. C. in quib. et. inf. non est necess. in iung. resit.* d. cum non esse accommodatum, quia a minori quinquennium non currit ipso iure, ut scriptum est in *d. l. 2.* sed tantum maiori dicit. *l. in iung. resit. §. 1. Tribonianus autem proculdubio his verbis significare voluit fauorabilem esse causam libertatis aduersus eum qui passus est se excedi tempore a iure proponenda querela, quam aduersus eum qui venit ut queratur intra tempus praestiturum. Perid non potest excludi tempore alius, quam is contra quem tempus currit ipso iure *l. cum sex 55. inf. de ad. edict. d. l. 2. §. 1. l. 2. C. de iur. iur.* Ergo ut sit locus aliquis Tribonianae distinctioni porendum est non de minore tractari cui tempus querelae non currit, sed de alio cui potuerit curere, sed qui tamen nihilominus ex magna aliqua, & iusta causa sit admittendus ad querelam, ac proinde beneficio restitutionis in integrum. Nō enim alio quam restitutionis auxilio & remedio succurri potest aduersus damnum quod ex lapsu temporis contingit auctori dicit. *l. ultim.* Atqui certum est adeo esse odiosam querelam, ut si semel omissa sit tacita etiam repudiatione quae ex lapsu solo temporis inducatur, postea repeti nunquam possit, ut neque actio iniuriarum cui simillima est *l. auxilium 37. sup. de minor. iunct. l. 1. §. sed si patu inj. si quid in fraud. patron.* Ideoque nimirum ut eis comparari necesse fuit ut tempora querelae non current ipso iure contra minorem *d. l. 2. §. 1. C. de in integr. resit. minor.* quia si current, nec minor ipse possit restitui. Quis ergo alius erit ille cui possit hoc casu dari restitutio ex magna & iusta causa, ut loquitur Tribon. Familiariter sc. fuit Tribonianus exceptiones istas passim addere, nisi ex magna & iusta causa non alia plerumque ratione, quam ut iuris rationem quantumuis certam conuclat, nō huius in toto iure nostro certe relinquat. Sed neque*



ininitium illud verbum *libertates non esse reuocandas* habet quicquam à quo regatur, vt neque quod sequitur *sub viginti aureos à singulis præstandos* videtur. Adeo parum curæ fuit Triboniano non solum iuris ratio, sed & grammatica ipsa constructio in qua sanè ab Vlpiano erratum fuisse, quis vnquam cecidit?

*Quæ comp. uerunt vel profecto sunt.* Aliud ergo iuris est, n. si fideicommissarias libertates nondum præstitis, quæ scilicet nec competierunt vnquam ipso

9. MODESTINVS libro singulari de inofficioso testamento.

**S**I autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait, præstaturum fideicommissarias libertates, scilicet viginti aureis & in hoc casu à singulis præstandis.

*Ad l. si in eum 9.*

Ratio dubitandi. Enam cum intra quinquennium proponitur querela inofficiosi, prius tamen aditam esse hereditatem necesse est, cum non competat neque nascatur nisi ex die aditæ hereditatis. *Si cõditioni sup. l. pro. l. si quis p̄tium 4. inf. l. perimus 36. §. vit. C. hoc tit.* At qui statim atque adita hereditas est libertates directæ statim competunt & ipso iure, quippe quatenus dies cedat ex ipso quoque instanti aditæ hereditatis. *l. vnic. §. libertatibus C. de ardu. tolerat. l. cum dicitur libertas 8. inf. quædam dicitur legat. C. de leg. Ergo non potest verum esse quod hic dicitur ex Modestino, Si intra quinquennium querela mota sit libertates non competere. Ratio decidendi. Competierunt quidem aliquando & eo ipso instanti, quod adita fuit hereditas, Sed post propositam querelam quæ obtinuerit sicuti hereditas fingitur & intelligitur nunquam adita ex testamento illius qui furiosus & demens fuisse creditur, ex quo nec adiri iure potuit, adeo vt qui semel heres ex testamento fuerat, desinat esse heres ipso iure cõtra iuris regulas. *l. in substitutione 33. inf. de vulg. & pup. sub. l. nam cõsi 15. §. v. l. mater de cõd. 19. l. arca 24. inf. hoc tit.* Ita & euenire necesse est vt cõtra aliam iuris regulam libertates quæ semel competierunt reuocentur: at non tanquam quæ competierunt sed eo potius colore quasi nunquam competuisse intelligantur, quia neque ex furioso testamento competere vnquam potuerunt. Itaque quod hic scriptum est *libertates nõ competunt* valde improprie dictum est pro eo quod scribi debuit *libertates nunquam competuisse intelliguntur* vt vel ex eo maxime appareat esse hanc locutionem Tribonianis, qui tantopere sibi placet in istis impropriatibus, non Modestini.*

*Sed Paulus ait præstaturum fideicommissarias libertates.* Ratio dubitandi. Cum intra quinquennium querela proponitur nihil potest impurari actori, in quibus casu patet familias iure communi intestatas. Ergo etiam libertates fideicommissarias hoc casu interciderere necesse est, sicut & legata & fideicommissa cetera in eodem testamento relicta. *l. pro. §. penultim. sup. l. cum mater 28. inf.* cum ipse quoque libertates directæ interciderant, quæ tamen vel hoc ipso sunt fauorabiliores fideicommissariis hac parte, quod aliquando competierunt, fideicommissaria verò nunquam, siquidem de iis agimus quæ nunquam præstitæ fuerunt. Nam nec ea quæ præstitæ sunt conseruantur nisi cum ambo ista concurrunt vt & præstitæ sint & non nisi post

iure, nec præstitæ vnquam fuerunt, ac proinde in la indigent reuocatione vt non debeantur: Quod notandum est vt intelligamus non esse bonum gumentum à fideicommissariis libertatibus præstitis ad non præstitas, vt dicemus ad *l. si q. b. Sed viginti aureos à singulis præstandos videtur.* fuit olim cõmunis feruor vt legatum astantie constat tam ex hoc loco & ex *l. si q. quæ in ex l. §. autem C. de cõmuni seru. manumiss. vbi quos hic Tribonianus vocat aureos ibi dicit solidos.*

quinquennium coeptum sit dici inofficiosum testamentum: vt dictum est ad *§. vlt. legis præcedentis.* Et verò qui obliuio ratione fieri potest, vt deicommissaria libertates que nunquam præstitæ fuerunt, conseruentur factio patrimonialis in statu: perferunt si à legitimis heredibus non fuerint repetitæ. *l. q. n. v. r. 2. §. v. l. si quis p̄tium 4. inf. l. perimus 36. §. vit. C. hoc tit.* At qui statim atque adita hereditas est libertates directæ statim competunt & ipso iure, quippe quatenus dies cedat ex ipso quoque instanti aditæ hereditatis. *l. vnic. §. libertatibus C. de ardu. tolerat. l. cum dicitur libertas 8. inf. quædam dicitur legat. C. de leg. Ergo non potest verum esse quod hic dicitur ex Modestino, Si intra quinquennium querela mota sit libertates non competere. Ratio decidendi. Competierunt quidem aliquando & eo ipso instanti, quod adita fuit hereditas, Sed post propositam querelam quæ obtinuerit sicuti hereditas fingitur & intelligitur nunquam adita ex testamento illius qui furiosus & demens fuisse creditur, ex quo nec adiri iure potuit, adeo vt qui semel heres ex testamento fuerat, desinat esse heres ipso iure cõtra iuris regulas. *l. in substitutione 33. inf. de vulg. & pup. sub. l. nam cõsi 15. §. v. l. mater de cõd. 19. l. arca 24. inf. hoc tit.* Ita & euenire necesse est vt cõtra aliam iuris regulam libertates quæ semel competierunt reuocentur: at non tanquam quæ competierunt sed eo potius colore quasi nunquam competuisse intelligantur, quia neque ex furioso testamento competere vnquam potuerunt. Itaque quod hic scriptum est *libertates nõ competunt* valde improprie dictum est pro eo quod scribi debuit *libertates nunquam competuisse intelliguntur* vt vel ex eo maxime appareat esse hanc locutionem Tribonianis, qui tantopere sibi placet in istis impropriatibus, non Modestini.*

ex eo quod à testatore relicta, sed quod ab herede præstita fuerint descendere: hanc verò rationem in præstandis locum non habere. Prodit etiam Tribonianam ablatiui illi absoluti quos habet tantopere familiares scilicet *viginti aureis & in hoc casu à singulis præstandis.* Ex quibus verbis iuncto eo quod scriptum est in §. præcedente apparet, Tribonianum traxisse ad libertates præstandas id ipsum quod non fuerat constitutum aut receptum nisi in fideicommissariis libertatibus iam præstitis, vt in singula capita & ab vnoquoque manumisso viginti aureis præstaretur, Quomodo & illud ipsum traxit ad libertates directas in *d. §. vlt.* nullo certè iuris aut æquitatis colore, cum in directis libertatibus nullum heredis factum intercedat, propter quod adeo fauorabiles videri debeant, vt rescisso quoque testamento tanquam dementis hominis & fatuati, possint nihilominus subsistere: quod in fideicommissariis diuersum est. Sed ne illud magis mouet ac pendet torquet quod non video à quo factum hoc constitutum vt in singula capita seruorum manumissorum viginti aurei præstandi sint. Nec enim credendum est à prudentibus aut ab alio quàm ab imperatore aliquo temperamentum hoc iudici & constitutum potuisse. A quo igitur, nisi à Triboniano Imperatore vt passim solet agente in responsis prudentum corrumperdis? Nam testata Diui Hadriani & Diui Pij, quorum mentio fit in §. penult. *l. pro. p̄tium* non ad libertates pertinent quæ scilicet condici & repeti nunquam

possunt, sed ad cetera legata & fideicommissa quæ si indebitè soluta fuisse ex postfacto appareat, commodè per indebiti conditionem reperuntur, vt constat ex *l. 2. §. 1. l. 3. 4. C. de inf. de condit. indub.* Vide tamen Papinianum in *l. cum ex falsis 47. inf. de manum. testam.* referre ita constitutum fuisse à Principe, vt cum ex falsis codicillis per errorem libertas licet non debita præstita tamen per heredem fuit, viginti solidos à singulis hominibus heredi præstari oporteat, Ex quo inferri, si conditionis implenda gratia seruus institutus manumiserit, ac postea filius agendo de inofficioso obtinuerit vel testamentum fuerit falsum pronunciatum, consequens esse eisdem in hac specie fieri quod in falsis codicillis constitutum est, Vt scilicet fideicommissaria libertates quæ iam præstitæ sunt conseruentur si modò viginti aurei ab vnoquoque heredi inferantur. Ergo verum est quod volumus, neque in directis libertatibus tale quicquam ab vno Principe fuisse constitutum, sed tantum in fideicommissariis, neque in fideicommissariis omnibus, sed in iis tantum quæ iam præstitæ proponantur. Digna igitur res fuit & audacia & inscitia Triboniani vt quod in fideicommissariis duntaxat iisdemque præstitis libertatibus constitutum erat traheret ad directas, itemque ad fideicommissarias præstandas: quod neque Vlpianus, neque Modestinus, neque alius quicquam ex prudentibus vnquam fecisset.

10. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

**S**I pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanus erit, sequi eius partis sententiam, quæ secundum testamentum spectauit, nisi si aperit iudices iniquè secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

*Ad l. si pars 10.*

Ratio dubitandi. Publicè interest non violati officia pietatis, eaque potissimum ratio induxit ius querelæ inofficiosi testamenti, & fecit vt esset publica accusatio, quemadmodum dixi ad *l. i. sup. hoc tit.* Ergo in dubio ea sententia prævalere debet, quæ fauet querelæ potius, quàm quæ fauet testamento: aut saltem in pari numero sententiarum neutra debet vincere, sed vt fieri solet in supremis curiis cum par est numerus votorum, ex integro sententia rogantur, & numerantur, Ne alioqui res sine exitu futura sit propter naturalem hominum ad dissentendum facilitatem, Nisi adsint alij qui possint adiacere, vt per eos ablata pars fiat numero potentior & vincat, arg. *l. item seruus 17. §. principi pariter sup. de recept.*

Ratio decidendi. Ad publicam sanè vindictam & utilitatem pertinet, vt quisquis officia pietatis violauit demens & furiosus fuisse existimetur, quæ scilicet nemo sanæ mentis rectique iudicij vnquam fuerit violaturus: Sed cum in querela inofficiosi de hoc ipso controuertatur, An testator aliquid fecerit contra pietatem, in dubio procliuiores esse debemus in eam sententiam vt non faciliè pietatem violasse videatur: Idque ad publicam quoque non quidem vindictam, sed utilitatem pertinet, vt nihil sit quod puniri debeat potius quàm vt puniatur, quod contra leges peccatum inuenitur. Nam in ipsa delictorum emendatione & coercitione licet non tantum o-

prima sit, sed etiam necessaria in republica bene constituta, hoc tamen inest malè, quod præ se fert mentionem, & commemorationem delicti, cuius exemplum plerumque plus potest ad peccandi voluntatem in multis excitandam, quàm exemplum pœnæ ad peccandi licentiam in aliis refræmandam. Sed præter hanc rationem adest etiam fauor testamenti qui semper & vbique præcipuus est. Publicè namque expedit suprema hominum iudicia exitum habere. *l. vel negare 6. inf. test. quem aper. l. i. C. de sacros. eccles.* quoniam qui testatur facit legem. *l. verbis legis 120. de verb. signific. l. qui in testamento 14. inf. qui testam. facer. poss. §. disponat Nouell. de nupt.* legum autem conseruatio semper fauorabilis est, & maxime pertinens ad curam legislatoris. Nec distinguimus an qui testamentum impugnatur sit ex liberis aut parentibus, an extraneus quilibet. Porior enim est causate testamenti quàm ipsorum liberorum parentumve, Nec tantum si inofficiosum testamentum dicatur vt in hac lege, sed et si falsum, vel ruptum, vel irritum vel iniustum. In ceteris enim omnibus illis speciebus minor dubitandi ratio est, quin si par sit in vtramque partem numerus sententiarum ea pars sequenda sit quæ pro testamento facit, non ea quæ contra testamentum.

*Quod interdum fieri solet.* In iudiciis enim centumviralibus, quale fuit hoc iudicium querelæ inofficiosi par est numerus iudicantium,

sive Centum duntaxat viri essent, siue Centum & octoginta quot esse oportebat quoties iudicium quadruplex conscribatur, vt refert Plin. libr. 6. epistoliarum epist. 33. quæ res plerûq; sententiarum in pares numeros diuisionem inducit, quod numquam potest contingere numero iudicium impari constituto *d. l. ut si vnus* 17. §. *principaliter* *supr. de rec. pt.* C. Im verò id contingit alterutrum dici necesse est, vt vel controuersia fiat sine exitu quod & natura & lex abhorret, vel ea sententia præualere ac vincere debeat quæ fauorabilior videatur, *l. inter pares* 38. *inf. de re iudic.* vbi ob hanc causam dicitur inter pares numero sententias in liberalibus causis eam præualere quæ sit pro libertate, in ceteris verò iudiciis, siue publicis siue priuatis eam quæ a reo. Sunt enim rei fauorabiliores *l. fauorabiliores* 125. *de reg. iur.*

b *Quæ secundum testamentum spectantur.* Abudat dictio *spe. et. mit.* quæ nec vllius sensus est. Fuit autem, vt credibile est, addita ab interprete valde imperito, qui orationem quasi sine verbo mancam & imperfectam existimabat, nec videbat posse multò elegantius, & debere suppleri priora illa verba *sententiam dederit.* Ergo vel ex hoc maxime loco collige quam inepti, & imperiti fuerint plerique ex tot interpretibus qui libros nostros tractarunt.

c *Nisi si aperte indices.* Hæc verò exceptio est, quam monuit in præcedentibus mihi suspensam esse, Non quia dubitem an sit Marcelli, sed quia cum Marcelli esse non possit, pendeo animi an eadem interpreti de quo proxime diximus, an Triboniano potius sit adscribenda. Est enim prorsus inepta: & quæ priorem legis sententiam prorsus destruit. Pone enim quantum voles, aperte indices iniquè secundum heredem scriptum pronunciasse, id quæ ex actis litis apparere. Quis tamen de hoc cognoscat an sententiam feret? An fortè Centumviri qui iam officio suo siue bene siue malè functi sunt? An plus iuris habebant, aut potius plus infamiae quam prætores, ceterique magistratus, & a magistratibus dati iudices, quibus non solum turpe sed etiam interdictum erat ne sententiam definitiuam quam semel tulissent retractare vaquam

aut corrigere possent? *l. quod iussit* 14. *l. Paulus respōdit* 42. *l. iudex posteaquam* 55. *inf. de re iud.* An fortasse credendum erit eodem modo qui se dicar aperte iniquè condemnatum? quasi quem æquum sit iudicem fieri in causa sua? At hoc nimis euidenter absurdum & iniuriam est. *Julianus* ait 17. *supr. tit. prox. l. vnic. C. ne quis in causis iudic. vel ius dic.* Sed neque hæc adiectio sic concepta est vt iniquitatem centumviralis sententiam allegari sufficiat. Requirit enim vt de ea iniuriam aperte appareat. Cui verò? & quis tandem erit ille qui pronunciare poterit id ipsam aperte apparere? Ergo non potest hæc adiectio effectum aut casum aliquem vtilem habere, nec proinde rationem vllam. Semper enim standum est rei iudicæ quantumvis iniqua sit, adeoque licet per gratiam aut per errorem malè pronunciatum fuisse appareat, id quæ propter retum iudicatarum auctoritatem *l. seruo* 65. §. *cum prætor* *inf. ad SC. Trebell.* Sed hic mos fuit Triboniani vt iuris propositionibus quantumlibet certis, vniuersalibus, nec vllam exceptionem admittentibus, exceptiones subnectat, casque si non penitus falsas, saltem obscuras, nec ad aliud aptas nisi vt quod per se certum & apertum est incertum faciant & obscurum. Miror verò deditissimum virum Iac. Cuiacium *lib. 10. Obj. cap. 2.* non modò hanc exceptionem probare sed etiam exemplum ad eam petere ex Plinij epist. 33. libr. 6. quasi Accia Variola de qua ille obtinuit totam hereditatem patris quamvis pars iudicium pro testamento pars contra testamentum pronunciasset. Nam imò verò adfirmat Plinius duobus tantum consiliis eam vicisse, Vno scilicet contra nouercam quæ fuerat ex sextante tantum heres scripta. Altero contra Suburrinum, ex parte nimirum aliqua hereditatis institutum. At totidem aliis consiliis victam fuisse, id est, vt ego interpretor à duobus aliis heredibus quæ reliqua hereditate fuerant instituti, quorum quippe causa fauorabilior visa erat, quam aut nouercæ aut eius qui à patre suo exheredatus aliena bona vindicabat non ausus sui petere. Nec enim nouum est vt diuersi heredes diuersi quoque iuris sint *l. nam et si* 15. §. *vt. l. circa* 24. *inf. cod.*

*l. cum pater* 77. §. *si uero de leg. 2. l. à Titio* 64. *in fin. de iur. Nihil ergo posse imputari ei qui legatum percepit, quod nec repudiare potuit, quia post acquisitionem sera repudiatio est. *l. Titia cum testamento* 34. §. *Lucia Titia cod. l. 1. §. decretis* *inf. de success. edict.* Sed respondendum est duplicem esse acquisitionem legati, Vnam, quæ sit iuris potestate & per quam res legata acquiritur legato etiam ignoranti, sed non iniuriam. Liberum enim est ei repudiare legatum *l. legatarius* 38. §. *1. l. si tibi homo* 86. §. *cum seruus de leg. 1.* quoniam scilicet iniuriam nec beneficii dari potest, vt habet iuris regula, nec liberalitas acquiri *l. iniuriam* 69. *de reg. iur. l. hoc iure* 19. §. *nō potest de donat.* Alteram, quæ ex legatarij voluntate pendet, nec nisi per expressam voluntatis declarationem inducitur, de qua *in l. et qui* 13. *inf. de condic. inst.* Et hoc modo acquisitum legatum repudiari postea nunquam potest. De hac verò posteriore acquisitionis specie loquitur hic §. Nemo enim aut ignorans aut iniuriam percipit legatum, Perceptionis enim nomen ad factum non ad ius refertur *l. si v. sius fructus* 66. *in si. inf. de iur. dot.* Acquisitionis verò ad ius magis quam ad factum *l. placet* 79. *de acquir. hered. l. etiam* 32. *de acquir. rer. donat.* Illud obseruandum est non eandem rationem esse conditionis quæ hodie competit ad supplementum legitimæ ex *l. omnimodo* 30. *C. hoc tit.* Nam etiam si legatum sibi testamento relictum quis agnouerit, non idèò prohibetur agere ad supplementum, Nec si testator prohibuerit ne quid amplius peteretur quia quicquid in fraudem supplementi adiectum est habetur pro non adiecto *d. l. omnimodo l. quoniam in prioribus* 32. *l. si quando* 35. §. *& generaliter cod. tit.* Et supplementum ipsum per actionem ex testamento petitur non contra testamentum in quo maxime differt hæc actio à querela inofficiosa, vt mirum non sit aliis eam legibus regi, quamuis subrogata fuit vt planè diuerso iure non vt eodem censeretur.*

a *Nisi id totum alij administravit.* Ratio dubitandi.

## II. MODESTINVS libro 3. Responforum.

**E**tiam si querela inofficiosa testamenti obtinuerit: non idèò tamen donationes, quas viuis ei perfecisse proponitur, infirmari, neque in dotem datorum partem vindicari posse respondi.

### Ad l. etiam si 11.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosa rescindit testamentum eo colore quasi testator fuerit demens & furiosus *l. 2. l. 5. sup. hoc tit.* At quis is qui demens & furiosus est non magis donare siue inter viuos siue mortis causa aut dotem constituere potest, quam testari, quia nihil omnino facere potest quod consensum aliquem & voluntatem requirat *l. in negotiis* 5. *de reg. iur.* quia nec sentire intelligitur *l. si tibi* 8. §. *vnus de option. legat.* Ergo si is qui querelam inofficiosa testamenti proposuit in ea obrinuerit, fatendum videtur non minus donationes illas infirmari quas testator viuis perfecit, quam testamentum ipsum, & consequenter dandam victori vindicationem partis bonorum quæ ab eodem testatore in dotem alteri data reperuntur, pro ea scilicet parte successione quam ab intestato habere victor debet: quasi dubitandum non sit quin manserint in patrimonio & hereditate defuncti omnia quæ voluit alienare tanquam nec alienata.

Qui alij aduocationem præbet vel ab alio procuracionem suscipit, is proculdubio alij rem & negotium administrat non sibi, *l. inter officium* 54. *inf. de rei vindic.* Atqui si exheredatus petenti legatum ex testamento aduocationem præbuerit, aut ab eo procuracionem susceperit, remouetur ab accusatione, quod agnouisse testamentum videatur, qui qualequale iudicium defuncti comprobauit *l. vt. in princip. inf. hoc tit.* Ergo etiam qui totum negotium alij administravit in quoquomodo iudicium defuncti agnouerit repellendus est à querela.

Ratio decidendi. Officij necessitas & fides eius qui alienorum negotiorum administrationem suscipit, debet esse excusata *l. post legatum* 5. §. *Aduocatum fisci* *l. tutorum* 22. *inf. de his que vt ind. gn.* quia nemini officium suum siue publicum, siue priuatum damnosum esse debet *l. videlicet* 29. *supr. ex quib. caus. maior. l. sed si quis ex signatoribus* 7. *inf. testam. quem aper.* Ergo si quis alieno nomine, puta tutor nomine pupilli, aut curator nomine furiosi legatum acceperit, non idèò prohibendus est agere de inofficiosa ex propria persona, sicut è contrario tutoribus permittitur est pupilli nomine querelam instituere sine periculo eius quod eodem testamento legatum iis fuit *l. aduersus* 30. §. *1. inf. hoc tit.* Videtur enim quasi alius percepisse, & quasi alius nunc agere, licet vnus ac idem homo sit qui & nunc agit & legatum percepit, arg. *l. si pater familias* 15. §. *1. sup. de adopt. l. item eorum* 6. *in princip. inf. quod cuiusque vniuers.* Sed hoc de iis dictum intelligi debet, qui totam rem alij administrarunt, ex necessitate officij quod ex necessitate quoque non vltro susceperint, Quale est officium tutoris & curatoris, at non etiam aduocati vel procuratoris. Liberum enim est aduocationem præbere, vel recusare, itèque procuracionem suscipere vel non suscipere in hac vel illa causa. Excipitur aduocatus fisci qui quoniam ad omnes fiscales causas assumitur, nunquam se excusare potest quominus fiscalem causam prosequatur *d. §. aduocatum fisci.*

¶ Illud notissimum est, eum, qui legatum percepit, non rectè de inofficiosa testamenti dicturum: nisi id totum alij administravit.

### Ad §. 1. illud notissimum est.

Ratio dubitandi. Admittitur ad querelam ex ratione iuris veteris quisquis non habuit à testatore legitimam portionem *l. Papinianus* 8. §. *si quis mortis & §. quoniam autem & pass. sup. cod.* At qui potest fieri vt minus sit in legato quam in legitima portione, Et verò ita ex facto contigisse ponendum est quoties queritur vt in hoc §. an qui legatum percepit summouendus sit à querela. Nec enim posset conueniri etiam is qui legatum non percepisset, si modus legati modo legitimæ responderet. Ergo cum queritur. An legatarius possit agere de inofficiosa, non illud inspiciendum est, An legatum percepit, sed an ex legato tantum percepit, quantum ei pro legitima debuit relinquere. Ratio decidendi. Qui semel iudicium defuncti agnouit, non est potest audiendus si velit illud oppugnare *d. l. Papinianus §. si codicem* 5. *l. nihil interest* 12. §. Atqui legatarius qui percipit legatum agnoscat iudicium defuncti

*l. pen. §. pen. j.* adeoque legatarij heres si petat legatum *l. vlt. §. 1. eo.* quia legatarij omnes veniunt ad legatum ex iudicio, expressaque voluntate testatoris *l. 1. l. si sub condicione* 8. *in si. & pass. j. si quis omni caus. test.* Ergo qui legatum percepit ex eo testamento quod nunc vult inofficiosa dicere, quamuis minus percepit quam ei pro legitima debebatur, potest quidem agere de inofficiosa summo iure, quia semper verum est non satisfacisse officio pietatis testatorem qui non integram legitimam ei dedit, sed non rectè agere quia venit contra iudicium quod ipse vltro agnouit, cum agnoscere non cogetur, ideoque præscriptione, & doli exceptione summouebitur *d. l. nihil interest.* Dicat aliquis Legata, præsertim si per vindicationem relicta sunt, qui omnium frequentissimus fuit iure veteri legandi modus, ipso iure acquiri legatario etiam ignorantanti, adeoque vt dominium rectè via transeat à testatore in legatarium numquam factum heredis *l. legatum* 80. *iud. l. cum*



extra corpus patrimonij & extra causam hereditatis, tamen si donata sint illi ipsi qui postea heres scriptus invenitur, quia fuerat ea habiturus etiam alio herede existente *l. si quis quæstio de legat. 2. si cur & ea que in dotem data fuerunt l. de ce 9. C. de rei vind. l. ult. §. in si. ut legat. in iudic. seruand. caus. caueat. l. ult. de collat. dot.* Ergo nec donationes inter vivos factæ insistantur per querelam, nec datio in dotem: Non enim per querelam inofficiou hoc intenditur fuisse testatorem absolute furio-

sum ac dementem, sed eo demum & præcisè instanti quo suprema ordinabat. Proinde querela inofficiou ea tantum potest subuocare quæ pertinent ad supremam defuncti voluntatem *l. nec fidei commissi in fin. de leg. 3.* Illa tantum quæstio subuocari potest, An adeo sit generalis sententia huius legis, ut pertineat etiam ad donationes causa mortis. De qua quoniam fuisse scriptum in Hemischilide De errorib. pragmat. nihil nuncti-

12. MODESTINVS libro singulari de Præscriptionibus.

**N**ihil interest, sibi relictum legatum filius exheredatus adgnouerit an filio, seruoque relictum consecutus sit. vtrubique enim præscriptione submouebitur. Quinetiam si idem institutum seruum prius, quam adire hereditatem iuberet manumiserit, vt ille suo arbitrio adeat hereditatem, idque fraudulento consilio fecerit: summouebitur ab actione.

*Ad l. nihil interest 12.*

Ratio dubitandi. Qui legatum ex testamento consecutus est alterius nomine, non ideo prohibetur querelam instigare proprio nomine *l. si pars 10. §. 1. supr. hoc tit.* Atqui cum legatum filio vel seruo relictum est, & pater aut dominus id agnoscat, & percipit, haud dubie id consequitur quod alij relictum fuit, non quod sibi. Non enim quod filio vel seruo legatur, ipsi etiam patri aut domino absolute legatum intelligitur, quamuis per filium vel seruum patri aut domino acquiratur. Vnde est etiam quod si quid implendæ conditionis causa filio vel seruo dari testator voluit, in ipsius filij vel serui non in patris aut domini persona impleri condicio debet *l. qui heredi 44.* Ergo multum interest an sibi relictum legatum filius exheredatus agnouerit, an verò quod filio seruoque relictum est, consecutus sit. Priori siquidem casu dubitatio nulla est quin si querelam velit proponere, debeat summoueri præscriptione atque exceptione agniti testamenti, non etiam posteriore. Ratio decidendi. Quod alicuius filio vel seruo legatum est facta patris vel domini mentione, puta *Trio filio Sæpromij aut Stichio seruo Titij*, non tam filio vel seruo quam patri ipsi aut domino legatum intelligitur, *l. filiofamilias 42. de condit. & demonstr.* Vnde sit vt quamuis non possit alius onerari fideicommissio quam qui honoratus est *l. ab eo 9. C. de fideic.* in proposito tamen casu fideicommissi patris vel domini potest *l. cum filiofamilias 11. de legat. 2.* Itemque vt legatum seruo delatum dominus potest repudiare *l. legatum 7. eod. tit.* Perinde igitur agnoscat defuncti iudicium pater vel dominus qui legatum filio vel seruo relictum consequitur, atque si quod ei relictum esset consequeretur. Non enim alieno nomine id facit vel suo, nec ad commodum alterius sed ad proprium, quia quod legatur filio vel seruo sic acquiratur patri vel domino, vt acquisitio ne momento quidem temporis consistat in persona filij vel serui *l. placet 79. de acqu. b. red. l. 1. infr. si quis à parent. manum. sit.* licet non eo magis acquiratur patri vel domino inuito *d. l. legatum.* Alia causa est eorum quæ filio vel seruo conditionis implendæ causa dari debuerunt. Non enim potest condicio impleri nisi in persona ipsius filij vel serui, quia conditiones omnes factæ sunt non iuris, quæ autem sunt factæ non transeunt ad patrem vel dominum *d. l. qui heredi 44. l. Manius 55. de cond. & demonstr.*

*l. quod dicitur 130. de verb. obl.* Nihil igitur interest an sibi relictum legatum filius exheredatus agnouerit, an filio seruoque suo relictum legatum consecutus sit, quia vtrubique casu præscriptione submouendus est, tanquam quem æquè verum sit vtroque casu agnoscat testamentum defuncti & iudicium, quod nunc vult impugnare. a *Quinetiam si idem.* Ratio dubitandi. Cum filius exheredatus seruum suum heredem institutum manumiserit priusquam eum iubeat adire hereditatem, certum est seruo post manumissionem adente hereditatem non acquiri eam filio qui per manumissionem dominus esse desit, sed ipse seruo, qui factus ex manumissione liberi, potest tibi acquirere, & arbitrio suo adire hereditatem *l. si fr. nus eius 82. infr. de a. qui heredi. vbi dicitur hoc obtinere etiam in seruo. Illius qui capere ex testamento non poterat. Ego non potest videri filius in hac specie iudicium patris agnoscat, ex quo neque honorem, neque commodam vllam perceperat, & consequenter non est prehibendus illius hic exheredatus quoniam insistant querelam postdatam à manumissione hereditatem. Ratio decidendi. Id obtineret, si nihil in fraudem legum & testamenti factum à filio proponeretur vt in *d. l. si seruus eius.* At ponimus cum Modestino factam esse hanc manumissionem fraudulento consilio vt filius exheredatus qui non poterat queri nisi post aditam hereditatem, nec rursus eo casu quo seruus institutus adisset in illius eius, ei que hereditatem acquisisset, per istas manumissionis insidias assequeretur, vt adita per alium hereditate & alij quam ipsi filio acquisita iustam haberet causam, vel potius occasionem, non maioris commodi ex hereditate per querelam consequendi (quid enim amplius sperare potest is, qui totam hereditatem per seruum fuerat habiturus) sed suggillandæ memoriæ patris, quasi dementis hominis & furiosi. Cuius tam impij consilij fructum non alium ferre filium æquum est, quam vt à querela si eam postea contra manumissionem proponere velit, submoueat, non quasi iudicium defuncti agnouerit, sed quia dolo malo fecit ne agnosceret, cum post suo deliderio æquè satisfacere retinendo seruum suum in potestate, iubendoque pro suo iure vt hereditatem adiret. Nam si quis replicet posse filij interesse, & ad eius exitimationem non parum pertinere, vt per querelam appareat fuisse*

uisse illum in illud casu. Dicam quod verissimum est, Nam quamuis exheredato dari querelam ob id solum quod institutus sit, sed ob id potius, quod ita sit institutus, vt tamen non habuerit à patre debitam ex legibus portionem, quippe qua filio data, liberum olim erat patri filium etiam inuenerem & pro arbitrio exheredare *l. Papinianus 8. §. si quis mortis, & §. quoniam autem, & p. §. supr. d. in ius v. de liber. & postum.* At in proposito non tantum legitimam potuit habere filius, sed etiam totam hereditatem, si seruum suum heredem ex aile institutum adire iussisset, Adeo-

que ex iudicio ipso defuncti. Cum is qui seruum alienum heredem instituit, non alterius quam domini contemplatione instituere illum videatur, licet neque ex sua, sed tantum ex domini persona seruus capax est institutionis *l. non minus 31. §. de hered. inst. iunct. l. si serui 21. & seq. §. de v. s. §. filiofamilias 42. de condit. & demonstr.* Proinde tibi debet imputare filius qui factio suo & consilio tam fraudulento paternam hereditatem amittere maluerit, quam ex testamento per seruum habere, ob hoc solum vt posset queri patremque suum eo colore quam furiosus fuerit, facere intestatum.

**1** § Si à statulibero exheredatus pecuniam petere cœperit, videri agnosuisse parentis iudicium.

*Ad §. 1. si à statulibero.*

Ratio dubitandi. Quod accipitur siue à statulibero, siue ab alio conditionis implendæ causa, nõ imputatur in legitimam portionem, quia neque ex bonis, neque ex iudicio defuncti accipitur, sed ex sola eius qui dat voluntate, ideoque non potest excludere querelam, vt pluribus probauimus ad *l. Papinianus 8. §. si conditionis. supr. ex l. si sub conditione 8. §. si quis omis. caus. test. l. id autem 76. ad leg. filio. id.* Atqui longè minus est petere quam accipere, Nec rursus potest videri petisse is qui neque ius petendi vllam habuit, neque in petitione perseuerauit. Sicut è contrario dicimus, non nocere quod quis de inofficiou agere cœperit si nõ perseuerauerit in lite *dicit. l. Papinianus. §. meminit. supr. l. nam et si 5. §. 17.* Ergo nõ ideo potest filius exheredatus summoueri à querela, quod pecuniam quam statuliber ei dare iussisset, petere ab eo cœperit, Præsertim cum ea petitio sit sine effectu non in ius quam in specie *§. si q. quia quod implendæ conditionis causa dari debet in præstatione tantum est non etiam in petitione l. de pen. leg. l. 1. §. ita sita. ad leg. filio. id. l. cum sine præstatione 1. quando. dicitur leg. eod.* Porro dici solet petitionem quæ sine effectu fuerit, non nocere ex *dicit. §. seq.*

Ratio decidendi. Filius exheredatus qui à statulibero pecuniam cœpit petere, licet inutiliter & nullo iure ac proinde sine effectu egerit, petende tamen iudicium parentis agnosuisse intelligitur;

**2** § Si cum filius ademptum legatum instituerit petere, summoues repetat inofficiou querelam: præscriptione remouendus non est. quamuis enim, agendo, testamentum comprobauerit: tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, vt merito repellendus non sit.

*Ad §. 2. si cum filio.*

Ratio dubitandi. Filius qui legatum sibi à patre in testamento relictum, sed postea ademptum, instituit cœpitque petere ex testamento, licet summotus & condemnatus sit, quia male egit, cum ademptum legatum nullo iure debeatur, tanquam si nec datum esset. *l. 3. §. vbi. & p. §. de adim. leg.* (et si reuera aliud est ademptum quid esse aliud verò datum non esse *l. 1. §. pen. §. de his que in testam. delent.*) perinde tamen testamentum comprobauit agendo ex testamento, atque si iure optimo egisset. Exemplo eius, quod diximus in *§. præcedente*, illum qui à statulibero pecuniam conditionis tantum implendæ causa dandar petere cœperit, hoc ipso videri defuncti iudicium agnosuisse, quamuis petitio fuerit sine effectu, quia nullo iure nitabatur. Est enim longè maior ratio, vt videatur iudicium

acti pecuniæ ex testamento petendæ ius habuisset, cum vtraque petitio tam quæ nullo iure quam que iussè ex testamento sit, præsupponat testamenti iudicijque validitatem. Quis enim tam demens & furiosus sit vt quicquam velit petere ex testamento illius, quem credat fuisse dementem & furiosum eo tempore quo testabatur? Ergo perinde summouendus est præscriptione ac si iure optimo egisset, siuque petitionis effectum habuisset. Siquidem nihil vetat testamentum iudicijque defuncti agnosci etiam ab eo qui tamen nihil ex testamento iudicijque ipso consequatur. *l. si præscripto 17. §. de iniur. rap.* Plus igitur hac parte est, Petere ex testamento, quam accipere. Accipitur enim quod datur, etiam si non debeatur. Petitur autem id tantum quod debetur, aut saltem eo colore quam debeatur, vt ipsa actionis definitio ostendit. *l. nihil aliud 51. de oblig. & actio.* Petitionis enim nomine factum magis quam ius significatur, nec quicquam vetat, etiam in iudicio peti remerè id quod nullo iure debeatur *l. munda 3. C. de contr. & con. n. §. si q. l. Quid verò aut, petitionem quæ sine effectu fuit, nõ nocere filium est, Nihil etiam illud concurret vt aliquid sit quod ipsius testatoris vitio reputetur, vn in specie *§. præscripto vbi dicam.* Videtur sanè hic locus Tribon. fecisse, vt ex alicuius sum. mouendū à querela eum qui pecuniam conditionis impendæ causa datam accepit, quasi & is agnouerit iudicium defuncti *d. §. si conditionis*, vbi pluribus scripti.*

defuncti agnosuisse hic qui petit legatum, quamuis ademptum, quia verum est legatum quod postea fuit ademptum, aliquando datum fuisse (alioqui ademptio non valeret) adeoque ex iudicio expressæque voluntate testatoris, quod de iis quæ implendæ conditionis causa dantur dici nunquam potest *l. si sub conditione 8. §. si quis omis. caus. test. l. inter mortis 38. de mort. caus. donat.* Ergo si filius hic qui cum ademptum legatum instituit, cœpissetque petere ex testamento summotus est ab actione, postea repetat inofficiou querelam, quasi natam ex ipsa condemnatione per quam apparet nihil huic filio relictum fuisse, præscriptione tamen agniti iudicij æquè remouendus est.

Ratio decidendi. Cum testator legatum quod filio dederat, ademit, verum est per ipsum testatorem factum esse ne legatum tale ex ipsius iudicio

& testamento debeat, quod utique deberetur tanquam ritè rectèque datum si ademptum non fuisset. Proinde factò ipsius testatoris contingit, ut petitio legati per filium instituta, sine effectu sit. Ergo cum hic aliquid sit quod testatoris vicio reputetur qui vel nihil dare filio debuerat, vel nihil adimere, dignus est filius qui admittatur ad querelam. Non enim petitionem legati instituit, si nihil ei parer legasset, neque rursus petitio illa fuisset sine effectu si legatum pater non ademisset. Patris igitur factum in causa est, ut & legati petitio fuerit instituta, & sine effectu. Nec sanè à demètia

3 ¶ Filius testatoris, qui cum Titio eiusdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata, per acceptilationem Titij liberatus, ab actione inofficiosi non summouebitur.

Ad §. ult. filius testatoris.

Ratio dubitandi. Testatoris filius, qui correus debendi fuerat cum Titio legatario liberationis, si Titius per acceptilationem liberatus sit ab herede, æquè ipse ac Titius per eiusmodi acceptilationem ipso iure liberatur, quia correorum debendi vna tantum obligatio est, & vnus summæ, licet ipso iure singuli solidum debeant l. 2. l. 3. §. 1. de duobus reis. Proinde solutio sufficit ad tollendam omnem omnium obligationem dicit. §. 1. in fin. Et consequenter vna acceptilatio vni ex correis facta d. l. 2. quia licet acceptilatio non nisi imaginaria & civilis solutio sit §. 1. Inst. quib. mod. tollit. oblig. veræ tamè & naturalis solutionis vim ac potestatem obtinet, eiuſque ex èplo liberatione adferre solet l. pen. §. de solut. l. in diem §. de acceptil. l. si rem aliquam §. 8. §. si duo rei §. de nouat. Atqui ponimus Titio legatam fuisse liberationem eo ipso testamento, quod filius inofficiosum dicere nunc velit. Ergo quemadmodum Titius si ex iis personis esset, quæ ad querelam admitti possunt, non esset audiendus percepto liberationis legato si vellet queri de inofficio, quoniam liberationem consequendo per acceptilationem, utique testamentum defuncti comprobasset, eiuſque iudicium agnouisset l. si pars 10. §. 1. §. hoc rit. Ita & filius exheredatus in proposita specie videtur repellendus si querelam mouere velit posteaquam legatæ liberationis commodum percepit per factam correo acceptilationem: Quasi non possit iudicium non agnouisse is, qui ex eo iudicio etiam commodum quod magis est, percepit. Ratio decidendi. Acceptilatio quidem Titio facta, filium exheredatum correum debendi liberat, & quidem ipso iure, sed non tam ex iudicio testatoris quam ex necessitate iuris, nec principali-

valde abest ista inconstantia eius qui quod dedit adimit, nisi cum ademptio sit ex aliqua noua causa, quæ post datione superuenierit, licet non aliã causam habere necessariò debeat quam nudã adimentis voluntatem d. l. 3. §. vl. de adim. leg. At extra hunc casum & alios si qui sunt similes, in quibus aliquid sit quod testatoris vicio reputari possit, petitio ex testamento facta, etiam quæ sine effectu fuit, sufficit ad querelam excludendam, non quidem ipso iure, sed per exceptionem & præscriptionem, quia inducit approbationem testamenti & agnitionem voluntatis defuncti, ut dixi ad §. præcedentem.

ter, sed tantum per consequentiam adeò necessariam ut neque per contrariam testatoris voluntatem impediti possit. Nam etsi testator maxime voluit prospectum soli Titio cui liberationem legauit, non etiam filio, si tamen Titius per acceptilationem liberetur, non eò minus liberabitur filius, quod eum obligatum manere testator voluerit, Ideo que ne hoc accidat contra testatoris voluntatem sufficit ut paratus sit heres liberare Titium pacto nudo, nec est cogendus ut liberet per acceptilationem l. 3. §. nunc de effectu. §. de liber. leg. vbi tamè additur exceptio Nisi correi isti fuerint etiam socij propterea quòd eo casu non videretur Titius plene liberatus, ni socius quoque liberaretur. Ergo si acceptilatio facta Titio sit ab herede, siue per acceptilationem, siue per pactum liberare Titium heres debuit, non potest dici filium quamuis eque liberatum agnouisse, iudicium defuncti, quo etiam inuito necesse esset illum liberari, adeoque quod magis mirere, non modò ignorantem, sed etiam inuitum. Nam quemadmodum soluendo quisque pro alio licet ignorante & inuito eum liberat l. soluendo 39. §. de negot. gest. l. solutione 23. de solut. ita & acceptum ferendo. Quis igitur dicat videri agnitionem à filio iudicium patris & testamentum ob id solum quòd ex eo testamento perceperit commodum liberationis, quod & inuito ei potuit obtingere, & ipso quoque inuito patre? Rectè autem hic §. ab omnibus accipitur de filio emancipato. Filius enim retentus in familia & potestate, non magis potest quicquã debere patri civiliter quam sibi ipsi propter impedimentum, quod inducitur ex vinculo patriæ potestatis l. ne cum filio familias 16. §. de furi. l. Imperator 50. ad SC. Trebell. l. siue emancipatis 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. donat.

13. SCAEVOLA libro tertio Responsorum.

**T**itia filiam heredem instituit: filio legatum dedit: eodè testamento ita cauit: *Et omnia, qua supra dari fieri iussi, ea dari, fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato, itè qua dari iussero, ea uti dentur, si autemque fidei eius committio.* Quæsitum est, si soror, centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur, (Respondi) si hoc quæretur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorumve possessores, successuros credat, fideicommittere possit, respòdi posse. Paulus notat: probat autem, nec fideicommissa ab intestato data debere, quasi à demente:

Ad l. Titia 13.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi hoc tantum facit ut testator qui testamento ritè facto decesserat, faciat nihilominus exitum intestati l. posthumus 6. §. 1. sup. hoc rit. Atqui etiam ab intestato fideicom-

missa relinqui possunt, & à legitimis successoribus: reperti etiam ea quæ testamento fuerunt data, ut quamuis testamentum vel ipso iure non valeat, vel ex postfacto rumpatur, aut rescindatur, nihilominus relicta omnia etiam legata iure fideicommissorum

forum consequentur, & ab intestati quoque successoribus debeantur l. pen. §. ad de leg. 2. l. generaliter 24. §. ex testam. §. de fideic. libert. l. 1. C. cod. Ergo in proposita specie, siue ponas motam querelam à testatoris filia & heredis institutæ sorore quæ vel præterita fuerit, vel expressim exheredata, ut ponit Bartolus, siue quod mallem, à filio exheredato cui legatum quidem fuisse ponimus, sed non quantum satis fuerit ad legitimam (secundum quam interpretationem pro soror legèdum erit siue, nato facile errore ex literarum vtriusque dictionis similitudine & adinitate. Cur enim fororem dixisset Scauola pro filia testatrix? aut cur etiam fratris legatæ quod ei relictum fuerat, mentionem fecisset? Filiam verò siue præteritam, siue exheredatam, de qua sola tractandum erat, prætermisisset?) dicendum videtur etiam si querela vicerit in iudicio Centumuirali, non eò minus deberi fideicommissa, quæ testamento verbis à quibuscumque legitimis intestati successoribus, expressim repetita fuisse proponuntur.

Ratio decidendi. Inofficiosi querela non modò facit patrem familias intestatum, sed etiam facit eo colore quasi demens & furiosus fuerit testator cum suprema ordinaret, ut sapius diximus ex l. 2. §. 5. sup. l. qui repudiatis 17. §. 1. §. Atquin is, qui demens & furiosus est nò magis potest ab intestato fideicommissa relinquere quam ex testamento, quia nec alia ratione inductum est ut fideicommissa possint relinqui à legitimis successoribus, quam quòd pater familias tacita veluti quadam institutione iis legitimam suam hereditatem spontè relinquere intelligatur l. consueuntur 8. vers. sed idè. de iur. codicil. que ratio utique non in aliu patris familias cadit, quam qui habeat testamenti factione l. 3. in princ. cod. l. ab exheredati 126. de leg. 1. Ergo non magis potest valere repetitio, siue legatorum, siue fideicommissorum quæ in testamento inofficioso facta est, quam institutio heredis, ceteraque omnia quæ ex testamento continentur. Nec proinde per eiusmodi repetitionem conseruari quæcumque potest iure fideicommissi ab intestato dari, tanquam quòd datum fuerit à demente l. nec fideicommissa 36. de leg. 3. vbi hæc ipsa sententia proponitur ex notis non Pauli sed Claudij ad Scauolam. Ad eò autè visum est Scauolæ carere hoc dubitatione, ut nec dignam putauerit quætionem ad quam responderet. Nam cum de eo tantum interrogatus esset, An fideicommissa ex supra scripto capite repetitionis deberentur, Respondet, omnino ut videtur extra propositum, si hoc quæretur an ex ratione iuris possit quis eorum fideicommittere quos sibi ab intestato heredes bonorumve possessores futuros credat, Vtique posse, An verò fideicommissa in proposito casu ab intestato debeantur non aperit: Exitimans fortasse non modò ridiculam, ut in l. Dominus Labeo 27. qui testam. facer. poss. sed etiam insani ac penè furiosi hominis esse dubitationem illam, Vtrum furiosus fideicommissa relinquere ab intestato possit. Quid ergo si testatrix hæc, de qua agimus repetiisset fideicommissa ab intestato non in eodem testamento quod inofficiosum esse pronunciatum est, sed in codicillis separatim & alio tempore factis? Mouet quætionem quòd inofficiosi querela non facit, ut credatur fuisse testator absolute ac

perpetuò furiosus, sed eo tempore tantum & præcisè quo testamentum ordinabatur. Quid ergo veterabit quominus valeant fideicommissa in codicillis longo post tempore factis tanquam ab intestato, siue relicta, siue repetita? Alioqui si quis dicat testamentum inofficiosum quod præcessit, facere debere ut eiusdem testatoris voluntas quælibet ad suprema ipsius iudicia pertinet pro insani & furiosi hominis voluntate haberi debeat, eueniet ut nec si aliud posterius testamentum fecerit, etiam in quo nihil possit videri fecisse aduersus officia pietatis, nihilominus possit testamentum illud subsistere: tanquam factum ab eo qui iam inde à multo antea tempore furiosus fuisse probetur. Atqui hoc nemo nisi valde ineptè & absurdè dixerit, Ne non sit in potestate illius qui testamentum inofficiosum fecit ut mutet testamentum, siue que & existimationi & posteritati melius consulat, quod certe iniquissimum esset, Præsertim cum sicuti ex violatis officijs pietatis non solum præsumptionem, sed etiam probationem fororis inducimus, ita & multò æquius ac fauorabilis ex iusta rectaque posteriore voluntate, præsumptionem ac probationem respicientia inducere debeamus. Eadem igitur ratione dicendum videtur fideicommissa quæ in codicillis aliquo post inofficiosum testamentum tempore, & ex intervallo factis relicta fuerint tanquam ab intestato, non eò minus deberi à legitimis successoribus, quòd inofficiosum testamentum præcesserit. Dices fortasse, Quætionem huic locum ideò esse non posse, quòd codicilli post testamentum facti ex eo pendent, eiuſque ius & conditionem sequantur. Ad eò ut quæcumque huiusmodi codicillis scripta sunt perinde haberi debeant acti in testamento scripta essent l. 2. §. codicillorum l. ab intestato 16. §. de iur. codicill. Proinde nò posse testamentum rescindi tanquam inofficiosum quin codicilli etiam postea facti æquam pars quædam testamenti rescindantur, eodèque colore quo & ipsum testamentum rescinditur, id est, tanquam à demente ac furioso facti. Sed respondeo me ut huic obiectioni occurrerem, ideò posse factos codicillos ab intestato, ne possent videri pars esse testamenti. Non quia nesciam decedere quem nò posse ab initio testatum simul & intestatum, quod tamen contingeret in eo qui & cum testamento decederet, & cum codicillis ab intestato factis, sed quia nihil impedit quominus is etiam qui testamentum fecit sibi suæque voluntati conseruandæ prospiciat in eum casum quo contingeret testamentum, vel ipso iure non valere, vel ex postfacto rumpi aut rescindi, factis nimirum codicillis in hunc expressim casum, & sub ea veluti conditione. Nam si hoc fieri potest per clausulam codicillarem in eodem testamento appositam, dum ne testamentum inofficiosum postea dicatur d. l. generaliter 24. §. ex testamento §. de fideic. libert. l. 1. C. cod. quidni perinde fieri poterit per codicillos separatim à testamento scriptos, vel dictatos? Nec enim aliud quicquã est codicillaris clausula in testamento posita quam codicilli ab intestato facti. Ergo si codicilli separatim & alio tempore facti sint in casum intestati, non eò minus valebunt, quòd testamentum præcedens inofficiosum probetur, quia nò eò magis à demente ac furioso facti videri possunt.

14. PAPIANVS libro 5. Quætionum.

**P**ater filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit, emancipatus, suscepto postea filio,



duobus exhereditatis, patre praterito, vita decessit. in quaestione de inofficio si testator, praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

Ad l. pater filium 14.

Ratio dubitandi. Ad querelam non admittitur proprio iure & cum spe obtinendi nisi is demum cui legitima debetur, quae ipsa nihil aliud est quam portio certa successione ab intestato contingentis. *Papinianus* §. si quis mortis, & §. quoniam autem. *sup. hoc t.* Atqui pater non admittitur ad successione intestati filij emancipati si ex eo filio emancipato aliqui superint liberi, praesertim vero qui in patris mortis fuerint potestate, cum illi tanquam sui heredes statim, & ipso iure sint heredes adeoque necessarii. Nisi quod a praetore habent beneficium abstinenti, non minus ab intestato quam ex testamento. *l. necessarius* §. 7. *de acquir. hered. iun. et l. in suis* 1. *de suis & legit. l. qui sunt in potestate. inf. si quis omis. caus. test. 2.* In proposita vero specie ponitur filium emancipatum decessisse superstitibus duobus filiis, vno quidem quem nunquam habuerit in familia, quem scilicet pater in sua retinuit cum filium emanciparet: quod vtrique facere pro suo iure potuit. *l. liberum* 23. *sup. de adopt.* Altero autem in potestate, Nimirum eo quem *Papinianus* ponit susceptum ex iustis nuptiis post emancipationem. Ergo cum non potuerit pater admitti vno casu ad filij sui successione legitimam si is intestatus decessisset, consequens est ut nec ad querelam admittendus sit ne quidem post filios in querela, quam proposuerint, superatos. Et quemadmodum non pendere ius patris in causa successione intestati, quia certum est, siue ex testamento, siue ab intestato existente filio, vel nepote suo herede neminem posse ab intestato heredem existeri. *l. 2. Cod. de liber.* Ita fatendum videtur non posse patris intentionem pendere in querela quando praecedit causa filiorum, si verum est, ut certe est, ius querelae metiendum & aestimandum esse ex iure successione intestati dicit. §. si quis mortis. *l. cum queritur* 6. *l. quoniam* 31. *Cod.*

Ratio decidendi. Alia est hac parte ratio querelae, alia vero successione ab intestato. Nam in causa successione intestati liberi, siue in potestate retenti, siue emancipati excludunt omnino patrem. Retenti quidem in potestate ne possit pater defuncti vnaquam heres esse cum sint ipsi heredes, Emancipati vero haecenus ne possit fieri bonorum possessor nisi vno illo casu quo liberi emancipati repudient successione & bonorum possessionem. At in causa testamenti quo filius qui & patrem & liberos superstitibus relinquit, liberos exhereditavit, patrem vero praterit extraneo herede instituto, non possunt liberi exhereditati patrem defuncti excludere, qui propria exheredatione excluduntur. Et quamvis pater quoque excludatur a successione, non tamen propter liberos filij sui excluditur, sed quia etiam ipse exhereditatus est, aut saltem pro exhereditato habendus propter prateritionem. Ergo quod liberi ab intestato priores successores essent, facere quidem potest, ut non sit admittendus pater ad querelam nisi post liberos, sed non ut per eos debeat a querela penitus excludi, nec magis per eos qui in familia & potestate retenti sunt, quam per emancipatos, cum exhereditatio quando subsistit impediatur ne ius sui heredis vires suas possit exercere. Tandem autem subsistit si mo-

ditate ab initio facta sit ( de hac enim sola loquimur. *l. non putavit* §. non quavis. *de bonor. poss. contr. tabul.*) quando testamentum quo exhereditatio continetur, & quod per aditionem semel confirmatum fuerit, subinde per querelam euersum ac rescissum non est. Porro non evertitur cum suis heredes succubuit in querela. Cum igitur post liberos superatos, verum sit dicere nihil vnaquam iuris eos habuisse in hereditate paterna propter exheredationem, nec habere amplius vnaquam posse propter sententiam, consequens est, ut eorum interuentio non possit impedire ius patris, quippe quorum nihil iam interest cum sint condemnati, adeo ut nec si pater conquerendo & obtinendo in querela faceret filium suum intestatum, possent illi eodem magis succedere patri suo, Propter auctoritatem sententiae quae non potuit illos summonere a querela, quin hoc ipso & in necessariam consequentiam summoneret a legitima intestati successione. Sed & in iure ipso successione intestati potest dici praecedente causa filiorum pendere ius patris, quia suis quoque hereditibus aut se abstinentibus, aut repudiantibus hereditatem, vel bonorum possessionem etiam frater iure consanguinitatis potest succedere defuncti. *l. de iur. et l. de del. g. it. hered.* Ergo & pater si neque liberos, neque fratres aut sorores defunctus reliquerit. *l. 2. Cod. ad SC. Terryll. iun. et l. si ad patrem* 10. *de iur. et legit.* Necessario igitur sit patri locus & aditus ad querelam, qui victis defuncti liberis, iam in eo est ut filio suo emancipato, si poterit eum facere intestatum solus ille sit ab intestato successurus. Quando ergo filij aut in querela victi, aut a querela exclusi non sunt, patris intentionem in pendenti esse necesse est, ut in alterutrum casum possit saltem post liberos admitti ad querelam. An vero ex successorio edicto? Ita quidam putant: Alij vero per absurdum hoc existimantes cum querela sit iuris civilis, edictum vero successorium auxilium iuris praetorij ad solas bonorum possessiones pertinet. *l. de succ. edit.* intelligunt de bonorum possessione contra tabulas quod hic dicitur scriptum est de querela. Quasi etiam non possit venire pater ad bona filij testati, nisi per contra tabulas: *l. filio* 6. §. 1. *quod tamen falsum est.* Nam habet quidem quasi manumissor bonorum possessionem contra tabulas, sed habet praeterea ius antiquum, id est, querelam, quae est iuris civilis & quidem tanquam pater. *l. 1. §. vbi si parent. quis manum. sit.* Nec quid de tota hac re sentiamus, & de huius potissimum legis sententia fuisse scriptum in error. pragmat.

Quod si contra filios iudicetur. Ratio dubitandi. Res iudicata pro veritate habetur. *l. res iudicata* 207. *de reg. iur.* Atqui non potest iudicari contra filios conquerentes de inofficio, quin hoc ipso pronuncietur testamentum valere. Id enim est quod diximus in *l. si pars* 10. *sup. hoc t.* pronunciat secundum testamentum quoties pronunciat contra querelam. Porro si iuri non potest quis eodem tempore furiosus fuisse, & non fuisse cum implicent ista contradictionem. Ita nec illud fieri ut testamentum valeat & non valeat. Ergo cum semel iudicatum est pro testamento contra liberos, non potest amplius pater ad querelam admitti. Vel ob hoc

hoc maxime ne contingat diuersa pronunciat, quod semper cauendum est quantum fieri poterit. *l. si quis* 6. §. de except. rei iudic.

Ratio decidendi. Res inter alios iudicata non soler aliis vel prodelle vel nocere. *l. in. alios ad. vel iudic. a. t. nos. nec. nisi in casibus, de quibus in l. si quis. 6. §. de re iudic.* Ergo sententia lata contra liberos defuncti non debet nocere patri, nec tribuere se pro heredi exceptionem rei iudicatae contra patrem. Nec ob id solam quod inter alios lata sit, sed etiam quod de alia re: quae duo maxime spectanda sunt quoties quaritur an exceptio rei iudicatae habeat locum. *l. ab eo queritur* 12. §. si quis de except. rei iudic. Nam in querela mota per liberos disputatum fuit de iure liberorum duntaxat, in querela vero quam pater postea mouet, disputandum est de iure patris. Ibi de meritis liberorum, hic de meritis patris. *l. filio* 6. §. 1. *si quis de emancipatis* 1. §. de bonor. poss. contr. tabul. Et ideo nihil impedit quotiens in querela pro diuinitate personarum diuersa sententia ferantur, vna pro testamento alia contra testamentum cum actioes sunt diuersae iuris. *l. pro. §. l. l. c. 12. §. vbi ob hanc causam dicitur non esse absurdum, ut ex postulo per querelam decessit quis pro parte testatus, &*

pro parte intestatus. Proinde nec illud absurdum est ut testamentum valere pronuncietur quod ad certas personas, non valere autem quod ad certas. Nec enim ius testamenti hoc casu inditutum est, cum an testator fuerit furiosus, vne non ex alto furoris actu aestimandum sit, quam ex eo, An pietatis officia violauerit, an non. Potest autem facile fieri, ut qui non fuit impius in liberos, fuerit tamen in patrem, & consequenter ut pater debeat obtinere in querela in qua filij succubuerunt. Et ex hoc tamen magis apparet verum esse quod supra monuimus ad *l. posthumus* 6. §. 1. querelam inofficio non esse penitionem hereditatis, nec in ea pronunciat ut in petitione hereditatis, ad hunc aut ad illam hereditatem pertinere, sed concipi sententiam positam contra actorem & ad eum excludendum, quoniam pro testamento aut pro herede scripto: Id est non ita concipi ut pronuncietur testamentum valere, sed ita potius ut pronuncietur non videri patrem in se furiosum, cum filium exheredaret, quare non in facie quam postea pronunciat de contrario possit. Videri testamentum factum fuisse, cum exheredaret patrem, patrem si liberos merente & tanquam ingratos exheredat, patrem vero immerentem. *l. si quis mortis* 25. *l. si quis*

17. PAPINIANVS libro quatuordecimo Quaestionum.

Nam & si parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet.

Ad l. nam et si 15.

Ratio dubitandi. Votum commune est, nec tantummodo parentum, sed etiam naturae ut parentibus liberi sint superstitibus & heredes, non autem parentes liberi. *l. scripto* 70. §. vbi funde liber. Omnia enim parentes liberis pariter. *l. par. §. si quis nunguid. inf. de bon. lib. et. ita ut in parentibus succedant liberi pend ad propria bona venite dicantur. l. 1. §. largitio de succ. ad. et. quia etiam vno adhuc patre filius quodammodo tenet patrum dominus esse creditur. Vnde & sauis heres appellatur. *l. in suis* 1. *de liber. & poss.* Ergo non potest dici liberorum hereditates deberi parentibus. Quomodo dicimus de contrario parentum hereditates deberi liberis. Atqui legitima nihil aliud est quam portio ex legitima debita successione ab intestato contingentis. *l. Papinianus* §. si quis mortis. *sup. l. quae nuper* 31. *Cod. hoc tit.* Ergo nec illud dici potest legitimam vllam parentibus deberi in bonis liberorum. Porro non alij possunt ad querelam admitti quam quibus debita portio relicta non fuit. §. quoniam autem. *d. l. Papinianus, & §. vnde si quis. sup.* Ergo nulla ratio est propter quam patres admitti debeant ad querelam contra testamenta liberorum.*

Ratio decidendi. Liberorum quidem hereditates non debentur parentibus, quomodo parentum debentur liberis: Sed tamen pietas quae a liberis debetur parentibus, nec minor matris quam patri. *l. 4. §. de curat. furios.* facit ut turbato mortalitatis ordine non alius quam parentibus relinqueri liberi debeant suam hereditatem, aut saltem legitimam portionem ratione misericordiae ita luadente dicit. *l. scripto. §. vbi. vnd. liber.* in solatiu scilicet et amissa probis. *l. iure succursum* 6. *de iur. dot. & duntaxat fortuna, ut loquitur Imp. in l. si qua mulier* 4. *Cod. ad SC. Terryll.* Vnde & lucuosa hereditas appellatur a Iust-

niano in *l. vbi. C. de inst. & filij.* Itaque si filius patris imbecilem praterierit vel exhereditauerit, aut matrem, impietas proculdubio maxime reus est, & dignus qui ob hanc causam pronuncietur fuisse furiosus cum sapientia ordinaret. Id vero fieri aliter non potest quam data parentibus querela: Ergo in eo optio placuit etiam parentes ad querelam admittendos esse. Non enim qui querelam proponit, hoc contendit, Debitam sibi esse, siue in totum, siue pro parte intestati successione, adeoque nec legitimam ipsam portionem, Sed hoc potius, Ex ratione pietatis relinqui sibi debuisset, obliuiscique pietatis per exheredationem, aut prateritionem quae pro exheredatione haberi debeat, violasse testatorem. Quamquam non in eo debet credendum est quod sola pietatis & misericordiae ratione debetur quam quod ex ratione iuris & ex legibus, cum vinculum arctius, & potentius nullum sit quam vinculum pietatis. At ex quo vel legum, vel edicti praetorij capite parentes liberi succedunt? Ac de matre quidem ius apertum est succedere illam ex SC. Terrylliano, Sicut & hodie pater succedit cum matre ex Iustianiani constitutione Nouell. 118. *de hered. ab intest. venient.* Sed dubitatio est circa ius illud quod Papiniani, cuius haec lex est, temporibus obtinebat. Pater enim matris ex Terrylliano succedere volenti obiciebatur ut ei praeferebatur. *l. 2. §. obicitur* 15. *ad SC. Terryll.* nimirum si inter eos solos causa successione vertebatur §. praesertim. *ver. pater. v. r. Inf. de SC. Terryll.* Nam si defunctus, aut liberos, aut etiam fratrem aliquem, vel sororem reliquisset, non tantum mater, sed etiam pater ab eius successione excludebatur. *l. 2. Cod. ad SC. Terryll.* Sed dicendum est ius illud fuisse patris, ut succederet filio, vel tanquam manumissor & patris ex lege duodecimi tabularum si filium e-





Ceterum abudat in hoc responso dictio *fratri*. Dixit enim Papinianus filio non concurrere filiam quod tantum est quantum si scripserit sorore *fra-*

tri non concurrere: Atque ita scribendum erat: etiam dictio illa *filio* pretermittenda fuisse non quomodo scriptum est filiam non concurrere fratri.

**I** Contra tabulas filij possessionem iura manumissionis pater accepit, & bonorum possessionem adeptus est. postea filia defuncti, quam ipse exheredauerat, quaestione inofficiosi testamenti recte pertulit. possessio, quam pater accepit, ad irritum recidit nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est. & ideo vniuersam hereditatem filiae cum fructibus restitui, necesse est.

*Ad §. 1. contra tabulas.*

Ratio dubitandi. Per bonorum possessionem contra tabulas rescinduntur tabulae & rumpuntur, ita ut is cui datur ea bonorum possessio, & succedendo rumpat, & rumpendo succedat. Nec enim vnquam illa bonorum possessio est sine re & sine effectu quomodo plerumque est bonorum possessio secundum tabulas, vt Ulpianus tractat in *fragm. Titul. de bon. poss. §. Non potest igitur amplius superesse locus querelae ad rescindendum testamentum, cum id quod iam ruptum & rescissum est non magis rumpi aut rescindi possit. Sed est locus querelae aliquis superesse possit, inaudita tamen est vt querela contra eum detur qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, cum non comperat nisi aduersus heredem institutum & quidem post aditam hereditatem *l. §. si conditioni. sup.* Ergo si bonorum possessionem contra tabulas filij pater iure manumissionis accepit bonorum possessionem quod pro suo iure facere potest *l. 1. §. tot. tit. infr. si a parent. quis manum. sit.* & postea filia defuncti quam ipse exheredauerat quaestione inofficiosi testamenti recte pertulerit, id est, de inofficioso egerit & obrinuerit, bonorum possessio quam pater accepit, in irritum recidere non debet. In alio qui noceat patri sententia lata pro filia ipso inaudito: Ipsi vero nihil prodest sententia quam in iudicio bonorum possessionis contra tabulas prior obtinuit contra heredem scriptum, quorum vtrumque absurdum videtur *l. 1. §. tot. tit. de except. rei iudic.**

Ratio decidendi. Bonorum possessio contra tabulas non tam rescindit testamentum vt querela inofficiosi testamenti, quam tabulas ipsas, vt nomen ipsum demonstrat. Ideo que dicitur dari contra lignum, quia non requirit vt adita sit hereditas, sed tantum vt possit ex iis vel adiri hereditas, vel bonorum possessio peti, licet neutrum postea securum sit, vel sequi potuerit *l. 4. l. quod vulgo 19. de bon. poss. contr. tabul. de cuius sententia scriptumus libr. 1. Coniect. c. 19. & in Hemischiliade De error. pragmat. At querela inofficiosi datur contra heredem institutum, ob idque nec nascitur ante aditam hereditatem *dict. §. si conditioni.* Illa enim differentia est, quod per querelam inofficiosi testamentum ita rescinditur vt ab intestato succedatur *l. 6. §. 1. sup.* At per bonorum possessionem contra tabulas ita rescinduntur & rumpuntur tabulae, vt qui rumpit succedat ipse ex testamento *§. sum. artem. Inst. de bonor. poss. §.* quoniam qui rumpit, vt iam dixi, hoc ipso succedit, ac proinde priusquam is qui tabulas fecerat factus sit intestatus. Ex his porro differentiis illud fieri necesse est, quod scribitur in hoc §: vt potior sit causa filiae, quae quamuis posterior obtinuit querela, quam patris qui prior*

accepit contra tabulas bonorum possessionem. Cum enim querela inofficiosi rescindat testamentum, faciatque patrem in totum intestatum si non pro parte vincatur is qui querelam proponit, vt in *l. proxima. §. vlt. sup. l. c. 2. §. 1. infr. cod.* quomodo fieri potest vt pater succedat ex eo ipso testamento per contra tabulas, magis quam per secundum tabulas? Nec quod prior vicerit ad rem facit. Nam enim vicit in quaestione qua fuerit de iure testamenti cuiusmodi est quaestio de inofficioso testamento sed in ea quaeritur de iure ipsius patris quasi manumissionis. Qui enim peti bonorum possessionem contra tabulas non dicit testamentum inuisum, sed recte factum esse, sed hoc tantum contredit, si ex his personis esse, quibus praeterea datur praeterea bonorum possessionem. Itaque non de alio quaeritur in eodem iudicio, quam de iure ac personae petentis. De iure autem testamenti disputatur in querela. Numquam autem testator furiosus fuerit necne, id est, an ius habuerit condendi testamenti, an non. Ideo sententia lata pro querela contra testamentum, id est, contra heredem qui sit vnicus, vel contra heredes omnes si sint plures, facit ius quod ad omnes alios, quos facere non potest, sententia lata in iudicio bonorum possessionis contra tabulas. Loquor autem de sententia lata contra testamentum, quia si lata sit pro testamento non facit ius nisi contra actorem *l. pater filium 14. sup.* Non enim potest quis sapius fieri intestatus at ex variis causis potest. Sicut & pro parte potest *l. 1. §. vltim. sup.* Quis vero vincit bonorum possessionem contra tabulas hoc casu esse sine re, cum ea sit vis quae elq ad faciendum patrem intestatum, vt faciat contra manifestam iuris regulam, Eum qui semel ex testamento heres fuerit desineat esse heredem *l. in substitutione §. infr. de vulg. ar. & pupill. subst.* Item Paganum hominem decedere pro parte testatum & pro parte intestatum *dict. §. vltim. l. prox. sup. & dict. l. circa. infr.* Proinde dicendum est cogendum esse patrem vt vniuersam hereditatem restituat filiae cum fructibus, Non quasi habeat ipse hereditatem (praetor enim sicut heredem facere, ita & hereditatem tribuere & deferre numquam potest *§. quos autem. Inst. de bonorum possession.*) Sed quia cum possideat res hereditarias & quidem pro bonorum possessore, potest vtrique conueniri peritione hereditatis non minus quam si possideret pro herede, aut pro possessore *leg. regulariter 99. & sequentibus. infr. titul. proxim.* In peritione autem hereditatis veniunt etiam fructus tanquam qui augeant hereditatem *l. item veniunt 20. §. item non solum. vers. scilicet. fructus. leg. sed et si lege 25. §. vltim. & legibus sequentibus. cod. titul.* Obseruandum autem est, quod in hac specie proponitur pater iure manumissionis petiisse bonorum possessionem contra tabulas antequam filia quereretur: cum

cum tamen si voluisset ille querelam proponere, ac ius antiquum civile nouo praetorio antepone-re, potuisset id quidem *l. 1. §. vlt. si quis a parent. manum. sit.* sed non nisi post filiam, eamque superatam quandoquidem in querela, filiorum causa praecedat, & interim patris intentio pendet *l. pater filium 14. vbi dixi sup.* Quomodo etiam accideret in bonorum possessione contra tabulas si filius & liberos & patrem praeterisse proponeretur *l. 2. Cad. SC. Terentill. iuncta l. defunctis 6. C. de leg. hered.* Sed cum filiam exheredauit, patrem vero praeteriit, vt in specie proposita, reperitur pater in iure petendae bonorum possessionis contra tabulas non tam primus & potior quam solus, vt in simili loquitur Papianus in *l. 2. qui potior. in pign. hab.* quoniam ab eo beneficio praetoris arcantur omnes liberi exheredati, dummodo rite facta exhereditatio sit *l. non putauit §. in princ. & §. non querens. de bonor. poss. contr. tab.* solumque ius superest auxilium querelae *dict. l. non putauit. vers. §. an. l. si post mortem 10. §. per. cod.* Bonorum autem possessionis contra tabulas petendae ius prius est & antiquius iure proponendae querelae, quia bonorum possessio peti potest statim post mortem, querela vero non nisi post aditam hereditatem. At in iure proponendae querelae filia patre potior &

anterior est *d. l. pater filium.* An vero sola sit, pater ex euentu querelae. Nam si in querela obtinuerit, sola fuisse videbitur, quoniam impedit ne pater vnquam succedere aut queri possit. Si vero succubuerit, tum demum pater admittitur ad querelam sicut & ad hereditatem si vincat *d. l. 14. sup.* & ita non sola sed prior & potior filia fuerit in querela. Potest autem hic dubitari, Contra quem proposita sit querela, An contra heredem scriptum, vt alius solet, an contra patrem potius qui beneficio bonorum possessionis contra tabulas eripuerit heredi commodum hereditatis, quique ex testamento, vt supra dixi successisse intelligitur, licet contra testamentum successerit. Sed cum pater accepta bonorum possessione contra tabulas non ed magis possit dici heres ex testamento, qui ipse rupit tabulas, multo minus vero heres institutus, facendum est non posse contra eum institui querelam, quae vnquam instituitur nisi contra scriptam heredem: sed moueri eam debere aduersus heredem testamentarium, quippe qui non ideo detinetur heres esse quod pater bonorum possessionem contra tabulas accepit: Praetor enim sicut heredis nomen dare non potuit *dict. §. quos autem,* ita neque adinere.

17. PAVLVS libro secundo Quaestionum.

**Q**ui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit<sup>a</sup> his, qui eandem querelam mouere volunt. Vnde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur<sup>b</sup>, & ideo vniuersam hereditatem, non recte vindicasset, hic, si obtinuerit, vteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centum viri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

*Ad l. qui repudiantis 7.*

Ratio dubitandi. Ius ad crescedi non alia ratione inductum fuit in hereditatibus praesertim testamentariis si interpretibus nostris credimus, quam ne alioqui eueniat vt testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videatur, vt tractant nostri ad *l. quoties 9. §. si duo. de hered. instit. & ad l. re conuicti 89. de legat. 3.* Aut si veriorem rationem amamus, quia ius hereditatis & heredis indiuiduum est, cum & heres & hereditas representet personam defuncti *l. heres 22. de iur. iur. cap.* quae persona cum sit indiuidua representati pro parte non potest. Atqui neutra ex his rationibus habet locum in querela, quoniam iuris ratio non impedit quominus per querelam decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus ex postfacto *l. 15. §. vlt. 3.* nec rursus quominus post victoriam querelae persona defuncti representetur per duos, quantumvis diuerso iure succedentes quorum vnus sit heres ex testamento alius ab intestato *d. §. vlt.* Nihil ergo causa est cur in querela debeat locus esse iuri ad crescedi, siue necessitatem iuris spectes, siue testatoris voluntatem, cum querela non proponatur ex voluntate defuncti, sed contra ipsius voluntatem, nec dubitandum est quin magis futurum sit ex eius voluntate, si portio eius qui repudiantis animo non queritur remaneat penes heredem testamentarium, quam si ad crescat ei qui solus conuictus fuit. Porro ius ad crescedi nullum est quod non induxerit aut necessitas iuris, vt inter coheredes, aut ratio voluntatis, vt inter legatarios & fideicommissarios. Quemadmodum ex iis apparet quae cir-

ca totum ferè illum tractamus De iure ad crescedi scripsimus Decade 49. & 50. De error. pragmat. Ratio decidendi. Querela inofficiosi tum quoque cum ab eo proponitur qui non nisi pro parte ex sua persona heres ab intestato esse possit, rescindit totum testamentum, facitque patrem familias ex toto ab intestatum, si modo iudicatum sit vel contra heredem qui sit ex parte scriptus, vel contra omnes si sint plures instituti. Hoc enim addendum est, quia si cum plures ex testamento heredes essent, aliquis egerit querela contra vnum ex iis, aut etiam contra omnes quidem, sed ita vt contra vnum obtinuerit, ab alio vero sit superatus, non potest fieri paterfamilias intestatus, nisi pro parte victi, nec sententia quamuis de iure testamenti lata ius facit hoc casu contra coheredes qui vel vicerint, vel saltem victi ipsi non sint, vt dixi ad *§. vlt. legis praecedentis.* Quoniam absurdum & iniquum esset contra testamentum pronunciar, & de iure ipsius testamenti non auditis & condemnatis omnibus iis ad quos hereditas ex testamento pertinet: *l. de vnoquoque 47. de re iudic. l. etiam 29. §. vlt. sup. de minor.* Absurdum autem atque non est contra testamentum pronunciar agente vno duntaxat ex multis qui agere possent si vellent & inauditis ceteris, cum in eo nulla ipsi fiat iniuria, omniumque inter sit potius patremfamilias in totum fieri & esse intestatum. Atqui rescisso toto testamento, factoque patremfamilias in totum intestato non potest heres scriptus partem vllam hereditatis ex testamento retinere. Necesse igitur est ab intestato succedi in tota hereditate, & consequenter aut ab eo solo qui obtinuit, aut etiam ab

aliis qui simul cum ipso ad intestati successionem vocantur. Porro is qui repudians animo noluit queri eam possit, sicut ad querelam admitti amplius non potest, cum ei renunciaverit hoc ipso quod nulla voluntate constituerit apud se nolle agere non minus quam si passus sit se tempore excludi *l. si ponas 23. §. ult. inf. cod.* Ita neque vllam hereditatis partem petere potest, quippe cuius petitio nulla potest exheredato competere, nisi ex causa querelæ per eam mouenda, vt scriptum est *in l. filium 20. §. sed quem admodum §. de bon. poss. contr. 2. abul.* Vt proinde non possit quis repudiare querelam quæ necessarium antecedens est ad obtinendam hereditatem, quin hoc ipso repudiet consequens, id est, hereditatem ipsam. Ergo quemadmodum in hereditate locus est fieri ad ascendendum inter coheredes etiam inuitos, ita & in querela ius ad ascendendum locum habere fatendum est etiam inuito eo qui conquestus est, nec nisi pro parte heres esse vellet, vt nimirum totam hereditatem etiam inuitos suscipere compellatur, quati qui hac conditione ad querelam venerit, cum sciret aut scire deberet non alia lege & conditione ad eam venire posse, arg. *l. si duo 33. in §. l. qui ex duobus 13. §. 1. de acqu. her. l. si ex pluribus 9. De ius & legit.* Nisi quod potest quis ad querelam ita venire, vt nullam hereditatis partem adhuc petat, quo casu etiam proximior agnatus sit ad succedendum ab intestato, liberum tamen ei est etiam post victoriam omittere hereditatem, ac locum facere iis qui post ipsum sint: quæ ab intestato successuri, arg. *l. 6. §. 1. §. postquam placuit etiam in agnatis hodie successio nem esse. §. placuit. Inst. de leg. in agnat. success.* Excipio filium exheredatum, qui vti que si in patris mortis potestate fuerit, ac in querela obtinuit, hoc ipso sit suus heres, & consequenter necessarius *l. Papinianus 8. §. si ex causa sup. at non vi querelæ, sed iure ac potestate iustitias, vt loquuntur, arg. l. conditionibus 3. inf. de condic. & demonstr.* Consentit autem cum hac Pauli nostri sententia quod ex eodem Paulo traditur in *dist. l. si ponas 23. §. ult. inf.* & quod ex Papiniano in *l. pro. preced. in princip.* vt ibi adnotauimus. Nec pugnat quod scriptum legitur in *dist. l. Papinianus. §. quoniam autem.* Exheredatum qui non queritur nihilominus partem facere. Et si enim nolo cum Bartolo dicere intelligi eam locum debere de filio exheredato qui nondum queritur, sed tamen queri adhuc quando cunctique potest, sed potius de eo qui absolute non queritur, & animo non deliberantis, sed repudians, vt Paulus hic loquitur. Apertam tamen est loqui eo loco Vlpianum ex Papiniano de parte quam filius exheredatus qui non queritur, facit filio exheredato qui queritur, at non in querela vel petitione hereditatis, vt in hac lege, & *dist. l. si ponas 23. §. ult. inf.* sed in legitima, Vt scilicet non eò maior credatur esse legitima illius qui queritur, vt hoc prætextu admittatur ad querelam quasi habens minus legitima, quam tamen integram habere comperitur ita posito iure, vt partem in legitima ei faciat exheredatus frater qui queritur. Facit ergo partem in legitima ad querelam excludendam is qui non faceret partem in querela ad impediendum ne paterfamilias in totum fieret intestatus, & in hereditate ad impediendum ne iure ad ascendendum totam hereditatem haberet ab intestato frater qui de inofficioso egisset, ac obtinisset. Atque ita iam diximus ad *d. §. quoniam, vbi vide.*

a *Partem non facit.* Ratio dubitandi. Testamen quod per querelam inofficiosi rescissum est, potest nec debet ad solam exheredationis non prodesse, arg. *l. filium 20. §. de bon. poss. contr. tab. §. quomodo frater exheredatus animo repudi non venerit ad querelam, si tamen frater alio querente & obtinente rescissum sit, exheredationem quoque huius qui queri noluit, rescissam necesse est nec proinde impedire posse quomodo succedat ille ab intestato pro sua parte, cum pater sit in totum intestatus. Præsertim cum possit videri patris hereditatem legitimam rescissam priusquam delata esset *l. si in sit scriptum. §. si sub conditione de leg. 2. l. 1. §. dicitur d. de succ. dist. l. mater decedens 19. inf. hoc tit.* Porro non delata nec deferri potuit, quandiu exheredatus constituit. Constitit autem quandiu testamentum rescissum non fuit. Et verò si ea est querela, qui semel heres fuit de iure esse heres, quemadmodum supra diximus *in substitutionis 31. de vi & pup. l. si.* Quando magis faciet vt exheredatus de iure esse exheredatus?*

Ratio decidendi. Filius exheredatus qui anit repudians conquestus non est cum possit queri, non tam propter exheredationem in testamento patris scriptam à paterna hereditate relinquitur, quam propter suam voluntatem & spontaneam renunciationem, licet tacitam: Quæ facit quamuis rescisso testamento, & rescissa consequenter exheredatione, nihilominus exclusio remanet, cum actiones suas remittentibus nullus vtquam sit ad eas regressus dandus *l. queritur 17. §. venditor §. de adit. edit. l. patrum 46. sup. de part. l. p. C. cod.* Nec ad rem pertinet quod querelam duntaxat repudiavit, & eo quidem tempore quo hereditatem ipsam repudiare non poterat vt potest nondum sibi delatam. Cum enim nullo alio iure posse venire ad hereditatem quam ex causa querelæ d inofficioso in eam rem mouenda *l. filium §. se quemadmodum, omaino consequens est vt repudiata querela per quam poterat consequi vt pater fieret intestatus, legitimam quoque intestati successionem repudiare videatur, In se namque totus effectus consistit repudiationis querelæ, Cuius quippe nulla utilitas est extra causam mere vindictæ si victoria non ei ipsi qui egit ed alij tantum sit profutura, arg. *l. possibimus 6. §. si quis ex his sup. hoc tit.* Et ipsa rerum natura sic comparatum est vt qui media ad finem aliquem consequendum necessaria, negligit ac repudiat, omne quoque commodum ad quod media illa tendebant à se abdicare intelligatur. Nec simile aut contrarium est quod in bonorum possessione contra tabulas dici solet, Vno ex fratribus præteritis edictum committente, incipere auxilium & beneficium prætoris competere cæteris fratribus ex persona fratris præteriti etiam si illi instituti, adeoque tametsi frater præteritus eo ipso beneficio vti noluit *l. non putant 8. §. ult. l. si post mortem 10. §. ult. de bonor. poss. contr. tab.* Est enim facilius vt beneficium quod quis habet ex alterius persona vtatur etiam inuito eo, quam vt quis eo possit vti quod habuit ex propria, si semel illud repudiauerit. Nec habet ille quod alij quam sibi ipsi possit imputare, quod in eam causam redactus sit, in qua se ipse constituit, & quam mutare non potuisset si nec conquestus alius frater voluisset, argum. *l. si iudex 41. supra. de minoribus.**

Quia

b *Quia rescisso testamento et per quoque ad successionem ab intestato vocatur.* Ratio dubitandi. Diximus proximè fratrem exheredatum qui absolute ac repudians animo non queritur, non facere partem fratris exheredato conquerenti, neque in querela ipse, neque in hereditatis petitione, quamuis faciat in legitima. Ergo non potest verum esse quod hic dicitur, Rescisso per querelam vnus ex fratribus toto patris testamento, alterum quoque fratrem vocari ad successionem patris ab intestato, indè que sic ut non rectè faciat frater qui obtinuit, si vindicet totam hereditatem. Quid enim aliud hoc est, quam exheredatum qui noluit queri, facere nihilominus partem? Ratio decidendi. Cum dicimus fratrem istum exheredatum qui repudians animo non queritur, partem non facere, non eam ad summam merique iuris rationem respicimus quam ad rei effectum. Nam summa iuris ratio certè facit, vt patrem familias factò intestato, necesse sit ad eius hereditatem vocari omnes quibus lex deserit successionem, ac proinde hunc quoque filium qui fuit exheredatus nec voluit queri, quandoquidem nemo dixerit posse exheredationem ab intestato tenere. Nec quod filius querelam repudiando videatur hereditatem quoque repudiare ad quam non nisi per querelam aspirare potuit, facere queat ne ab intestato non vocetur. Neque enim aut expressè aut tacitè repudiari potuit hereditas, nisi in eum casum & sub hac veluti conditione si quandoque postea deferretur, Exemplo eius quod nostri solent dicere de renunciationibus quæ sunt per filias in tabulis dotalibus, Habere illas tacitam conditionem si parentum successiones quibus renunciat iis postea deferantur. Sic enim Bar. Bald. Castrensi. & cæteri ad *l. qui sup. §. 1. §. 94. de acqu. her. d.* Prius siquidem est vt quid deferatur, quam vt ab eo quis excludatur *dist. l. 1. §. de cert. talis. de success. edit. dist. l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione. d. leg. 2.* Igitur repudiatio hereditatis tametsi per querelam repudiationem inducatur, non tamen potest impedire aut tollere delationem quæ ab intestato fit per legem proximioribus ab intestato: sed tantum impedit acquisitionem ne delatio illa cum effectu esse possit. Et hoc nimirum est quod Paulus hic scribit. Si de inofficioso patris testamento, alter tantum ex duobus fratribus egerit, & obtinuit, rescisso quidem testamento alteram quoque ad successionem ab intestato vocari, indè que fieri vt victor non rectè vniuersam hereditatem sit vindicaturus, cum non possit vindicatio alij

¶ *Cum contra testamentum, vt inofficiosum iudicatur: testamenti factionem habuisse defunctus non creditur, non idem probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem iudicatum sit. hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: & idè libertates competunt, & legata petuntur.*

Ad *§. i. cum contra. & ad l. 18.*  
Ratio dubitandi. Per sententiam quæ pro querela inofficiosi contra testamentum redditur, testamentum rescinditur *l. Papinianus 8. §. si ex causa penul. sup. l. mater decedens 19. in §. hoc tit.* Atqui non potest rescindi testamentum quod iam ipso iure sit nullum, sicut nec rumpi *l. nam etsi 5. inf. de iniust. rump.* Ergo Centumviri cum aduersus testamentum velut inofficiosum pronunciant, supponunt illud ipso iure valere. Atqui nullomodo potest valere testamentum eius qui testamenti factionem habuisse non creditur, & quidè actiuè, vt nostri appellat, licet

competere quàm domino, nec rursus domino nisi quatenus dominus est. Ergo nec heredi nisi quatenus heres est, Sed si hic qui obtinuit totam hereditatem vindicauerit, atque ita possessor factus conueniatur petitione hereditatis à fratre tanquam coherede pro parte, ac quasi nullo iure possideat dimidiam partem hereditatis poterit tueri se & vti autoritate rei iudicæ per oppositam exceptionem, quia licet nihil iudicatum fuerit contra fratrem qui non querebatur, perinde tamen Centumviri pro alio fratre qui querebatur, iudicauerunt, ac si eum solum in rebus humanis hunc esse crederent (lego enim *sum*, non vt vulgo *munc*) cum patrem familias faciebant intestatum: hoc est, vniuersam hereditatem ei ab intestato adiudicatam voluerunt, quia nullam alterius fratris exheredationem habuerunt, nec habere potuerunt, cum viderent eum & exheredatum esse, & queri nolle. Quod ergo si frater qui vicit, non totam hereditatem possideret, sed tamen totam petere vellet? Inutilis ei esset exceptio rei iudicæ quæ non alij potest dari quàm reo & ei qui conuenitur. Sed esset utilis actio in factum quæ ex iudicio nasci & dari solet *l. actor 8. de reb. cred.* Nam si alius frater excipiat nihil contra se iudicatum fuisse, sed tantum contra heredem institutam. Replacabit victor ita iudicasse pro eo Centumviros quasi crederent solum ipsum fuisse in rebus humanis eo tempore, aliam verò qui querelam repudiauerat, quodammodo inortui loco habendum, vt de deponato scribitur in *l. 1. §. penult. de bon. poss. contr. tab. l. 4. §. si de portatus de bon. lib. t.* cum neque admittatur nunc, neque admitti vnquam speretur *dist. l. si post mortem: o. §. liberi. inf. de bon. poss. contr. tab.* Ideoque prudenter nec temerè videtur Paulus hic loqui non specialiter de exceptione rei iudicæ, sed generalius de rei iudicæ autoritate vt non minus actionem iudicati quàm exceptionem complecteretur, Et non nego facilius esse vt fratri victori detur reventio per viam exceptionis, cum possidet quamuis nullo iure, quàm vt ei non possidenti detur actio iudicati contra fratrem, qui sola iudicium intentione, non etiam verbis sententiæ vllomodo fuerit condemnatus, arg. *l. in princip. inf. de minor.* Tutius itaque ac melius faciet frater si quoquomodo, id est, etiam si nullo iure dummodo sine iicio possessionem totius hereditatis nanciscatur, vt possit ei sufficere exceptio, nec vlla indigeat actione: vt in specie *l. heres 21. inf. ad SC. Trebellian.*

eam habuerit quam iudem vocant passiuam *l. filium familias 16. in prim. & vers. Marcellus. §. qui testa. facer. poss.* Ergo implicat contradictionem vt defuncti testamentum per querelam rescindatur, & tamen testamenti factionem defunctus tãquam furiosus non habuisse existimetur. Ratio decidendi. Idè creditur defunctus testamenti factionem non habuisse, quia vltimè eius iudicium quasi furiosi damnatur, vt scriptum est in *l. mater decedens 19. vers. secundum quod inf.* At non hoc quasi verè furiosus vel demens testatus sit, sed quasi ritè fecerit testamentum, at non ex officio pietatis. Nam si verè furiosus vel

Q 3



demens esset, haud dubiè nullum esset non rescissum nec rescindendum, nec rescindibile, ut loquantur ipsius testamentum. l. 2. vbi dixi *supr. hoc tit.* Eadem enim est ad illum quæ ad hunc locum ratio dubitandi, eadem decidendi.

*Nota idem probandum est si herede non respondente.* Ratio dubitandi. Contumacia heredis qui cõcensus querela inofficiosi noluit respondere, soli contumaci nocere debet, non etiam alteri, præsertim victori. Ergo non debet facere deteriorem conditionem victoris, quàm si præsentis & respondente non per contumaciam absente reo, eodemque herede iudicatum fuisset. Nam nec alia ratione contumax potest condemnari quàm quod eius contumacia faciat, ut haberi debeat pro præsentis *Aub. qua in provincia. v. s. sed si nec ipse. C. vbi de crimin. ag. i. o. por.* Nemo enim absens & maledictus unquam condemnatus est. Atqui si herede præsentis ac respondente sententia contra eum pro actore lata esset, non dubitarem quin sententia in diem ius faceret, non tantùm aduersus condemnatum sed etiam aduersus eos omnes qui aliquid ex eodem testamento vellent petere: ideo quæ nec libertates competere, nec legata deberentur *L. cum mater v. j. hoc tit. l. 3. §. per. vbi dixi supr. eod.* Ergo nec aliud erit etiam si absente nec respondente herede contra eam fuerit iudicatum pro præsentis.

Ratio decidendi. Valere quidem sententia contra absentem per contumaciam, nequè ac contra præsentem reudita, sed hæcenus ut contra eum solum habeat rei iudicæ autoritatem ad inducendam nõ minùs iudicari a ratione, quàm exceptione rei iudicæ. At non tamen usque ad eò ut possit ius facere quod ad ceteros qui non sunt condemnati, quia heres qui absens, & propter suam contumaciam condemnatus fuit, non tam ob id quod malam causam habuerit cõdemnatus creditur, quàm quod abfuerit *l. si idio 55. in princ. j. de euit.* Dixi ad *l. Papinianus 8. §. meninisse. v. s. proinde. supr.* Nõ igitur habet hæc sententia autoritatem rei iudicæ nisi aduersus eum ipsum qui fuit contumax & adesse neglexit, & consequenter salua sunt libertates eo testamento relictae salua legata, & salua omnibus actiones *l. si perlusorio 14. §. 1. j. de app.* vbi refertur etiam rescriptum Dinorum fratrum, cuius mentio fit in *l. prox. si q.* Nec valde dissimile est quod scriptum legimus in *l. si servus plurimum 30. §. 1. infr. de leg. 2. n.* Si tamen liceat mihi liberè quod sentio eloqui, vereor ne hæc distinctio in tractatu nostro De querela inofficiosi, Triboniani sit potius quàm Pauli, Multùm namque interesse arbitror an pronuncietur contra heredem scriptum, adeoque si voles etiam cõtra testamentum in simplici petitione hereditatis, siue falsum, siue iniustum, vel irritum aut ruptum dicatur testamētum, an verò ex causa querelæ de inofficioso, ut & aliàs plerumque interest *l. 5. in princ. infr. de his que vi indign.* Priore casu factor posse admitti distinctionem quæ placuit Imperatoribus, nec nocere legatariis aut libertatibus quod contra heredem iudicatum fuit non solum si de iure tantùm heredis pronunciatum sit, fortè pro substituto, ut in *d. l. si servus. §. 1. vers. si tamen* (qui casus longè minorè dubitationem habet, cõtra substitutus veniat ex eodem testamēto) sed etiam si de iure testamenti. At posteriore casu nego huic distinctioni locum esse posse: Ratione illa quæ Paulus tradidit in huius §. quod cum cõtra testamētum velut inofficiosum iudicatur, testamēti factio-

nem defunctus habuisse non creditur. Non tam enim contra heredem pronunciatum in querela inofficiosi testamenti, quàm contra testamentum, nec tam contra testamentum, quàm contra testatorem ipsum, ablata ei factio testamenti, sine qua tamen impossibile est, ut vel libertates dare quis possit, vel relinquere legata, vel etiam fideicommissa. Quæ ergo fronte possunt legatarij petere legata ex testamento per eum factio qui furiosus ac demens fuisset existimetur? Nã nec potest negari, quin saltem quod ad heredem ipsum condemnatum sententia ius faciat, & pro veritate habeatur. Atqui legata omnia, itèmq; libertates pendunt ab institutione, & legatorum obligatio incipere dicitur ab herede *l. h. re. d. i. t. arum 40. j. de obl. & action.* Non igitur potest fieri ut credatur testator & pronuncietur fuisset furiosus quod ad heredem, quin hoc ipso pronuncietur fuisset illum furiosum eum ab eo herede legata relinquere, ac libertates dare. Longèque alia causa est coheredis testamentarij, cui dicimus nõ nocere sententiam aduersus coheredem latam, quia eius partio non pendet à portione coheredis: & quantum non possit testator fuisset pro parte furiosus, difficius tamen est ut propter sententiam aduersus unum ex coheredibus reddita, alius qui auditus non fuit damno aficiatur, quæ per legatarij ex sententia lata contra heredem qui legata ipse præstare debuisset. Denique generale ac perpetuum est, ut quoties testamentum inofficiosum pronunciatum, neque libertates competant, neque legata debeantur *d. l. 8. §. per. supr. d. l. cum mater 25. inf. hoc tit.* quia impossibile est ut quicquid valeat ex iis omnibus que data sunt à testatore pro ea parte hereditatis parte pro qua furiosus fuisset creditur. Quare non dubito quin Paulus in hoc §. ita scripserit *Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur testamenti factio non computatur, nec legata debentur.* Nã si quovis casu Paulus admittere veluisset libertates competere, & legata deberi ex testamento inofficioso, utique admisset in ea specie quæ idem tractat in *d. l. cum mater*, præsertim cum in ea specie adesset autoritas rescripti Imperatoris, quæ tamen facere non potuit, ut Imperatoris sententiam Paulus probaret. Tantum abest ut distinctionem illam quæ à Diuis fratribus inducta est in simplici petitione hereditatis fuerit ille probaturus in causa inofficiosi testamenti. Fuisset enim hoc casu necessariam Imperatorum constitutionem aliquam, quæ hoc ius contra meram rationem ex æquitate induceret, apparet tam ex *lege proxim. sequent.* quàm ex verbis illis *dicte legis si perlusorio. §. 1. & idè aduersus eum qui vicis permittimus eis agere.* Ergo multò magis fuit necessaria cõstitutio aliqua ad hoc ut rescisso per querelam testamēto, quamvis contra heredem non respondentem libertates nihilominus & legata conservarentur, cum de hac specie nihil à Diuis fratribus constitutum fuisset ex ipsius rescripti verbis appareat, evidentiissima verò sit ea quam in superioribus attulimus ratio diuersitatis inter hanc speciem, & ceteras in quibus nihil allegatur quod afficiat personam testatoris, quodque facere debeat ut testamenti factio defunctus non habuisse videatur. At cum Paulus in ea quæ supra diximus verba scripserit, credibile est Tribonianum de suo addidisse omnia cetera quæ tollimus, & postremam legis sententiam de libertatibus & legatis ex negatiua adfir-

adfirmatiua fecisse. Nam præter id quod iam dixi me illud etiam mouet, quod iam mouet in *d. l. 8. §. per. supr.* quod tractatur hæc de iudice in singulari numero, quasi de querela vnus tantùm sit iudex qui iudicat non Centumuirii, de quibus tamen in proximo huius legis responso locus Paulus fuit, ut & Papius de iudicibus in plurali in *l. nam et si 15. §. v. l. supr. & Marcellus in l. si pars 10. eod. & Iustinianus ipse in l. v. l. vers. tum etiam Centumuirii. C. de liber. præter.* Numquam enim Paulus tractans de querela ita scripserit *hoc enim casu non creditur ius ex sententiâ iudicis fieri.* Item quod similem in video sententiam sub Vlpiani nomine traditam in *d. l. si servus plurimum §. 1.* vbi tamen multa sunt, quæ faciunt ne possit dubitari quin locus ille sit totus Triboniani, vel saltem à Triboniano corruptus, siue verba, siue sensum verborum inuenire: ut ad eum, Deo fauente aliquando docebitur. Etii non de Centumuiris ibi agitur, neque de querela inofficiosi, sed de iudice pedaneo qui datus fuerit & pronunciatuerit in causa petitionis hereditatis ut prima §. 1. vbi demonstrant, qui tractatus longè ab hoc diuersus est, ut iam dixi. Accommodato scilicet iure vetere ad ius nouum quod de hereditate cognoscunt non centumuirii, ut olim *l. v. l. C. de per. h. v. l. d. petitor 30. de liber. l. 1. §. 1. v. l. C. de liber. præter.* sed prætoraliue magistratus quibus & licuit olim iudices dare in omnibus pend. causis ante *l. 2. C. de ped. iudicab.* Accommodari autem ius vetus ad nouum à quo alio potuit quàm à Triboniano ipso, aliisque Compositoribus? Dixi ad *d. l. 8. §. v. l. supr.* & dicam ad *l. si suspecta 29. j. eod.* Rursum quod scio nihil esse familiaris Triboniano, quàm ut Imperatorum rescriptis ad certas causas certisq; casus accommodatis passim abutatur producens ea ad alias species de quibus neque in rescriptis quicquam dictum, neque ab imperatoribus cogitatum fuit, adeoque qui nullam ferè iuris similitudinem habeant cum iis speciebus de quibus Imperatores rescripserunt. Id verò si vsquam alibi Triboniano, hæc certe accidit. Etii enim habent omnes hæc species illud simile quod in iis de iure testamēti pronunciatum, legataque pendunt ab institutione, quæ per querelam rescinditur, est tamen hoc omnino dissimile, quod in ceteris non negatur testamētum, sed negatur esse validum: In querela verò inofficiosi negatur testamentum, hoc ipso quod testator dicitur testamenti factio non habuisse:

19. PAVLVS libro 2. Questionum.

**M**ater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit, filiã vnã ex quadrante succurrendam sit. Respondi: Filia præterita id vindicare debet, quod, intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quæ omisa est, etiam si totã hereditatem ab intestato petat, & obtineat, solam habituram vniuersam successionem, quemadmodum si altero omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut aduersus forem audiatur, agendo de inofficiosi. Præterea dicendũ est, non esse similem omittenti eam, quæ ex testamento adiit: & ideo ab extraneo semissem vindicandum, & defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis rotus ad hanc pertineat. Secundũ quod, non in totum, testamentũ infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosa iudicium vltimum eius damnetur. Ceterum si quis putauerit, filiã obrinente, totum testamentũ infirmari: dicendum est, etiam institutã ab intestato posse adire hereditatem, nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum & hi, qui sciunt, ius suũ, eligentes id, quod putat sibi competere, non amittant, quod euenit in patrono, qui iudiciũ defuncti, falsa opinione motus





succumbat tamen in petitione hereditatis, vt bene hęc Barr. ratiocinatur *ex d. §. si quis ex his*. Qui & illud non malè defendit aduersus Accursium, Proposita inofficiosi querela quæ obtinuerit non ideò petitionem hereditatis habere paratam executionem, nisi etiam illud pronunciatum sit hereditatem ad actorem pertinere. Nam & exemplum

21. PAVLVS libro 3. Responsorum.

**E**VM, qui inofficiosi testamenti querellam instituit & fraude heredis scripti, quasi tertiam partem hereditatis tacite rogatus esset ei restituere, reliquit eam actionem, nõ videri deseruisse querellam: & ideo non prohiberi eum repetere inchoatam actionem.

*Ad l. eum qui 21.*

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi vt sapius diximus, similis est actioni iniuriarum *l. 1. §. sed si puta §. si quid in fraud. part.* Atqui actio iniuriarum semel omilla non potest repeti ne quidem per in integrum restitutionem etiam si concurrat fauor minoris ætatis *l. auxilium 37. §. supra de minor.* Ergo si cum inofficiosi testamenti querellam instituit, eam reliqueris, quamuis ita feceris per fraudem heredis scripti qui hoc tibi persuasit quasi tacite rogatus fuisset ille à testatore tertiam partem hereditatis tibi restituere, atque ita facere vt plus quam legitimam portionem haberes, non est tibi permitendum vt repetas inchoatam actionem & querellam quam semel deserueris; Potiusque dicendum esset dandam tibi actionem de dolo, vt dici solet quoties aduersarij dolo & calliditate factum est vt pristina actio extincta sit nec alia vlla super sit *l. 1. §. p. ff. sup. de dolo.*

Ratio decidendi. Inofficiosi querela extinguitur quidem ipso iure per pactum sicut & actio iniuriarum *l. si tibi 17. §. 1. sup. de pact.* adeò que sola desinitentia & nuda voluntas est statim atque is qui cepit aut potuit queri constituit apud se nolle agere *l. si ponas 23. §. vlt. §. hoc tit. iunct. l. sed si vnus 17. §. si ante iudicem §. de iur.* At in proposito is qui querelam proposuit, & eam postea per fraudem heredis scripti reliquit, non tam pactus videtur, quam deceptus, arg. *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. §. vlt. sup. de transact.* Nam et si transactio inter heredem & a-

**I**tem quæsitum est, an heres audiendus est ante de inofficiosi querellam actam, desiderans restitui sibi ea, quæ soluit. Respondit ei, qui sciens indebitum fideicommissum soluit, nullam repetitionem ex ea causa competere.

*Ad §. 1. item quæsitum.*

Ratio dubitandi. Per querelam inofficiosi sunt indebita omnia & legata & fideicommissa quæcunque testamento inofficioso data fuerunt *l. Papinianus 8. §. si ex causa l. Titia 13. vbi dixi supra hoc tit.* Ergo quamuis soluta fuerint, repeti nihilominus possunt per conditionem indebiti *l. 2. §. 1. infra de condit. indeb.* Ratio decidendi. Multum interest an soluta sint legata vel fideicommissa ex eo testamento quod heres putabat valere ac perpetuò valiturum esse, quod tamen postea rescissum sit per querelam, An verò sciens fideicommissum vel ab initio indebitum, vel in ea causa constitutum vt per querelam indebitum fieri quandoque posset, vtrò soluerit, siue fidei explendæ causa id fecerit vt in *l. fideicommissum 62. de condit. indeb.* siue etiã animo repetendi *l. quod quis sciens 50. eod.* Priore casu conditio indebiti competit, *d. l. 2. §. 1.* Posteriori

quod adfert Accursius de actione quæ nascitur ex iudicato, quæsi habeat illa paratam executionem, nec opus sit condemnatum ex iudicio conueniri, æque falsum est, cum ex iudicato possit quis & debeat conueniri, antè quam iudicati executio vel fieri vel pro facta haberi possit *l. item veniunt 20. §. idem rectè infra tit. prox.*

ctore facta esset, nec fides transactioni ab herede præstaretur, placeret integram esse causam inofficiosi *l. si instituta 27. vbi dicam infra hoc tit.* Quanto enim difficilius est vt querela omilla repetatur, tantò facilius dicendum est non videri eam repudiatam ne omni auxilio destituatur is qui alioquin iuste queri posset. Actio enim de dolo præter id quod famosa est, & ideo numquam nisi in subsidium concedenda, cum aliud nihil est quod melius dici possit, in proposita tamen specie ideò minus sufficiens esse creditur, quòd indemnitate quidem pecuniariam adferre potest, sed impietatis notam quam inurit exhereditatio delere nullomodo potest. Admittitur ergo is qui cepit queri ad repetendam querelam, non quasi eam per fraudem heredis scripti deseruerit, sed quasi nec deseruerit, quia non videtur deseruisse, qui numquam habuit animum deserendi. Quòd si vt querela causa salua sit, sufficit eum qui ex testamento egerat cum posset queri habere aliquid quod vicio testatoris possit reputare, vt in *l. nihil interest 12. §. si cum filius supra hoc tit.* quanto magis salua erit querela contra heredem ei qui habet quod reputare possit non tantum vicio, sed etiam dolo, non testatoris, sed ipsius instituti? Quem scilicet absurdum & iniquum esset ex dolo suo lucrum ferre *l. ne ex dolo 13. supra de dolo.* Semper enim dolo & omnimodo puniendus est *l. procurator 11. §. an vnus iun. infra de doli mal. except.*

non item. Atqui Paulus in hoc §. de illo nominatim loquitur qui sciens indebitum fideicommissum soluit. Merito igitur responderet nullam ei ex hac causa conditionem competere, quia cuius per errorem soluti conditio est eius consultò dati donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Diuersum est si incerto ac titubante animo soluerit, vt hęc notat Accursius *ex l. vlt. C. de condit. indeb.* Nõ possum tamè facere quin mirer hoc Pauli responsum ad propositam quæstionem. Non enim erat quæstio de fideicommissio tantum quod hac parte solet esse favorabilis legato, arg. *d. l. fideicommissum & l. 1. C. de fideic.* sed de iis omnibus quæ soluta proponerantur siue legata essent siue fideicommissa. Nec rursus de herede qui sciens indebitum fideicommissum soluit, sed de eo qui soluerat ante actam inofficiosi querelam ac proinde eo tempore quo nondum poterat indebitum dici fideicommissum

missum, vt nec quicquam aliud ex relictis in eodem testamento. Quid ergo commune habet responsio cum quæstione? Rursum eum ante inofficiosi querelam actam testamentum subditum, quoniam obsecro prætextu aut colore potest heres interim desiderare vt restituantur tibi quæ soluit, & ad quorum solutionem adhuc vrgeri posset si nõdum soluisset? Nam si ponas fideicommissum ab initio fuisse indebitum pura relictum incapaci alia quæstio est, & ad quam nihil pertinet tracta. e. de querela inofficiosi. Ergo cum & inepta quæstio sit, & ineptior ad quæstionem responsio, facit in eam descendendo sententiam vt totum hunc §. Triboniano & Compilatoribus adscribam potius quam

**2** Idem respondit, eucta hereditate per inofficiosi querellam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia obseruari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: & ideo & petitionem integram debiti heredi instituto aduersus eum: qui superauit, competere, & compensationem debiti.

*Ad §. 2. idem respondit.*

Ratio dubitandi. Semel extincta actio numquam reuocatur *l. qui res 98. §. aram infra de solut.* Atqui per aditionem hereditatis confunduntur & per confusionem extinguuntur actiones omnes quas heres institutus habuit contra defunctum *l. Strichum aut Pamphilius 95. §. aditio eod. l. debitor 5. C. de pact.* Ergo quamuis eucta sit hereditas per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus adierat ex testamento, nõ ideò tamen videtur fieri posse vt petitiõ debiti integra super sit heredi instituto aduersus eum qui superauit, quicquid hodie possidet hereditatem ab intestato, Aut vt debitum illud possit compensare, cum per confusionem nõ minus naturalis obligatio quæ fuisset, extinguitur, quàm ciuilibis, si quidem natura ipsa impedimento est ne quis sibi ipsi debere aut contra seipsum agere possit *l. frater à fratre 38. de condit. indeb. l. nõ cõ filios filii 15. de iur. l. heres à herede 22. de fideiuss.* Præsertim eum possit imputari huic heredi cur adierit ex eo testamento quod sciuit, aut saltem prouidere potuit & debuit in eo esse vt per querelam rescindi posset, arg. *l. si quis domum 8. §. 1. in illis verbis quia hoc uenire posse prospicere debuit §. locat.* Numquam autem solent actiones confusa restitui cuius factò confusa sunt si quid sit quod possit ei imputari, *l. indigno 3. l. heredem 17. §. 1. §. de his que vt indign. l. cius qui delatorum 29. §. 1. §. de iur. iur.*

Ratio decidendi. Eucta hereditate per inofficiosi querelam ab herede instituto, perinde omnia obseruari oportet ac si hereditas adita non fuisset, quia potestas euctæ hereditatis tollit intellectum aditionis & confusionis, vt in *l. si parroni 55. §. vlt. §. ad SC. Trebell. l. Papinianus 8. §. si ex causa & l. qui repudians 17. §. 1. supra hoc tit.* Atqui si non fuisset adita hereditas, nulla actionum heredis confusio facta fuisset, quæ scilicet facta non est nisi per aditionem *d. §. aditio.* Ergo perinde integra est heredi instituto petitiõ aut compensatiõ eius summæ quam ei de-

Paulo. Voluit autem Tribonianus hoc dicere quod tamen non expressit, Rescissio per querelam testamento licet omnia & legata & fideicommissa quæ ab initio soluta fuerunt quasi debita repeti possint conditione indebiti tanquam indebita, id tamen fideicommissum non repeti quod heres sciens indebitum soluit: De quo tamen ius tantum & aperum erat, vt non sit verisimile Paulum ita fuisse responsum, præsertim cum de eo interrogatus non fuisset, Nisi fortè more Scauolæ qui ad obscuram facti speciem de iure aperto potius respondebat, quàm vt quæstioni facti se implicaret, vt in *l. iudicator 109. de condit. & demõstr.* Iurage tamen quæ dixi ad *l. Titia 13. pp.*

functus debuit, ac si defunctus ab initio intestatus decessisset, siue heres hic institutus vtrò agere velit contra heredem legitimam, siue ab eo conueniatur, Adeò vt neque vlla actionum restitutione opus sit hoc casu *l. si non ius 22. infra C. hoc tit.* quomodo ab aliis plerumque opus est, quia rescissio per querelam testamento sicuti nunquam adita ex testamento hereditas fuisse intelligitur, ita neque vlla actionum confusio facta est, quam tamen præcedere necesse est vt restitutioni locus esse possit, aut etiam quæstioni De confusis actionibus restituendis *l. Papinianus 8. infra de iur.* Neque verò potest is qui egit de inofficioso & obtinuit, imputare huic heredi instituto cur hereditatem ex testamento adierit, cum si hereditas ex testamento adita non fuisset, ille nec de inofficioso agere nec proinde vincere potuisset *l. Papinianus 8. §. si conditio & hoc tit. l. ius 36. §. 1. C. de iur. iur. l. si extraneus 23. l. cius in fundo 78. quod si mulier §. de iur. dot.* Multò minus potest imputari heredi scripto cur non repudauerit hereditatem fortassis opulentam sibi delatam ex iusto validòq; testamento. Liberum enim cuique est vt sibi delatam hereditatem vel agnoscat vel repudiet *l. sicut 5. C. de repud. vel abj. in hered. l. nec conere 16. C. de iur. delib.* Aliud ergo est in his casibus in quibus actiones confunduntur per aditionem ex testamento factam ab eo qui heres semper maneat, qualis ille est cui filius hereditatem auferit velut indigno *l. ex factò 43. §. vlt. de vulg. & pupill. substit.* aut qui hereditatem restituit ex fideicommissio. Nam & hoc casu heres manet post restitutionem is qui antè fuit *§. restituat infra de fideic. hered.* Itaque his casibus, & aliis si qui sunt similes, necessariò quærendum est de actionum confusarum restitutione *l. 2. §. vlt. de hered. vel act. vend.* & illa distinctio adhibenda, An in dolo sit is qui restitui actiones postulat an non vt priore casu non audiatur *l. propter veniunt 21. §. neptis infra de SC. Silan.*

22. TRYPHONINVS libro 17. Disputationum.

**F**ilius non impeditur quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel adierit hereditatem, quamquam in eius esset potestate. nec prohiberi patrem, dixi, iure filij accusare, nam indignatio filij est.

*Ad l. filius 22.*

Ratio dubitandi. Quicquid acquirit filius qui

in patris potestate est acquirit patri, Adeò vt momento quidem temporis acquisitio consistat

in persona filij l. placet 79. inf. de acquir. hered. l. 1. §. si à parent. quis manem. fr. Ergo patris persona inspicienda est non filij, arg. l. filiofamilias 42. De coad. & de nos. Atqui pater qui vel legatum acceperit, vel heres institutus sit in eo testamento quod inofficiosum velit filius dicere, non potest contra id testamentum querelam proponere, Non ob id solum quod de inofficioso uxoris testamento conquiri maritus non possit, non magis quam vxor de testamento mariti l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis sup. hoc tit. sed ob id etiam quod de functione iudicium agnouerit, siue legatum percipiendo, siue hereditatem testamentariam adeundo l. si pars 10. in fin. & l. nihil interest 12. sup. Ergo nec filio à matre exheredato permitendum est vt queratur de inofficioso matris testamento quod pater agnouerit & comprobatur, Non magis quam si filius ipse agnouisset ac comprobasset. Multo minus autem permitendum est ipsi patri, vt de inofficioso dicat, ne quidem nomine filij, quia licet filij iniuria & indignatio sit l. Papinianus 8. §. 1. sup. non tamen ad filij commodum agit, sed ad suum, Nemo autem potest contra factum proprium venire, ne quidem ex alterius persona sit veniat ad suum non ad alterius commodum, vt nostri notant ad l. si uox seruum 26. §. si filius 7. de condit. indob.

¶ Et quarebatur, si non obtinuisset in accusando: an, quod patri datum est, publicaretur, quoniam alij commodum victoria parat. & in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filij agitur: & inclinanda est, non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiata fuisse. Multo magis, si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit, me herede relicto, ego que hereditariam causam peregi, & victus sum: id, quod mihi eo testamento relictum est, non perdam: utique si iam defunctus agere cœperat. ¶ Item si adrogauimus eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filij nec obtinero: perdere in eum legatum non oportet: quia non sum indignus, vt auferatur mihi à fisco id quod derelictum est: cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successione egi.

Ad §. 1. Et querebatur. & c.

¶ Item querebatur, si non obtinuisset in accusando. Ratio dubitandi. Qui accusat testamentum vel inofficiosum si non obtineat perdit omnia quæ ex eo testamento vel consecutus fuerat vel consecutus, Eaque ablata ei tanquam indigno, vindicantur fisco l. Papinianus 8. §. meminisse sup. hoc tit. Ergo in proposita specie si pater qui ex uxoris testamento legatum acceperit, aut heres institutus fuit, inofficiosum illud testamentum dixerit quamuis nomine filij, dicendum videtur publicari debere quicquid patri relictum proponatur.

Ratio decidendi. Cum pater agit nomine filij, non tam ipse quam filius agere videtur, quia nec patris sed filij iniuria & indignatio est, neque de patris officio tractatur, sed de meritis filij in tota questione ista inofficiosi testamenti. Iustius ergo & æquius est, vt quod patri eo testamento datum est non publicetur. Atque ita Tryphoninus in hoc loco si Triboniano credimus ratiocinatur. Sed parum subtiliter meo iudicio. Non enim hac parte similis est pater tutori, qui sine periculo eius quod sibi datum est, utique potest pupilli sui nomine agere de inofficioso l. aduersus 10. §. 1. 7. hoc tit. Nempe quia tutorem officii necessitas excusat quæ cogit eum vt pupilli nomine instituat actionem quam pupillus ipse instituire non posset l. m-

Ratio decidendi. Cum exheredatus est filius, etiam praesertim pater legatum acceperit vel hereditatem ex testamento mouerit, filij non patris iniuria & indignatio est, Nec minus si filius in potestate sit, quam si emancipatus proponatur, quoniam filij exhereditatio notat eum non eius patrem infamia ingratiitudinis, & impietatis. Ergo quamuis pater ex eodem testamento, vel heres, vel legatarius sit, non eo minus tamen filio permittendum est, vt de inofficioso agat, adeoque patri ipsi non suo quidem nomine, sed filij d. l. §. 1. sup. quia nec sibi victoria commodum parat, sed filio, vt sequitur in hac lege, Nimirum quia querela victoria in eo est, vt non filius qui fuit exheredatus, sed mater ipsa quæ hereditatem impietatis notam incurrat eiusque testamentum quasi furiosa ex hac causa rescindatur. In quo de solus filij non etiam de patris meritis quæri oportet. Commodum autem victoriae in eo potissimum consistit, vt exheredationis nota & macula deleatur: quæ res solum filio respicit non patrem, qui non fuit exheredatus. Nihil igitur impedit quominus & filius de inofficioso agat, & pater nomine filij, quamuis pater aut legatum acceperit, aut heres fuerit institutus. Iunge tamen quæ mox dicam ad verba seq.

¶ Item 22. §. de his quæ vt indigni. At patrem nulla vel officii vel administrationis necessitas cogit vt filij nomine agat de inofficioso cum filius ipse non prohibeatur agere si velit, vt scriptum est in principio huius legis. Quidni verò? cum filius quamuis in patris potestate constitutus legitimam personam habeat standi in iudicio, possitque ex omnibus causis & agere & conueniri l. tam ex contractibus 57. sup. 1. prox. l. filiofamilias 30. §. de oblig. & actio. Quod si quis dicat necessariam esse in eam rem autoritatem patris ex Iustiniani constitutione in l. v. §. 1. v. r. f. necessitate C. de bon. qua liber. præter id quod non facile admittam, id ipsum iam Tryphonini temporibus & toto iure vetere obtinuisset vt alio loco scripsi, Dicam esse ista longè differentia, Patrem agere nomine filij, & Patrem filio agere volenti autoritatem præstare, ac multo maiorem esse rationem vt patri de inofficioso agenti nomine filij auferatur tanquam indigno, quod ei datum est, quam vt auferatur patri nihil nisi autoritatem filio præstanti: quia plus facit qui agit quam qui autoritatem præstat agenti. Idque tanto certius erit, si ponas pro vero quod hic textus aperte probat, non solum huius querelæ victoriam sed etiam victoriae commodum parari filio, non patri. Quidni enim hoc saltem casu liceat filio agere etiam inuito patre? Aut certe non ex qua patris auctoritate, vel ob hoc

ob hoc ipsum ne posset quæri oporteat an possit pater sine aliquo periculo præstare filio autoritatem, ad impugnandum testamentum ex quo pater lucrum aliquod fuerit consecutus? Nemo enim id facere cogendus est ex quo damnum aliquod & captiorem timere probabiliter possit, arg. l. vltim. §. de iur. dot. Neque verò dubitandum est quin eo saltem casu quo nec pater nec alius quicumque pro patre velit de inofficioso agere filij nomine, permittendum sit filio vt suo nomine agat, quemadmodum de actione iniuriarum scriptum est in l. sed si vnus 21. §. ait prætor si ei in fr. de iur. & in l. si longius 18. §. 1. vbi dixi sup. tit. prox. l. filiofamilias suo nomine 9. §. de oblig. & actio. Nam & fuit olim filiusfamilias acquisitionis capax eo casu quo nollet pater sibi per filium acquiri. is qui heres 13. §. vltim. l. cum heres 2. in princip. de acquir. hered. l. cogit 6. §. si pater filio l. imperator 10. §. ad SC. Treb. l. l. C. qui admittit ad bonor. poss. l. 4. §. sed & filiofamilias sup. de edend. Quid ergo est quod possit cogere patrem vt de inofficioso agat ipse nomine filij? Quod si nihil est propter quod agere cogatur quid tandem erit quod possit eum excusare si vltro egerit, quominus videri debeat indignus & priuandus his omnibus quæ ex eo testamento accepit? At neque ratio illa vera est quæ in hoc versicul. adfertur pro patre, quod alij non sibi commodum victoria parat. Nam si nihil aliud in hac querela victoria consideres, nisi quod per eam deleatur nota & macula exheredationis, verum quidem erit vt supra diximus, commodum illud parari filio non patri: Sed honor hic victoriae dicendus est potius quam commodum & emolumentum. Commodum enim potissimum illud est victoriae, vt post eam obtentam is qui vicit, patremque familias intestatorem fecit obtineat hereditatem l. posthumus 6. §. si quis ex his sup. h. tit. Atqui in specie quam tractamus si ponas filium obtinuisset in querela, siue filius ipse egerit, siue pater nomine filij, certum est Tryphonini & totius antiquæ iurisprudentiæ temporibus ita ius fuisse vt matris hereditas filio delata ex Senatusconsulto Orphitiano, patri per filium acquireretur. Vnde petenda est ratio dubitandi ad l. sacratissimi 9. ad SC. Treb. l. vbi scripsum est sacratissimi Principis Hadriani oratione cauere vt matris intestatæ hereditas ad liberos tamen in aliena potestate erunt, pertineat. Fuit enim oratio illa necessaria, quod videtur contra mentem Senatus, qui solis liberis fauere voluerat & debuerat, vt iis faueretur illo etiam casu quo fauoris commodum & emolumentum non ipsis sed per ipsos patri quæreretur. Indèque est etiam quod toties in libris nostris legimus liberos à matribus institutos sub conditione emancipationis, vt in l. mater 93. de cond. & demonstr. l. mulier 22. ad SC. Treb. Non alia vtrique de causa quam ne aliqui hereditas materna per uberos acquireretur patri quem inuisum, & inimicum fortassis mater habuisset. Denique constat, nec Accursius ipse distinetur, primum fuisse Constantinum qui hoc ius nouum induxit in l. 1. C. de bon. matern. vt bonorum maternorum proprietates acquiratur liberis, solus sequens Imperatores postea confirmarunt & auxerunt in l. 2. eod. tit. tandemque Iustinianus ad omnem aduentitia protraxit in l. cum oportet 6. & l. vltim. C. de bon. qua liber. Itaque

Tom. II.

non potuit Tryphoninus hanc rationem adferre, adeoque nec si ab alio allata fuisset probare, quoniam alij commodum victoria parat. Tribonianus vero potuit accommodato, vt facere solet, iure veteris ad ius nouum: vt has nobis crucees in prudentum responsis relinqueret, quas nec alius possit discernere quam qui adprimè nouerit inscitiam Triboniani à ratione iuris separare. Sed nec patrem excusare illud potest, quod de inofficioso agat nomine filij. Tanto enim dignior est, qui indignus iudicetur si nomine filij velit vltro facere quod suo nec posset nec deberet. Quippe cum excusabilior ille sit qui notam & infamiam impietatis idè retorquet in defunctum, vt se ab ea liberet, quam qui pro alio id facit. Itaque inepta est ratio illa, & in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de filij meritis agitur: probatque magis indignum esse patrem si pretextu meritorum filij velit prætere de furiosam fuisse testatorem eo tempore quo testabatur & hereditatem aut legatum patri ipsi relinquebat. Bona quidem ratio est, vt probet non eo minus filium ad querelam admitti debere, quod pater legatum acceperit, aut hereditatem, Quia scilicet de filij non de patris meritis in hac causa querendum est vt in l. §. si emancipatus in fin. De bonor. poss. contr. tabul. Sed iam de eo non quarimus quod disertè scriptum est in principio legis, At de hoc tantum An indignus sit pater agens de inofficioso, filij nomine, & hoc ipso priuandus iis omnibus quæ ex eodem testamento accepit, Cum qua questione nihil habet ista ratio commune. Quam autem verum sit quod volumus, totum hunc versiculum esse Triboniani præter ea quæ hucusque ex iuris ratione disputauimus, ex ipsis etiam penè omnibus verbis apparet. Primum ex illis primis & querebatur quæ nullam habent connexionem cum præcedentibus, Vnde fortassis factum est vt quidam immutauerint & maluerint legere item querebatur, quomodo habet editio vulgata. Nam præcedentia concepta sunt per verbum presentis temporis filius non impeditur vt & sequentia illa nec prohiberi patrem dixi iure filij accusare. Deinde quod sequitur an quod patri datum est publicaretur inconcinnum est. Scribendum enim erat an quod patri datum esset publicaretur: aut si malis an quod patri datum est publicetur. Sed & cum ea quæ proximè præcedunt si non obtinuisset in accusando non ad alium quam ad patrem referri possint (nam si ad filium referas inepta & stulta erit questio An pater debeat quod sibi datum est perdere ob id solum quod filius ipse egerit de inofficioso) debuerat scribi, An quod ei non an quod patri aut potius, cum prima legis sententia sit de filio non de patre, nisi quod additum est non prohiberi patrem iure filij accusare, debuerat scribi si non obtinuisset pater in accusando. Nam & de filio sunt verba illa immediate præcedentia nam indignatio filij est. Iam verò quod pro ratione additur, quoniam alij commodum victoria parat quam falsum sit, ostendimus. Sequitur & in hac causa nihil ex officio patris. Erat verò scribendum de officio patris vt statim de meritis filij non de meritis filij. Quamquam quis obsecro sic loquitur totum de meritis filij agitur. Scriberem potius tantum. Adde illa & inclinandum est, quæ planè Tribonianum sapiunt, sed ista magis non perdere patrem sibi datum, pro eo quod aptius & eleganter

R



gantius scribere debuit, & quomodo scripisset haud dubie Tryphonius omnium veterum Iurconsultorum post Papinianum elegantissimus non perderset patrem id quod sibi datum est. Denique quod subiicitur si secundum testamentum pronuntiatum fuisset ridiculum est. Quali verò si contra testamentum pronuntiatum sit pro querela, publicari debeat quod pater ex testamento matris habuit, ac non potius ipsi filio acquiri si velis matrem in totum fieri intestatam, & per filium patri, ut diximus. Quam ob causam cogitur Accurtius noster, articulum si, interpretari pro *quomodo*, quomodo tamen loqui vix quiquam solet si excipias Tribonianum. In summa diuersa sunt hæc quæstiones, An filius eius qui legatum accepit vel heres institutus fuit possit queri de inofficioso, aut eius pater tanquam pater, & nomine filij, & An pater qui filij sui nomine querelam instituerit perdere debeat tanquam indignus quicquid habuit ex eo testamento. Priorem tantum quæstionem tractauit Tryphonius, non posteriorem. Tribonianus verò etiam tractare voluit posteriorem, & peruersè ut solet. Illud tantum quod ad Tryphonium superest explicandum, Quomodo fieri possit, ut pater filij sui nomine instituat querelam, cum pater ipse fuit heres institutus & adiit hereditatem. Nam hunc quoque casum Tryphonius tractat. Consequens enim videtur ut contra seipsum agere debeat pater, cum non aduersus alium quam heredem institutum proponi querela possit, ut toties diximus. Atqui ne quis contra seipsum agere possit non tantum civilis ratio, sed etiam natura ipsa impedimento est. *l. necum filiofamilias 16. de iur. sed respondendum est eo casu quo pater fuerit heres scriptus, ponendum necessarium esse quod aliquis ei coheres datus sit contra quem agere potuerit & egerit pater nomine filij, Aut etiam ipse filius. Nec enim filiofamilias magis liceret agere contra patrem, quam patri contra seipsum dicit. leg. ne cum filiofamilias lege 4. super. tit. proxim.* Hanc verò nostram de Triboniani manu sententiam, iustificè confirmant cætera quæ sequuntur, quæ sunt ineptiora. Nam si mihi legatum dedit testator de cuius inofficioso testamento filius agens decesserit me heredem relicto, egoque hereditariam causam peregerim & victus sum, ait Tribonianus multò magis me non perdere, (scribendum erat *multò minus me perdere*) id quod mihi eo testamento relicto est utique, inquit, si iam defunctus agere cœperat. Ergo verò dico longè maiorem esse rationem hoc casu ut perdat heres conquirentis id quod sibi relicto fuit quam ut in specie superiore perdat pater: quoniam pater non tantum ex persona filij agit, sed etiam nomine ipsius dicit. *leg. Papinianus 8. §. 1. super. a.* Ad heres qui hereditariam querelam causam persequitur, agit quidem ex persona & ex iure defuncti, sed tamen non defuncti nomine, sed suo proprio. Iam enim nullus est, qui defunctus est, eiusque hereditas iam conuersa in patrimonium heredis, facere non potest ut in heredis persona distingui oporteat causam hereditariam à causa quam heres proprio nomine exerceat. Et verò quid cogit heredem ut ex causa hereditaria querelam à defuncto inchoatam persequatur? An non potuit ipse etiam defun-

ctus querelam deserere & à lite desistere? *leg. nam c. si 17. §. 1. super.* Quod ergo licuit defuncto cur non etiam licebit heredi? Quod si nihil impedit quominus inchoatam à defuncto querelam deserat, si velit, An non planè indignus est, si nolit deserere? An forè leuior est iniuria quæ fit defuncto testatori per eum qui dicit de inofficioso ex causa hereditaria, quam si testamentum accularet iure proprio? Aut si hoc admittamus, ut venia dignus sit is qui hereditariam, magis quam qui propriam suam causam exequitur, cur distinguimus an defunctus iam agere cœpisset, necne? siue enim agere cœperit, siue non, æquè verum utrumque est & hereditariam esse querelam, quæ exercetur, & tamen suo nomine & commodo agere heredem qui conquiretur. Quamquam & distinctionis & adiectionis istius ineptitudinem illud euidenter ostendit, quod proposita erat species de filio qui iam agens querela decesserat, Sic enim habent præcedentia *cuius de inofficioso testamento agens filius dicitur.* Quid igitur attinebat subiicere *utique si iam defunctus agere cœperat* nisi ut ex Triboniani more idem ipsum insulse reiteretur? Addit Tribonianus, Si adrogauerim eum qui item instituerat de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, licetneque peregero nomine filij nec obtinero, perdere me legatum non oportere, quia, inquit, non sum indignus ut auferatur mihi à filio id quod derelictum est. Ratio planè inepta, & quæ principium petit. Quid enim aliud est querere, An oporteat me perdere quod mihi datum fuit, quam querere, Vtrum sum ego indignus, aut potius dignus ut auferatur mihi à filio quod habui ex eo testamento. Quare nec in hac ratione conquiescit Tribonianus, sed aliam statim adfert postremis his verbis *cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successione agi.* Quæ tamen non multò melior est. Quid enim refert an quis suo iure proprio agat, an ex iure successione, id est, an ex persona sua, an ex persona alterius sit modo agat ad suum, non ad alterius commodum? Vtroque enim casu cum possit non agere, agit tamen ad hoc ut testator furiosus & demens fuisse pronuncietur. Aut si dicas sufficere ut quis agat iure successione potius quam nomine proprio, ad hoc ne indignus videatur, fatendum igitur erit, Nihil interesse An adrogauerim eum qui litem de inofficioso testamento iam instituerat, an eum qui nondum agere cœperat. Nam utroque casu verum est me non proprio nomine agere, sed iure cuiusdam successione. Et tamen si Triboniano credimus, valde interest. Nec enim dubitari oportet quin ad postremam hanc legis sententiam putauerit Tribonianus addendam esse eandem distinctionem, quam adiecit in superiore specie iis verbis *utique si iam defunctus agere cœperat*: & quam in hac postrema legis parte sanè quam inconsultè prætermisit, si consultò adiecerat in præcedente. Ex his igitur apparet, extra primam huius legis partem quæ est de querela danda filio cuius pater legatum accepit, aut heres institutus sit, vel danda ipsi patri nomine filij, Reliqua omnia quæ sunt de contentione inter patrem & filium, Triboniano adscribenda esse. Cuius inscitiam illud etiam

etiam detegere mihi videtur, quod ait *iure cuiusdam successione.* Acquiri enim quæ fit per adrogationem neque successio est, neque ad instar successione, tamen idem Tribonianus hanc vocem successione per vniuersitatem in *prin. tit. De acqui. sit. per adrogat.* Cum si quid filius adrogatus debeat nulla eo nomine in patrem adrogatorem detur actio nisi nomine filij ut scriptum est in *§. ult. eiusd. tit.* & de peculio ex sententiâ Vlpiani in *l. in adroga-*

*torum 42. inf. de pecul.* Quod utique non ita esset si adrogator adrogato vel successisse vel quasi successisse intelligeretur. Illud certè verum est, eum qui se alteri dat adrogandum hoc ipso cum suo capite fortunas quoque suas omnes in familiam & domum alienam transferre *l. qui ex liberis 11. §. testamentum 7. de bon. poss. secund. tab.* Sed adrogatorem facit ea res acquiratorem potius quam successorem qui sit aut videatur esse heredis loco.

23. PAVLVS libro singulari de Inofficioso testamento.

**S**I ponas filium emancipatum, præteritum: & ex eo nepotem in potestate retentum, heredem institutum esse, filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri, & ita iungitur filio suo & simul cum eo hereditatem obtinebit.

*Ad l. si ponas 23.*

Ratio dubitandi. Officium patris erga filium facit ut de officio quod aui erga nepotem tractari oporteat. *l. dotem 6. inf. de con. bon.* Non ergo facit pater iniuriam filio tamen eum prætereat, si modò nepotem quem ex eo habet heredem instituat, præteritum eam naturæ & parentum omnium commune votum illud sit, ut liberis parentes sua omnia parent. *l. pen. §. secundum quid inf. de bon. liber.* Proinde si ponas filium emancipatum præteritum, & ex eo nepotem qui in potestate retentus fuerat, heredem institutum esse, dicendum videtur non posse filium, contra nepotem eundemque filium suum petere contra tabulas bonorum possessionem.

Ratio decidendi. Loquimur de filio emancipato, & de nepote qui ex eo in familia retentus sit, & consequenter de eo casu quo in alia familia sit filius, in alia nepos. Quod cum euenit neque patri filius quicquam acquirit, neque pater filio aliquid parat, eam tibi iniuriam extranei esse intelligantur. *l. quinciam 55. §. ult. inf. de rit. nept.* Itaque non potest in hac specie institutio filij facere quominus patri præterito danda sit bonorum possessio contra tabulas perinde ac si quilibet alius extraneus heres institutus esset. Nec enim hoc casu bona patris sunt bona filij aut contra, ut in specie *l. in suis 11. de liber. & posthum.* Aded ut soluto per emancipationem iure patriæ potestatis, vinculum quoque pietatis solui quodammodo videatur. *l. ult. inf. si a parent. quis manum. sit.* Et verò cum omnes sibi malint bene esse quam alteri, parum prodest filio emancipato quod ex eo nepos institutus sit si ipse sit præteritus vel exheredatus: Et idcirco iungitur ex prætoris edicto filius emancipatus præteritus filio suo in aui potestate retentio & heredi instituto. *l. 1. & tot. tit. De coning. cum emancipat. liber. eius.*

*a. Quæ autem de inofficioso testamento non poterit.* Ratio dubitandi. Præteritio earum personarum quæ nec instituendæ sunt nec exheredandæ nominatum, haberi solet pro exheredatione. *§. mater. Instit. de exhered. lib. 1. filiam præteritam 15. C. hoc tit.* Atqui filius exheredatus quamuis emancipatus competit querela inofficiosi testamenti. *l. non putauit 8. vers. sanè inf. de bono. poss. inf. contr. tabul.* Ergo etiam filio emancipato præterito permittendum est ut possit queri de inofficioso testamento patris perinde ac exheredato.

Ratio decidendi. Multum interest an tacitè quis exheredatus sit quod sit per præteritionem, an ex-

pressè. Tacita exheredatio non parit querelam filio emancipato, sed tribuit ei ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas, quæ filius præteritus datur, quia nullam ingratiitudinis & impietatis notam inurit præteritio. At exheredatio expressa sicut maiorem vim habet quam tacita, ad hoc ut credèdus sit defunctus existimasse iniuria dignum hunc quem expressim exheredauit, quomodo loquitur Iustin. in *l. ultim. vers. quod si fuisset C. de liber. præter. ita auferit filio emancipato præterito beneficium bonorum possessionis contra tabulas, solumque relinquit ei auxilium querelæ inofficiosi testamenti dicit. l. non putauit.* Cui auxilio cum sit subsidiarium, quia odiosum, non aliter locus est, quam si nullo alio remedio succurri possit ei qui vult queri: Optimum autem & fauorabile remedium est bonorum possessionis contra tabulas, quia non contra testatorem ipsum aut heredem eius proponitur, ut querela, sed contra lignum. *l. 4. in princip. l. quod vulg. o 19. cod. in iul. de bono. poss. contr. tabul.* Sed & defendi potest præteritionem filij emancipati in eo dissimilem esse præteritioni aliarum personarum de quibus in *d. §. mater.* quod non habetur pro exheredatione. Liberi enim emancipati etiam neque instituendi sunt neque exheredandi iure civili, sunt tamen instituendi aut exheredandi iure prætorio, perinde ac si in potestate mansissent, quoniam prætor rescindens emancipationem quantum ad causam successione, non solum habet eos pro liberis, non autem, ut ius civile pro extraneis, sed etiam pro suis hereditibus. Ita ut ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas iure prætorio non respondeat iuri proponendæ querelæ iure civili, sed iuri dicendi testamentum nullum ex causa præteritionis, ut constat apertissimè ex *d. l. non putauit. in princip.* quamuis pauci hoc obseruent. (Vulgo enim contra creditur, idè quod bonorum possessio contra tabulas rumpat testamentum iure prætorio, querela verò rumpat iure civili) Et ad hoc fortasse respiciens Caius in *l. inter cætera 30. De lib. & posthum.* cum scriberet ad edictum provinciale, quod non fuit diuersum nisi nomine ab edicto Prætoris vrbani, Ait, Inter cætera quæ ad ordinanda testamenta necessariò deliderantur, principale ius esse de liberis hereditibus instituendis vel exheredandis, Ne, inquit, præteritis istis rumpatur testamentum. Istitis, inquam, non liberis simpliciter, & in vniuersum, ut plerique intelligunt (nā filio qui in potestate est præterito inutile est testamentum, ut Caius subiicit, hoc est ipso iure

nullum & iniustum, quod proinde rumpi non potest. *l. nam et si. vers. pro igitur. de iniust. rupt.* Nec rufus, Posthumus ut alij interpretantur, Et hoc quoque verum est si sint prateriti rumpere testamentum, sed ut ego quidem arbitror emancipatis, De quibus solis verum est locutum fuisse in precedentibus Caium, ut apparet non solum ex antichefi quae sequitur de filio in potestate, sed etiam ex eo quod ita scripsit Caius in commentariis ad edictum quod emancipatorum potissimum gratia comparatum fuisse constat prateriti quantum ad us a pratoribus introductum De bonorum possessionibus *101. 111. Instit. de bonor. poss.* Egit enim Caius *De bonor. poss. ff. a libro 14 ad edict. prouinc. vsf. que ad libr. 17. ut constat ex l. 7. 9. 12. De bonor. poss. contr. tab. l. 2. D. vnd. cognat.*

**b** *Et ita iungatur filio suo* Ratio dubitandi. Exheredatus filius non iungitur nepoti, sed is tantum qui fuit prateritus & cui prator dat bonorum possessionem contra tabulas. Nam quemadmodum exheredatum filium indignum putat prator quem admittat ad beneficium bonorum possessionis contra tabulas *d. l. non putat. 8. in princip. de bonor. poss. contr. tabul.* Ita nec dignum eum arbitrat quoniam iungatur nepoti, quoniam habet eum pro mortuo *l. 1. §. sed et si patruus insti. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Nam neque edictum pratoris ita conceptum est ut filius iungatur nepoti, sed e contrario ita ut nepos iungatur filio qui alioquin ex ratione iuris pratorij totum habere deberet, *dict. l. 1.* Quis vero filius totum habere deberet iure pratoris? Non utique is qui exheredatus est sed is tantum qui fuit prateritus, & cui prator prima parte edicti *De bonor. poss. ff. bonorum possessionem contra tabulas pollicetur.* Ergo in proposito specie si filius emancipatus exheredatus sit, non est iungendus filio suo eademque testatoris nepoti heredi instituto.

Ratio decidendi. Exheredatio quandiu subsistit impedit ne filius emancipatus possit iungi filio suo, quia & eum arceat a bonorum possessione contra tabulas, ad quam admissum esse filium emancipatum necesse est antequam possit tractari de coniunctione ex edicto *De coniung. cum emancip.*

**1** *¶ Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas: scientes eos heredes esse, aut conduxerunt praedia, aliudve quid simile fecerunt, vel soluerunt heredi, quod testatori debebant: iudicium defuncti agnoscere videntur, & a querella excluduntur.*

*Ad §. 1. si hereditatem.*

Ratio dubitandi. Etiam hereditas ut & alia quaelibet res aliena vendi & locari potest *l. cum hereditatem. 7. §. sequentibus. de hered. vel action. vendit. l. rem alienam. 28. De contr. empt. ac proinde potest etiam quis emere a non domino sine scientia siue ignorans, & siue bona siue mala fide *rot. 1. 1. De emitt.* Sicut & potest quis id quod debet solvere alij quam cui debet: quae res solet parere conditionem indebiti si solutio facta sit ab ignorante, secus si a sciente *rot. titul. De condit. 1. d. b. l. cuius per errorem. 3. de reg. iur.* Ergo etiam si filius exheredatus hereditatem ab heredibus institutis emerit, vel etiam res singulas hereditarias sciens eos heredes esse, aut conduxerit ab iis praedia, vel quid aliud simile fecerit, vel soluerit heredi quod testatori filius ipse debuit, non ideo tamen iudicium defuncti agnoscere videtur, & a querella excludatur. Praesertim cum antequam rescissum sit testamentum per querelam verum sit heredes esse illum qui fuit institutus, & consequenter ius habere vendendi & locandi res hereditarias, itemque exigendi debita hereditaria etiam a filio exheredato inuito, ac multo magis solutionem ab eo accipiendi, ut & ab aliis omnibus debitoribus hereditariis. Nec enim querela nascitur nisi post aditam hereditatem, nec competit nisi contra verum heredem, *l. 8. §. si conditioni, supr. hoc titul.* Cur ergo hoc nocere debeat filio exheredato qui ad querelam admitti voluit, quod ea fecerit cum herede, quae cum alio quolibet etiam non herede facere, adeoque ut facere cogi potuisset? Tale enim est quod facit cum soluit, quoniam, ut dixi, etiam*

*liber. eius.* Est enim illa adiectio tantum quaedam & appendix edicti *De bonor. poss. ff. contr. tab.* At cum sublata extinctaque est exheredatio per quae etiam inofficiose testamenti quae aduersus testamentum obtinuerit, non potest ea facere amplius ut deterior debeat esse condicio filij quam si non esset exheredatus. Atqui si non esset exheredatus iungeretur ei nepos ex edicto, quia prior filius haberet bonorum possessionem contra tabulas, Ergo si exheredatus fuerit & in querela obtinuerit, hoc saltem assequetur ut non iungatur ei filius qui quoniam fuit institutus, prior habuit totam hereditatem etiam iure pratoris, sed ut ipse iungatur filio tanquam posterior veniens ad paternam successionem propter notam exheredationis, quam deleri ante omnia oportuit, proposita in eam rem querela & quidem contra heredem institutum nepotem, quem proinde ex testamento prius succedere totamque hereditatem obtinere fuit necesse. Ex quo apparet edictum illud De coniungendis cum emancipato liberis eius, etiam ab intestato locum habere, cum habeat locum post propositam querelam quae fecerit patrem familias intestatum. Sed hac tamen adhibenda differentia quod ab intestato non coniungitur nepos cum filio emancipato, sed iungitur emancipatus filio suo in potestate retento ut simul cum eo habeat hereditatem, quemadmodum scriptum est in h. lege. Quamquam fatendum est etiam illo casu quo filius emancipatus exheredatus sit facta patrem familias per querelam intestato potiore causam esse alij quam nepotis in succedendo ab intestato, per bonorum possessionem. Vnde liberi, Et consequenter non minus hoc casu indigere nepotem auxilio pratoris, ut possit iungi patri suo etiam patre in causa intestati aut, quam si ex testamento succederetur petita per emancipatum contra tabulas bonorum possessione. Alioquin succederet solus pater quemadmodum hodie solus succedit ex Nouell. *118. de hered. ab intestat. venient.* per quam haud dubie sublata est edictum illud *De coniung. cum emancipat. liber. eius*, ut recte hic Accursius defendit.

Ratio dubitandi. Etiam hereditas ut & alia quaelibet res aliena vendi & locari potest *l. cum hereditatem. 7. §. sequentibus. de hered. vel action. vendit. l. rem alienam. 28. De contr. empt. ac proinde potest etiam quis emere a non domino sine scientia siue ignorans, & siue bona siue mala fide *rot. 1. 1. De emitt.* Sicut & potest quis id quod debet solvere alij quam cui debet: quae res solet parere conditionem indebiti si solutio facta sit ab ignorante, secus si a sciente *rot. titul. De condit. 1. d. b. l. cuius per errorem. 3. de reg. iur.* Ergo etiam si filius exheredatus hereditatem ab heredibus institutis emerit, vel etiam res singulas hereditarias sciens eos heredes esse, aut conduxerit ab iis praedia, vel quid aliud simile fecerit, vel soluerit heredi quod testatori filius ipse debuit, non ideo tamen iudicium defuncti agnoscere videtur, & a querella excludatur. Praesertim cum antequam rescissum sit testamentum per querelam verum sit heredes esse illum qui fuit institutus, & consequenter ius habere vendendi & locandi res hereditarias, itemque exigendi debita hereditaria etiam a filio exheredato inuito, ac multo magis solutionem ab eo accipiendi, ut & ab aliis omnibus debitoribus hereditariis. Nec enim querela nascitur nisi post aditam hereditatem, nec competit nisi contra verum heredem, *l. 8. §. si conditioni, supr. hoc titul.* Cur ergo hoc nocere debeat filio exheredato qui ad querelam admitti voluit, quod ea fecerit cum herede, quae cum alio quolibet etiam non herede facere, adeoque ut facere cogi potuisset? Tale enim est quod facit cum soluit, quoniam, ut dixi, etiam*

etiam iniustus adigi ad hoc potest ut soluat heredi inuito quandiu non est in se ipsum testamentum: cum interim ius heredis eorum & indubitatum. Annon iniquum est in puerum quem non facere id ad quod faciendum est per pratorum cogi potest? *l. quod in 6. §. 1. de lib. om. §. quatuor. iud. eradi.* De qua deici de iuris non videri pro herede gerere filium qui facit aliquid ex iis quae possunt fieri per heredem sed eum duntaxat quid facit quod extra ius & non in heredis fieri non poterit *l. prober. de o. §. 1. Papi. v. d. acquir. her. Ita dicendum videtur, non quicquid sit ab exheredato cum herede instituto, fieri animo approbandi iudicij testatoris, sed id tantum quod fieri non potest extra approbationem, quale nihil est eorum omnium quae in hoc §. proponuntur.*

Ratio decidendi. Necesse quidem est ut heres ille contra quem filius exheredatus proponere querelam velit, nec tantum ut sit institutus sed etiam ut verum sit heres per hereditatis acquisitionem quae siue ipso iure facta sit siue per additionem: Sed non debet is qui ad querelam admitti vult, quicquam facere propter quod videri possit consentire ut qui institutus tanquam heres sit ex testamento, quoniam id

**2** *¶ Si duo sint filii exheredati, & ambo de inofficiose testamento egerunt, & vnus postea conuictus non age, opus eius alteri adcreuit. Idemque erit, & si tempore exclusus sit.*

*Ad §. 1. si duo.*

Ratio dubitandi. Exheredatus etiam qui absolute non queritur, id est qui aut non vult omnino querelam possit, aut non potest eam vel t, forte iam exclusus tempore per lapsum quinquennij, quod ad auocandum querelam praestitutum est, *l. feruus. 16. §. 1. C. de iur. nihilominus partem facit fratri exheredato *l. Papi. v. d. §. quomodo. 1. 1. §. 1. cod.* Ergo si ex duobus fratribus exheredatis vnus constituit non agere, vel tempore exclusus sit ab agendo, non ideo pars eius alteri potest adcrevere: Praesertim vero si ponas quomodo hic Paulus ponit ambos iam de inofficiose agere coepisse. Nam qui post querelam motam desistit ab accusatione potius haberi debet pro victo in heredis commodam quasi desperatione victoriam, quam ut proficit fratri qui non nisi partem & in querela & in successione tamen vicisset fuerat habiturus si hic alter frater quem desistit se ponimus in accusatione perseverasset. Sicut enim dicimus in hereditate ius adcrevendi non habere locum in portio-*

fi fieri non possit extra testamenti approbationem, saltem tacitam quae in hoc casu sufficit nec minus potestatis habet quae non expressa, ut solet voluntas non minus facta quam verbis declarari *l. non tantum. §. 1. rem. 1. b. b.* Huiusmodi odi vero sunt ea omnia de quibus in hoc §. Paulus tractat. Nam qui vel hereditatem vel rem aliquam hereditariam emittit ab herede tanquam ab herede & sciens eum heredem aut qui condicit, ab eo tanquam herede, vel soluit ei debitum hereditarium tanquam heredi, utique non tantum fatetur heredem eum esse, quod parum esset, verum etiam consentit ut heres sit alioqui male emerit, & male condiceret, male solueret, denique male contra heret eum eo quem sciret potest per querelam inofficiose ad eum statum redigi ut nunquam heres ex testamento fuisset, nec proinde aut vendendi aut locandi res hereditarias aut solutionem accipiendi ius habuisse vnquam videretur. Ergo exheredatus quisquis ille sit, qui sic contrahit vltio & sponte cum herede instituto iudicium defuncti agnoscere videtur, non minus quam si legatum ab eo accepisset, & consequenter excluditur a querela *l. si pars 10. in fin. l. 1. §. 1. pen. §. 1. l. 1. §. 1. b. b. 1. 1.*

nibus agnitis sed tantum in non agnitis. *unic. §. his ut a d. finis. C. de caduc. 1. 1. §. 1. in v. d. §. 1. de v. §. 1. ad v. §. 1.* Ita & in querela dicendum videtur, non posse illam ius adcrevendi admittere postquam fuit agnita per eos qui de inofficiose agere & potuerunt, & coeperunt. Maxime cum ius querelae solent assumari legemque accipere ex regulis successionis intestati, ut sapienter monuitur.

Ratio decidendi. Qui repudians animo non queritur facit quidem nihilominus partem legitimam ad querelam excludendam si alius frater exheredatus, qui vellet queri tantam portionem ex testamento acceperit quanta posset eum a querela submouere si ambo conuincerentur *l. §. quoniam autem.* Sed non facit partem in querela et amicus de inofficiose agere coeperit, quia etiam in querela vinceret, non tamen faceret partem in hereditate si heres esse nolleret *l. qui repudians 17. §. 1. b. b. 1. 1.* Vide quae vtrouque scripti. Eadem enim ad tres istos huius tituli locos & dubitandi ratio est & decidendi.

24. VLP IANVS libro 48. ad Sabinum.

**C**irca inofficiose querellam euenire plerumque ad solet, ut in vna atque eadem causa diuersae sententiae proferantur, quid enim, si fratre agere, heredes scripti diuersi iuris fuerint, quod si fuerit pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

*Ad l. circa 24.*

Ratio dubitandi. Cum per inofficiose querelam testamentum rescinditur, utique rescinditur eo colore, quasi demens fuerit testator & furiosus, cuius supra ordinariet *l. 2. §. 1. in fin. l. 1. §. 1. s. h. b. 1. 1.* Atqui non potest quis esse pro parte furiosus & pro alia parte non furiosus. Est enim illud vitium animi, quod proinde nisi per temporum intervalla diuidi nullo modo potest, ut dici solet de usu seruitutum quae similiaer individua sunt *l. 4. §. 1. in fin. de seruit.* Fateor enim posse quem

furiosum esse vno tempore, alio autem non esse, & consequenter vno tempore testari posse, alio non posse si furor habeat dilucida intervalla *l. furiosum 9. C. qui testam. facer. poss.* Sed ut eodem instanti furiosus & non furiosus fuerit vel fuisse videatur, fieri certe nullo modo potest. Ergo nec illud, ut per inofficiose querelam testamentum pro parte tantum rescindatur. Nam & eo admisso violaretur iuris regula quae non patitur ut in paginis decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus *l. 1. §. 1. in fin. de regulis iuris.* Nec



magis ex postfacto id fieri posse videtur quam ab initio, Imò tantò minus, quod non potest hoc ex postfacto contingere, quin is qui semel ex testamento heres fuit destinatus esse heres, quod adhuc absurdus videtur, & à iuris ratione alienius. *l. ait prior 7. §. sed Papinianus De minor. §. p. l. et qui solvendo 8. §. de hered. instit.*

Ratio decidendi. Cùm inofficiosi querela proponitur, testamentum non ipso iure rescinditur, adeoque nec per querelam ipsam, sed tantum per sententiam Centumvitorum. Illi enim sunt qui patrem familias faciunt intestatum *l. qui repudians 17. §. sup.* quamvis cùm testamentum per centumviros rescissum est coaruant ipso iure omnia in eo testamento relicta etiam quæ ab intestato successio fuerint repetita tanquam à furioso & demente data. *l. Papinianus 8. §. si ex causa & l. Titia 13. §. sup.* ubi dixi. Ergo cùm hoc ius non fiat nisi per sententiam & rem iudicatam quæ ex trita iuris regula pro veritate habetur, omnino consequens est ut si in vna eademque causa, id est de eodem eiusdemque testatoris testamento, quod inofficiosum dicitur, diuersæ sententiæ proferantur, quamvis nã sit pro testamento, alia contra testamentum, vtrique fatendum sit decessisse testatorem pro parte testatum & pro parte intestatum. Sententia enim pro veritate habetur eatenus tantum quatenus iudicata est. Vnde est quod nostri iactare solent, esse illam stricti iuris. Neque verò minus standum est sententiæ quæ pro testamento lata est, quam ei, quæ contra testamentum, Quoniam in numero pari sententiarum ea semper prevaleat quæ pro testamento facit. *l. si pars 10. vbi dixi sup. h. m.* Quemadmodum igitur per eam sententiam quæ pro parte testamentum inofficiosum rescindit tanquam demeritis hominis & furiosi, testator non quidem furiosus efficitur qui iam mortuus est, sed pro eo habetur ac si verè furiosus fuisset, quantum ad hoc ut suprema eius iudicia rescindantur, Ita & per contrariam sententiam quæ pro testamento lata fuit, fatendum est multò magis habendum esse testatorem pro eo qui non fuerit furiosus. Prefertim cùm ea res ad naturalem rei veritatem propius accedat. Verum enim est non fuisse testatorem reuera furiosum cùm testaretur. Alioqui testamentum eius ipso iure non valeret, nec proinde per querelam velut inofficiosum rescindi posset. *d. l. 2. §. sup. hoc tit.* Ut vero in vna eademque causa eiusdem testamenti diuersæ ferantur sententiæ, pluribus personis idem testamentum aut impugnantibus aut defendentibus, hecque mirum, neque absurdum vide-

#### 25. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

**S**I non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet: aut, si minus habeat quod deest, viri boni arbitratu repletur: aut certe conferri oportere id, quod donatum est.

#### Ad l. si non mortis 25.

Ratio dubitandi. Donationes inter vivos neque ad ultimarum voluntatum naturam accedunt quomodo ex donationes quæ mortis causa fiunt, neque contractibus adnumerantur, quia nullam aliam causam habent quam donantis liberalitatem. *l. 1. §. de donat. l. cum qui 14. §. de precar.* Ergo non possunt nec debent imputari in legitimam,

ri debet, cùm possint & qui agunt, & qui defendunt diuersi iuris esse, ita ut vnus vincere debeat, & alius succumbere. Finge ex duobus exheredatis qui agant aliam iustè fuisse exheredatum, aliam iniustè: Aut etiam in pari vtriusque causa & iure vnum fuisse diligentiorum in lite instruenda, alium verò negligentiorum: Vnum probasse pietatis officia quæ erga defunctum impleverit, Alium verò probare nihil potuisse. Vincet haud dubiè is qui iniustè fuerit exheredatus, aut qui diligentior fuerit in lite instruenda, aut denique qui suam intentionem meliùs probauerit, Alter verò succumbet. E contrario finge ex pluribus eiusdem heredibus, contra quos velit filius exheredatus querelam instituire, vnum esse favorabiliorem qui bonis artibus & officiis defuncti erga se voluntatem promeruerit, Alium autem odiosiorum, puta nouercam quæ matrem ad filij exheredationem provocauerit, aut captatorem alienæ hereditatis, qualis fuit Suburanus ille de quo Plinius lib. Epistolarum 6. epist. 33. Nihil verò vincit filium ab herede favorabiliore, Vinci autem à filio alium heredem odiosiorum: quod ex facto enissem legimus in ea specie quam Plinius supradicto loco refert, & de qua scriptimus contra Cuiacium ad *d. l. si pars 10. §. sup. sed.* Ergo his omnibus casibus euenire necesse est ut testator pro parte testatus & pro parte intestatus ex postfacto decessisse intelligatur, non auctoritate iuris, cuius scilicet regula repugnant, sed auctoritate sententiæ ac rei iudicatæ, quam & pro veritate haberi oportet, & quatenus tantam iudicatum est non vltra. *l. nam et si 15. §. filius vbi dixi sup. eod.*

*a Si fratre agente heredes scripti diuersi iuris fuerint.* Noli exemplum ponere cum Accursio de pluribus heredibus quorum vnus persona sit turpis, alterius autem honesta: Vlpiani enim temporibus hæc distinctio non obtinebat, quam Constantinus Imperator primus introduxit in *l. fratres 27. Cod. hoc titul.* ut scripti ad *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis sup. eod.* Nisi malis exemplum hoc adscribere Tuboniano aut impedito interpreti ad illam Constantini legem respicienti: Quod ego satis probabile puto, saltem quantum ad verba illa *fratre agente.* Quid enim attinebat exemplum ponere in fratre potius quam in filio, cùm æquè & commodius poruerit idem tractari in filio, ut à Papiniano factum est in *leg. nam et si 15. §. ult. sup.* Hodie sanè accommodatissimum exemplum est.

quæ debitum bonorum subsidium est, nec proinde quicquam commune habet cum liberalitate testatoris, arg. *l. vnum ex familia 67. §. 1. vers. non enim de legat. 2.* Estimatur si quidem legitima ex comparatione eius portionis quæ ab intestato contingeret lege *Papinianus 8. §. si quis mortis causa sup. hoc titul. l. cum quaritur 6. l. qua nuper 31. Cod. eodem.* Atqui filius cui donatum est à patre inter

inter vivos, etiam si ab intestato succederet patri, nihil tamen habet ex bonis donatis iure legitime accessio, sed tantum iure donationis, habet etiam alio herede existente. *l. si quis quæstio 68. de l. g. 2.*

Ratio decidendi. Tractat Vlpianus in hac lege de donatione inter vivos non quæ simpliciter facta sit, sed hæc lege & contentione, ut in quartam id quod donatum est imputetur: quo casu dubitatio nulla esse potest quin debeat imputari, ut lex quæ donationi ab initio dicta fuit seruetur, sine qua credendum est eam quid donavit non fuisse donatum. *l. si quando 35. §. & generaliter. C. hoc tit. l. 1. & tot. C. de con. qua. sub mod.* Aliud sanè esset in donatione purè & absolute facta. Ea namque non imputatur in quartam, nisi facta sit ob causam dotis vel donationis propter nuptias. *ex l. quoniam 10. vbi nota 19. C. hoc tit.* licet nec conferatur nisi expressè in donando id dictum sit. Præterquam in specie *l. illud 20. C. de collat.* ut scriptum in *Er. or. Decad. 40. De error. pragmat. Ergo 10. 13.* quod inter vivos supradicta in partem legis donatum est, quartam faciat, et si pro hereditate inofficiosi querela quam quanta te oportet excludit. *d. l. Papinianus 8. §. quanta autem sup.* Videtur enim cuius testator ei qui alioquin quem potest esse vnus proinde esse, ut diximus ad *l. si quis mortis causa. Ex l. nam et si 16. §. ult. infra ad leg. 1. m.*

*a Aut pariter habeat, quod de si viri boni arbitratu repletur.* Nota hæc adiectio quæ in Pand. Florent. parenthesi circumscribitur, ut solent esse cetera quæ sunt suspecta, haud dubiè Triboniani est vel imperiti interpretis respicientis ad Iulianiani constitutionem in *l. omnimodo 30. C. h. t.* quæ actionem ad supplementum & repletionem legitimæ introduxit, ac in locum querelæ substituit cum Vlpiani

**¶** Si quis, cùm non possit de inofficioso queri ad querelam admittitur pro parte rescindere testamentum tempore, & vnum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, & præcedentes eum portionæ excipiuntur, cum effectu cum querelam instituit.

#### Ad §. si quis cum.

Ratio dubitandi. Prius est ut possit quis de inofficioso queri, quàm ut ad querelam admittatur, quia nemo agit sine actione. *l. si pupilli 6. §. ult. de negot. gest. l. quoniam 9. §. & generaliter. de adm. tutor. nec quicquid potest esse in actu quod prius non fuerit in potentia, ut dicunt Philofophi.* Ergo fieri non potest, quod Vlpianus hic ponit pro facto ut sit admittitur ad querelam is qui non possit de inofficioso queri. Ratio decidendi. Ad querelam admittitur quilibet, quia cùm sit publica accusatio nemo agentem potest repellere. *l. post l. l. 7. §. si quis ex his sup. hoc tit.* Sed non idèd tantum fit ut quilibet possit queri de inofficioso, scilicet purgato iure nomine, & cum spe obtinendæ victoriæ, id est, cum effectu, ut hic loquitur Vlpianus. Is enim solis hoc ius competit qui ab intestato possunt succedere, nec rursus iis omnibus, sed his tantum quibus legitima portio debet: ut, ut dixi ad *d. §. si quis & ad l. 1. sup.* Obseruandū tamen est Vlpianum hoc loco non de illo tractare qui non possit queri de inofficioso absolute, sed de eo qui nondum possit queri, ut apparet ex iis quæ sequuntur. Itaque dixi non pro nondum, ut in *l. 2. §. si pars her. pet.* & alibi sæpe. Potest enim fieri ut plures personæ ad querelam

temporibus cuius hæc lex est, ita ius esset ut locum haberet querela si minus quarta relicta proponeretur, quantum eumque illud esset quod quarta decisset, ut constat ex *d. §. quoniam autem, & ex d. l. omnimodo. Id quod pluribus docui in Error. 5. Decad. 40. De error. pragmat.*

*b Aut certe conferri oportere id quod donatum est.* Ratio dubitandi. Donatio simplex & inter vivos facta non conferatur, nisi facta sit ea lege ab initio dicta, ut conferatur, quemadmodum iam dixi ex *d. l. illud 20. in §. C. de collat.* Et rursus non fit collatio ex testamento inspecta iuris veteris ratione. *l. 1. cod. m.* Atqui tractamus de donatione facta inter vivos, ea quidem lege ut in quartam imputetur, ac non eam illa ut conferatur. Alia enim quæstio & conuentio est, quæ sit de imputatione. Alia quæ de collatione. Rursum tractamus eam speciem, in qua factum sit testamentum, Alioquin non esset disputandum de querela inoffic. testamenti ab intestato. Ergo nullus in hac specie collationis locus est. Ratio decidendi. Iuris veteris regula fuit, & noui quoque iuris est Omnia quæ portionem legitimæ imputanda sunt facta testamento, etiam ab intestato conferenda esse, Quamvis non similitè de contrario dici possit imputanda esse omnia quæ conferantur, ut Iulianianus docet in *d. l. illud 20. C. de collat.* In proposta autem specie potest succedi ab intestato si donatarius habuerit ex donatione minus quàm quartam partem, ideoque, si proferuerit querela & obtinuerit, ut explicamus in *d. Error. Dec. 40. De error. pragmat.* Nisi malis cum Accursio hunc quoque verbum Triboniano & compositoribus adscribere. Nam quod Bartolus contra Accursium somniat iura nouissima, compositoribus incognita fuisse ridiculum est, & dignum certe peritia Bartoli in historia iuris.

quidem admittendæ sint, sed ex ordine ut quædã prior & agere & obtinere potest sequens non admittatur, quia pendet eius intentio. ut in *l. parer filium 14. §. sup. l. p. m. in prim. ip. §. cod.* Et hic casus est quem ab Vlpiano hic tractari ostendunt sequentia illa, & præcedentes eum persona excipiuntur. Quamquam ne quid dissimulem totus hic §. valde mihi suspectus est. Non enim possum videre, cur Vlpianus ita scripserit aut scribere debuisset & vnum sibi heredem eligat contra quem inofficiosi querela instituat. Quid enim refert hæc parte an contra vnum duntaxat heredem an contra omnes querela instituat, ad hoc ut videatur querela cum effectu instituta si præcedentes personæ omnes iam sint exclusæ? Nec rursus intelligo quænam ratio illa sit, quæ sequitur iis verbis, quia testamentum pro parte valet. An enim fortasse agimus de substitutione pupillari quæ non aliter valere possit, quàm si testamentum principale saltem pro parte valeat? *l. quæstio 40. in fin. de acq. her. red. l. apud Iulianum 1. §. ed. m. Iulianus. l. ita tamen 27. §. à patre, vers. quod si vivo. au. S. C. Trebelli.* Ac non potius de querela inofficiosi, quæ semper præsupponit testamentum valere in totum. Nã ut testamentum possit pro parte valere, pro parte non valere fit per querelam, aut ut dicam meliùs,

per Centumvitorum sententiam latam pro querela, non autem ante querelam, quia fieri nullo casu potest, ut testamentum ab initio pro parte valeat, & non valeat pro parte, siquidem ita fieret ut ab initio testator pro parte testatus & pro parte intestatus decessisset, quod fieri posse negauimus ad *l. pro. inced.* Scio Accursium putare verba hec idem adiecta suisse, quia, inquit, si totum testamentum conuenerit, possent succedere ab intestato etiam ij qui exclusi essent a querela. Sed aut magis eo casu possent succedere in totum quam pro parte cum non nisi pro parte rescissum fuit testamentum? Aut quomodo potest ab intestato succedere is qui exclusus est a querela? qui repudiatis *l. 2. & pro. sup.* Nam de omni exclusione Vlp. hic loquitur. Ergo & de ea qua sit per repudiationem. Denique non possum intelligere quid illud sit quod sequitur, & *precedentes cum omnes persone exclusae sunt, cum nihil dictum sit in prioribus verbis, ex quo possit coniciam ab Vlpiano tractari, speciem in qua precesserint alie persone que ante hunc actorem ad*

26. VIPIANVS libro 2. Disputationum.

**S**i sub hac condicione fuerit heres institutus, si Stichum manumiserit, & manumiserit, & posteaquam manumiserit, inofficiosum, vel iniustum testamentum pronuntietur: æquum est huic quoque succurri, ut serui precium à manumisso accipiat: ne frustra seruum perdat.

*Ad l. si sub hac 26.*

Ratio dub. Heres sub hac condicione institutus si Stichum seruum suum manumiserit cum eum manumiserit, vltro manumiserit scilicet implende condicione causa, quam si non impleuisset, heres fieri numquam potuisset *l. qui 12. & tot. tit. 7. de condic. insti.* Ergo etiam si post manumissionem testamentum, vel inofficiosum, vel iniustum pronuntietur, indignus tamen est cui succurratur, cum non modo facto suo, sed etiam propria sua voluntate amiserit seruum quem manumiserit. Quis enim cogebat eam manumittere? Nec similis videtur heredi à quo testator libertates dederit in testamento, siue fideicommissarias, siue directas: quia sicut directe competunt ipso iure, quas scilicet testator propriis seruis dedit, ita & fideicommissarie ab inuito herede prestande sunt, siue testator eas propriis suis siue heredis sui seruis prestandi iusserit. Ac proinde rescisso postea per querelam testamento, æquum est succurri heredi qui hereditatem amittit, ne præterea suorum quoque seruorum quibus libertatem ex fideicommissio prestatit, iacturam sentiat, cum eos manumiserit, ut iudicio testatoris patere, cui parere habuit necesse. At hic de quo tractamus poterat non manumittere, nisi heres esse maluisset. Sibi ergo impuret qui hoc maluit. Quare nec si testamentum post quinquenniam dicatur inofficiosum, adhuc tamen permittendum ei videtur, ut pro seruo petat viginti aureos. Id enim observatur in libertaribus que ex fideicommissio prestatit sunt, non in iis que condicione implende causa *l. Papinianus 8. §. ult. & l. si q. sup.*

Ratio decidendi. Libertas quam heres institutus prestatit seruo suo implende condicione causa, licet non ex causa fideicommissi prestatit sit, prestatita tamen est iusta de causa, ut scilicet impleteret condicio licite institutionis, & ad obtinendam iure testamenti hereditatem, que postea ei euincitur per querelam. Itaque nulla in

querelam admitti debuerint. Quamquam igitur amentia ista est pro ratione adferre eam facti circumstantiam de qua nihil dictum sit in proponenda specie? Illud non nego, si ex pluribus qui de inofficioso agere omnes quidem sed non nisi ex ordine potuerunt posterior egerit ante priorem aut victum, aut exclusum. Postea verò is qui prior agere potuit, aut victus sit, aut exclusus. Videri eum querelam cum effectu instituisse, quali conualescente ipsius iure per superuenientem prioris exclusionem. Non enim nouum est, ut sententia feratur ex eo iure quod a dolo superuenierit pendente, quamuis actio fuerit ab initio male instituta. Sed hoc non minus si in totum quam si pro parte testamentum infirmetur. Nec enim casus adferri vilis potest in quo necesse sit ut valeat testamentum pro parte ad hoc ut querela, siue à prioris, siue à posterioris gradus linea vel persona bene & cum effectu instituta videatur. Itaque cogor hic aut incertiam meam fateri, aut Tribonianam inculcare. Vtram iustius, doctissimi cuiusq; viri iudicium cito.

eo culpa heredis est propter quam possit ei obici iuris regula que habet, Nullum videri damnum sentire illum qui ex culpa sua damnus sentiat *l. quod quis 203. de reg. iur.* Atqui sentiret non mediocriter damnus, quanti scilicet seruus ipse est, si non ei succurratur postquam testamentum inofficiosum pronuntiatum fuit, quia libertatem semel datam reuocare non potest *l. 1. & tot. tit. C. si aduer. liber. §. si is qui in integrum. Inst. de eo cui liber. caus. bon. ad. l. neque conuente per querelam testamentum, libertas hæc corrumpit que ex sola manumissionis domini voluntate, non ex testamento pendet. Ergo æquum est ei succurri, ne frustra seruum perdidit, ut serui pretium possit repetere. Ita enim sit ut neque tanta ei fiat iniuria, neque vlla seruo qui licet verum sui precium soluere cogatur, libertatem tamen retinet, que inestimabilis res est. Simile quiddam est in *l. ex his 3. que in fraud. cred.* Voluit quidem hic seruum perdere quem manumiserit, quia manumissio morti comparatur *l. inter omnes 46. de furt.* At non frustra perdere voluit, sed ut lucrifaceret hereditatem.*

*Ut serui precium à manumisso accipiat.* Ratio dubitandi. Cum testamentum per inofficiosam querelam rescinditur, ita tamen ut libertates ab herede interim prestatit non reuocentur, prestandi sunt à singulis autem viginti non heredi ipsi, sed victori qui querelam proposuit & obtinuit *d. l. Papinianus, in fin. sup.* Non ergo heredi prestandum est precium serui qui in hac specie ab herede manumissus proponitur, cum heres ipse fuerit victus, Ne alioqui proficiat ei quod victus fuit, arg. *l. 3. §. de v. fur.*

Ratio decidendi. Precia seruorum ante propositam querelam manumissorum ei prestanda sunt, qui alioquin ex ea manumissione damnus sentiret. Eiusmodi verò est is qui egi de inofficioso & obtinuit quoties manumissi sunt serui hereditarij, quippe quos hodie victor in dominio suo & potestate haberet si non essent manumissi. Eo igitur

casu precium v. C. restituenendum est ad 20. vsque aureos *ad l. 3. ult.* At etiam si auum si sunt ab herede serui, qui ipsius heredes proprij fuerunt, damnus patietur heres ex manumissione, si non ei precium redderit: non autem victor qui nimirum seruum hunc non esset habiturus, quamuis non manumissum. In hac igitur specie precium heredi manumissori prestandum est non victori, Ne alioqui inter heres sine vlla culpa sua & seruum suum aucterit per manumissionem spe obtinenda ex testamento hereditatis. & deinde hereditatem per querelam. Sed à quo precium serui accipiet heres? Vlpianus respondet à manumisso.

Ratio dubitandi. Manumissio serui non tantum huic seruo profuit, sed etiam ei qui postmodum querelam proposuit & vicit. Quandoquidem sine manumissione non potuit impleri condicio institutionis, nec rursus obtineri hereditas ex testamento, nisi impleta prius condicione *l. factus 6. §. si. ubi condicione. j. ad SC. Trebell.* nec denique proponi querela nisi post aditam hereditatem *d. l. Papinianus §. si condicione. §. l. i. §. i. §. 6. §. ult. C. 40.* Ergo maior ratio est ut heres serui sui precium accipiat ab actore eodemque victore, quam à manumisso.

Ratio decidendi. Commodum quod sentit ex manumissione is, qui coqueustus est & obtinuit, non ad eum pertinet principaliter, sed tantum per consequentiam. Quid enim minus agebat heres cum seruum suum manumiserit, quam ut ei prodesset qui de inofficioso queri quandoque veller? Nulla igitur ratio est ut huius serui precium debeat victor reddere, cui longè commodius fuisset, ut defectu

condicione testamentum destitueretur, atque ita factus esset locus successioni intestati citra querelam. Et consequenter precium à manu nullo dampnum est. Sed quodnam precium? An viginti aureorum, ut in specie dicitur *l. 8. §. ult. & l. 9. §. 1. Minus est, sed verum & iustum, ut & Accursius nosse sentit. Non enim ad hunc casum pertinent constitutiones, que de viginti aureis in seruos singulos prestandis locutæ sunt. Quamvis verò actione precium hoc reperetur? Accursius variat. tandemque in hoc procliuor est, ut peti debeat per conditionem ex hac lege. Mihi probabilius videtur, ut non vialicuius actionis id fiat quæ certe nullo iure competit, sed cognitione prætoris, aut alterius magistratus ad quem pertineat tueri libertates, ut se licet tue prætor, siue alius magistratus quisquis ille sit, cuius ea cognitio & iurisdictio est, iubeat reddi pecuniã manumissori ab eo qui manumissus est, captis in eam rem pignoribus, ad eoque adhibita si opus sit comminatione reuocatio. in seruitutem velut ex causa ingratiudinis, si manumissus tam ingratus sit, ut manumissorem suum malit in damno morari, quam sui precium ei reddere ut inden nem illum seruet. Nam qua ratione seruus cui libertas fideicommissaria debetur habet per se aditum ad prætorē, non ut habeat actionem contra dominum, sed ut citra actionem cogatur dominus per prætorē ad prestandam fideicommissariam libertatem *l. mulier 22. §. non est dubitandum ad SC. Trebell.* Eadem ratione ac multo facilis permittendum est manumissori ut prætoris auxilium & aequitatem imploret contra libertum suum ad indemnitatem consequendam.*

27. VIPIANVS libro 6. Opiniorum.

**S**i instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni prestatatur, inofficiosam causam integram esse, placuit.

*Ad l. si instituta 27.*

Ratio dubitandi. Querela semel omnia instaurari postea & repeti non potest *l. cum mota 6. Cod. de transact.* sicut nec actio iniuriarum *l. auxilium 37. sup. de minor* cui simillima esse creditur querela inofficiosi *l. 1. §. si a si puta. j. si quid in fraud. patron.* Atqui ponimus post institutam de inofficioso testamento accusationem transactum fuisse pacto de lite, atqui ita per transactionem fuisse omisam querelam. Ergo quamuis fides transactioni ab herede non prestatatur, inofficiosa tamen causa integra esse non potest. Præferri cum semel sublata actio & extincta nunquam reuiuiscat *l. qui res 8. §. aream. de solut.*

Ratio decidendi. Pactum transactionis non potest ipso iure tollere querelam actionem, quia in pactis non ius sed factum versatur *l. si vnus 27. §. pactus ne petret sup. de pact.* Et speciale est in pacto iniuriarum & furti, ut tollat actionem ipso iure *l. si de cem 17. §. 1. eod.* Ergo non potest dici extincta ipso iure actio per transactionem: Nisi secutum sit implementum transactionis, ex parte illius qui coeperat agere de inofficioso, id est, nisi à lite discesserit, litique renunciauerit. Hoc enim casu dubitandum non est quin actio querelæ prorsus tollatur & ipso iure, quia renunciatio est actus legitimus & sollemnis *l.*

postquam liti 4. C. eod. tit. de pact. Proinde nihil vetat quominus querelam possit repetere quam ipse nunquam omiserit. Nec potest repelli exceptione pacti ex causa transactionis, cum heres fidem non prestatet transactioni quam prior implere deberet ut ea iuari posset *l. cum proponas 21. eod. tit. l. siue apud acta 25. C. de transact.* que hoc casu dat replicationem doli mali, vel in factum aduersus eum qui opponit exceptionem pacti ex transactione cuius fidem prior rupit. Itaque non obstat quod contra rescriptum videtur in dicitur *l. 6. cum mota 6. eod. tit.* siue dicas in ea specie renunciatum fuisse liti ut Bartolus sentit, siue, quod magis probo, non denegari querelam instauracionem illi ipsi qui de inofficioso agere coeperat & transegerat, sed ipsius heredi, Cuius certe causa hac parte minus fauorabilis est quam sit illius, qui ipse translegit: cum heredi eius qui post litem de inofficioso preparam mutata voluntate decessit querela inofficiosi competere non possit *l. nam si 15. §. 1. sup. hoc tit.* Nil autem veter eum qui mutauit voluntatem per transactionem cui heredem obtemperatum sperabat. eam reperere & ad priorem voluntatem redire, Imò in priore voluntate perseverare quasi nunquam deseruit querelam qui non deseruit nisi per fraudem heredis instituti *l. cum qui 21. vbi dixi sup.*

1. §. Ei, qui se filium eius esse adfirmat, qui testamento id denegabit, tamen eum exheredat: de inofficioso testamento causa superest.



Ad §. 1. de qui.

Ratio dubitandi. Exhereditatio facit quominus non quo magis admitti debeat, siue ad querelam, siue ad intestati successionem is qui sic exhereditatus est, ut tamē filius negetur. arg. l. §. si emancipatus j. de bon. pos. contr. tab. l. legata inutiliter 14. vers. a. demptio enim j. de adm. legat. Quid enim aliud est exhereditatio, quam hereditatis quedam ademptio? Atqui si hic qui negatur filius non esset exhereditatus, non posset habere querelam, quasi filius. Prius enim esset ut se probaret filium quam ut iure filij admitti deberet. Ergo nec si exhereditatus sit admitti debeat ad querelam, ne abundans cautela noceat patri, qui eo ipso testamento quo hunc exhereditauit, filium tamen suum esse denegauit.

Ratio decidendi. Qui à patre negatur filius si ab eodem sit exhereditatus, Carbonianam bonorum possessionem habere non potest, nec proinde aliud auxilium quam querelam inofficiosi l. qui de inofficioso 20. sup. Exhereditatio enim facit cum indignum quolibet beneficio iuris, siue ciuilibus, siue

### 2 § De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.

Ad §. 2. de inofficioso.

Ratio dubitandi. Priuilegia militibus concessa, & quidem fauore militie contra milites retorqueri non debent l. nulla 25. sup. de legib. l. quod fauore 6. C. de l. p. C. ad SC. T. reb. Atqui priuilegium militum illud est, ut eorum testamenta non subiaceant periculo querelæ l. de inofficioso C. h. tit. Ergo si is qui de inofficioso vult agere sit miles, id est, si testator miles militem exhereditauerit danda est militi exhereditato querela. Id enim esse videtur quod vulgo nostri iactant, Priuilegiatū non uti priuilegio aduersus priuilegiatum l. verum 11. §. pen. sup. de minor. Ratio decidendi. Priuilegium hoc militibus testantibus concessum est, ut & alia multa ex Imperatorum cōstitutionibus, ut possent milites de bonis suis liberè testari quomodo vellent ac citrà vllam legum obseruationem l. 1. l. Diuus 24. & pass. j.

3 § De inofficioso testamento nepos contra patruum suum: vel alium scriptum heredem, proportionem egerat, & obtinuerat. sed scriptus heres appellauerat<sup>a</sup> placuit, interim, propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vendicabantur, decerni, eaque aduersarium ei subministrare necesse habere vsque ad finem litis.

Ad §. 3. de inofficioso.

Ratio dubitandi. In querela inofficiosi de hoc ipso quaeritur, An ei qui agit, & qui exhereditatus proponitur aliquid ex hereditate debeatur, nec dubitari potest quin nihil ei debeat, quando subsistit exhereditatio, id est, quando testamentum rescissum non est, quia exhereditatio summouet eum à bonis patris l. in suis 11. de liber. & posthum. facitque ut pro mortuo debeat haberi l. 1. §. sed et si patruus. de coniung. cum emancip. lib. eius. Ergo non potest habere postulationem ratio nepotis ab auo exhereditati volentis in sumptum litis ab aduersario herede scripto pecuniam sibi ministrari, quomodo in persona pupilli aut minoris id ipsum a tutore vel curatore in actione tutelæ petentis rescissum est ab Imperatoribus in l. Imperatores 17. §. de tutel. & ration. distr. Idemque est si petat sibi ministrari sumptus in causam alimentorum esse, Nam qui de inofficioso agit, sicut aliam quaestionem quam

prætorij, ad eodē ut pro mortuo habeatur l. 1. §. sed et si de coniung. cum emancip. lib. eius. Facere igitur debet admittendus sit ad querelam non tam quasi filius, quam quasi exhereditatus. Et si exhereditatio quoque supponit eum filium, quia extraneus inpetit exhereditetur l. quidam cum filium 12. de verb. oblig. Nam nec professio patris aut matris negantis filium suum esse eum, qui susceptus sit in figura matrimonij nocet filio, tamen si facta sit in actis. l. Imperatores 29. §. 13. de probat. Multo minus si facta sit in testamento, ut in hac specie. Caterum ut hic filius obtineat in querela, probare debet non tantum se immineret exhereditatum (iure scilicet veteri inspecto, quo hæc probatio liberis incumbebat l. liberi 28. C. hoc tit.) sed etiam se filium esse iis scilicet modis quibus probari hoc potest, id est, iuris præsumptione ex iustis nuptiis laudanda, l. filium 6. sup. de his qui sui vel alien. iuris sunt. Alioqui exacta filiationis, ut loquuntur, probatio prorsus impossibilis est l. Lucius 83. De condition. & demonstrat.

de testam. mil. Ergo si is qui testatus est, fuerit miles non eodē modo priuilegiū hoc habere debet, quod is qui de inofficioso agere vult, etiam miles esse proponatur. Nec enim id eodē fit, ut priuilegium militibus concessum contra milites retorqueatur, cum miles cui priuilegium nocet, non sit ex iis quibus priuilegium datum est, quia non est testator. Quare nec ad rem pertinet brocardicum illud nostrorum, De priuilegiato volente uti priuilegio aduersus priuilegiatum. Nam præter id quod falsum est, ut constat ex dist. l. verum 11. §. pen. & vlt. de minor. & l. vlt. sup. ex quibus caus. maior. illud etiam dici non potest priuilegium vllum datum esse militi exhereditato, propter quod testator militi suum priuilegium sit aufferendum. Veterani qui miles aliquando fuit, nunc verò non est, alia ratio est. l. Papinianus 8. §. Papinianus 3. vbi dixi se pr.

petitionem hereditatis mouere interim nullā potest, ita neque alii debet l. qui de inofficioso 20. sup. eo.

Ratio decidendi. Multa hinc concurrunt quæ faciunt fauorabilem causam pupilli, ut pendente causa appellationis & alimenta & sumptus in litem ei præstari oporteat. Primum ætas pupillaris quæ impedit ne sibi quicquam possit pupillus quaerere ad victum & sumptum litis. Deinde inopia, quam ponimus tantam esse, ut nihil aliud suum habeat præter actionem querelæ. Nam si qui id haberet de suo potius quam de bonis hereditariis sumptum istū ab eo fieri oporteret l. pen. j. ut in poss. legat. Item quod sit ex descendentibus & liberis quibus facilius est ut à parentibus quam ut ab aliis alimenta debeantur d. l. p. l. 1. §. & tot. tit. De agnos. & alien. lib. Sed præcipua ratio illa est quod iam egerit de inofficioso & obtinuerit. Et si enim ponimus ab ea sententia quæ pro ipso lata fuerit appellatum esse, certum autem est appellationis eam esse vim & pote-

potestatem ut rescindat & extinguat iudicatum, remque totam reuocet ad terminos, ut aiunt, litis contentatæ l. furti 6. §. 1. sup. de his qui non infam. l. 1. §. vlt. j. ad SC. Turpill. interim tamen præsumptio non leuis est pro sententia potius quam pro appellatione, quæ ut plurimum interponitur frustratorie & morandi gratia ut negotij decisio in diem longiorum trahatur l. tutor 31. in princip. de vsur. l. vlt. de re iud. l. negotiorum 24. j. de appell. Tum verò maxime cum is qui condemnatus fuit, aduersarium ad eodē insequem videt, ut eum ferendis sumptibus & liti prosequendæ imparè fore speret. Quis enim sine sumptibus aut litigare possit aut viuere? l. minorib. 6. sup. de minor. l. pen. de liber. legat. l. 2. in fi. C. de adm. pupill. præf. Nec nouum est ut pendente lite appellationis permittatur ex causa id quod ante appellationem, & in prima instantia non permittitur: ut cernere est in fructuum sequestratione, de qua in l. Imperatores 21. §. vlt. de appell. Ergo si quid istorum delit, hoc est, si is qui de inofficioso agit vel pupillus non sit, vel inops, vel ex liberis aut aliis personis quæ alii debent, vel denique nondum obtinuerit in querela, dicendum erit non deberi illi sumptus ministrari in causam siue alimentorum siue litis d. l. 20. sup. d. l. Imperatores 17. De tutel. & rat. distr. An ergo interim cogatur fame perire, aut præ inopia bonam litem deserere? Nostri vulgò negat, & huius sententiam ad omnes proruaunt qui de vniuersitate bonorum suorum litigant ut interim & alii debeant, & sumptus ad litigandum ab aduersario consequi, non tantum si ex appellatione, sed etiam si in prima instantia litigetur, arg. l. vlt. C. de ord. cognit. Mihi verò cōtra videtur. Quidni enim omnia in opia incommoda ferre cogatur is qui litigat etiam de vniuersitate bonorum quæ ferre cogetur si non litigaret? An forte locupletiore aut melioris conditionis cum facere debet, quod litiget? Ita ergo facile eueniet, ut inuitetur miser & inops quilibet non modo ad litigandum, sed etiam ad litem in longiores dies protrahendam, ut interim habeat unde & litiget diutius, & te alar. An non verò satis dura condicio est eius qui cum egeno & inope aduersario litigat, quod sumptuum in litem à se factorum & faciendorum repetitionem nullam sperare potest, nec si actor temerarius litigator & calumniator tandem inueniatur? Planè si qua præsumptio sit pro eo qui sumptus istos pendente lite petit, parū si à parte institutus sit tanquam filius, & in minima quantitate, id eodē que petat supplementum legitimæ ab herede, qui tamen contendat tanto ære alieno grauatum esse hereditatem, ut relicta quantitas possit ad legitimam sufficere, utique incerto eo æquissimum est alienum, sumptuq; consequi ex bonis patris & ad vescendum & ad litigandum. Idemque est in specie d. l. vlt. C. de ord. cognit. vbi tractatur de quaestione status & bonorum ei mota qui erat in possessione libertatis, ac proinde qui non agebat, sed conueniebat. Idem denique in hac specie propter sententiam pro filio exhere-

4 § De testamento matris quæ existimans periisse filium, alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

Ad §. vlt. de testamento.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi proponitur eo colore quasi furiosus fuerit testator cum suprema ordinaret, propterea quod violauerit officia pietatis, ut sapius in hoc tractatu diximus ex l. 2. l. 5.

dato iam latam. Alioqui nulla præsumptio est pro filio vel nepote exhereditato propter quam ei pendente lite fauere debeamus. d. l. qui de inofficioso 20. sup. At lōgè dissimile est quod nostri tradunt post Bartolum ad hunc §. Si monachus litiget cum Abbate interim alii monachum oportere, cum bona nulla propria habere possit. Non enim de bonis Abbatis, quem aduersarium habet, alendus est, sed de bonis ecclesiæ quam habet matrem.

a Sed scriptus heres appellauerat. iam monui ad l. Papinianus 8. §. si ex causa, sup. h. t. eos iuris nostri locos in quibus tractatur de appellatione quæ interposita sit à sententia lata super querela inofficiosi testamenti aut petitione hereditatis, vel Triboniano adscribi debere, potius quam prudentibus nostris, quorum scilicet temporibus cognitio ista erat certum iurorum, à quibus proculdubio non appellabatur, vel ad eum casum referendos, in quibus ageretur querela inofficiosi aut petitione hereditatis non in vrbē, sed in prouinciis. Est verò hic §. ex eorum numero qui sapiunt Tribonianum, Non ob id solum quod scriptus heres à nepote exhereditato superatus appellasse proponatur (nec enim id sufficeret) sed maxime propterea quod inepta sunt quæ sequuntur verba illa contra patruum suum vel alium scriptum heredem pro parte egerat, & obtinuerat. Ponendum enim necessarium est nepotem hunc de quo agimus, ab auo exhereditatum egisse de inofficioso contra patruum suum, non cōtra quemlibet alium heredem institutum, cum ponamus pro parte tantum egisse illū & obtinuisse. Nam si extraneus heres scriptus esset, non posset nepos ex filio præmortuo agere querela inofficiosi pro parte, sed faceret auum ex toto asse intestatum, eique in solidum succederet ab intestato, tamen noller heres esse nisi pro parte, quia successionem intestati scindere ac diuidere nullomodo posset l. 1. & 2. j. de acquir. hered. At cum adest patruus, id est, filius testatoris, idemque heres ex toto asse institutus, sicuti succederet ille ab intestato cum nepote ex filio prædefuncto §. cum filius. Inst. de hered. quæ ab int. est. def. Ita nec inofficiosi querelam à nepote pati iure potest nisi pro parte, Ea scilicet quam nepos habiturus esset ab intestato, id est, pro dimidia l. mater 19. vers. sed non est admittendum. sup. h. t. Rursum cum in hoc §. facti species ea proponatur, non quæ posita aliquo casu euenire, sed quæ ex facto eueniret, certū est non potuisse Vlpianum aut quemquam alium ex peritis nostris ita scribere contra patruum suum vel alium. In vera namque facti specie si patruus heres scriptus erat, alius non erat: Si contra patruum pro parte proposita querela fuerat, utique contra alium non fuerat nec esse potuerat. Contra verò si alius quam patruus heres scriptus erat, Ergo cōtra patruum nepos nec agere potuerat, nec obtinere. Taceo, quod cetera quæ in hoc §. sequuntur, longam nec valde sonoram verborum seriem habent parum similem superioribus, & Triboniani magis quam Vlpiani stylum redolentem.

l. Titia 13. sup. h. t. Atqui non potest dici matrē quam non alia de causa filium suum præteritū quam quod eum præteritū existimaret, testatam fuisse contra officium pietatis, & quasi furiosam. Coniectura enim maternæ pietatis facit ut credendum potius

fit, aliter fuisse testaturam matrem & filium institutam si eum viuere credidisset, arg. l. prox. seq. & l. 3. C. eod. Ergo non est permittendum filio ut queratur de inofficioso testamento matris quæ existimans filium periisse alium heredem instituit. Finge filium hunc fuisse militem quem valde credibile sit in bello cecidisse, si de eo rumor aliquis ad matris aures perlatus sit, ut in specie l. prox. & l. ult. j. de hered. instir.

Ratio decidendi. Etsi mater non potest videri hoc casu prateriisse filium mala mente, & vt eum exheredaret, aut quod illum pro exheredato haberi vellet, arramen imputari ei potest cur eum non instituerit, eique si heres nō esset alium substituerit, vt sibi prospiceret aduersus periculum querelæ, ac in omnem euentum: cum cogitare deberet fieri posse, vt falsus rumor esset, vtque eo casu querelam habiturus esset filius si se prateritum inueniret. Quid enim absurdius aut iniquius dici posset, quam vt propter matris errorem filius impudē prateritus esset? Aut quonam alio remedio quam querelæ inofficiosi potest hinc filio praterito consultum esse? Nec enim potest dicere nullum & iniustum ex ea causâ matris testamentum, quomodo possit patris si à patre prateritus esset in cuius fuisse potestate, quia mulieres non habent suos heredes, nec liberos in potestate l. mulierē §. C. de adop. Nec rursus potest petere bonorum possessionem contra tabulas matris. Nam ad testamenta mulierum beneficium illud prateritis ob hanc ipsam rationem non pertinet l. illud 4. §. ad testamenta. j. de bonor. poss. contr. tabul. Solam igitur potest ei superesse auxilium querelæ. Mihi tamen, vt verum fatear, non modò dura, sed etiam impia videtur hæc sententia, vt scilicet filius quæ mater ignorans praterit eum existimaret non viuere furiosam eam fuisse possit & ausit dicere. Potest quidem dicere minus credulam fuisse matrem quæ falso rumori tam facile crediderit. Sed longè aliud est nimiam credulitatem ei obicere, aliud verò dementiam & furorē. Deinde quid si ab omnibus vulgo ita credebatur, filium hunc periisse? Quid si rumor ab iis coepit, qui vt in magno mendacio vluuere solet, dicerent se filium mortuum vidisse? An non possunt ista omnia facere, ne quid per furorē & amentiam à matre factum videatur? Prateritum quæ erga filium suum fortassis etiam benè meritum numquam fuerit malè affecta. Semper enim de matris, adeoque melius quam de patris erga liberos adfectione & pietate suspicandum est. Nesciunt siquidem viscera materna patientiam, vt ille dic. bat, vt solet verus amor esse impatientissimus. Itaque puto corruptum esse locum hunc & addita negatione sic restituendum, vt legamus de inofficioso queri non potest. Numquã enim mihi persuadēbo, quod Bartolus & alij tanquam verum & singulare quiddam notant ex hoc §. Matrem quæ in hac specie filium praterit quem ignorabat se habere, voluisse haberi illum pro exheredato, cum haberet eum pro mortuo. Id enim non magis fieri potest quam vt quis post mortē suam exheredetur, quod fieri nullomodo posse constat l. si scriptum 13. §. ult. l. Gallus 29. §. in omnib. de liber. & posth. Suntque in hanc rem textus apertissimi in l. si cur §. & seq. C. de testam. milit. qui loci etsi de patre milite non de matre loquuntur, cum tamē nō à militiæ priuilegio aliquo, sed ex probabili militis voluntate rationem sumant, cur volumus ma-

tris potius quam militis prateritionem ignoratē factam de filio qui mortuus credebatur, haberi pro exheredato? Eiusdem enim iudicij aut potius amentia est exheredare illum qui re veram mortuus sit, & illum quem pro certo habeas iam esse mortuum? Nec sanè negarem huius matris tanquam demētis & furiosæ iudicia rescindi debere si constaret eam filium suum quem omnino credebatur mortuum, aut exheredasse expressim, aut ideò prateriisse, quod ipsum pro tacitè exheredato haberi voluisset. Sed dico magis dementes, magisque furiosos eos esse, qui prateritionem à matre ista factam pro exheredato haberi volunt, vt det filio querelam. Etsi non eò magis possunt assequi, vt ex huiusmodi furoris & amentie prateritu querela filio contra testamentum matris dari debeat. Non enim furor quilibet aut furoris cuiuslibet allegatio causam dat querelæ, sed is demum furor, & ea demum amentia, cuius siue probatio, siue præsumptio ex violatis pietatis officiis inducatur. At qui licet mater demens & furiosa dici possit quæ filium quem certò mortuum credebatur, vel exheredasset expressim, vel pro tacitè exheredato haberi voluisset. Non ideò tamen impietatis rea dici possit ob non relictam filio successione, quam homini iam mortuo relinquere etiam si maximè voluisset, tamen non potuisset. Nulla igitur ratio est, nullus color dandè hoc casu querelæ, contra testamentum matris probabili errore deceptæ, ac innocentis. Me illud etiam mouet quod video in specie dict. l. 3. C. hoc ti. differē ab Imperatoribus rescriptum & constitutum fuisse vt filius à matre prateritus haberi debeat pro instituto in virilem portionem cum fratribus, potius quam vt ei querela detur tanquam tacitè exheredato, Nempè quod, vt lex ait, nihil possit in ea specie imputari matri prateritatum matrem, cum tamē potuisset illa prateritatem posse euenire, quod ex facto contigerat, vt in puerperio moreretur, & ob hanc causam sibi prospicere contra futuri casus iniquitatem mutato ante puerperij tempus testamento. Quorum omnium nihil est, quod possit huic matri imputare quæ credebatur quod ceteri omnes passim & vulgò credebant, filium periisse, arg. l. 3. §. 1. j. ad SC. Maced. Sed moueor potissimum ex eo, quod in l. prox. sequ. Paulus refert in eadem prateritis specie, nisi quod filius miles ob idque tantò favorabilior proponebatur, cum mater filium suum militem falso audisset decessisse, & ob eam causam nulla filij mentione facta heredes alios testamento instituisset, decretum fuisse à Diuo Hadriano hereditatem ad filium pertinere, ita tamen vt libertates & legata præstarentur. Nam si tùm quoque cum mater filium ignorans praterit quod eum iam defunctam putaret, nihilominus potest locus esse querelæ inofficiosi, quid attinebat in illa specie cōsulere Imperatorem, & ab eo petere auxilium quod iure cōmuni competebat l. Imperatores 30. j. De reb. auor. iudic. possid. Quid verò causæ fuisset, cur Imperator libertates & legata præstari iussisset ex testamento inofficioso contra vulgares iuris regulas? Cur verò in odium militis, cum favore militiæ alia tantum multa iure singulari etiam aduersus iuris rationem fuerint constituta? Nec quod huic filio praterito querelam inofficiosi denegamus, conditionem eius facimus deteriore, sed meliorem, quia quem interpretes habent pro exheredato propter prateritionē, nos nec pro praterito habemus, sed quod omnium

omnium favorabilissimum est pro instituto, vt in d. l. 3. C. hoc ti. ad. ult. j. de hereditat. Nam & quod scriptum est in l. seq. decretumque à Diuo Hadriano, hereditatem ad filium pertinere, non alio sensu accipi posse putamus quam vt pertineat ex testamento, & tanquam si esset institutus, Indèque mirum fieri vt & libertates & legata præstentur, quæ haud dubiè nec à pagano præstanda essent, multò minus à milite si per inofficiosi querelam testamentum rescinderetur, fieretque materfamilias intestata. At, inquit, quis vnquam dixit filium à matre etiam ignorante prateritum, habendum esse ex iuris ratione pro instituto? Ego verò non ad iuris rationem hoc refero, sed ad autoritatem rescripti imperatorij, quam implorari hoc casu debuisse dico, cum aliud omne iuris communis auxilium deficeret, nec tamen æquitas deesset cui succurri oporteret. Nam & idem euenit in specie d. l. 3. C. h. r. & d. l. ult. De hered. instir. vt & alibi tam sæpe implorata Imperatorum rescripta legimus ad succurrendum ex æquitate iis quibus ratio iuris prospicere non potuisset, vt in l. posthumus 12. j. de in. instir. rursus l. cum quidam 30. in pr. l. cum heres 52. j. de acquir. hered. & aliis penè infinitis. Nec me mouet quod commodius esset, vt illucque filio succedere ab intestato ex causa querelæ, quam ex testamento propter legata & libertates. Nam prateritum quod incommodum hoc damnumque non nisi pecuniarium est, quod satis supèrque institutionis etiam tacita honore compensatur, Non tanta filij huius prateriti ratio haberi debet quin habenda etiã sit aliqua, & testamenti quod per se favorabilissimum

est, & matris innocentis, cui nihil possit imputari. Denique quod in hoc §. scriptum est, habeo ego veluti pro summario legis proxim. seq. quæ proculdubio cum hoc §. pugnaret, si non adderes negationem quam nos addendam esse contendimus, & si fallimur, probauimus euidenter. Potuit autem hæc negatio tolli ab imperito interprete, qui legem sequentem sic accepit quomodo Bartolus & alij passim accipiunt, quasi in ea specie testamentum matris rescindatur per querelam inofficiosi, quod tamen non ita esse, & iam probauimus, & ad eam legem iam ostendimus. Quamquam probabilis arbitror, quod proximè attingit, totum hunc §. nihil nisi summarium esse legis sequentis & quidem ab imperito interprete, non solum falsò, sed etiam malè concinnatum, si vel solum ipsam verborum constructionem consideres. Debuerat enim scribere vt in §§. præced. De inofficio testamento non quomodo scripsit de testamento primum, deinde separatim de inofficio. Rursus in illis postreuis verbis queri potest, debuerat præponere dictionem filius non sumere quomodo sumplit verbum queri passiuè, pro eo quod est querela proponi, cum apud prudentes nostros actiuam habeat passim significationem pro eo quod est querelam proponere. Facile autem potuit accedere, vt hic vericulus ex summario irreperit in textum, factusque sit §. ult. huius legis. Nam & idem alio loco accidisse, alicubi iam, nisi bene memini, obseruauit. Et in hac tandem non tam coniectura quam sententia conuiesco. Mihi enim de iuris ratione omnino liquet.

28. P A V L V S libro singulari de Septemvitalibus iudiciis.

Cum mater militem filium falso audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: Diuus Hadrianus decreuit, hereditatem ad filium pertinere: ita vt libertates, & legata præstentur, hic illud adnotatum, quod de libertatibus, legatis adiicitur, nam, cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Ad l. cum mater 28.

Ratio dubitandi. Hereditas neque ex testamento pertinere potest ad alium quam qui fuerit institutus neque ab intestato, quando testamentum subsistit, quo alius heres scriptus proponatur, qui ex eo testamento hereditatem, vel adierit, vel adire adhuc possit l. quando in 39. de acqui. her. l. quoties 9. in pr. j. de hered. instir. At qui in proposta specie filius, quæ mater falso audierat in militia decessisse, nec institutus fuit, cum ponamus prateritum eum fuisse, nec ad intestati successionem vocatus, cum testamentum quo alius heres institutus est, subsistat, neque vnquam rescriptum sit per querelam, cui nec hoc casu locus esse potest, secundum ea quæ ad §. ult. legis proximè præcedentis disputauimus. Ergo rationem nullam habere potest quod à Diuo Hadriano decretum fuisse Paulus hic refert, matris hereditatem ad filium militem pertinere.

Ratio decidendi. Ratio quidem iuris repugnat ne possit hic filius suo iure maternam hereditatem obtinere, sicut ex testamento, cum non fuerit institutus, siue ab intestato, cum non possit habere querelam, qui neque expressè, neque tacitè videri potest exheredatus. Sed tamen æquitas summa facit, vt tam ei, quam matri subueniri oporteat, ne priuatur ille materna hereditate contra ipsius matris voluntatem, quam dubitandum non est fuisse

instituturam filium numquam de se malè meritum, potius quam extraneum si eum viuere sciuisset l. cum acutissimi 30. in fi. Cod. de fideic. At quoniam Iureconsultorum est interpretari tantum non etiam supplere l. commodissime 10. in fi. de liber. & posth. in d. l. ult. C. de posthum. hered. instir. & soli Imperatori licet inter ius, & æquitate positam interpretationem inspiciere l. 1. C. de legib. fuit in hanc rem necessaria autoritas rescripti Principis, cuius potestate fieret, vt hic filius qui neque expressè, neque tacitè exheredatus inueniebatur, sed tamen reuera prateritus erat pro instituto haberetur. Sic enim accipio quod Hadrianus decreuit hereditatem ad huc filium pertinere. Vt nimirum pertineat ex testamento, quasi fuerit ille à matre institutus. Exemplo eius quod in alia specie nec valde dissimili, nec tantopere favorabili rescriptum video ab Imperatoribus in l. 3. C. hoc ti. & in l. ultim. j. de hered. instir. quibus locis habetur pro instituto is qui institutus non fuit: In specie quidem dict. l. 3. is qui nullomodo fuit institutus, cum factum esset vnicum testamentum in quo nulla prateritis mentio facta erat filij postea suscepti. In specie verò d. l. ult. is qui fuerat quidem institutus in priore testamento, sed tamen prateritus in posteriore, ex quo nihilominus succedit. Nō enim decreuit Imp. hereditatem ad eum pertinere tanquam in prioribus tabulis scriptum, sed tanquam in posteriorib. Vnde



illud etiam fit vt eodem decreto constitutum fit deberi ab eo legata omnia posteriore testamento, licet non ab ipso sed ab alio herede relicta. Falsum igitur est vtramque quod ad hanc legem notat Bartolus, & post eum vulgus interpretum, Necessaria esse in hac specie filio querelam, Et quod est consequens, matris hereditatem ad eum non directam sed per querelam viam pertinere. Nam id vero pertinet ad filium directam non per querelam, nec ab intestato, quod contingeret rescisso per querelam testamento, sed ex ipso testamento quasi filius qui reuera preteritus fuit, in eo fuerit institutus, vt & in specie d. l. vlt. De her. insti. In qua licet Bartolus obseruet hoc esse distimile quod qui succedit ex testamento quamuis preteritus in posterioribus tabulis fuerat institutus in prioribus. Non ideo tamen poterit assequi vt favorabilior videri debeat causa heredis qui in illa specie fuerat priore testamento institutus quam sit in casu nostro filij nullo testamento instituti. Nam fuerat quidem ibi Pactumeia Magna heres ex toto alie prioribus tabulis instituta, Sed cum essent illa ipso iure rupta per posteriores que valebant, quia vt lex ait, falsus modus & falsa causa non solet institutioni obesse, non poterat succedere ex prioribus, eratque prius necesse vt vel ex posterioribus succederet, vel nullo modo §. posteriore Insti. quib. mod. testam. insti. l. si quis priore 29. inf. ad SC. Trebell. Idque est quod habent postrema illius legis verba perinde atque si posterioribus tabulis fuisset ipsa heres scripta. Atqui non fuerat in posterioribus tabulis heres instituta non magis quam filius miles a matre in ea specie quam nunc tractamus. Ergo quemadmodum non alio iure succedit Pactumeia Magna in d. l. vlt. quam quod pro instituta habeatur, & quidem in posterioribus tabulis, de quibus solis tractari poterat, & in quibus tamen fuerat preterita. Ita & in casu nostro dicendum est succedere filium in hereditate matris, ex eo quoque testamento in quo reuera preteritus fuit perinde ac si fuisset in eo institutus. Et ideo sicut Imperator in illa specie pronunciauit hereditatem ad Magnam pertinere, vt Paulus noster refert, ita & Hadrianus in hoc casu, de quo agimus, lisdem penitus verbis, vt ex vtriusque legis lectione apparet, ac proinde eodem sensu, non quomodo vult Bartolus, quasi in d. l. vlt. hereditas pertineat directam ad Pactumeiam Magnam, in hac vero non nisi per querelam. Quid enim potuit facere prius testamentum in d. l. vlt. quod ruptum fuit ipso iure per posterius, nisi vt appareat ex voluntate fuisse testatoris vt hereditatem suam ad Pactumeiam Magnam pertinere vellet: a qua voluntate non recessisse illum in posteriore testamento, quamuis in eo alios sibi heredes instituisset apparebat ex ea qua vsus fuerat prefatione. In proposito autem casu filius miles nullo indigebat priore testamento, vt credi deberet mater hereditatem suam ei relicta fuisse si viuere illum putasset, Nulla etiam prefatione, vt apparetur a communi matris & parentum omnium voto recedere illam voluisse quando alium heredem instituit, cum non idcirco filium exheredauerit aut expressit, aut tacite, quem non dubitanter, sed certa opinione pro defuncto habebat. At neque illum instituit, inquit. Fateor, sed vt nihilominus pro instituto haberi debeat, sufficit quod fuerat eum institutura si viuere sciuisset. Sufficit, inquam, non quidem ex mera iuris ratione, quae certe repugnat, sed ex autoritate rescripti Imperatoris, qui vt Pactumeia Magna in

d. l. vlt. ita & filio in hac specie putant subueniendum cum is non minus querelam quam alio quolibet iuris ciuilibus auxilio destitueretur. Cetera que ad interpretationem d. l. vlt. pertinent, petenda sunt ex his que scripti in Error. 5. Decad. 39. De err. pragmat.

*a Ita vt libertates & legata praestentur.* Ratio dubitandi. Non debet esse deterior condicio huius filij ignoranter preteriti, quam si fuisset, aut expressit, aut tacite exheredatus, arg. l. vlt. §. quod si fuisset. C. de liber. prater. Atqui si vel tacite, vel expressit exheredatus fuisset, neque libertates, neque legata deberentur, quia rescisso testamento per querelam, conruerent ipso iure libertates & legata l. Papinianus §. si ex causa. sup. hoc tit. Ergo neque in hac specie praestari debent. Et ita vulgo post Bartolum & Azonem creditum est, reprehendi a Paulo quod ab Imperatore decretum fuit de libertatibus, & legatis a filio in hoc casu praestandis, cumque sensum esse illorum verborum hic illud adnotatum quasi adnotatum dixerit Paulus pro reprehensum. Sed alia ratione. Nempe quia putant in hac specie locum esse querelam, Vident autem, quod & in hac ipsa lege subicitur, cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valere posse: Cum e contrario debuerint ita potius argumentari, vt vel ideo non crediderit Imperator locum esse hoc casu querelam quod pronunciauerit, & libertates & legata deberi, Praestim quia nullum in toto Imperatoris rescripto, de querela inofficiosi verbum est, de qua tamen non solum mouenda, sed etiam mota loquendum erat, adeoque ponendum quod filius in querela uicisset priusquam pronunciarit post hereditatem ad eum pertinere. Neque vero vltimo iuris loco reperias ita loqui prudentes, vt dicant hereditatem ad illum pertinere qui mouere querelam possit, sed tunc in posse illum de inofficioso agere, aut etiam hereditatem perire ex causa querelae de inofficioso mouendae, vt in l. filium 20. §. sed quemadmodum inf. de bonor. poss. contr. tab. l. qui de inofficioso 20. sup. h. t. Quoad enim mota querela non est, imo etiam postquam mota fuit, quando pro ea pronunciatum non est, hereditas ad alium pertinere non potest, quam ad heredem institutum, a quo & aditam esse hereditatem necesse est priusquam querela nascatur d. l. Papinianus §. si conditioni. sup. Sed & post querelam victoriam hereditas neque ad victorem, neque ad alium quemquam pertinere alio iure potest, quam legitimam successionis ab intestato. Qui ergo fieri possit, vt libertates, & legata in hac specie deberentur, si non nisi per querelam hereditas ad filium pertineret: Cum nec fideicommissa in testamento inofficioso a legitimis successoribus repetita deberi possint, tanquam a demente data l. Titia 13. sup. nec fideicommissa. 36. de leg. 3.

Ratio igitur decidendi ad hunc versicul. & quae Imperatorem mouit, vt libertates & legata ab hoc filio praestari voluit, illa est, Non quae ab Accursio adfertur, quod re tantum non etiam consilio preteritus fuisset filius, sed quia pro instituto habetur non pro preterito: ex praesumpta matris voluntate iuncto Imperatoris decreto, cuius autoritate potissimum haec lex nititur. Nam preteritio etiam quae re tantum, non etiam consilio facta esset si non haberetur pro institutione, facere non possit quin testamentum cotrueret, siue per querelam, siue tanquam nullam continens institutionem, quae tamen caput est testamenti, l. quod

l. quod per manus 107. de iur. codicill. Atque ita esse probatur non minus ex l. sicut 9. & l. si quis. C. de testam. milit. quas Bartolus hic pro Azone contra Accursium adducit, in quibus preteritio ignoranter a milite facta non habetur pro institutione, ideoque nec testamentum militis valet nec legata vel fideicommissa ex eo vlla debentur a filio preterito qui grauatus nullo modo fuit, & de quo non magis grauatus quam insituendo potuit cogitare testator qui se in eum ignorabat. l. si quis pater 77. §. cum ex fideicommissa de leg. 2. l. p. 3. de iur. codicill. Sed satis faciamus etiam Bartolo, & quaramus cur in d. l. 9. & 10. C. de testam. milit. filius a milite ignoranter preteritus non habeatur pro instituto, ideoque faciat testamentum nullum. An forte minus fauorabilia sunt hac parte testamenta militum, quae in ceteris omnibus sunt fauorabiliora? An non maior ratio est, vt militis qui se filium habere ignorat, silentium pro institutione habeatur, quam silentium pagani, cum si filium se habere sciat, silentium eius non etiam pagani habeatur pro exheredatione? An requirimus vt miles filium quem in potestate habet nominatim instituat, si non requirimus vt nominatim exheredet? Ita ergo erit exheredatio fauorabilior institutione, quod & falsum est & absurdum l. cum quidam 19. de liber. & postum. Verum non difficilis responsio est. Quod diximus in alio speciebus enim qui in testamento preteritus sit haberi pro institute, non ex iuris ratione fieri, sed ex summa aequitate, & autoritate rescripti, vt subueniatur & honori matris cui nihil potest imputari, & filio qui alioquin & matris & luctuosa hereditatis maternae iacturam pateret. Cum neque possit nullum facere testamentum ista preteritio, neque inducere querelam inofficiosi testamenti per quam fiat vt filius a successione testamentaria per preteritionem exclusus, succedere saltem ab intestato possit. At cum miles filium quem in potestate habebat, nec tamen habere se putabat, preterit, non indiget filius vt ei subueniatur cum possit dicere, per eiusmodi preteritionem nullum esse ipso iure, & insitum testamentum, nec in eo vlla fiat iniuria defuncto militi, cuius non ideo iudicium impugnat l. post legatum 5. §. 1. l. si testamentum 24. de his quibus vt indign. Tantum abest vt quasi demeritis hominis & furiosi dānerur, quomodo contingit in querela inofficiosi testamenti. Nam & cum secundum probab. lem militis voluntatem hereditas eius non aditur, nec res ipsius castrenses hereditibus competunt, quemadmodum Modestinus scribit in l. si secundum 32. §. de testam. milit. At siue patrem militem in suo testamento, quo extuncum heredem instituit, preterisse filium emancipatum, quem iam defunctum esse credebat. Vtique non poterit filius dicere testamentum nullum, aut insitum, cum non fuerit in potestate. Nec. ut sus instituit querelam inofficiosi. Non ob id solum quod pro exheredato haberi non possit d. l. sicut 9. & seq. C. de testam. milit. sed etiam quia contra militis testamentum querela haec proponi non potest l. prox. preced. §. de inofficioso vbi dixi §. l. de inofficioso 9. l. testamentum 24. C. cod. An igitur hoc casu erit filio militis subueniendum, quemadmodum in specie huius legis, vt pro instituto habeatur? Minimè. Superest enim illi aliquid auxilium, quod filius a matre preteritus non habet, bonorum possessionis contra tabulas, cum hic filius a parte milite preteritus ignoranter non habeatur pro exheredato,

quomodo haberetur si scienter preteritus fuisset d. l. sicut. & seq. l. si patrum 2. l. Paulus repudiat 47. §. vlt. de bon. liberi. iunct. l. 4. §. ad testamentum de bonor. poss. contr. tab. Nullo igitur casu sententia huius legis ad patris militis testamentum porrigi potest. Ratio vero quam adfert Bartolus, quod si eo casu quo facta est preteritio re & consilio legata non debentur, quo tamen casu constat fuisse testatori propositum, vt heredem grauaret, quantum poterat, multo minus debeant valere illo casu quo testator ignorabat se filium habere, quem grauare noluit. prolus inepta est. Euidens enim diuersitatis ratio illa occurrit, quod priore casu testamentum per querelam rescinditur, quia filius habeatur pro exheredato. Posteriore vero non rescinditur, quia nullus potest querelam locum esse cum filius preteritus habeatur necessario pro instituto, qui non magis pro preterito haberi potest quam pro exheredato. Itaque argumentum Bartoli tale est, ac si diceret alius verbis, si legata non valent eo casu quo filius exheredatus est, parumque testamentum rescinditur per querelam, multo minus valere posse ex eo testamento in quo filius fuerit institutus. Quod quam ridiculum sit nemo non videt.

*b Hic illud adnotatum.* Caue ne cum Bartolo & Azone aliique vulgaribus interpretibus hoc sic intelligas quasi posterior pars rescripti Imperatoris reprehensa sit a Paulo: Sed potius ita intellige vt in hoc rescripto illud praecipue dignum obseruatione videri debeat quod Imperator voluit, & libertates & legata praestari, quae haud dubie imputari, & filio qui alioquin & matris & luctuosa hereditatis maternae iacturam pateret. Cum neque possit nullum facere testamentum ista preteritio, neque inducere querelam inofficiosi testamenti per quam fiat vt filius a successione testamentaria per preteritionem exclusus, succedere saltem ab intestato possit. At cum miles filium quem in potestate habebat, nec tamen habere se putabat, preterit, non indiget filius vt ei subueniatur cum possit dicere, per eiusmodi preteritionem nullum esse ipso iure, & insitum testamentum, nec in eo vlla fiat iniuria defuncto militi, cuius non ideo iudicium impugnat l. post legatum 5. §. 1. l. si testamentum 24. de his quibus vt indign. Tantum abest vt quasi demeritis hominis & furiosi dānerur, quomodo contingit in querela inofficiosi testamenti. Nam & cum secundum probab. lem militis voluntatem hereditas eius non aditur, nec res ipsius castrenses hereditibus competunt, quemadmodum Modestinus scribit in l. si secundum 32. §. de testam. milit. At siue patrem militem in suo testamento, quo extuncum heredem instituit, preterisse filium emancipatum, quem iam defunctum esse credebat. Vtique non poterit filius dicere testamentum nullum, aut insitum, cum non fuerit in potestate. Nec. ut sus instituit querelam inofficiosi. Non ob id solum quod pro exheredato haberi non possit d. l. sicut 9. & seq. C. de testam. milit. sed etiam quia contra militis testamentum querela haec proponi non potest l. prox. preced. §. de inofficioso vbi dixi §. l. de inofficioso 9. l. testamentum 24. C. cod. An igitur hoc casu erit filio militis subueniendum, quemadmodum in specie huius legis, vt pro instituto habeatur? Minimè. Superest enim illi aliquid auxilium, quod filius a matre preteritus non habet, bonorum possessionis contra tabulas, cum hic filius a parte milite preteritus ignoranter non habeatur pro exheredato,

**S**i suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, & eum, qui de inofficioso testa-  
mento agit adesse etiam legatarios, & voluntatem defuncti tueri conitutum est,  
eisdemque permillum est etiam appellare<sup>b</sup>, si contra testamentum pronunciatum fuerit.

*Ad l. si suspecta 19.*

Ratio dubitandi. Res inter alios iudicata nullum  
aliis præiudicium faciunt *l. 1. & tot. tit. C. in alios act.*  
*vel iudic. alius non nocet.* Ergo quod inter heredes  
scriptos & eum qui de inofficioso agit, iudicatum  
erit, verendum non est ut legatariis noceat *l. 1. de  
except. rei iudic.* Et consequenter nihil cause est cur  
debeant adesse liti quæ inter alios tractatur, ne in-  
commodo afficiantur litigatores, cum tantò diffi-  
ciliores lites & perplexiores esse soleant, quanto  
plures sunt qui litigant, aut quos liti adesse oportet,  
cum nihil in tota lite inauditis iis omnibus. quor-  
um interest fieri possit *l. d. unquoque 47. j. de re iud.*  
Nec videtur posse in eam rem sufficere pretextus,  
aut metus collusionis, Cum si collusum probetur  
inter heredem scriptum & actorem qui vicit in pe-  
titione hereditatis, permiserit Diuus Pius legatariis  
appellare *l. a sententia 5. §. si heres. l. si per iuror.*  
*14. in princip. j. de appellat.* Denique non sunt illi legi-  
tими contradictores, sed heres solus. Ergo non  
sunt audiendi si liti quæ inter alios tractatur adesse  
velint.

Ratio decidendi. Sententia de iure testamenti  
contra solum heredem lata in contradictorio iudicio,  
& herede ipso respondente non per contumaciam  
absente, ius facit etiam contra legatarios, quia  
solus heres institutus legitimus contradictor est,  
& aduersus quæ hereditatis petitio, institui possit,  
aut legatarij, aut ijs quibus data sunt libertates.  
Adeo ut probata quoque collusione sit necessaria  
legatariis appellatio, quemadmodum proximè diximus,  
qua proculdubio non egerent si eos quoque  
autoritas rei iudicata non teneret. Illi quidè tantum  
appellare possunt quorum interest, & quibus  
noceat sententia, si non appellarent *l. de appellat.*  
*recip.* Ergo permittendum iis est ut possint adesse liti  
ante condemnationem si suspectam habeant  
heredis scripti collusionem, cum ipsorum interest.  
Nec ob id minus audiendi sunt ante sententiam,  
quod post condemnationem possint appellare. Me-  
lius enim est intacta eorum iura ab initio seruari,  
quam post vulneratam causam remedium quaeri *l.*  
*ult. C. in quibus caus. non est nec. si in integr. restit.* Ma-  
ximè cum inter sit etiam publicè supremam defun-  
cti voluntatem defendi, & in eam rem testamenti  
causam ex fide agi *l. vel negare 6. j. testam. quemad-*  
*mod. aper.* Nam & is qui procuratorem ad litem de-  
dit si suspectam procuratoris sui, vel fidem, vel di-  
ligentiam habeat, cause tamen suæ adesse nõ pro-  
hibetur *l. Paulus respondit 69. 3. de procurat.* Neque  
contrarium est quod Vlpianus noster scribit in *d.*  
*l. de except. rei iudic.* Non enim ait, Si contra here-  
dem pronunciatum sit ruptum, vel irritum, vel ini-  
iustum esse testamentum incisi legatariis nihilo-  
minus ex eo testamento agi posse, sed hoc tantum,  
Si ruptum, vel irritum, vel iniustum testamentum  
esse dicatur, de quo tamen nihil pronuncia-  
tum sit, legatariis quibus eo testamento legata da-  
ta sunt, agere posse & legata petere, quia scilicet  
quandiu nihil de testamento pronunciatum est,  
etiam si heres per transactionem fortè succubue-

rit, testamentum tamen in suo iure manet, ut scri-  
ptum est in *§. quamvis hac lege.* Multò magis si insti-  
tutus is qui ab intestato quoque potest succedere,  
testamentum iniustum, vel ruptum, vel irritum  
esse dicat, ut hereditatem retineat ab intestato,  
nec si superatus fuerit legatarius aliquis præiudi-  
cium tamen fieri libertati quæ eodem testamento  
relicta proponatur, Quia scilicet de suo tantum  
iure potuit legatarius agere non de iure totius tes-  
tamenti, cum non sit iuris successor *l. quædam 9.*  
*§. nihil inter est. sup. de ed. nd.* Nec enim libertates pè-  
dent à legatis aut legata à libertatibus, quomodo  
& legata & libertates pendent ab institutione, quæ  
victò per sententiam herede infirmatur *§. ante he-*  
*redis. Inst. de legat. l. quod per manus 10. j. de iur. codi-*  
*cul. l. si superatus 3. j. de pignor.* Plane si victus sit he-  
res non in contradictorio iudicio, sed absens &  
contumax, quod ad petitionem actoris nihil re-  
sponderit, noceat sententia heredi soli non lega-  
tariis & ceteris aliquid ex eo testamento percipibus  
*d. l. si per iuror. 4. §. de appellat. l. qui repulsi 17.*  
*§. 1. sup. hoc tit. vbi tamen vide quæ hic de re quod*  
*ad inofficiosi querelam pertinet contra Tribonia-*  
*num scripti.*

a *Et voluntatem d. sancti i. meri.* Re dè Barr. post Ac-  
curium infert ex his verbis, Possè igitur legatarios  
si velint, testes in causa producere h ad volunta-  
tem defuncti tuendam, necesse iam id esse vi-  
deatur.

b *Eisdemque permillum est appellare.* Scilicet  
ex rescripto Diui Pij, de quo m. d. d. l. in iur. em. 5. §.  
*si heres, & dicit. l. si per iuror. 4. j. de appellat.* Idè que ta-  
men non simpliciter & omni casu, sed ita demum  
si probent legatarij collusum fuisse inter heredem  
scriptum, & actorem qui vicit. Multum ergo re-  
fert an legatarij velint adesse liti mota inter acto-  
rem & heredem institutum, an verò appellare ve-  
lint. Priore casu sufficit ut suspectam habeant col-  
lusionem heredis, licet causam suspicionis nullam  
probent, quod & hic Bartolus notat. Posteriore  
verò necessaria est collusionis probatio.

Ratio dubitandi. Pocuere hi legatarij adesse  
liti ante sententiam si voluissent, ut proximè dixi-  
mus. Velle autem debuerunt si suspectam here-  
dis fidem & collusionem habuerunt, Ergo si hoc  
non fecerint, solumque heredem causam agere,  
vincique passi sunt, est quod sibi possint & de-  
beant imputare, ac proinde non sunt audiendi si  
appellare post sententiam velint, herede ipso qui  
victus fuit non appellante. Hoc enim addendum  
est, quia si victus heres appellaret dubitari minis  
posset quin permittendum esset legatariis adesse  
liti appellatoriæ, quemadmodum & priori adesse  
potuissent.

Ratio decidendi. Factum cuique suum & dolus,  
non alius necere debet, ut est in regula iuris, Ne  
alioqui condicio alteri per alterum iniqua infe-  
ratur. Ergo cum sententia contra heredem scri-  
ptum lata etiam ipso colludente noceat legatariis  
tanquam victò eo qui solus fuit legitimus con-  
tradictor, æquissimum fuit iis permitti ex rescrip-  
to Diui Pij, ut hoc saltem casu possent appellare,  
ut ini-

ut iniquitas sententiæ cui sola heredis collusio cau-  
sam dedit, per iudicem appellationis corrigatur.  
Extra hunc casum appellatio non permittitur, in  
eoque mancus est hic locus nisi ex aliis quos supra  
retulimus suppleatur. Quam ob causam fuit mihi  
aliquando hic locus non parum suspectus quasi ex  
eorum numero esset quos Tribonianus ad ius no-  
uum accommodauit, quo vti ceptum est post sub-  
latum extrinsecumque nomen & ordinem Centum-  
uitorum, à quibus certe non appellabatur, & quo-  
rum in vrbe propria olim fuit hæc cognitio De  
querela inofficiosi, & De petitione hereditatis, ut  
dixi ad *l. Papinianus 8. §. si ex causa. §. hoc tit. sed tamè*  
illud quoque dici nec improbabiler potest quod  
ibidem iam attigi etiam iure Pandectarum potuisse  
de querela inofficiosi, aut iniusti, vel rupti, vel  
irriti facti testamenti cognosci ab alijs quam à Cen-  
tumuirijs, Nimirum extra urbem in qua Centum-  
uiri iura reddebant. Namin prouincias ea iurisdic-  
tio erat Proconsulium & Prætorum, qui omnium na-  
gistratum vrbanozum, & consequenter etiã Cen-  
tumuitorum vice a partibus fungebantur *l. si in a-*  
*liam 7. §. vbi cum duob. seqq. sup. de offic. proconsul. l. ex*

*omnibus 12. cum seqq. de offic. presid.* Non ut ipsi de  
causa testamenti, vel de hereditate Centumuiro-  
rum exemplo cognoscerent, sed ut de ea re iudices  
pedancos darent, ut constat ex *l. 1. & 2. C. de ordin. iudic.*  
iunctis iis quæ de sententia dicitur legis primæ,  
eiusque emendatione scriptimus lib. 19. *Coniect.*  
Cui consequens est ut ab iis iudicibus quos Procon-  
sules vel Prætores dedissent appellari possent, Nimi-  
rum ad eos ipsos qui dederant *l. 1. & vlt. j. quis a quo*  
*appeller.* Et hæc sanè interpretatio tolerabilior est,  
quam ut tot locos qui de iudice dato in causa he-  
reditatis & de appellatione ab eo interposita tra-  
ctant, à Triboniano corruptos esse admittamus,  
Sicut nec quisquam dixerit, Omnes iuris veteris  
locos qui de longi temporis possessione loquuntur  
Triboniano adscribendos esse respicienti ad nouã  
Iustiniani constitutionem quæ vlcupationis ius &  
nomen in longi temporis possessionem transfor-  
manit *l. vnic. Cod. de transform. vsucap.* Cum iam o-  
lim ius longæ possessionis indutum esset in pro-  
uincias, nec de vlcupatione, nisi in vrbe & in Italia  
tractaretur, ut Iustinianus refert initio *titul. Insti-*  
*tut. de vsucap.*

¶ De inofficioso testamento matris spurij quoque dicere possunt.

*Ad §. 1. de inofficioso.*

Ratio dubitandi. Spurij non sunt ciues Romani,  
cum nec patresfamilias nec filijfamilias sint. Sum-  
ma enim ciuium Romanorum diuisio illa est, ut ca-  
lij sint patresfamilias, alij filijfamilias, quæ-  
dam matresfamilias, quædam filijfamilias.  
*l. nam ciuium 4. sup. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* At  
filijfamilias non alij sunt quam qui sunt in aliena  
potestate ut ibidem Vlpianus ait, Ius autem pote-  
statis nascitur ex iustis nuptiis nisi cum adoptio  
interuenit, *Tit. Inst. de patr. potest.* Porro spurius il-  
le dicitur qui extra nuptias & sine patre natus est *§.*  
*si aduersus. Inst. de nupt.* quia nec alius pater est,  
quam quæ nuptiæ demonstrant *l. quia semper 5. sup.*  
*de in ius voc. l. filius cum definitus 6. de his qui sui vel*  
*alien. iur. sum.* Multò minus potest spurius paterfa-  
milias dici, Nec enim quisquam paterfamilias esse  
potest qui non prius fuerit filiusfamilias, vel actu,  
vel potentia, Siquidem patrisfamilias nomen sub-  
eunt quotquot in morientis patrisfamilias potesta-  
te fuerunt, eoque moriente singulas familias habere  
incipiunt *l. pronunciatio 195. §. familia de verb. signific.*  
quorum neutri de spurio dici potest. Ut non abs re  
neque falsò Iustin. noster scripserit initio Nouel. 89.  
ante Constantini tempora incognitum & inauditum  
fuisse in libris nostris, quod ij tanquam alienigenæ &  
peregrini haberentur. Ex quo infert ille fuisse na-  
turales istos toto iure veteri incapaces omniũ suc-  
cessionũ non modo legitimarum, sed testamenta-  
riarũ. Quippe cum peregrini, neque acti hæc testam-  
enti factionem, neque passiuã, quæ vtraque est  
ex legibus *l. 1. C. de hered. insti. l. i. l. i. g. obvenire 130. l.*  
*verbis legis 120. de verb. signif.* Etli autem naturalium  
nomen hodie ita sumitur quasi differat à spurio, id  
tamen non aliò perinet, quã ut naturalium causa  
melior sit quam spuriorum. Naturales enim hodie  
appellamus qui nati sunt ex concubina in domo te-  
nta, & affectu concubina. Spurios verò eos qui  
vel vulgo cõcepti sunt. & ex ea quæ vulgo quæstus  
fecit, vel ex dånato coitu, & ut loquuntur, pumbili  
secundũ leges ciuiles, in quo numero non est cõcu-

binatus, quia cum cõcubinatũ à legibus nomen as-  
sumpserit extra legem pœnã est *l. 3. §. vlt. j. de concub.*  
Cum igitur naturales omnes, etiam qui supradicto  
sensu spurij dici nõ possunt sint incogniti iure ciuili  
omniũque successionis incapaces, si ius illud inspicias  
quod Vlpiani nostri temporibus obtinebat, quæ fieri  
potest ut admitti debeant ad querelã quæ & ipsa iu-  
ris ciuilis est, & ordinata ad instituendã hereditatis  
petitionem? Nam nec hodie naturales possunt ab  
intestato succedere nisi in duabus vncis simul cum  
matre, idque eo tantum casu quo nulli extent legiti-  
mi liberi nec vxor legitima *d. Nouel. 89.* vnde sum-  
pta est *Auth. licet. C. de natur. liber.* Tantum abest ut  
possint villo casu venire contra testamentum. Hoc  
enim longè difficilior est, quam succedere ab inte-  
stato, ut ex eo apparet quod filius adoptiuus extra-  
nei hodie saluum adhuc habet ius successionis le-  
gitimæ, nec tamen cõtra testamentum eius venire  
villomodo potest siue per querelam inofficiosi tes-  
tamenti, siue per bonorum possessionem contra  
tabulas *l. per. §. sed ne articulum C. de adopt.*

Ratio decidendi. Spurius sine patre quidè est, sed  
non sine matre, quia mater certa semper est etiam  
quæ vulgo cõcepta *d. l. quia semper 5. de in ius vocand.*  
Ideoque merito placuit etiã vulgo quæstos admitti  
ad legitimam matris hereditatem ex SC. Orficiano  
quo generaliter inductum est ut liberi possint suc-  
cedere matri intestatæ *l. 1. §. sed & vulgo quæstus ad*  
*SC. Terryll. §. sciendũ Inst. de SC. Orfic. & apud Paul.*  
*lib. 4. sentent. tit. 10. §. 1.* Senatũcõsulta enim Terryllianum  
& Orficianũ detulerunt hereditates paren-  
tũ liberis, & liberorũ parentibus non sub nomi-  
bus ciuilibus, ut lex duodecim tabularũ quæ suorũ  
heredum tantummodo & agnatorum mentionem  
fecerat, sed sub nominibus naturalibus, & personis  
naturaliter designatis, Terryllianum scilicet matri,  
Orficianũ autem filio ut eleganter Paulus obseruat  
in *l. turelas 7. vbi dixi sup. de capit. minut.* Quod &  
prætor in edicto suo secutus est in quo nihil ante  
oculos habuit nisi naturalẽ equitatem. Itaque vo-  
luit ut & vulgo quæsti liberi matris & mater quo-  
que talium liberorũ, item ipsi fratres inter se;



ex capite, Vnde cognati bonorum possessionem ab intestato petere possunt, quia sunt inuicem sibi cognati *l. 2. vers. itaque. l. si spurius 4. infr. vnd. cognat.* Quare ad rem non pertinet quod obieciimus esse illos incognitos iuri civili. Et si enim fuerunt incogniti legi duodecim tabularum, fuerunt tamen cogniti Senatusconsultis, quæ constat partem esse iuris civilis, cum non ambigatur Senatû & ius & heredem facere posse *l. non ambigitur 9. sup. de legib. §. quos autem. Infr. de bonor. poss. §. Sicut & cogniti sūt naturæ & pratoris, nempe quantum ad successionē maternam non quantum ad paternam aut eorum qui per patrem coniunguntur.* Cùm igitur ex Senatusconsulto Orficiano vocentur isti ad hereditatem matris intestatæ, omnino consequens est ut deseriant haberi pro peregrinis quod ad ius maternæ successionis & consequenter v t post SC. Orficiatum cœperint posse institui à matre. Bona siquidem est ratiocinatio à successione legitima ad testamentariam adfirmatiuè, hoc sensu, ut quisquis ab intestato succedere potest, multò magis possit institui ab eo cui esset alioquin successurus. Quid enim aliud quàm legem facit is qui testatur? Quam verò legem nisi eam quæ sit iuri consentanea, eum ei defert hereditatem cui lex ipsa esset per se delatura? At non est è contrario bona consecratio, ut qui testamento institui potest, habeat etiam ius succedendi ab intestato, ut apparet ex *d. l. vltim. C. de natur. liber.* Ex his porò duabus propositionibus, quarum vna est, Possit filios spurios matri intestatæ succedere, tã ex auctoritate Senatusconsulti Orficiani, quàm ex edicto pratoris. Altera verò, Possit exinde institui eos heredes à matre, Tertia propositio deducitur. Ergo admitti eos posse ac debere ad querelam inofficiosi contra testamentum matris si fortè mater suo testamēto eos præterierit, vel exheredauerit, Siquidem ut sepius in hoc tractatu diximus ius querelæ inofficiosi testamenti æstimatur ex iure legitimæ successionis quantum ad liberos aut parentes pertinet, nisi cùm specialiter

2 ¶ Quamuis, instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit: tamen testamentum in suo iure manet: & idè datæ in eo libertates, atque legata, vsquequò Falcidia permittit<sup>a</sup>, suam habent potestatem.

Ad §. 2. quamuis.

Ratio dubitandi. Non minorem auctoritatem habet transactio, quàm res iudicata *l. non minorem 20. C. de transact.* Imò maioris auctoritatis esse transactionem quàm rem iudicatam ait Harmenop. libr. 1. tit. 10. Atqui si de querela contra heredem iudicatum sit, ea est auctoritas rei iudicatæ ut testamentum rescindatur, & ipso iure corrumpantur legata cæteraque omnia testamēto relicta *l. Papinianus 8. §. si ex causa & l. prox. preced. sup.* etiam si legatarij adfuerint liti, adedò ut nec permittatur iis appellare nisi probet conclusum fuisse inter heredem scriptum & actorem qui obtinuit, ut diximus ad initium huius legis. Ergo si post institutam inofficiosi accusationem res transactione decisa sit, ita ut hereditas nò penes heredem scriptum sed penes actorem remanserit, perinde dicendum videtur rescindi testamentum, nec in suo iure manere, & idè libertates in eo datas, itèmq; legata etiã intra falcidiæ modum nullã vim habere.

Ratio decidendi. Priuatis quorundã pactionibus certum est non lædi ius cæterorum. Atqui læderetur ius legatariorum & eorum qui testamento manumissi sunt, si per transactionem inter heredem scriptum

aliqua lege aliter constitutum est, ut in *d. l. pen. C. de adop.* Et proculdubio testator contra pietatis officium mater quæ filium spurium præterierit, qui ei si intestata decessisset, fuerat ex Senatusconsulto successurus. Sed an hoc ita accipiendum est, si nullos illa reliquerit legitimos liberos, id est, ex iusto matrimonio susceptos? Nã qui ex matrimonio suscepti sunt, possunt quidem in successione materna cõcurrere cum aliis ex alio matrimonio susceptis, *l. matris 4. ad SC. Tertull.* sed non ut videatur cū vulgo quæritis, quos nec prator vocat cū iustis liberis ex edicto capite Vnde liberi, sed tantum ex capite Vnde cognati *d. l. 2. & 4. vnd. cognat. & cõsequentes* non nisi post liberos adeò que post agnatos *§. placet. bar. Infr. de legit. agnat. succ. §. l. 1. §. sed videndum. & l. 2. §. de succ. §. edit.* Verum non ita est, Succedunt enim equaliter matri liberi spurij cum legitimis, nisi mater illustris proponatur. Hęc enim exceptio addenda est ex Iustiniani constitutione in *l. si qua illustris. C. ad SC. Orfic.* Sed cùm ius querelæ inofficiosi inductum sit interpretatione prudentum ad legem 12. tab. cui spurios istos omnino incognitos fuisse certum est. Puto necessariũ iis esse bonorum possessionem liti ordinandæ gratia, de qua in *l. posthumus 6. §. vlt. & l. Papinianus 8. in princ. §. Eadem* profus ratione quã ibidem diximus necessariam illam esse emancipatis à parte exheredatis. Superioribus verò consequens est, ut si spurij ex damnato coitu suscepti fuerint non sint ad querelam admittendi, quia scilicet neque ab intestato succedere possent, cùm indigni sint quos vel natura ipsa agnoscat, ut loquitur Iustin. in *dict. Nouell. 89.* vbi constituit ut nec alimenta iis vlla debeantur. Quamquam postremum hoc ex æquitate canonica correctum est in *cap. cum haberet. Extr. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adulter.* Sed de tota hac tractatione De naturalibus & spuris liberis videnda erunt quæ scribemus in nostra Iurisprudentiæ scientia ad titulum. De mpt. circa interpretationem *dict. l. vlt. C. de natur. liber.*

& actorem factã testamentum rescinderetur. Ergo dicendum est eiusmodi transactione neq; testamentum rescissum videri posse, neq; manumissis vel legataris actiones suas ademptas esse *l. 3. in princ. sup. de transact.* vbi additur, quicquid ex testamento isti petant debere illos conuenire scriptum heredem qui in transactione hereditatis vel sibi cauerit pro hereditariis oneribus in actorem transferendis, vel si non cauit, imputare sibi debeat potius quàm suã negligentiam ad alienã iniuriã referre. Obstare tamen videtur, & cū hoc §. non minus quàm cum *d. l. 3.* pugnat quod scriptum est in *l. cõtrouerfia 14. eod. tit. de transact.* Nos ad vtrumq; locum scripsimus, quid de vtriusq; sententiã & ratione nobis videatur. Ergo quod dicimus non minorẽ quin etiam fortasse maiorẽ auctoritatẽ esse transactionis, quàm rei iudicatæ, inter ipsos quidẽ transigentes verum est, sed nò inter ceteros, qui transactioni neq; adfuerunt, neq; consenserunt, quia transactio priuatorum conuentio est, sententia verò quæ transit in re iudicatã habet auctoritatem à publico, publicamq; vtilitatem admixtam, cuius contèplatione facit ius quod ad omnes, id est etiã quod ad legatarios & manumissos si lata sit contra here-

heredem institutum, quia is legitimus contradictor fuit, ut diximus in precedentibus. Denique litigatores non nisi de suo iure possunt transigere: Index autem qui de querela inofficiosi cognoscit, pronunciat de iure testamenti, & consequenter de iure omnium, quibus aliquid ex eo testamento deberi potest.

2 ¶ *Vsq; quo falcidia permittit.* Rectè Accursius hæc verba refert ad sola legata, non etiam ad libertates quæ scilicet falcidiam pari non possunt nisi eo quod diximus modo ad *l. Papinianus 8. §. quarta autem sup. hoc tit.* Ratio dubitandi. Falcidia lex dat heredi scripto quadrantẽ hereditatis deducendum ex legatis *l. 1. & tot. tit. i. jr. ad leg. falc.* Atqui ponimus ita factam transactionem ut heredi scripto hereditas tota ablata sit, eaque in actorem qui querelam instituerat, translata. Ergo legatarij ab eo petentes legata nullam falcidiam pari possunt.

3 ¶ Quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu principis potest: nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptiuam falsò esse existimabat<sup>a</sup>, agere potest.

Ad §. 3. quoniam.

Ratio dubitandi. Non tantum natura dat liberos, sed etiam adoptio *l. 1. sup. de adop.* Atqui querela datur liberis omnibus à matre sine præteritis sine exheredatis. adeoque etiam spuris quos sola natura non etiam lex cognoscit, ut diximus in *§. de inofficiojo sup.* Ergo multò magis danda est filio adoptiuo, etiam quem mulier sine iussu Principis in filium adoptauerit. Ne minus possit lex quàm natura in eo quod est ex legibus, & ex iure civili, quale est conueniens de inofficioso.

Ratio decidendi. Mulier non potest adoptare nisi ex speciali Principis licentia & concessione, quia licet adoptio nò vsus in id præcipuè comparatus sit ut familia perpetuentur aut saltem cõseruentur, quo auxilio potissimum mulieres egere videbantur, cùm mulier quælibet familiæ suæ & caput & finis sit *l. pronuntiatio 195. §. vlt. de verb. sign.* cùm tamen per adoptionem acquiratur ius potestatis in eum qui adoptatur, absurdum vti que esset fœminam acquirere ius potestatis in liberos quam nec in suos naturales & legitimos habet *l. mulierem 5. C. de adop.* Potestas enim patria hæc appellatur nò matris, ut appareat non vtriusque parentis parem esse in liberos potestatem, quamuis vtrique par & æqualis reuerentia debeatur *l. 4. infr. de curat. furios.* Neque verò tanta potestas quanta hæc patria est, quæ vitæ ac necis ius habet, tam impotentis sexui, qui nec obedire didicit concedi potuit sine magna & publicæ rei & priuatæ confusione. Ergo si quis à muliere fuerit adoptatus in filium sine iussu,

4 ¶ In ea prouincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.

Ad §. vlt. in ea prouincia.

Ratio dubitandi. Et si querela inofficiosi multum distat à petitione hereditatis, ut diximus ad *l. posthumus 6. §. si quis ex his & l. qui de inofficioso 20. sup. hoc tit.* esse etiam tamen ipse cõparata est in necessarium antecedens proponendæ & instituendæ petitionis hereditatis adeò ut eodem libello & iudicio proponi possit dummodò subordinatè *d. l. qui de inofficioso.* Atqui petitio hereditatis actio in rem est tamen habet multas actiones personales *l. he-*

Ratio decidendi. Heres scriptus licet per transactionem amiserit hereditatem, non tamen desinit heres esse ex testamēto, nec alio colore cõuenitur, quàm quòd hereditatem adhuc habere videatur, quam scilicet nec bona fide potuit amittere in præiudicium manumissorum aut legatariorum *d. l. 3. sup. de transact.* Atqui si non tranlegisset adeoque si vicisset in querela, non tamè deberet legata nisi vsq; ad modum legis falcidiæ. Ergo neque hodie debet ne deterioris conditionis, ut qui hereditatem non possidet quàm qui possidet, Quem admodum dicere solemus de illo qui omnia causa testamenti possidet ab intestato hereditatem, & in quem prator dat actiones legatarum eo colore quàm hereditatem adierit ex testamento *l. si duo 18. §. 1. l. cui ierimus 23. in fin. iunct. l. preced. infr. si quis omiss. can. reftam.*

aut potius sine permissione Principis, non idè potest habere querelam inofficiosi, cùm adoptio ipso iure non teneat, nec proinde filius qui se falso adoptiuum putat magis cognitus sit legibus, quàm natura. Nisi Princeps qui ab initio potuit adrogationem permittere ut ritè fieret, eam non ritè factam postea confirmauerit. Vtrumque enim eiusdem potestatis & indulgentiæ est *l. adoptio 38. sup. de adop. d. l. mulierem 5. C. cod.* Idem tamen hodie obtinet etiam si ab initio ritè adoptio facta sit, ut nimirum filius adoptiuus nò possit queri de inofficioso patris adoptiuo testamento nec si ab initio valuerit adoptio si is qui adoptauit non ex ascendentibus maternis sit sed extraneus, quamuis huic patri adoptiuo filius etiam ab intestato succedat: Ita enim Iustinianus contra iuris veteris rationem constituit in *l. pen. C. od. tit. de adop.* cuius constitutionis alia proinde ratio querenda non est, quàm quia sic Imperatori placuit et si non defuit rationum imagines verius quàm rationes quarum colore voluerit ille videri hoc ita optimo iure constitutum: quas in ipsa constitutione videre est.

a ¶ *Quam quis sibi matrem adoptiuam falsò esse existimabat.* Intelligit, non errore facti quasi nulla adoptio de facto præcessisset, sed errore iuris cùm adoptio de facto præcessisset, quæ putabat ille tenere quæ tamen non tenebat. Nam si quis tam supinus & stupidus sit ut se filium adoptiuum putet eius mulieris quæ nec iure nec facto ipso eum adoptauerit, nulla dubitandi ratio potest occurrere propter quam videri debeat ille ad querelam admittendus;

reditatis 7. C. de petit. her. In rem autem actio etiam eo loco vbi res est quæ petitur exerceri potest *l. vlt. C. vbi in rem actio.* & cùm de hereditate agitur certum est peti eam debere in eo loco in quo hereditaria res sunt *l. 1. C. vbi de hered. agi oportet.* vel vbi est maior pars hereditatis *l. fiduciam 50. vbi dixi sup. tit. prox.* Ergo nò solum in ea prouincia de inofficioso testamento agi oportet in qua scripti heredes domicilium habent, sed etiam in ea vbi hereditas est, vel saltem maior pars hereditatis, ut ni-

mirum circuitus viterur, & citius res expediatur. Ne postquam actum fuerit querela in eo loco in quo heredes scripti domicilium habent, aliam subinde actionem licetque de petitione hereditatis institui necesse sit in alio loco. Nimirum exemplo eius quod pragmatici nostri & iactitant & observant, de rescindenti & rescissorij cumulatione. Id est non tantum posse iudicia ista rescindens & rescissorij cumulari ut simul exercentur, sed etiam posse, imò & debere utrumque iudicium exerceri in eo loco in quo res sita est, ne iudicari executionem remorari quicquam possit.

Ratio decidendi. Querela inofficij actio in personam tota est, non in rem, quia nec in hereditate datur, nec contra tabulas ipsas, sed contra heredem scriptum ad quem solum pertinet ut & defuncti memoriam & ius testamenti taceat: Nec quod is qui querelam proposuit, subinde soleat petere & obtinere hereditatem, ad rem pertinere, quoniam alia & separata illa actio est quae petitio

30. MARTIANVS libro 4. Institutionum.

### Aduersus testamentum filij in adoptionem dati pater naturalis rectè de inofficij testamento agere potest.

Ad L. aduersus 30.

Ratio dubitandi. Non magis per rerum naturam possibile est ut quis duos patres habeat, quam ut sine patre nascatur. Atqui per adoptionem is qui adoptatur fit filius adoptatus, adeò ut in familia ipsius omnia sui heredis iura nascatur. Idque ex voluntate ipsius etiam patris naturalis qui eum in adoptionem dedit. *L. 1. §. 1. in fine. vbi dixi supra de adopt.* Ergo si filius in adoptionem datus testamentum fecerit non est permittendum patri naturali, ut aduersus eiusmodi testamentum de inofficij testamento agat. Nam nec huic filio ab intestato succedere iure civili pater naturalis potest, non solum durante adoptione, quo tempore non est quod tractari queat de successione illius qui bona nulla habet. *L. lex Cornelia 28. ver. quia per eam non efficitur infra de vulg. & pupill. sub. s.* sed et si fuerit à patre adoptiuo emancipatus, quandoquidem non ideo recidit in potestatem patris naturalis à quo semel emancipatus fuit cum ab eo daretur in adoptionem. Nec enim adoptio fiebat olim nisi præcedente emancipationis solennitate. *L. 1. §. 1. C. de adopt.*

Ratio decidendi. In omni ferè iure finita patris adoptiuo potestate siue per emancipationem siue quo alio modo, nullum ex pristino vestigium retinetur, adeò ut etiam patria dignitas qua sita per adoptionem finita adoptione deponatur. *L. in omni 13. supra de adopt.* Ergo si filius in adoptionem datus, emancipatus fuerit à patre adoptiuo, deinde testamentum fecerit, patremque naturalem præterierit perinde danda est patri naturali querela, ac si ab eo emancipatus tantum fuisset: non etiam in adoptionem datus. Quo casu dubitandum non esset quin patri naturali competere non solum bonorum possessio contra tabulas tanquam manumissori, sed etiam ius antiquum querelae tanquam patri. *L. pater filium 14. supra hoc tit. l. 1. §. 1. in fine. si a parent. quis manum. sit.* Et si enim verum est eum, qui filium non modò emancipat, sed etiam alij datur in adoptionem abdicare illum à se quantum potest, omnemque spem acquisitionis & successionis, quam

hereditatis dicitur non querela, tum quoque cum in eodem libello proponitur. Ergo in ea provincia querelam necessariò institui oportet in ea qua scripti heredes domicilium habent, Ex ea nimirum iuris regula quae vult eum qui personali actione conuenitur non alibi conueniri posse quam vbi domicilium tenet. *L. 2. C. de iurisd. omn. iudic.* Ex quo apparet quam falsum etiam sit quod ex pragmaticorum nostrorum sententia obiecit de cumulatione rescindenti & rescissorij. Nam cum actio rescindens in personam tota sit, rescissoria verò in rem, illam certe omnino necesse est exerceri in ea provincia & iurisdictione in qua domicilium habent, qui conueniuntur, Hanc verò ibi demum vbi res est qua vindicatur. Nam nec vindicatio quae rescissoria actio est vllomodo potest competere quandiu rescissus non est contractus qui impedit vindicationem, ut scripti ad *L. in causis 13. §. interdum supra de minor.* ideoque falsum est quod isti habent pro verissimo huiusmodi cumulationem iure permissam esse.

per filium sperare poterat, abicere, non ideo tamen facit aut facere vnquam possit etiam si maxime velit ut desinat esse pater naturalis, cum naturalia iura civili ratione corrumpi & deleri nunquam possint. *L. 1. §. 1. supra de cap. minor. §. 1. Inst. de legit. paron. tit. l. 1. §. 1. C. de adopt.* ideoque sublata per emancipationem adoptione, ac turbato ordine mortalitatis si filius in adoptionem datus testamentum faciat, in eoque naturalem patrem vel prætereat vel exherede, nihil in causa est cur patri danda non sit querela, cui prætor defuncto filio intestato daret bonorum possessionem post liberos & legitimos ex tertio edicti capite, Vnde decem perlonæ, cum inter decem illas personas, quae extraneo manumissori præferbantur prima esset patris naturalis §. sunt autem Inst. de bonor. poss. Est tamen necessaria huic patri bonorū possessio litis ordinandae gratia ut instituire querelam possit cum ad filij successionem aspirare nequeat iure civili & sine auxilio prætoris, Secundum ea quae de illa bonorum possessione scripsimus ad *L. 6. §. 1. in fine. & l. 8. in principio supra eod.* Ponimus autem filium hunc in adoptionem datum, fuisse à patre adoptiuo emancipatum, quoniam alioqui non posset facere testamentum quandiu in patris adoptiuo esset potestate, ne quidem patre permitteat. *L. qui in potestate 6. infra qui test. fac. poss. l. tam is 25. §. 1. infra de mort. caus. don.* quia lex duodecim tabularum cum testandi facultatem ciuibus Romanis dedit iis verbis *Paterfamilias vti super sua re legasset ita ius esto* de solo patrefamilias non etiam de filiofamilias locata fuit. Nec est quod in huius §. interpretatione addas exceptionem quae quidam addunt *nisi de bonis castrensibus.* Et si enim filiofamilias permissum est ut de bonis castrensibus testetur quod ex constitutionibus in eo bonorum genere pro patrefamilias habeatur. *L. si filiusfamilias 33. & pass. de test. milit. l. 1. 2. & pass. de cast. pec. iud. l. 2. infra de SC. Maced.* non tamè posset in iis bonis ius aliquo d esse patris ad querelam proponendam non magis quam ad petendam bonorum possessionem contra tabulas. *L. nam in bona 30. de test. milit. l. 1. §. est &*

*§. est & aliter §. 1. supra de test. milit. l. 1. §. 1. in fine. & pass. de test. milit. l. 1. 2. & pass. de cast. pec. iud. l. 2. infra de SC. Maced.* quoniam cum in hac lege legatur *ita ius esto* non est aliam eadem ratio quae potestatem nec tantum facti. Subiacet etiam querela utique ad supradictam Iustiniani constitutionem in *l. aduersus tit.* quae hoc primum contextit, & potestatem quae continetur in omnibus castrensibus exequatur. Minor verò est & Accursius & ceteri in hoc tantopere torserint, Cum Marcianus cuius haec lex est, supposuerit, ut aiunt ter-

minos habiles, ac proinde filium quem ponit in adoptionem datum exisse de patris adoptiuo potestatem ut potuerit facere testamentum, & aperire locum quaestioni de inofficij testamento. Potuit autem exire de patris adoptiuo potestate non solum per emancipationem, sed etiam per mortem patris adoptiuo, eiusdemve damnationem aliquam quae ademerit ei libertatem vel saltem ciuitatem. Nec enim amissa ciuitate retineri potest patria potestas quae tota iuris ciuile est. *L. 1. §. 1. C. de sentent. pass. & legit.*

1. ¶ Tutoribus, pupilli nomine, sine periculo eius, quod testamento datum est, agere potest de inofficij testamento, vel falso testamento, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad §. 1. in omnibus.

Ratio dubitandi. Qui testamentum & iudicium defuncti impugnavit placet indignus est qui ex eo quaequam consequatur, & ideo quaequid relictum est tanquam indigno ablitum sileo vindicatur. *L. Papinianus §. 1. in fine supra hoc tit.* Atqui tutor etiam si pupilli nomine agat de inofficij testamento impugnat testamentum & iudicium defuncti, qui legatum ei testamento dedit, Impugnat autem quae demerit hominis & furioni qui neque testari neque legatum aut fideicommissum relinquere poterit. *L. 1. §. 1. Titia 13. supra l. 1. in fine. si de om. missi 13. de leg. 2.* Ergo indignus est qui retineat legatum quod habuit ex eo testamento etiam si contra ipsum pro herede de scripto pronuncietur. Quomodo indigni etiam existantur ij qui testimonio suo intentionem actoris adiuuant, & qui accusatori adiuverunt vel fideiussores pro eo extiterunt, Denique etiam pignus qui falsum aut inofficij testamento pronunciauit, si appellatione interposita heres scriptus obtinuerit. *L. pass. legatum 5. §. his vero & §. quoniam §. de his quaer. ut indign.*

31. PAVLVS libro singulari de Septemviralibus iudiciis.

¶ Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare: an sequens admittatur, videndum est: & placuit, potest ut fiat successione locus.

Ad l. si is qui 31.

Ratio dubitandi. Non alius ad inofficij querelam admitti potest quam qui ab intestato potest succedere cum inofficij querela locum illud tantum faciat quod legitimam portionem non habeat is qui vult queri, quae portio legitima nihil aliud est quam portio portionis ab intestato contingentis, aut ut melius dicam, portio bonorum, quae quis ab intestato habiturus esset. *L. Papinianus §. 1. §. si quis mortis supra cum queritur 6. & l. 1. in fine supra 31. & pass. C. cod.* Ergo, ex legibus & regulis successione intestati aestimandum est ius querelae. Atqui neque in suis heredibus neque in agnatis successio est, iure veteri inspecto quod Pauli nostri temporibus obtinebat. *L. 1. §. si deum infra de suis & legit. §. placet Inst. de legit. agnat. success.* Ergo neque in querela potest esse successio. Ac proinde si is qui admittitur ad accusationem nolit aut non possit accusa-

re, nihilominus sequens admitti potest, nec fieri locus successioni.

Ratio decidendi. Sequentem Paulus intelligit non qui sequatur in gradu eiusdem lineae, siue ascendente siue descendente, aut transfuersalium, sed eum qui sit in alia linea minus fauorabili, & qui suo quidem iure possit admitti ad querelam, sed non nisi ex ordine ac post alium qui sit ex alia linea fauorabiliore. Cuius rei exemplum accommodatissimum est in *L. pater filium 14. supra hoc tit.* Aliud enim est dicere, In querela locum esse successioni ut Paulus hic loquitur quod certe verissimum est. Aliud verò dicere quod Barr. & alij vulgo ex hoc loco probant, In querela inofficij locum esse successorio edicto. Quod utique falsum est & pluribus à nobis improbatum in Error. 5. Decad. 29. De error. pragmat. & interpret. iur. vbi totam quaestionem hanc satis diligenter nec in subtiliter ut nobis videtur, tractauimus.

1. ¶ Quantum ad inofficij liberorum, vel parentum querellam pertinet: nihil interest, quis sit heres scriptus: ex liberis, an extraneis, vel municipibus.



## Ad §. 1. quantum ad inofficiosi.

Ratio dubitandi. Cum aliquis ex liberis heres scriptus est nulla potest querela parentibus competere, quia nec possunt ab intestato parentes succedere filio qui liberos heredes reliquit cum prima in succedendo causa sit descendentium, ut dixi ad l. par. r. filium 4. sup. ex Nouell. 13. de hered. ab intest. v. m. n. cap. 1. Rursus nec liberi ipsi exheredati possunt in totum queri de inofficioso patris aut matris testamento, si institutus sit aliquis ex liberis eiusdem gradus qui æquæ ab intestato sit successurus l. mater decedens 19. vbi dixi sup. Ergo etiam quantum ad inofficiosi parentum, & liberorum querelam pertinet, multum interest quis heres scriptus sit an ex liberis an verò extraneus.

Ratio decidendi. Interest quidem quis heres scriptus sit, cum queritur an pater aut mater possit queri de inofficioso, Itemque si queratur pro qua parte liberi ipsi præteriti aut exheredati possint querelam proponere. Neque hoc Paulus negat, sed ita intelligi debet ut quod ad querelam liberorum pertinet, nihil interlit an heres scriptus sit ex liberis necne, quia etiam si ex liberis sit non eo minus aliis liberis aut præteritis aut exheredatis querela competit, quamuis non peninde in totum acti extraneus quispiam institutus proponeretur. Item ut quod ad querelam parentum pertinet, nihil interlit an heres scriptus sit omnino extraneus, an verò ex liberis. Singula enim singulis referenda sunt, ne quid aliolum absurdi contingat. Sed nec interest quicquam utrum heres institutus, Imperator sit & Princeps an priuatus. Nam & contra Imperatorem heredem scriptum de inofficioso agi potest l. p. p. 8. §. si imperator sup. Sed cur addit Paulus liberorum vel parentum? An quod aliud sit in querela fratris vel fratris fortasse possit quis credere, quia multum interesse videtur quis heres scriptus sit cum de querela matris concedenda vel deneganda tractatur: cum non aliter ad querelam admitti frater possit, quam si instituta sit turpis persona, vel qua saltem aliqua nota macula laborer, ut scriptum est in l. fratres 27. C. hoc r. Sed iam sæpius monuimus, hoc ius nouum esse & à Constantino primum introductum in d. l. fratres, cum olim obtineret ut quisquis esset institutus quantumvis probata & spectata vita, possit tamen frater queri de inofficioso, si à fratre qui neque liberos, neque parentes heredes reliquisset, præteritus immerenter,

2. ¶ Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est; quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocbit: maximè si eam portionem non possideam<sup>a</sup>: vel iure suo possideam<sup>b</sup>.

## Ad §. 2. si heres extiterim.

Ratio dubitandi. Heres heredis heres est testatoris l. vlt. C. de her. insti. Et in omni successione siue testamentaria siue legitima quisquis heres extitit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque videtur heres esse, nec potest Titij omnitero hereditatem l. si quis 7. §. vlt. inf. de acqu. her. ed. Atqui is qui alteri heres est iudicium eius hoc ipso adprobare videtur, si heres sit ex testamento. Ergo non est postea audiendus si velit idem iudicium & testamentum impugnare per querelam inofficiosi testamenti ut nec alius quisquam qui iudicium defuncti semel agnouerit, ut sequitur in hac l. & in l. prox. seq.

Ratio decidendi. Heres heredis, licet sit heres testatoris non tamen ex eius iudicio succedit, à

aut expressim exheredatus inueniretur. Deinde non ita Paulus hic loquitur ut dicat nihil interesse an instituta sit persona honesta an turpis, sed an institutus sit ex liberis, an extraneus an ex municipibus: Quod utique de fratrum non minus quam de parentum querela similiter dici potest. Nam liberi quidem instituti non etiam exheredati fratrem excludunt à querela sicut & parentem: nec ad fratrum magis quam ad parentum querelam accommodari possunt verba illa ex liberis que iam diximus restringenda esse ad querelam liberorum: sed quod sequitur an extraneus vel municipibus perinde fratribus cõueniat ac parentibus si cetera concurrant qua facere debeant, ut vel hi vel illi possint queri de inofficioso. Igitur concludo verba illa liberorum vel parentum esse interpretanda, & ab eodẽ fortassis interprete addita cui iam illa adscriptimus qua legimus in l. si sup. tam parentibus quam liberis. Generaliter enim scribere Paulus potuit & debuit quantum ad inofficiosi querelam pertinet nihil interesse qui s. heres scriptus sit an ex liberis, an extraneus vel municipibus. In quo tamen dubitandi ratio illa etiam occurtebat quod dementior, & furiosus proximior esse videatur is qui vel liberos, vel parentes, vel fratres præterit aut exheredat ut extraneum fortè penitus ignorat heredem, instituat (nam & hic heres institui potest l. extraneum 11. C. de hered. insti.) quàm qui liberos aut parentibus aut fratribus aliq. præterit qui sit vel ex ignar's vel ex cognatis, vel liberos ex municipibus. Sed decidendi ratio est, quod in querela inofficiosi non de scripti heredis, sed de actoris parentum vel exheredati meritis querendum est l. 3. §. si in imperatoris inf. de bon. poss. contr. ad. s. filius 12. §. sup. hoc r. Nō igitur potest conueniens condicio vel melior fieri ob id quod institutus sit aliquis extraneus, vel deterior ob id quod aliquis ex liberis aut ex parentibus fuerit institutus. Ceterum supponimus semper terminos habiles, id est querelam siue liberis, siue parentibus, siue fratribus competere, priusquam disputandum sit an quicquam interlit quis heres scriptus sit. Rectè verò quantum ad inofficiosi querelam quia quantum ad cetera multa, de quibus dicere nunc nihil attinet, multum interest ut nemo nescit. Maximè verò quantum ad bonorum possessionem contra tabulas qua scilicet rescindit alteri tabulas si quis ex liberis, alter si extraneus scriptus sit ut bene hic Accursius noster explicat.

quo neque nominatus, neque fortassis cognitus fuit, sed tantum per quandam consequentiam l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst. l. sciendum 70. de verbor. sign. Vnde est quod nec ab eo legari quicquam potest, ut Paulus scribit libro 5. sentent. 6. §. 5. Non igitur potest quis videri iudicium defuncti adprobasse ob id solum quod ipse heredi etiam testamentario heres extiterit, Proinde verum est, quod hic Paulus scribit, si heres extiterim illi qui eo testamento heres institutus est quod de inofficioso arguere volo nocere id mihi non oportere. Sed illud explicare difficilius est contra quem possim agere querela. Nam cum aduersus heredem scriptum, aut eius heredem querela proponi debeat, ut toties diximus, consequens videtur ut

tur ut vel contra me ipsam agere debeam contra quem ageret alius quisquis de inofficioso queri vellet, vel nullo modo ad querelam sim admittendus. Atqui ne contra me ipsam agere possim non tantum ratio iuris sed etiam natura ipsa est impedimento l. ne cum filio sita: l. 13. de furi. Ergo non est in hac specie quod de querela tractari possit, Et hæc obiectio tanti momenti visa est Barolo ut coactus sit dicere instituendam esse hoc casu querelam contra legatarios, vel saltem opponendam eis esse per modum contradictionis si ipsi legata petant ex l. Papiam 8. §. si filius 3. Omnino malè & improbabiliter. Inauditus enim est ut querela contra legatarios aut alium quam heredem institutum detur. Itemque ut qui ex testamento siue immediatè siue mediatè heres est, solutionem legatorum recusare possit si à legatariis conueniatur. Dicendum igitur est tractare Paulum in hoc §. de illo qui extiterit heres illi qui in testamento quod inofficioso dicitur fuerat ex parte tantum non ex toto assè institutus: quod euidenter probat verba illa qua statim sequitur maximè si eam portionem non possideam. Quomodo enim potuit Paulus apertius scribere non mihi ex portione institutum fuisse illum, cui ego heres extiti? Ergo salua erit mihi querela contra alium coheredem, ut patem quam ex testamento habere conuequar ergo ab intestato si vincam in querela, nec talis ille sit qui mihi in successione institutus sit concurrere. Alioqui non sum audiendus si velim de inofficioso agere contra eum qui non ex maiore parte scriptus sit, quam qua paterfamilias factio intestato eum contingeret l. mater decedens 19. sup. a Maximè si eam portionem non possideam. Idè ergo est etiam si possideam hereditariam portionem illam ex qua fuit institutus is cui ego heres extiterim. Nam dictio maximè est implicatua, ut nostri loquuntur, includitque casum etiam contrarium l. dotem 38. inf. solut. matr. Ratio dubitandi. Nemo potest impugnare testamentum ex quo lucrum sentiat, quoniam ex qua persona lucrum quis sentit eius quoque factum probare debet l. ex qua persona 149. de reg. iur. Atqui in hac specie lucrum sentio ex persona non tantum testatoris qui heredem scripsit illum cui ego heres extiti, sed ipsius etiam heredis, cuius hereditatem habeo. Ergo non tantum testatoris iudicium & testamentum ratum habere debeo, sed etiam heredis cui heres extiti factum præstare, qui iudicium & testamentum defuncti expressim adprobauit adita eius hereditate ex eo ipso testamento, quod nunc volo inofficiosum dicere. Atqui non possit ille queri de inofficioso, Ergo nec mihi permittebamur ut possim.

Ratio decidendi. Duæ sunt in hac specie hereditates, Vna testatoris qui heredem ex parte fecit illi cui ego heres extiti, Altera heredis qui post aditam ex testamento portionem suam hereditariam herede me reliquit. Et quamuis per aditionem heredis testamentarij cõperit utraque hereditas iuncta esse l. sed si pures 10. §. filio impuberi de vulg. & pupill. subst. iunct. l. si filius 12. eod. l. paterfamilias 28. de reb. auct. iudic. possid. aliis l. 13. de priuileg. credit. v. naqueque tamen quod ad causam querelæ pertinet, propriam suam & separaram habet rationem. Semper enim verum est, esse me heredem heredis ex ipsius iudicio siue expresso, si me heredem instituerit, siue tacito si decesserit intestatus: Non esse autem heredem testatoris primi ex aliquo

ipsius iudicio siue expresso siue tacito, sed tantum per quandam, ut dixi, consequentiam. Hæc autem distinctio & diuersa ratio hereditatum, qua etiam post factam hereditatum confusionem salua manet, efficit ut non minus possim admitti ad accusationem testamenti, quamuis heres extiterim heredi, quàm si heres non essem: quia nihil potest dici factum aut ab herede, cui heres extiti, aut à me, propter quod repelli debeam ab accusatione, Non ab herede, quia quod agnouit ille iudicium testatoris, eiusque testamentum non modò adprobauit; sed etiam confirmauit ad eundem hereditatè, fecit potius ut querela mea nasceretur, quia nasci non poterat ante hereditatis aditionem l. Papiam 8. §. si conditioni sup. tantum abest ut ob eam causam perempta videri debeat & extincta, Non à me, quia quod heredis hereditatem agnouit, non potest facere ut videar adprobare testatoris iudicium ex quo non succedo. Nam et si nesci rem hunc cui ego heres extiti, heredem fuisse testatori, adeoque quod magis est etiam si expressè profiterer nolle me heredem esse testatori, perinde tamen ei & ignorans & inuitus succederem succedendo heredi, quia neque heredis hereditatem pro parte adire possem l. 1. & 2. de acqu. hered. neque facere ut in heredis hereditate testatoris hereditas non inueniretur. Nisi fortè velit quis mihi imputare cur hereditatem heredis agnoscam, eo saltem casu quo sciam fuisse illum heredem testatori ex eo testamento, quod volo inofficiosum dicere. Sed neque hoc dici potest, quia cum ab initio duæ fuerint hereditates, quarum etiam post confusionem diuersa ratio est, non debeo ob id quod vnam habeam, ius quod in aliam habere possum, amittere. Præter id quod ponimus eum cui heres extiterim non fuisse heredem testatori ex toto assè, sed ex aliqua tantum portione, ut supra ex ipsis Pauli nostri verbis probauimus: atque ita superesse aliquam hereditatis partem, pro qua potest verè dici nullam esse factam confusionem, qua impediatur iuris mei executionem. Nec aliud erit tamen ponas eum cui heres extitit fuisse ex toto assè heredem testatori, si modò non ex toto assè ille me heredem reliquerit, sed ex parte tantum, quod & Accursius noster bene notat. Nam neque hoc casu sit confusio in totum, nec proinde impeditur querela nisi pro qua parte & ego sum illi heres, & ille testatori. Planè si nec eam portionem possideam ex qua testatori heres fuit ille cui ego heres extiti, minorem dubitationem res habet ut non debeam submoueri ab accusatione, quia licet non eo minus verum sit esse me heredem quia hereditas in iure consistit non in corpore aut in possessione leg. hereditas 30. inf. tit. prox. l. cum heredes 23. inf. de acqu. poss. ff. minus tamen nocere mihi debet quòd sum heres si nullum ex hereditate lucrum sentia, quàm si aliquod retineam ex portione hereditaria possessione. Quamquam ratio hæc non tam iuris est quàm æquitatis, & ideo videtur mihi dignior Triboniano quàm Paulo: nec possum Accursio nostro assenti qui in hoc verè dictionem maximè abundare scripsit.

<sup>b</sup> Vel iure suo possideam. Corruptus locus est, & ita restituendus, ut legamus vel pro suo possideam: Quoties enim dominum nobis acquiri putamus, & ex ea causa possidemus ex qua acquiritur & præterea pro suo l. inf. pro suo. Nescio tamen quomodo rationem hæc adiectio habeat. Nam cum pro suo, aut

quod idem est pro nostro possidemus, necesse est titulum aliquem praecedere, ex quo dominium nobis acquiri existimemus. Hic autem alius titulus non potest praecedere, quam successione hereditaria, ut nemo non videt. Ergo nihil mihi prodesse potest quo magis admitti debeam ad querelam, quod pro suo possideam portionem illam ex qua fuit institutus is cui heres extitit, non magis quam si possideam pro herede, quia nec titulus pro suo vnquam solus est, sed cum alio semper concurrat. Quae me ratio magis mouet, ut totum hunc verficulum maxime si eam portionem non possideam, vel pro suo possideam Triboniani esse putem.

*Dirigimur dicimus si legauerit.* Ratio dubitandi. Titulus hereditatis est vniuersalis legati vero non quidem particularis ut Bartolus loquitur, sed ut loqui debuit, singularis, cum heres in ius vniuersum quod defunctus habuit succedat, non etiam legatarius, *l. quaedam §. 1. de ed. n. & alii vult par.* Ergo magis mihi nocere debet, meque a querela sum mouere, quod heres extiterit ei qui heres fuerat testatori, quam quod siue idem ille heres, siue quispian legatarius legauerit mihi eam rem quam acceperat ipse ex eo testamento quod volo de inofficioso arguere. Atqui eo quoque casu quo heres extiterit heredi nihilominus admitti debeo ad querelam, ut supra diximus. Ergo & hoc casu multo magis admitti debebo. Aut si heredis heredi parcimus ob eas rationes quas supra attulimus, cur non eandem legatarij quoque rationem constituiamus, cum in re legata legatarius quasi heres quodammodo esse videatur? *l. id tempus §. 1. de v. sup.*

4 § Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probauerim: puta in testamento adscripserim, post mortem patris consentire me repellendus sum ab accusatione.

*Ad §. vlt. quid ergo.*

Ratio dubitandi. Si in testamento patris mei adscripserim, id est, manu propria adnotauerim, me post mortem patris consenturum ipsius iudicio, non potest ea adscriptio valere tanquam quae sit contra leges & bonos mores, cum neque pacto expressim ea de re facta possit valere, quia meritis magis filij ad paterna obsequia prouocandi sunt, quam pactionibus adstringendi, *l. si quando §. 1. C. hoc tit.* Ergo non eo magis repellendus sum ab accusatione si post mortem patris velim agere de inofficioso. Nam & similiter dicimus non valere pactum viuo testatore factum ab herede cum legatariis de falcidia ex legatis non deducenda, *l. quod bonis §. 1. ad leg. falcid.* sicut nec pacta de non succedendo, *l. 3. C. de colat. l. vlt. De suis & legit.* vbi legas ratio redditur, quod priuatorum pactiones legum autoritate non censentur. Nihil igitur prodesse heredi scripto, aut nocere mihi potest adprobatio testamenti facta eo tempore quo nulladum vis &

Ratio decidendi. Differentia ratio hac parte factis euidentibus inter hereditatem & legatum, Non quam Bartolus adfert ex Martino, quod hereditas primi ex necessitate consistat in hereditatem secundum cui heres extitit, Sed potius de contrario, quod heredis hereditatem habere possit etiam si is testatori suo heres non fuisset. Non enim ideo sum heres heredis quod fuerit ille heres testatoris, Sed ideo primi testatoris heres esse intelligitur, quod sum heres heredis, *dist. l. vlt. C. de hered. instit.* At non possem habere rem, quae mihi legata fuit ab herede, aut a legatario primi testatoris si non is prius eam rem a primo testatore aut ex institutione aut ex legato habuisset. Non possum igitur legatum illud agnoscere, quin hoc ipso agnoscam testamentum cuius validitatem & adprobationem supponi necesse est ut legatum ad me peruenire possit. Denique vnitatis rei vtroque testamento datae ita coniungit vim & potestatem testamentorum, ut non possim legatum ex posteriore testamento agnoscere quin adprobem prius in necessarium antecedens, cum testator meus eam rem mihi legauerit non solum quasi suam, sed tanquam eam quam certò suam esse sciret, quippe quae fuerat ei quaesita ex eo ipso testamento, quod inofficiosum volo dicere. Cum verò heredi heres extitit non vna res est quae ex duobus testamentis & ad testatorem meum & ad me peruenit, sed duae sunt hereditates quarum prior a primo testatore primo heredi delata non fecit, ut heredis hereditas mihi deferretur, quae poterat aequè deferri etiam si is testatori suo heres non extitisset.

potestas erat testamenti, & quo fieri per leges non poterat ut querela ius prius extingueretur, quam natum esset, arg. *l. si in diem §. 1. Titio v. usufructus §. 5. de condic. & demonst.*

Ratio decidendi. Non de illo Paulus hic loquitur qui in patris testamento adscripserit viuo patre, se post mortem patris consenturum, quae adscriptio sanè etiam si maximè transiret in conventionem nullius planè momenti esset. Sed de illo, qui post mortem patris in testamento eius adscripserit se consentire, ut habent verba huius §. Itaque ponenda est virgula non post verbum *adscripserim* sed post dictionem *patris*, Et hoc sensu dubitationem nullam res habet quin repellendus sum ab accusatione propter approbationem testamenti à me non quoquomodo sed expressim factam & in ipso testamento: Quomodo & valeret pactio si qua inter me ac heredem scriptum eo tempore facta fuisset *d. l. si quando §. 1. v. sup. sed hoc ita*: qui locus cum hoc adprimè conuenit.

37. PAVLVS libro singulari de Inofficioso testamento.

**S**i exheredatus petenti legatum ex testamento aduocationem praebuit, procuracionemve suscepit: remouetur ab accusatione. adgnouisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobauit.

*Ad l. si exheredatus vlt.*

Ratio dubitandi. Etiam is qui legatum percepit ex testamento quod nunc inofficiosum velit dice-

re, nihilominus admitti potest ad querelam si totum id alij administravit *l. si pars §. 1. a contrario sensu sup. hoc tit.* Atqui si exheredatus legatario petenti

renti ex testamento legatum, aduocationem praebuerit, procuracionemve suscepit, totum id alij fecit non sibi. Ergo non est remouendus ab accusatione quia iudicium defuncti agnouisse videtur. Nam inter officium aduocationis & rei suae defensionem multum interest *l. inter officium §. 1. de rei emd.* Neque rursus debet cuiquam officium suum siue publicum, siue priuatum esse damnosum *l. videlicet §. 3. de quib. caus. maior. l. sed si quis §. 7. testam. quemadmodum apud §. 1. si seruis §. 1. quod v. r. §. De furt.*

Ratio decidendi. Remouetur ab accusatione ista quisquis defuncti iudicium agnouit *l. si ponas §. 2. §. 1. §.* Agnouisse autem videtur qui qualiter qualiter (sic enim malo legere, quam ut vulgo quae-

quale) iudicium defuncti comprobauit. Porro negari non potest quin saltem qualiter qualiter testamentum comprobauerit is qui alteri legatum ex testamento petenti aduocationem praebuit, vel procuracionem eius suscepit, cum id non ex officij necessitate fecerit, ut tutores, curatores, ceterique similes administratores, sed vltro & sponte. Siquidè & aduocationem praebere & procuracionem suscipere, vel recusare, liberum cuique est, ut dixi pluribus ad *d. §. 1. l. 10. sup.* Atque ita dicendum est, non quomodo Accursius qui totam huius sententiae rationem refert ad odium querelae, eam tamen etiam non esse illa odiosa, sed fauorabilis non aliud vti que respondendum videtur.

1 § Si legatario heres exstiterit exheredatus, petieritque legatum, videbimus, an sit summouendus ab hac accusatione, certum est enim iudicium defuncti: & rursus, nihil ei ex testamento relictum, verum est, tutius tamen fecerit, si se abstinerit a petitione legati.

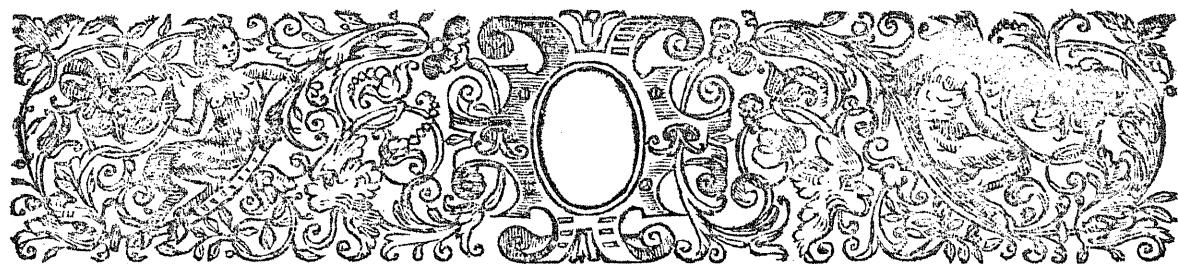
*Ad §. 1. si legatario.*

Ratio dubitandi. Si is cui legatum aliquid est in eo testamento quod volo inofficiosum dicere eam ipsam rem mihi legauerit non dubitatur quin si agnoscam legatum repellar ab accusatione, ut diximus in *l. pro. praed. §. pen.* vbi etiam rationem attulimus. Ergo idem eque ac multo magis dicendum est si legatario heres extiterit. Quid enim referre potest an res testatori meo legata, ex causa hereditatis ad me peruenit, vel iure legati? Praesertim verò si legatum petam, qui casus est quem Paulus hic proponit. Quomodo enim fieri potest ut legatum petatur nisi ex testamento? Quomodo rursus ex testamento quin hoc ipso testamentum expressim adprobetur? Nam & inde est quod si à statulibero pecuniam quae condicionis implendae causa dari debuit exheredatus petere coepit, licet nullo iure petierit, quia nihil ei fuit relictum, agnouisse tamen iudicium videtur, ideòque a querela sum mouetur *l. nihil inter est §. 1. §. si statuliber. sup.* Nempe quia petendo eam pecuniam quasi debitam ex testamento adprobat vti que testamentum, licet ea petito tanquam iure destituta nullum habeat effectum. Quomodo magis dicendum est si legatum verè debitum petierit ex eo testamento, nec inutiliter sed efficaciter? Ex quo apparet non posse pro filio exheredato adferri rationem illam quae in hoc §. exprimitur iis verbis & rursus nihil est ex testamento relictum, verum est, ut enim testamentum adprobare videatur, non necesse est ut quicquam ei relictum sit, sed sufficit ut ex testamento aliquid petatur etiam quod ei nec alij vlli eo testamento relictum proponatur. Quare nec illa ratio bona est quae in contrarium adducitur illo loco *certum est enim iudicium defuncti* cuius neque facile dici potest quis sensus sit, nisi hic, rottasse ut certum sit legatum quod petitur ex defuncti iudicio deberi. Et si enim ita est ut legatum ex defuncti iudicio debeatur non tamen vera & germana ratio ista est propter quam debeat is qui legatum petit a querela summoueri, sed quia petit ex eo testamento: cum etiam si legatum non deberetur ex iudicio defuncti, sufficeret tamen petit ex testamento ut testamentum adgnitum & ad-

probatum videretur.

Ratio decidendi. Ob has nimirum rationes concluditur in hoc §. tutius facturum exheredatum si se abstinerit a petitione legati: quod omnino ita est accipiendum ut si legatum petat, haud dubie summouendus sit a querela. Nullam enim profus recipit haec res dubitationem, ut mirer disputari eam in vtraque partem ut ea solent quae magnas & ancipites admittunt in vtramque partem dubitandi rationes. Et illud magis, quod ad eam non nisi dubitanter respondeatur iis verbis *tutius tamen fecerit*: qui mos & loquendi, & disputandi, praesertim vanis leuibique rationibus quales istas esse ostendimus, cum sit Triboniano familiarissimus, facile in eam me sententiam impellit ut huc quoque §. Triboniani esse suspicer non Pauli, quod & innuit satis forma ipsa proponendae quaestionis quae sic expressa est *videbimus an sit summouendus ab accusatione*, Ausim namque dicere numquam alibi Paulum aut alium ex prudentibus ita locutum fuisse. Nec erit difficile hanc nostram coniecturam iis persuadere, qui tot alios huius loci titulos a nobis obseruatos, Triboniani siue audacia siue inscitia corruptos esse fatebuntur. Illud sanè verum est, exheredatum qui de inofficioso queri velit, non ob id solum posse repelli, quod heres extiterit siue legatario siue heredi instituto *l. post legatum §. 1. §. qui accusauit & seq. inf. de his que v. indign.* Nihil enim ea res commune habet cum iure testamenti quod inofficiosum dicitur: & aliud est quod ille ex testamento & iudicio sui testatoris consequitur. Aliud verò quod heres aut legatarius habuit ex iudicio primi testatoris. Sed nos in hoc §. non de illo exheredato tractamus, qui legatario vel heredi heres extiterit duntaxat, sed de eo qui praeterea rem ipsam legatam acceperit, adeoque ex testamento ipso petierit. Hac enim parte plus est petere quam accipere, ut diximus ad *l. Papinianus §. si conditioni sup.* Nec quicquam interest ad summouendam querelam, an actor petat legatum quod sibi, an quod alij relictum est, dummodo petat suo nomine, & sibi rem administret non alij *l. si pars §. 10. 1. sup.*





## DE HEREDITATIS PETITIONE.

### TITVLVS III.

GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

**H**ereditas ad nos pertinet aut vetere iure, aut nouo. Vetere, è lege duodecim tabularum: vel ex testamento <sup>a</sup>, quod iure factum est <sup>b</sup>.

*Ad l. Hereditas.*

<sup>a</sup> Ex lege duodecim tabularum vel ex testamento. Ratio dubitandi. Lege quoque obuenire dicitur hereditas quæ obuenit ex testamento *l. lege obuenire 130. de verb. sign. & quidem ex lege duodecim tabularum, quoniam lex illa est quæ ius faciendi testamenti ciuibus Romanis dedit his verbis Paterfamilias vri super sua re legasset, ita ius esto l. verbis legis 120. eod. Nam, vt alius plerisque locis scripsimus, non poterat homo sine lege testari, cum quisque testatur, disponat quidem de rebus suis viuus, & eo tempore quo earum dominus est, sed tamen in id tempus conferat effectum & executionem suæ voluntatis & dispositionis quo non erit ipse amplius dominus, id est quo erit iam mortuus l. 1. qui testam facer. poss. ac proinde quo erunt res illæ in bonis nullius, Si quidem & qui defunctus est iam nullus est, & consequenter bona defuncti bona nullius l. 1. sup. de rer. diuis. Hoc ipsum verò vt quis de rebus non suis, testetur aut de suis quidem, sed in id tempus quo non erunt suæ non minus impossibile & absurdum est quam vt quis de alienis rebus disponat *l. conficiuntur 8. §. si post factum. j. de iur. codicill.* Nec enim tam inspiciendum est tempus quo fit dispositio, quam in quod confertur *l. si ego 9. §. si res. j. de iur. dot. l. Stichus 39. j. de manum. testam. l. quod sponse 4. c. de don. ante nupr.* Lex igitur necessaria fuit quæ tanquam rerum omnium domina permitteret testatori de bonis suis disponere in id tempus quo iam esset mortuus, data ei potestate in eam rem legis condendæ. Id enim sonat verbum *legasset* quo vta est lex duodecim tabularum, quia sola lex est quæ in republica est immortalis, neque moritur moriente legislatore, quando non ab eo qui legem tulit & rogauit potestatem suam accipit, sed à populo, qui semper idem manet *l. proponebatur 76. sup. de iudic.* Ob eamque causam inducietiam, necesse fuit eiusdem legis potestate ius, nomen, & fictionem hereditatis, quæ personam defuncti repræsentaret vt dominium quod fuerat defuncti quasi numquam interruptum posset continuari in heredem *l. hereditas 34. de acq. rer. domin. & ne res hereditarie tanquam res nullius fieri possent primi occupantis d. l. 1. de rer. diuis. iunct. l. 3. in princ. De pecul.* Denique sola lex est quæ & hereditatem & heredem facit *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pup. subst. l. si filiusfamilias 18. ad leg. falcid.* Indèque nimirum est quod testamenti factio dicitur esse iuris publici *l. 3. qui testam. facer. poss.* & iure publico capi falcidia quæ capiebat iure testamenti *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid. iunct.**

*l. qui duos 42. de vulg. & pupill. subst.* quia testamentum est ex legibus, quæ iuris publici partem potissimam constituunt. Ergo non debuit Caius in hac lege distinguere hereditates quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur ab iis quæ deferuntur ex testamento. Quasi verò quæ ex testamento deferuntur non deferantur etiam ex lege duodecim tabularum.

Ratio decidendi. Ius quidem succedendi in hereditate est ex legibus siue ex testamento, siue ab intestato succedatur, quoniam testam. etarias quoque hereditates lege consumari necesse est *d. l. lege obuenire.* Sed tamen magis proprie ex legibus 12. tab. descendere dicuntur eæ quæ ab intestato deferuntur, quas idèd legit. mas solennus dicere, & legitimo iure obueniente ad differentiam testamentariorum *l. 3. §. de illo inpr. pro socio.* Nempe quod ab intestato lex sola hereditatem defert. Ex testamento autem non sola lex sed etiam homo & quidè ante legem. Facto enim testamento si modo ritè ac secundum leges factum sit, lex subsequitur voluntatè testatoris ei; defert hereditatem cui testator ipse prior detulit, cum ab intestato paterfamilias è contrario subsequatur voluntatè legis. Siquidè quisquis non testatur cum testari posset, tacitè illos instituire intelligitur quibus lex hereditatè delatura est *l. 3. in princ. d. l. conficiuntur 8. vers. sed idèd. j. de iur. codic. l. ab exheredati 126. de leg. 1.* Ex quo fiebat olim vt alienus quoque posthumus heres legitimus fieri posset, quauis institui non posset *l. pen. eo. tit. de leg. 1.* Idèd enim expressa institutio non volebat quod iudiciu testantis certum esse deberet, vt testando legem certà fecisse videretur *l. qui testamento 14. qui test. fac. poss.* Certum autè iudicium esse non potest, quod in personam incertam confertur, cuiusmodi est persona posthumi siue suus ille sit, siue alienus: Quamquã in suo id tandè receptu ex necessitate fuit vt posset institui propter periculũ quod euides suberat ne nascèdo ruperet testamentũ, quod non similiter verèdũ erat in posthumo alieno. At in tacita institutione quã facere intelligitur is, qui mortuus intestatus, certu est iudiciũ patrisfamilias. quia iudiciũ & voluntatem legis hic subsequitur, Legis autè iudiciũ semper certum est, quando quidè non defert illa hereditatè posthumi nisi postquam natus est, neque habet eum pro iam nato nisi hætenus vt interim omnia retineat in suspensio, *l. qui in vtero 27. sup. de stat. hom.* At factò testamento lex è contrario cogitur subsequi voluntatem & iudiciũ testatoris, quoniam sibi eam legem ipsa dixit, cum patrisfamilias ius condendæ legis

## DE HERED. PETIT. LIB. V. TIT. III.

legis permittit, Subsequi potèd iudiciũ testatoris nec potèd lex nec debet nisi cum illud certum est, quia nihil est quod tam deceat legis maiestatem, quam certitudo. Non tamen sic loquitur Caius in hac lege, vt Hereditatem ad nos pertinere dicat iure vetere siue ex lege duodecim tabularum siue ex testamento quasi hæc sint opposita, vt ratio dubitandi præsupponit, sed ait ad nos pertinere iure vetere ex lege duodecim tabularum, vel ex testamento vel ab intestato. Quod enim hic dicitur *vel ex testamento* non secunda pars diuisionis est, sed prima pars subdiuisionis, cuius secunda pars ponitur in *l. 3. j.* in illis verbis *vel ab intestato*, quod & Accursius nosse bene notat ad hunc & ad illum locum. Testamenti autem mentionem præponit Caius, vt ab Vlpiano factum est in *l. 2. in princ. infr. fam. creise.* quia semper causa testari præcedit causam intestati *l. quando 39. de acq. her. l. quando 89. de reg. iur.* Nũ in casu *l. si quis ita 82. de her. insti. b.* Quod iure factum est. Ratio dubitandi. Plerumque accidit vt iure factum sit testamentum, nec tamen hereditas ex eo ad nos pertinere possit, puta si postea ruptum sit vel posteriore testamento, vel agnatione posthumi, vel rescissum per querelam in-

officiosi testamenti, vel factum irritum per capitis diminutionem & status mutationem quæ in testatoris persona contigerit *l. 1. & tot. tit. j. de iniust. rupt. & apud Iustin. in quib. mod. testa. infr. m.* Ergo vt hereditas ex testamento ad nos pertineat non sufficit testamentum iure factum esse.

Ratio decidendi. Iure factum testamentũ Caius intelligit, non tantum quod ab initio iure factum sit, sed etiam quod duret iure factum, nec vnquam aut ruptum aut rescissum sit aut in causam irriti deductum. Parum enim est ab initio quid iure ritèque factum esse nisi duret factum, sicuti solemus dicere non videri in rem versum quod non durat versum, *l. si pro patre 10. §. versum. j. de in rem vers. l. item eorum. 6. §. pen. §. quod cuiusque vnivers. cum similib.* Planè interdum euenit vt testamentum ruptum sit, & tamen ex eo possit deferri bonorum possessio secundum tabulas, & quidem cum re, vt in specie *l. posthumus 12. de iniust. rupt.* Sed non hæc non de bonorum possessione loquimur, sed de hereditate, quæ nunquam defertur ex testamento quod vel ab initio non valuerit, vel est postfacto valere defuerit. De quo videnda sunt quæ latius scripsimus in *Err. 5. Decad. 37. De error. pragmat.*

2. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

**S**uæ suo nomine, siue per se, siue per alios effecti sumus.

*Ad l. 2. Siue suo nomine.*

Ratio dubitandi. Ad eum pertinet hereditas cui delata est siue ex testamento siue à lege. Delatio enim siue hominis siue legis illa est quæ totum facit, cum hereditatem delatam esse necesse sit, vt acquiri possit *l. si uel 77. de acq. her. l. 1. §. decretalis. de succ. j. dicit. l. d. lata. 151. de reg. iur.* Atqui cum heredes instituitur is, quem in potestate habemus siue filiusfamilias ille sit siue seruus, hereditas non nobis defertur sed ipsi filiofamilias vel seruo, Vnde est quod filiusfamilias ipse vel seruus adire debet si fuerit institutus, non pater, aut dominus *l. qui in aliena. 5. in princ. & §. vlt. aliis l. eum qui. de acq. her. d.* quamuis legatum seruo delatum etiam dominus repudiare possit *l. legatum. 7. de legat. 1.* Ergo non potest dici ad nos pertinere hereditas, quæ per alium in nostra potestate constitutum acquisita nobis fuit.

Ratio decidendi. Id maxime ad vnumquemque pertinet quod ei non modò delatum sed etiam acquiritur iam est. Plus enim acquisitio, quam delatio est cum in ea effectus totus & emolumentum delationis consistat *d. l. delata & similib.* Atqui quoties per eum, quem in potestate habemus aliquid acquiritur, ita nobis acquiritur vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiofamilias vel serui consistat *l. placet 79. de acq. her. l. 1. §. si à parent. quis manum. sit.* Ergo etiam si hereditas in qua filiusfamilias vel seruus institutus fuit non sit nobis delata sed ipsi filio vel seruo, cum tamen nobis acquiratur non seruo vel filio, dicenda est

ad nos pertinere non ad filium vel seruum. Notandum autem est ex hac lege, Possè nos heredes effici, aut per nos aut per alios, Per nos, si heredes ipsi instituti sumus. Per alios, cum institutus est filius, vel seruus. At non sunt ista differentia, Heredes nos effici nostro nomine, & per nosmetipsos, In quo Bartolus errauit, qui nos heredes nostro nomine tum fieri putat, cum filius vel seruus nostri contemplatione institutus est, Per nos verò cum directè instituti sumus. Nam imò verò etiam si filius institutus sit contemplatione patris, vel seruus contemplatione domini, non eo minus tamen pater vel dominus per filium aut seruum heres efficitur, non autem suo nomine, quandoquidem per se nec adit, nec adire potuit. Suo enim nomine quem heredem effici nihil aliud est, quam heredem fieri ex sua persona, non ex aliena. Itaque verba illa quæ in vulgata huius legis editione sequuntur *siue per se* sunt superflua, idèd quæ benè in Pand. Florent. parenthesi conclusa. Nihil enim nisi interpretationem continent præcedentium verborum *suo nomine.* Denique necesse est fieri heredem quisquis heres sit, vel per se vel per alium: nec quicquam tertium aut inter ista medium esse potest. Quod verò hæc de mala grammatica & Accursius & Bartolus tractant, quod pronomen tertie personæ construatur cum verbo & pronome primæ personæ, minus nouum erit, si distributua dictio suppleatur, in hunc modum *siue suo quisque nomine*, quale illud est apud Virgil. *Quisque suos patimur manes.*

3. GAIVS libro 3. ad Edictum prouinciale.

**V**eluti si eam personam, quæ in nostra potestate sit, institutam iusserimus adire hereditatem. Sed & si Titio, qui Scio heres existit <sup>a</sup>, nos heredes facti sumus: sicuti Titij hereditatem nostram esse intendere possumus, ita & Seij) vel ab intestato <sup>b</sup>, fortè quod sui heredes defuncto sumus <sup>c</sup>, vel adgnati <sup>d</sup>, vel quod manumissimus defunctum <sup>e</sup>, quodve parens noster manumiserit. Nouo iure fiunt heredes <sup>f</sup> omnes, qui ex senatus consultis, aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.

Ad l. veluti.

Ratio dubitandi. Cum filiusfamilias vel seruus heres institutus est hereditas defertur ipsi filio vel seruo, vt diximus ad l. *præced.* & quidem etiam inuito patre vel domino: Delatio enim sit sola legis potestate & autoritate. Lex verò in deferenda hereditate vt nec in deferendo alio iure quolibet, voluntatem hominis non requirit, quia nemini vquam delatio iniuriam sola facit, cum sit libetum ei cui lex detulit repudiare ius delatū ante acquisitionem d.l. *de uic. de success. dicit.* Præterquā in suis & necessariis heredibus, & in iis qui necessarii tantū sunt, in quibus vnum & idem instans est delata & acquisita hereditatis l. *necessarii 57. de acquir. hered. §. 1. Inst. de hered. qual. & diff.* Atqui ex delatione estimatur acquisitio. Delata enim dicitur hereditas quam quis potest aduendo consequi d.l. *delata 13. de verb. signific.* Ergo etiam inuito patre vel domino poterit filius vel seruus institutus adire sibi delatam hereditatem nec iussu domini vel patris in eam rem erit necessarius, Præsertim cum dici solet non esse præscribendum hereditatio cur adire velit, aut nō velit, cum varias possit habere causas propter quas possit velle vel nolle acquirere hereditatem l. *ad S.C.T. reb. l. si testamento 22. in fin. §. si quis omis. caus. testam.* Aut si dicas quod necessariū dicendum est, domini vel patris iussu idē præcedere oportere quod futurum sit vt per aditionem à filiofamilias vel seruo factam hereditas patri aut domino acquiratur, quæ proinde illum eri alieno sit obligatura, Dicam, Non igitur videri delatam hereditatem filio vel seruo, qui scilicet non possit eam aduendo consequi d.l. *delata*, Et consequenter patrem ipsum aut dominum adire eam per se debere, quasi delatam sibi non filio vel seruo, non iabere filio vt adeat vel seruo.

Ratio decidendi. Qui in aliena potestate est non potest adire nisi præcedente iussu eius, in cuius est potestate cui hereditatem acquisiturus est per aditionem. Ne alioqui & ignorans & inuitus pater eri alieno per filiumfamilias aut seruum obligaretur l. *qui in aliena. 6. in princip. l. si is qui mihi 25. §. iussu & pass. §. de acquir. hered.* Id enim iniquum esset, cum melior condicio nostra fieri possit per eos quos in potestate habemus, deterior non possit l. *in l. 133. de reg. iur.* Hereditas siquidem cum sit nomen iuris consistatq; in iure non in corpore l. *hereditas 50. §. hoc tit. habet commoda & incommoda, & plerumque damnosa est l. hereditatis 19. de verb. signific. iunct. l. de bonor. poss. l. si hereditatem 32. §. mandat.* Damnosa poro hereditatem inuitus nemo sibi acquirere cogitur l. *nec emere 16. C. de iur. delib.* Eoq; pertinet quod scriptum est in l. *etiam 32. de acquir. rer. domini.* Etiam inuitis nobis per seruos acquiri pendē ex omnibus causis. Adiecta enim est dictio illa *penē* ad excludendam potissimum causam hereditatis quæ nunquam per seruum aut aliter inuito acquiritur, Nisi cum quis adire cogitur per prætorē fideicommissarium ex S.C. Pegasiano vt hereditatem restituat fideicommissario, quia tunc adire periculo & damno si quod sit fideicommissarij, cui damnosa futura est hereditas, nō adēti ipsi, quamuis per restitutionem Seij delatam fuisse heredi Titij, qui ipse prius Seio heres existerat, non potest dici hereditatem Seij delatam fuisse heredi Titij siue ex testamento siue ab intestato, Ex senatusconsultis verò aut constitutionibus multò minùs cum futurus heres Titij Seio incertus fuerit ac fortassis etiam incognitus l. *qui liberis 8. §. vt. de vulg. & pupill. substit. l. sciendum est 70. de verbor. signific.*

aut dominus per se adire quasi delatā sibi nullo in eam rem adhibito ministerio filij vel serui: Nimirū quia lex in deferenda hereditate ex testamento, subsequitur voluntatē testatoris, vt dixi ad l. *3. ei que defert hereditatem cui testator ipse detulit.* Atqui testator non alij detulit quā illi ipsi quem heredem instituit. Porò non patrem aut dominum instituit sed filium vel seruum, etiam si patris vel domini cōtemplatione institutio facta proponatur Nec ob id quod filius vel seruus institutus sit, dicere quisquā possit videri patre vel dominū institutum. Quæ enim facti sunt non transeunt à filio ad patrem nec à seruo ad dominū, sed ea tantūm quæ sunt iuris l. *qui heredi 44. de cond. & dem. Inst.* At quod filius vel seruus institutus sit nō iuris, sed facti est. Testator enim heredem instituit non lex, sicut & contrario lex illa est, quæ herede facit, id est quæ heredis ius tribuit, non testator. Itaque heredem esse iuris quidem est, sed herede institui quem aut institutum esse facti est non iuris. Inde igitur sit vt institutio ipsa filij vel serui heredis scripti nō possit transire ad patrem aut dominū, nec proinde legis delatio quantumvis ea iuris sit nō facti quia pendet ex institutione ex eaq; omnino aritatur. Proinde institutio filio vel seruo, ipse quidem filius vel seruus adire debet, quoniam ad tunc quoc; facti est nō iuris, & eius denū est adire cui facta delata hereditas d.l. *delata*, Sed nō idē filius aut seruus adēdo sit heres, at herede facti patre vel dominū, ita vt ne momento quidem vel vno tēporis heres filius aut seruus si se intelligatur d.l. *placet.* Et ob eam nimirū causam iussu patris vel domini præcedere necesse est d.l. *25. §. iussu de uog hered.* quoniam alioqui nimis seō intencuerit post aditionem interponeretur, Cum eo instanti quo aditur hereditas necesse sit hereditatem acquiri vel nunquā. Siquidē aditio hereditatis est actus legitimus cuius potestas in suspensio maneat non potest l. *actus legitimi 77. de reg. iur.* Non igitur eo minus verum est deferri filio vel seruo hereditatem non patri aut domino, cum filius aut seruus aduendo eā acquirat, quāuis patri vel domino non sibi. Obseruandū tamen est non posse nos effici heredes per filium aut seruum, nisi ex testamento. Nam ab intestato lex non defert hereditatem nisi agnato proximo. At neq; seruus agnatus esse potest cum iure civili: pro nullo habeatur, l. *quod attinet 32. de reg. iur.* ne que filius familias agnatus proximus cum semper à patre antequantur, vt dixi ad l. *tutelas 7. §. de cap. minui.* Et idē initū huius legis, vt d.l. *2. non pertinet nisi ad eum casum quo succedatur per legem 12. tab. ex testamento.* Quæ prima pars est subdiuisionis inchoatæ in sine l. *1. & cuius alia pars sequitur in hac lege illis verbis vel ab intestato, vt diximus ad d.l. 1.*

Sed et si Titio qui Seio heres existit. Ratio dubitandi. Hereditas ad nos nō pertinet nisi aut iure vetere aut nouo, Nec rursus iure vetere Nisi aut ex testamento aut ab intestato ex lege 12. tab. l. *supr.* Nec denique iure nouo nisi cum ex senatusconsultis aut constitutionibus hereditas defertur, vt scriptū est in sine huius legis. Atqui cum quis heres est Titio, qui ipse prius Seio heres existerat, non potest dici hereditatem Seij delatam fuisse heredi Titij siue ex testamento siue ab intestato, Ex senatusconsultis verò aut constitutionibus multò minùs cum futurus heres Titij Seio incertus fuerit ac fortassis etiam incognitus l. *qui liberis 8. §. vt. de vulg. & pupill. substit. l. sciendum est 70. de verbor. signific.*

Ergo

Ergo non potest dici hereditatem Seij ad Titij heredem pertinere. Quod si ita est illud etiam consequens fiet vt eam Titij heres petere nullo modo possit. Prius enim est, vt hereditas quam petere quis velit ad eam pertineat, quā vt petere illam possit. Cum petitio hereditatis sit in rem & qui hereditatem petit hoc agat vt pronūcietur heredem illum esse, aut quod effectū idem est, hereditatem ad ipsam pertinere.

Ratio decidendi. Heres heredis heres est primi defuncti l. *vt. C. de hered. Inst.* & in omni successione quisquis heres existit ei qui Seio heres fuit, Seio quoq; heres esse videtur, adē vt nec Seij hereditatem possit omittere l. *si quis filiumfamilias 7. in fin. de acquir. hered.* Reperit enim hereditatem Seij in hereditate Titij cum vtraque cæperit iuncta esse ex quo Titius Seio heres fuit l. *sed si plures 10. §. filio impub. de vulg. & pupill. substit. l. paterfamilias 28. de reb. aut. iudic. possid. aliis l. 13. de primil. credit. l. 1. de separati.* Et idē ex necessitate adēdo hereditatem Titij acquirat etiam hereditatem Seij at non quali Seranam, sed quali Titianam, Idē q; si Titio heres existerit ex testamento, Seio quoq; heres ex testamento fuisse videbitur quamuis Seius decesserit intestatus, sed ex testamento inquam non Seij sed Titij. Et contra si Titio heres existerit ab intestato siue tanquam suus heres siue tanquam agnatus proximus, videbitur etiam Seio heres ab intestato fuisse quamuis decesserit Seius factō testamento quo Titium heredem instituisse proponatur. Neque in eo absurdū quicquam est, cum sit ille quidem heres Titij & Seij eodem iure, at non eque Seius eodem iure & Titium & herede Titij, heredem suum habere dicatur. Habet enim heredem Titium ex proprio iudicio siue instituerit eam expresse siue tacite, legitimam ei relinquēdo hereditatem: Titij verò heredem non nisi per consequentiam, & per mediam Titij personam ac voluntatem. Et ita notus hic dissolutio est, quod Accursiū & Bartolum non parū torst. Illud magis miū est, quod scriptum est Vlp. in l. *1. §. de cast. pec. si filiusfamilias miles sine testamento decesserit, & peculū eius castrense penes patrem remanserit, patrem nō fieri quidem heredem filio, sed tamen fieri heredem iis quibus filius heres fuit. Quomodo enim potest per mediā filij personam heres fieri illis quibus ipse filius fuit heres, si nec filij sui ille heres est? Respondeo, quāuis nō sit heres filij, quoniam filiusfamilias nō potest heredem habere ab intestato, ne quidē in castrensi peculio, l. *2. ea 12. fieri tamen illum heredem iis quibus heres filius fuit, quoniam reperit hereditatem in peculio filij quod penes se retinet pristino iure patris potestatis. Vt enim cæperit hereditas extranei iuncta esse cum peculio filij, nō magis potest fieri vt pater habeat peculū filij sine extranei hereditate, quā vt sit heres filio, nec sit heres extraneo cui filius heres fuit. Deniq; vtroque casu nō tam heres est primo testatori formaliter, vt ita loquar, quā materialiter, id est obtiner hereditatem quidem primi testatoris, at non quasi delatam sibi, sed tāquā ei acquisita cui successit ipse iure hereditatis siue peculij iure. Nihil enim hac parte refert an extranei hereditatem percipiat in hereditate an in peculio eius cui successit, Vt scilicet vtroq; casu teneatur respondere cōnibus iis, quibus ille cui successit, si adhuc viuere respondere cogetur.**

Vel ab intestato. Rectē Accursius notar hanc esse partem secundam subdiuisionis quam supra dixi-

mus inchoatam in l. *3.* Nam quisquis succedit ex iure vetere, id est ex lege 12. tabularum, cum necesse est vel ex testamento succedere, de quo tantūm hucusque diximus, vel ab intestato.

Fortē quod sui heredes defuncto sumus. Ratio dubitandi. In suis heredibus ita cōtinuatur dominium, vt nulla videatur fuisse hereditas, quasi olim hi domini essent, qui etiam viuo patre quodammodo domini existimantur, l. *in suis 11. de liber. & posthum.* Atqui non potest ad nos ea pertinere hereditas quæ nulla sit, cum, vt vulgo iactari solet, non entis nullæ sint qualitates l. *cuius qui in provincia 41. vers. quare si nulla. §. de reb. cred.* Ergo non potest fieri vt aliqua ad nos pertineat hereditas ob id solū quod defuncto sui heredes sumus. Nam & inde est quod sui non patris heredes appellantur quasi non tam nouum dominium quā liberio rem rerum paternarum administrationem patre moriente nanciscatur dicit l. *in suis*, quippe qui ad penē propria bona veniant l. *1. §. lary ius de success. edit. l. vt. de bon. damnat.* Sed & illud magis mirum nec tamen minus verum est quod pauci obseruant, legem duodecim tabularum nullam suis heredibus sed agnatis solis intestati patrisfamilias hereditatem detulisse. Sic enim locuta est *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Quibus verbis posuit quidem agnatos in dispositione, sed suos heredes non nisi in conditione & quidem negatiua, vt apparet non idē factam suorum heredum mentionem vt vocarentur ad hereditatem (quippe quos nec vocari necesse erat, & quos si vocare lex voluisset vtique dispositiuis & imperatiuis verbis eos vocasset, non condicionalibus quæ numquam disponunt l. *si quis sub conditione §. si quis omis. caus. testam. l. 1. de pen. legat. l. 1. §. item si ita. §. ad leg. facti.*) sed tantūm vt si qui essent, agnatos excluderent, quasi defectos conditione sub qua vocandos eos lex putauit.

Ratio decidendi. Summo quidem iure nulla hereditas est in suis heredibus, quoniam hereditatis fictio iure ciuili ob id introducta est, vt dominium quod fuit defuncti possit in heredem continuari, nec videantur interim res esse nullius, vt dixi ad l. *1. supr.* qua continuatione nihil opus est in suis heredibus, qui iam viuo adhuc patre, domini rerum paternarum esse existimantur: d.l. *in suis.* Sed tamen sicut suos heredes appellamus, vt hoc ipsum significemus, quod proximē diximus succedere illos sibi ipsi potius quā patri, Ita & in suis heredibus hereditatem aliquā agnoscimus quia nec sine hereditate quisquam heres esse potest, cum hereditas illa est quæ heredem facit, Et idē tum quoque cum de suis heredibus loquimur, dicimus hereditatem ad eos pertinere, sed alio sensu quā si de extraneis heredibus loqueremur. Nullū enim aditionis, nullū aut acquisitionis, aut etiā delationis instans agnoscimus in suis heredibus. Cum in extraneis duo sint instatia, & initicem separata delata & acquisita hereditatis. In ijs verò qui necessarii tantūm nō etiā sui heredes sunt, idē instans e quidē est quo hereditas & defertur illis & acquiritur, sed tamē deferrī ipsis hereditatē necesse est quā scilicet viuo domino habuisse videri non possunt, qui toto eo tempore non tantūm bona nulla, sed nec caput habere posse credebatur l. *3. §. vt. & l. 4. §. de capit. m. m. l. quod attinet 32. de reg. iur.*

Vel ad agnati. Ratio dubitandi. Filiusfamilias idēque suus heres, proximus patri agnatus esse intelli-

T 3



gitor *l. filius 12. §. de suis & legit. l. Iurisconsultus 10. §. proximiores 3. de gradib. & adfin. l. 4. §. 1. quis ord. in bon. poss. §. 1. r. Suus enim heres ille dicitur & est qui primum in familia gradum & locum obtinet in causa succedendi *l. scripto 7. vnd. liber. l. si quis filio 6. de in iust. rup. l. filiusfamilias 33. de testam. milit. Agnatus verò ex eo dictus est quasi iuxta natus. Sufficiebat ergo vt lex duodecim tabularum agnatos ad successionem vocaret, ac proximim, ex agnatis, vt eo nomine sui quoque heredes continerentur, nec suorum heredum specialem mentionem fieri necesse erat.**

Ratio decidendi. Et si sui heredes agnati quoque dici possunt, alia tamen eorum ratio est in causa succedendi, alia ceterorum agnatorum, vt proximè diximus. Benè igitur lex duodecim tabularum de agnatis locuta specialem fecit mentionem suorum heredum, vt appareret alio sensu locutam eam de agnatis, quam vt eo nomine sui heredes comprehendendi possent, vt pluribus docui in *Error. 10. De ead. 29. De error. pragmat. & interpr. iur. e Vel quod manumissimus defunctum.* Ratio dubitandi. Manumissio nouam personam constituit eius qui antea seruus, nunc ex seruo liber factus reperitur *l. si Pamphilo 10. §. de option. legat.* Atqui ex ea manumissione nullum inter manumissorè & manumissum agnationis ius potest contingere. Est enim manumissio aptior modus dissoluendæ agnationis quam contrahendæ, vt ex eo appareret quòd cum filius emancipatur quod fit per quandam manumissionis speciem *l. 1. §. 1. tit. si a paren. quis manum. sit. agnationis iura omnia perdit filius que habuerat ante emancipationem l. iulias 7. vbi dixi sup. de capit. manum. Ergo non potest ad aliquem hereditas defuncti ab intestato ex lege 12. tab. pertinere ob id quod manumiserit defunctum.*

Ratio decidendi. Non succedit manumissor ei qui manumissus fuit, ex eo capite legis duodecim tabularum quo si suus heres non erit agnatus proximus vocatur ad hereditatem. Sed succedit tamen ex alio capite quo eadem lex 12. tabul. constituit, vt ad hereditatem liberti vocetur patronus si libertus & intestatus moriatur & nullo suo herede relicto. Nam per manumissionem is qui erat dominus fit ex domino patronus, & acquirit sibi ius patronatus, tum quoque cum manumittendo amittit ius patronatus, vt cõtingit in patre filium emancipante, *d. l. 1. §. ult. & pass. si a parent. quis manum. sit.* Eadem ratio est liberorum patroni, vt sequitur in hoc textu. Nã & in eos trãsit ius patronatus si nõ sint exheredati *l. si patronus 12. §. l. seq. l. Paulus respondit 47. §. patroni filius. & pass. de bon. libert.* Et si totus ille ritulus pertinet ad ius prætorium de bonorum possessione cõtratabulas liberti danda, non ad ius successionis legitimæ ex lege 12. tabul. De quo latè Iustinianus noster in *Instit. tit. de success. libert.*

*f. Non in re sunt heredes.* Ratio dubitandi. Heredis appellatio nihil nisi dominum significat *§. ult. Inst. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater. §. de cast. pecul.* Atqui solius legis est dominium tribuere. Nam inter ceteros transferendi iure Quiritium dominij modos quos refert Vlp. in *fragment. tit. 19. de adq. sit. rer.* lex est non etiam senatusconsultum. Et si enim non ambigitur Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. sup. de legib.* illud tamè etiam certum est, Senatum non posse facere legem, quia lex est non quod Senatus, sed quod vniuersus populus Senatorio magistratu interrogate con-

stituit *§. lex est Inst. de iur. nat. gent. & civil.* Non est ergo videtur Senatum posse facere quem heredem. Eiusque rei argumento est, quod is cui ex Senatusconsulto siue Trebelliano, siue Pegasiano restituitur hereditas, non idèdò tamen fit heres, sed tantum heredis loco *l. 1. 2. & pass. §. ad S. C. Trebell. §. restituta Inst. de fideic. hered. qui tamen haud dubiè esset heres si eum heredem facere Senatus potuisset. Consequenter falsum videtur quod hic Caius scribit nouo iure fieri heredes ex senatusconsultis.*

Ratio decidendi. Senatusconsultum quidem lex non est, sed est legi similis constitutio, eandemque vim ac potestatem habens, præsertim quod ad hoc vt non tantum ius facere possit, quod & prætor facere potuit, sed etiã heredem, quod prætor nõ potuit *§. quos autem Inst. de bon. poss.* Substituta enim quodammodo ex necessitate fuit autoritas Senatus in locum autoritatis totius populi, cum iuxta multitudinem impossibile ferè esset vniuersum populum ad legem ferendã in vnum locum conuenire *d. §. lex est. l. ergo pen. §. de leg. ib.* Atque ita esse, vt Senatus heredem facere potuerit, appareret ex senatusconsultis Terulliano, & Orficiano quorũ alterum deserit liberorũ hereditates matris, alterũ hereditates matru liberis, ita vt & matres liberorum, & liberi matru heredes fiãt *l. 1. §. 1. tit. ad S. C. Terull. & Orfic.* Neque cõtrarium est quod de S. C. Trebell. proximè obieimus. Nã quod fideicommissarius cui ex S. C. Trebelliano restituta est hereditas, nõ idèdò tamen heres est, non sit defectu potestatis, & quòd eam autoritatè Senatus nõ habeat heredis faciendi, sed propter repugnantia & contradictionem ex parte rei, vt loquuntur philosophi. Quia cum fideicommissi restitutio nõ possit fieri nisi post aditam hereditatè & ab eo qui iã heres sit, is autem qui semel heres est nõ possit per restitutionem definire heres esse *d. §. restituta de fidei. hered.* omnino consequens est, vt fideicommissarius heres esse nullo modo possit. Ne alioquin eueniat vt vni personæ duo in solidũ sint heredes, quod neque iuris ratio neque natura ipsa patitur *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur. non magis quam vt duo in solidũ sint domini eiusdè rei l. si vn certo 5. §. si duob. §. commod. l. de hereditate 19. §. pater. de cast. pec.* Fiant igitur heredes etiam ex senatusconsultis, Multoq; magis ex cõstitutionib. Principũ, cum longè maior sit autoritas Principis, quam Senatus, adeoque maior quam totius populi, postquam lege Regia quæ de imperio Principis lata est omne ius populi ei & in eũ translatum fuit *l. 1. de consit. Princip.* Itaq; dubitandum non est quin ex cõstitutionib. quoque Principũ heredes fieri possint. Cuius rei exemplum adfert Accurs. in fororũ filiis qui cũ olim non admitterentur ad successionem & hereditatè patri, tanquã qui nõ essent agnati, hodie tamen ex cõstitutionibus admittuntur *§. ceterum Inst. de legit. agna. success.* Sed nõ est exemplũ accommodatum ad Caium cuius legem interpretamur, cum iis temporibus nihil dum tale constitutum esset. Accommodatius exemplum est quod adfert Cuiacius ad *l. 6. sup. de in iust. restit. de hereditate filii familias, militis cui permissum est ex Imperatorum cõstitutionibus, vt de peculio castrensi. Est enim hoc ius ex anteriorum Imperatorum cõstitutionibus l. 1. l. Diuus Traianus 24. & pass. de test. milit. sicut & illud vt in huiusmodi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. §. de S. C. Macedon. & apud Inst. tit. de milit. testam.**

Hodie

Hodiè sanè aliud exemplum adferri potest ex Iustiniano *Novell. 118. de hered. ab intest. venient.* quæ induxit vt etiam in peculio aduentitio filiusfamilias hodie possit habere herede ab intestato. Cæterum siue ex Senatusconsultis, siue ex cõstitutionibus heredes fiant, dicuntur fieri heredes iure nouo, quia ius nouum dicitur omne quod secutum est ius legis duodecim tabularum, & leges nouæ om-

nes, quæ late sunt post leges duodecim tabularum, quod nec Bartol. ignorauit. Eiusmodi fuerunt lex Iulia Papia, & lex Cornelia de testamentis & hereditatibus captiuorum cõfirmandis, vt dixi ad *l. tutelus 7. sup. de capit. mimm.* Lex enim illa Cornelia & hereditatem & heredem fecit *l. filiusfamilias 18. ad leg. falcid. l. lex Cornelia 28. §. de vulg. & pupill. substit. Iunge l. pen. infr. de regul. Caron.*

#### 4. PAVLVS libro primo ad Edictum.

**S**i hereditatem petam ab eo, qui vnam rem possidebat, de qua sola controuersia erit: etiam id, quod postea cepit possidere, restituet.

#### Ad l. si hereditatem 4.

Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicio venisse id, quod non nisi post iudicium acceptum accidisset, idèdò que alia interpellatione & actione opus est *l. non potest 23. sup. de iud.* Ergo si hereditatem petam ab eo qui non nisi vnam rem hereditariam possidebat, de qua sola erat controuersia, non potest videri in iudicio petitionis hereditatis venisse id quod post acceptum iudicium possidere cepit, nec proinde veniet in condemnationem, vt possessor id quod restituitur teneatur.

Ratio decidendi. In hereditatis petitione nõ res aliqua singularis petitur, licet nihil nisi vnam rem hereditariam possideat is qui conuenitur, sed hereditas ipsa, quantumuis minima res sit, quæ a reo possidetur *l. licet minimam 10. iun. et. l. preced. §. hoc iudicio.* Atqui hereditas nomen ius est cum in iure consistat non in corpore *l. hereditas 50. infr. eod. &*

continet non solum quicquid in morientis patrimonio fuit excepta causa possessionis *l. 1. §. Scævola. infr. si is qui testam. liber. est. iuss.* sed etiã fructus, partus & alia huiusmodi quæ hereditati etiam post mortem accesserunt. Recipit enim & augmentum, & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solum. §. hoc tit.* Ergo cum tota hereditas in iudiciũ petitionis hereditatis ab initio deducatur licet vnius tantum rei nomine, si postea cepit possessor aliud quicquid possidere, nullo in eam rem nouo iudicio, nullaque interpellatione opus est. Petita siquidem hereditate hoc quoque petitum intelligitur, quia est hereditatis. Vnde etiam fit, quod magis est, vt si quis cum peteretur ab eo hereditas neque rei, neque iuris vllius velut possessor erat, verũ postea aliquid adeptus est, placet teneri eum petitione hereditatis, & condemnandum esse licet ab initio nihil possederit *l. item videndum 8. §. pen. l. si quo tempore 41. infr. eod. &*

#### 5. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

**D**iuus Pius rescriptit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisfacere. Causa autem cognita, & si non talis data sit satisfactio, sed solita cautio, etiam post litem acceptam deminutionem se concessurum prætor edixit: ne in totum deminutio impedita, in aliquo etiam utilitates alias impediatur. vt puta si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia deminutionem perimit. item futurum est, vt nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur. sed & propter familia ciuaria, necessaria erit deminutio. sed & res tempore perituras permittere debet prætor distrahere.

#### Ad l. Diuus Pius 5.

Ratio dubitandi. Actor quandiu intentionem suam non impleuit, id est, non plenè probauit, nihil iuris in eo quod petit, habere creditur, idèdò; ab solui hoc casu reus solet ac debet, etiam si nihil præstiterit *l. qui accusare 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vind.* Id enim est quod dicimus, Aduersus extraneos, id est, eos qui nihil iuris habent, vitiosam quoque possessionem prodesse *l. ult. §. de acqu. poss.* Sunt enim favorabiliores in dubio rei quam actores *l. favorabiliores 125. de reg. iur. & ei probatio semper incubit qui dicit non ei qui negat l. 2. §. de probat.* Ergo si de hereditate controuersia sit, siue lis iam inchoata, siue nondum inchoata proponatur, non vltique adeò fauendum actori est, vt quasi iam constet heredem illum esse, prohibeatur possessor aliquid ex hereditate distrahere. Commodum enim possessionis illud est in cetera, vt interim pro possessore, & præsumendum sit, & in dubio iudicandũ *§. commodum. Inst. de interdi.* quasi possessor pro domino sit habendus si de alterius iure ac do-

minio nõ appareat *l. cum res 12. l. siue possidet is 16. C. de prob.* Nõ leuis autem iniuria est si homini ingenio rerum suarum alienatione interdicitur *l. 2. §. si a parent. quis manum. sit.* Cũ nihil tam naturale sit quam voluntatem domini res suæ in aliũ transferre volentis ratam haberi *l. quæ ratione. §. ha quoque res. de acqu. rer. dom.* Nihil verò incommodius quam si non liceat domino res suas pro arbitrio & administrare & alienare *l. in re madata 24. C. mand.*

Ratio decidendi. Non solum post litem contestatam, sed etiam post motam controuersiam possessores omnes pares sunt, id est, prædones & male fidei possessores, quia ex eo tempore incipiunt scire rem quæ petitur ad aliũ pertinere *l. sed est 25. §. si ante §. hoc tit.* Ergo quãuis interim & lite pendent non sit priuandus possessor sua possessione, nec commodo possessionis, quantum ad hoc, vt probationis necessitas in actorem transferatur, hætenus tamen eius causam deteriore fieri æquum est, vt omnis ei alienatio rerum hereditariarũ prohibeatur. Ne alioquin in eius potestate sit eas alie-

nando eludere actionem petitoris cui parum esset profutura victoria post distractionem à possessore factam : cum etiam si aliquam eo nomine actionem aduersus emptores habiturus esset, noua tamen in eam rem actione, nouoque iudicio indigeret. Quæ ratio facit, vt in iudiciis familiaris exciscundæ & Communi diuidendo similiter alienationes omnes voluntariæ (nam quæ necessariæ sunt semper conceduntur) interdici sint post litem contestatam, vt scriptum est in *l.1. C. commun. diuid.* & quod omnino idem est, post iudicium acceptum, vt loquitur Papinianus in *l. alienationes 13. §. fam. ex. c. sc.* Ex quibus locis apparet priuilegium hoc esse petitionis hereditatis, vt ad impediendâ distractionem rerum hereditariarum, non sit necessarialitis contestatio, quæ in ceteris iudiciis, siue vniuersalibus quale est familiaris exciscundæ, siue singularibus, quale est Communi diuidendo, necessaria est, sed sufficiat motam esse controuersiam *l. 3. C. hoc titul.* Non quia per solam citationem res fiat litigiosa, vt Baldus creditur (nam neque litigiosa res fieri potest citra litem, vt notat ipsum sonar, & constat ex *Auth. litigiosa, totique r. C. de litig. i. §. si ante §. l. amplius. 15. infr. rat. rem habet.*) sed quia omnium istorum iudiciorum quæ de hereditatis petitione sunt ea est autoritas, vt nihil in præiudicium eius petitionis fieri oporteat, quemadmodum Vipianus notat in fine huius legis scribit, & Iustin. in *l. vltim. C. hoc tit.* vbi iuris huius rationem refert ad magnitudinem & autoritatem iudicij Centumuiralis, cum non alij quam Centumviri in vrbe cognoscerent de hereditate, Vnde & iudicium petitionis hereditatis iudicium Centumuirale appellatur in *l. pen. §. de lib. legat.* In quo & Accursius, & post eum Bartolus, itemque Baldus, & ceteri vulgo errarunt, existimantes eandem esse hac parte rationem petitionis hereditatis, & iudicij familiaris exciscundæ, ob id solum quod vtrumque iudicium sit vniuersale, aliam verò esse rationem iudicij Communi diuidendo, quod illud singulare, & vt loquuntur, particulare. Etsi enim verum est iudicium familiaris exciscundæ esse vniuersale non minus quam petitionem hereditatis, non tamen ex eo petitur hereditas, sed diuisio tantum hereditatis, ideoque nec inter alios exerceri potest, quam quos heredes esse cõstet *l. 1. §. 1. cum putarem 36. §. fam. ex. c. sc.* Sicut nec inter alios iudicio Communi diuidendo agi potest, quam inter quos constat rem esse comunem. *l. 1. §. pass. §. commun. diuid.* Quanquam autem iudicium communi diuidendo singulare est, familiaris verò exciscundæ vniuersale, quia in illo de hereditate, in hoc verò de singulari re diuidenda agitur, Eadem tamen vtriusque ratio hæcenus est vt non magis in actione familiaris exciscundæ quam in iudicio Communi diuidendo prohibentur alienationes ante litem cõtestatam *dict. l. alienationes*, vbi quod scriptum est de iudicij accepti tempore male nostri accipiunt de tempore cõceptæ controuersia, & vt Baldus loquitur, factæ citationis, cum non aliud tempus significet quam quod sequitur contestationem. Licet siquidem contestata apud prætorum, aliumve magistratum cuius erat iurisdicção, tum demum iudex à prætore, aut alio magistratu dabatur qui de facto cognosceret, eoque tempore iudicium accipi dicebatur, vt sæpius monuimus ad *titul. De iudic.* Quod à nostris vulgaribus interpretibus perceptum non fuisse mirum non est, qui

veterem illum morem acritum iudiciorum, à quo tam multa iuris nostri propositiones pendunt, penitus ignorarunt. Non igitur distinctio illa est adhibenda, quam nostri adhibent: An iudicium vniuersale sit, an singulare, sed an in eo hereditas, an quid aliud petatur. Est quidè vniuersale iudicium omne quo petitur hereditas, Sed non similiter è conuerso possis dicere peti hereditatem in iudicio quolibet vniuersali. Porro priuilegium, quod habet iudicium vniuersale petitionis hereditatis, ad impediendas alienationes, non habet quatenus vniuersale iudicium est, sed quatenus petitio hereditatis. Nec tamen habet possessor quod valde conqueratur etiam si alienatio ei distractè prohibita sit ex die motæ controuersia, cum possit sibi consulere præstita satisfactione de omni quantitate hereditatis, vel saltem de rerum hereditariarum estimatione restituenda. Cuius satisfactionis effectus ille est non vt possessor alienare absolute prohibeatur, quod voluit Accursius, rectè in hoc à Bartolo reprehensus. Sed vt vel ab alienatione abstinere debeat, vel si quid aliauerit tantundem restituere, aut in rebus ipsis & corporibus, aut in estimatione teneatur. Sed & interdem cause cognitio vice ac loco satisfactionis esse. Quid enim si non tam facile & expeditum sit possessori exhibere fideiussorem? *l. 2. §. pe. sup. de iudic.* An non fuerit iniquum ob prohibitam in totum alienationem impediri alias utilitates non quidem possessoris, quas parum sanè curaremus, sed ipsius hereditatis? Finge aliquam impensam funeris gratia esse necessariam, aut futurum esse, vt nisi pecunia infra certum diem soluatur pignus à defuncto datum creditori distrahatur. Aut propter familiæ cibaria necessariâ esse diminutionem? Meritò Prætor edixit omnibus istis casibus, & aliis si qui sunt similes permittitur se alienationem causa cognita etiam post litem cõceptam, id est contestatam, etiam si non satisfactio præstita sit quæ fideiussores exigit *l. 1. §. qui satis. cog. sed solita cautio, quæ nuda repromissione contenta est l. pen. C. de verb. sign.* Finge etiam esse in hereditate res aliquas tempore perituras, quales plerumque sunt multa *l. verum 11. §. si locuplet. sup. de minor.* An non vtilius est hereditati vt eiusmodi res distrahantur, quam vt seruentur diutius, cum seruando seruari non possint? *l. lex qua tutor 22. in fin. C. de adm. tut.* Sic in *l. Aristo. §. 1. l. 6. l. aut prætor 7. §. vlt. infr. de iur. delict.* Quod autè diximus alienatione omnè possessori esse interdicitam, eò pertinet, vt nec aliquas ei actiones mouere permittatur *l. aut prætor. §. quid sit autè. vbi ratio redditur, quod absurdum sit ei cui alienatio interdicitur permitti actiones exercere, quæ scilicet hoc ipso amittuntur quod exercentur. Nisi proponas esse illas eiusmodi quæ etiâ tempore sint periturae *l. creditor 14. §. de reb. autor. iudi. possid.* Rursus quod dicimus propter familiæ cibaria permitti alienationem, non de familia possessoris intelligi debet, sed de hereditaria, vt bene Accursius explicat, nisi possessor filius sit. Hic enim de bonis patris interitum alendum est, Exemplo eius quod de filio deliberante scriptum est in *l. filius 9. de iur. delib.* Non enim possessoris, sed hereditatis, vt dixi, utilitates ante oculos habet prætor, quoribus possessor non satisfedit, quo casu prætoris decreto indiget, & cognitione prætoris, vt possit alienare etiam ex causis supradictis. Ceterum si satisfecerit liberam nanciscitur rerum omnium hereditariarum admi-*

administrationem ad eas quoque alienandas non tantum quæ tempore periturae essent, vt malè hæc vult Bartolus, sed etiam ceteras, eum iudicario faciat ne quid possit videri interesse petitoris *l. l. 1. §.*

qui satis. cogant. iun. l. pen. de Carbon. edit. l. 1. §. n. aliter. de ventr. in poss. in l. §. qui cogant. in 2. §. item secundum. §. de her. iust. l. Paulinus. §. p. n. è si non defendatur, & §. 9. quib. ex. cau. in poss. at.

1 § Dignus Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, vt Ælius Asiaticus daret satis de hereditate, quæ ab eo petitur : & sic factum dicat. hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec facti causa agatur.

Ad §. 1. Dignus Hadrianus.

Ratio dubitandi. Tam demum satisfactio possessor hereditatis debet ex rescripto Dni Pij, de quo dictum est in principio huius legis, eum instituitur petitio hereditatis, ne interim hereditas diminuat, vt proximè diximus. Ab eum is qui possidet hereditatem quam alius ab eo petit ex testamento, vult falsum testamentum dicere sustinetur & differtur iudicium petitionis hereditatis in id usque tempus quo falsi causa & instituta sit, & peracta. Ergo quantum de falso cognuitur & pronunciatum non est, onerari satisfactione possessor non debet. Ratio decidendi. Ob hoc ipsum satisfactio possessor debet, quod necesse sit sustineri differri iudicium hereditatis donec falsi causa peracta sit. Illorum enim iudiciorum quæ de petitione hereditatis sunt, id est, quæ ad petitionem hereditatis pertinent, ea est autoritas vt nihil in præiudicium eius iudicij fieri debeat, vt subiicitur in *§. §. qui. qui cum hoc se coniungendus est, quia huius rationem continet. Iudicium autem de falso testamento licet non sit petitio hereditatis, tamen ad petendam hereditatem pertinet, cum non aliter fieri possit an hereditas, vel ex testamento, vel ab intestato, & ad quem pertineat, quam si sciatur an verum sit testamentum quod falsum dicitur, necne: quemadmodum accidit etiam in quærela inofficiosi testamenti, vt diximus ad *l. qui de inofficio 20. §. §. ut. §. ut. §. C. de ordin. iudic.* Ergo quando de falso cognuitur & pronunciatum non est perinde alienari rerum hereditariarum possessori interdici debet, atque si petitio hereditatis in instituta proponeretur. Alioquin nihil erit facilius, quàm*

vt sub prætextu proponendæ accusationis falsi testamenti, præiudicium fiat petitioni hereditatis, quod autoritas & magnitudo Centumuiralis iudicij certè non patitur *dict. C. hoc titul.* Fuit tamen in hanc rem necessarium rescriptum Dni Hadriani quia rescriptum aliud Dni Pij, de quo iam diximus, sufficere non potuisset. Alia enim hæc species est, & quæ non profus eandem rationem habere videbatur. Atqui, inquit, pendente quæstione falsi heres scriptus interim mittendus est in possessionem *l. 2. C. de iudic. Dni Hadriani. Fateor, quia is fauor est non etaneæ possessionis vt mota ei nullam fieri oporteat, quia facile expediti potest, nec facit præiudicium vllum in quæstione de proprietate, quam petitoris quæstionem appellant *l. n. au. valiter 12. §. nihil commune. infr. de acqu. poss.* Sed petitionis hereditatis alia ratio est, In qua scilicet non de sola possessione, sed de iure ac proprietate hereditatis agitur, Eamque ideo differri oportet ac sustineri, quousque causa falsi agatur. Nimirum si de falso agatur principaliter non incidenter. Alioquin falsi quæstio incidens in quæstionem de hereditate non impedit cognitionem iudicis de hereditate cognoscentis quominus possit ille falsi quoque quæstionem tanquam incidentem examinare, dummodo non de falso, sed de hereditate pronunciet, arg. *l. 1. C. de ordin. iudic.* de cuius sententiâ & emendatione scripsimus *lib. 19. Com. editur.* Ceterum hoc etiam casu sustinetur pronunciatum super hereditate quousque falsi causa examinata sit, quod Bartolus rectè hæc producit ad eum quoque casum quo testes ex quorum testimoniis deberet alteruter litigatorum condemnari accusentur de falso, siue principaliter, siue incidenter.*

2 § Eorum iudiciorum, quæ de hereditatis petitione sunt, ea autoritas est, vt nihil in præiudicium eius iudicij fieri debeat.

Ad §. vlt. eorum iudiciorum.

Ratio dubitandi. Exceptiones istæ Quod præiudicium hereditati non fiat, futuri tantum iudicij non etiam facti nomine comparatæ sunt *l. si post litem 13. §. de except.* Atqui futuri iudicij nulla potest esse autoritas cum nondum sit. Prius enim est vt aliquid sit & esse inceperit, quam vt eius aliqua vis, & potestas esse possit cum non entis nullæ sint qualitates vulg. *l. pen. de reb. credit. l. si in diem 46. l. Titio usufructus 96. infr. de cond. & demonstr.* Ergo quod placuit nihil fieri posse in præiudicium eius iudicij quod de hereditate futurum sit, non potest referri ad autoritatem iudiciorum, sed potius ad autoritatem Centumuirorum quorum propria ista cognitio erat in vrbe, vt diximus in precedentibus.

Ratio decidendi. Magnitudo & autoritas Centumuiralis iudicij pendebat à numero & autoritate Centumuirorum, & ideo sufficiebat sperari iudicium futurum de hereditate quousque nullum adhuc esset, vt se interponerent Centumviri, nec

per alios tramites viam petitionis hereditatis infringi paterentur, vt Iustin. ait in *l. vlt. C. hoc tit.* Neque verò nouum est, vt etiam futuri iudicij quod nondum sit ratione haberi oporteat, Nam & idem euenit in edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta. Siquidè pertinet edictum illud ad futurum iudicium non ad id quod iam sit *l. ex hoc edicto 8. §. 1. vbi dixi sup. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Quamquam autè in exceptionibus, Quod præiudicium hereditati non fiat, hoc iuris est, vt futuri tantum iudicij nomine competant, non etiam eius quod iam sit. Si tamen de petitione hereditatis non solum mota sit controuersia, sed etiam lis contestata, perinde prohibentur interim alienationes, si neque satisfactio, neque decretum prætoris interuenierit, ne præiudicium hereditati fiat, vt diximus ad initium huius legis, quia nulla in hanc rem opus est exceptione. Planè si iudicium non modo acceptum & cõceptum sit, sed etiam finitum per rem iudicatam nihil superest quod de præiudicio





quoties solutum est citra sententiam & vi satisfactio-  
tionis non condemnationis. Planè si prætèxtu à se  
præstita satisfactio, vellet legatarius virgè pro-  
nunciationem, non esset audiendus, non quæ in-  
teresset quicquam heredis, sed quia interesset pe-  
toris, nec satisfactio posset mutare causam iuris,  
aut impedire ne per eiusmodi pronunciationem  
fieret præiudicium hereditati. Proinde facilius est  
legatario vt præstita satisfactio cogat heredem  
ad solutionem faciendam quam ad patendam con-  
demnationem, quia per solutionem solius heredi-  
ditatis vitilitas offenditur, cuius tamen reuera nihil in-  
terest, cum satisfactum ei fuit. Et verò stultus esset  
legatarius qui mallet satisfacere ad extorquendam  
condemnationem, quam ad extorquendam solu-  
tionem, in cuius exactione totus rei iudicatus effe-  
ctus consistit *l. minor 40. sup. de minor. l. 4. §. ait præ-  
tor. de re iudic.*

*a. Et, si testamentum falsum esse dicatur.* Ratio dubi-  
tandi. Quæstio falli non impedit ne interim legatari-  
peti possit saltem oblata per legatarium satisfactio-  
ne, vt proximè diximus, hætenus nimirum non vt  
de legato pronuncietur an debeatur necne, sed vt

7. VLPPIANVS libro quartodecimo ad Edictum.

**S**I quis libertatem ex testamento sibi competiisse dicat, nõ debet iudex de liberta-  
te sententiam dicere, ne præiudicium de testamento cognituro faciat, & ita sena-  
tus censuit. Sed & Traianus rescripsit, differendum de libertate iudicium, donec de  
inofficioso iudicium aut inducatur, aut finem accipiat.

*Ad l. si quis libertatem 7.*

Iampridem credidi, & nunc magis credo totam  
legem hanc esse Triboniani, Ad eò pugnantibus  
& sententiis & verbis plena est, vt nec Accursius,  
nec Bartolus facile possint se euoluere. Itaque sin-  
gulas legis sententias, & verba singula breuibus  
adnotationibus protequemur. Ait lex *Si quis liber-  
tatem ex testamento sibi competiisse dicat.* Melius scri-  
psisset *competere.* Qui namq; libertate directã vin-  
dicat intendit eam sibi competere, non autè com-  
petiisse. Quid enim prodesset competiisse aliqũ-  
do, si hodie non competeret? Quamquam autem  
non facile accidit vt libertas non competat hodie  
quæ semel competiit, quia libertates quæ semel  
competierunt non reuocantur *§. si is cui. Insti. de ep-  
cui libert. caus. bon. addic. interdum tamen id euenit,*  
puta si testamentum quo data sunt directæ liber-  
tates postea inofficiosum pronunciatum sit intra  
quinquennium *l. Papinianus 8. §. p. & vlt. vbi dixi  
sup. tit. prox. Non ergo bene intenditur libertate  
competiisse aliquando, nisi eo tempore quo agi-  
tur competere dicatur. Sed & cum ea solæ liber-  
tates dicantur competere, quæ directò data sunt, nõ  
etiam quæ per fideicommissum relicte sunt (hæ  
siquid debentur & præstantur non competunt  
*l. sed si non seruus 36. §. vlt. j. ad leg. falcidiam.*) non de-  
buit hæc lex coarctari ad libertates directas, cum  
idem tractari possit in fideicommissariis, An scilicet  
peti possint, & præstari debeant priusquam de  
hereditate cognitum sit & pronunciatum. Sic en-  
nim de vtriusque tractat Iustin. in *l. vlt. §. fin autem  
libertates. C. hoc tit.**

*a. Non debet iudex de libertate sententiam dicere.*  
Ratio dubitandi. Libertatis causa semper fauora-  
bilis est *l. 3. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. ge-  
neraliter 2. §. si quis seruo. j. de fideic. libert.* imò re-  
bus omnibus fauorabilior *l. libertas omnibus 122. de*

ad eius solutionem heres etiam inuitus adigatur:  
quod per satisfactioem fiat, vt nihil eius interfit.  
Ergo etiam si ille ipse qui testamentum falsi accu-  
sat, legatum petat, perinde dandum ei erit. Quid e-  
nim heredis inter est an legatarius ipse sit, an alius  
qui instituit falsi testamenti accusationem?

Ratio decidendi. Inuerecundum est & omnino  
absurdum, vt ille ipse qui falsum esse testamentum  
contendit nihilominus legatum ex eo testamento  
petat. Sunt enim ista cõtraria, Falsum dicere testa-  
mentum, & legatum petere ex eo ipso testamento.  
Itaque non est hicaudiedus vt nec alius quicquam  
contraria allegans *l. C. de furt. Nam & siue pronũ-  
ciabitur falsum esse testamentum, vtiq; certũ est  
non posse legatum ex falso testamento deberi. Siue  
contra actorem pro testamento pronũciabitur, in-  
dignus planè est qui testamentum falsum dixit &  
succubuit vt ex eo quicquã consequatur: quod &  
Accursius & Bar. rectè hic defendunt *l. post legatũ  
5. §. 1. j. de his que vt indig. Nullo igitur casu fieri po-  
tuit vt sit legatarius cũ esse etũ. Cur ergo ei permit-  
tamus legatum petere prætextu oblata satisfactio-  
nis arg. l. 2. j. vt legat. fin. fideic. seruand. caus. causent.**

*reg. iur.* Ergo non debet propter hereditatem fieri  
mora libertati.

Ratio decidendi. Etsi de liberali causa non nisi  
maiores iudices pronunciant & cognoscunt *l. non  
distinguenus 32. §. de liberali. sup. de recept. qui arb. i-  
recep. maius tamen & fauorabilius est iudicium de  
petitione hereditatis, Non tã quod sit vniuersale,  
vt vulgo malè creditur, quàm quia est centumuirale.  
Magnitudo enim & auctoritas Centumuiralis illa  
est quæ facit vt nihil in præiudicium petitionis he-  
reditatis fieri debeat, potius quàm fauor heredita-  
tis dicit *l. vlt. C. h. t. Nam & Centumuiralibus iudiciis  
prætor ex more præsidebat, vt docet Cuiac. lib. 10.  
obseru. cap. 20. qui idè de liberalibus causis cogno-  
scebat in vrbe, sicuti præfides in prouinciis d. §. de  
liberali. l. 2. C. de pedan. iudicib. Atqui heret præiudi-  
ciũ petitioni hereditatis, si prius de libertate quàm  
de hereditate pronuncietur. Non enim potest li-  
bertas, vel competere; vel deberi ex testamento,  
quin testamentum valeat, & consequenter quin  
hereditas ad heredem institutum pertineat: Ergo  
differri sententiam de libertate necesse est, ne fiat  
præiudicium quæstioni de hereditate, cui nullum  
penitus præiudicium fieri oportet. *d. l. nõ distingue-  
mus 32. §. si is faciat. sup. de recept. l. si post. 13. j. de exce-  
pt. Oblerua tamen in hoc legis huius principio & vsq;  
ad versic. nam cum quidam, tractari de seruo cui da-  
ta fuerit libertas sine hereditate, & qui prouocet  
heredem institutum ad iudicium liberale.***

*b. Ne præiudicium de testamento cognituro faciat.* Re-  
ctius scripsisset *cognituro quàm cognituro.* Nõ enim  
verendum est ne præiudicium fiat iudici, qui de  
hereditate cogniturus est, sed iudicio & cognitio-  
ni. Quod & Haloader bene vidit, qui pro eo quod  
hic scriptum est *cognituro* maluit legere *cognitio-  
ni.* Placeret itaque emendatio, si locum hunc Vlpia-  
ni esse putare. Sed cum sit Triboniani, vt ex aliis  
multis

multis apparet, lógè probabilius est scripsisse Tri-  
bonianum quomodo scribere non debuit, quàm  
quomodo eam scribere oportuit. Et verò cum idè  
Prætor esset, vt dixi, qui in vrbe & de libertate pronun-  
ciabat solus, & de hereditate cum Centumui-  
ris, tanquam qui centumuiralibus iudiciis præside-  
ret, apparet non esse verendũ ne prætor de liberta-  
te pronuncians faciat præiudiciũ sibi ipsi de heredi-  
tate cognituro, sed tãtũ ne faciat præiudicium  
cognitioni. Ratio dubitandi. Sententia de liberta-  
te dicta inter alios lata est, quàm inter quos de he-  
reditate cognosci & pronunciam oportet, De li-  
bertate enim agit is cui libertas data est siue dire-  
ctã, siue fideicommissariã, De hereditate verò ille qui  
agnatus proximus est, eoq; iure aut qui aliter siue  
pro herede, siue pro possessore possidet heredita-  
tem. Atqui res inter alios iudicata aliis non nocet  
*l. 1. j. de excep. rei ind.* Ergo frustra veremur ne sen-  
tentia de libertate dicta præiudicium faciat cog-  
nitioni de hereditate.

Ratio decidendi. Sufficit qualequale præiudi-  
cium fieri cognitioni de hereditate, licet non fiat  
plenum. Hoc enim priuilegiũ est iudicij Centum-  
uiralis *l. 5. vbi dixi sup. l. vlt. C. cod.* Atqui non potest  
negari quin ex sententia etiam inter alios lata per  
quam pronunciatum fuerit libertatem competere  
vel deberi ex testamento fiat aliquid & saltem qua-  
lequale præiudicium hereditati quæ siue ab eadem  
personaliue ab alia petatur ex eodem testamento.  
Procliuiores enim solent esse iudices ad pronun-  
ciandum pro testamento pro quo iam semel pronun-  
ciatum sit, etiam si ab alio iudice, in alia causa,  
& inter alias partes. Et ita rectè Accursius & Barto-  
lus, arg. *l. in princ. insti. de appellat.*

*c. Sed & Diuus Traianus rescripsit.* Ratio dubitandi  
& decidendi eadè est ad huc versic. quæ ad senten-  
tiã precedentem. Idem enim sensus est nisi quod hic  
versic. ad hunc casum specialiter pertinet, quo de  
inofficioso agatur, vel agi speretur. Superior verò  
generalior est. Nam quod addit Bar. verba huius  
rescripti fuisse prolata simpliciter, In superiore au-  
tem sententia fuisse verbalenatus cõsulti relata ad  
iudicem, vt appareat officio iudicis eam hanc com-  
mitti, profus inceptum est. Non enim senatus con-  
sulti verba illa sunt quæ præcedunt, sed illius cuius  
hæc lex est, siue Vlp. ille sit, quod non possum cre-  
dere, siue Tribon. Ideo que nec verum puto quod  
idem Bar. sit, iudicem ex officio suo, id est, etiam  
nulla parte opponente posse differre causam liber-  
tatis quoties hereditatis petitio vel mouetur, vel  
moueri speratur: propterea quod non debeat, in-  
quit, manifestare iudex motũ animi sui *l. obseruan-  
dũ. sup. de of. præsid. l. vbi falsi 20. C. ad leg. Corn. de fals.*  
Nam cum præiudicia sint exceptiones opponi de-  
bent, sicut ceteræ exceptiones omnes, & quidè per  
modũ exceptionis *d. l. si post. 13. j. de excep. vlt. in pr.*  
*C. hoc tit. l. 2. de excep. rei ind. nec proinde suppleri per  
iudicem possunt. Quare nec video cur idem Bar.  
ex hoc loco inferat, quod tamen non nego verum  
esse, in iis in quibus iudici ipsi vel iurisdictioni ali-  
quod pararetur præiudiciũ posse iudicem supplere  
ex se, etiam non opponente parte. Non enim para-  
tur in hac specie præiudicium aliquod per cog-  
nitionem de libertate aut illi ipsi qui de libertate co-  
gnoscit aut illius iurisdictioni, sed alij iudici & alij  
iurisdictioni, Et scilicet qui de hereditate cogniturus  
est, id est Centumuiris, quorum fuit propria cog-  
niti-*

tio de hereditate nõ etiam de libertate *d. l. vlt. C. h. t. l. pen. de liber. legat.* Illud sanè verum est, posse  
huiusmodi exceptione opponi nõ solum ab here-  
de, qui conuenitur pro libertate ante propolitam  
aut finitam petitionem hereditatis *d. l. vlt. l. 2. de ex-  
cep. rei ind. l. qui cum herede 15. De obl. & act. l. quando in  
25. de bon. liber. l. si præteritus 15. de bon. poss. contr. tab. l.  
ita tamen 27. §. quoties ad SC. Trebell. sed et à filio  
exheredato qui acturus est de inofficioso si liti cõ-  
tra heredem instituta adesse, & interuenire velit.  
Nec enim nouum est vt iudicium inter alios in-  
choatum per tertium interuenientem impediatur  
*l. Titia 34. j. solut. marim. l. si sup. l. 29. sup. tit. prox.*  
*Auth. munc. si heres. C. de litig. iof.* Nam & cum heres  
ipse qui conuenitur hanc exceptionem opponit, non  
ex sua sed ex eius qui exheredatus est persona eam  
opponit, & vt Bartolus loquitur, pro interesse ex-  
heredati non pro suo. Certè is qui se vindicat in li-  
bertatem si postquam cõpiti agere velit iudicium  
differri non est audiendus, cum ad iudicium sua  
sponte venerit, vt post Accursium concludit Bar.  
*ex Auth. qui semel. C. quom. & quand. ind.* Nam & hic  
versic. ad eum pertinet cui sola libertas testamento  
data fuerit sine hereditate, & qui ad iudicium li-  
berale prouocet heredem institutum.*

*d. Donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem  
accipiat.* Nostri post Accursium & Bartolum sic in-  
telligunt vt induci dicatur iudicium cum sit abso-  
lutio ab obseruatione iudicij, finem verò accipere  
per sententiam diffinitiuam. Induci enim iudi-  
cium intelligunt pro eo quod est cancellati, vt in  
*l. inducendum 22. C. de sol. & rot. tit. De his que in t. Stam-  
delent. induc. vel inscrib.* Ego verò etsi nõ ignoro hæc  
verbi huius significationem, fateor tamen me non  
intelligere quid sit iudicium deleri aut obliterari,  
etũ hanc quoque interpretationem Guilli-  
mo Budæo viro doctissimo video placuisse. Indu-  
ci enim iudicium si quando prudentes dicunt sic  
accipiunt acti dicerent introduci & institui: vt in  
*l. Papinianus 8. §. si filius. sup. tit. prox.* quo tamè sen-  
su certum est verbum hoc in proposito accipi  
non posse. Itaque probabilius arbitror, vt dicamus  
corruptum esse hunc locum, & pro *inducatur* le-  
gendum esse *excludatur* nato errore ex conuictio-  
ne literarum *c. l. ex quibus facile constari potuit li-  
tera d. Sensus verò ita erit, & elegas, & apertus. Ex-  
cludi enim dicitur iudicium de inofficioso, vt &  
aliud quodlibet quando nec initium accipere po-  
test, quod contingit quoties is, qui agere aliquan-  
do potuit exclusus est ab agendo, vel tempore, vel  
repudiatione, vel quo alio modo, vt in *l. qui repu-  
dians 17. l. si ponas 23. §. vlt. sup. tit. prox.* Finem ve-  
rò accipere dicimus per sententiam definitiuam.  
*l. 1. de re iud. l. singulis 6. de excep. rei ind.* Alioqui fa-  
tendum erit prætermisum esse sanè ab Vlpiano, si-  
ue à Triboniano casum illum qui prætermitti mi-  
nimè debuit, quo iudicium excludatur per exclu-  
sionem actoris. Quomodo enim posset deleri, o-  
bliterari, aut deniq; finem accipere iudiciũ, quod  
numquã initium habuisset? *l. si Titio usufructus 96.  
de cond. & demonstr. l. 1. §. penultim. si quis omis. caus.  
testament.* Sanè induci iudicium eo sensu quo vo-  
lunt Accursius & Bartolus pro absolutione rei ab  
obseruatione iudicij numquam scriptum legi a-  
pud Iureconsultos aut Imperatores. Dices post  
iudicium acceptum quod sit lite contestata  
non differri iudicia singularia prætextu petitionis*



hereditatis, quamvis iudicium de hereditate non-  
dum finem acceperit, vt mox dicemus ex *l. si post li-  
tem 3. j. de excip. Malè* ergo tractari hic de iudicio  
quod finem acceperit. Respondeo post litem de  
hereditate contestatam non differri iudicia singu-  
laria, quæ aliam causam & originem petitionis ha-

ira demum autē suscipiuntur liberalia iudicia, si tam de inofficioso iudicium cōte-  
sta um est. ceterum, si non contestetur, non expectantur liberalia iudicia, & iā Diuus  
Pius rescripsit. Nam cum quidam Licinnianus de statu suo quaestione patiebatur,  
& ne maturius pronunciaretur de cōdicione sua, nolabat ad liberale iudicium ire, dicens  
susceptorum se de inofficioso testamento iudicium, & petiturum hereditatem, quam  
libertatem, & hereditatem ex testamento sibi defendebat. Diuus Pius ait si quidem  
possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis  
nomine iudicium susceptorus, & erat in arbitrio eius qui se dominum esse dicit, age-  
re de inofficioso testamento iudicium: nunc verò lib. obteru iudicij de inofficioso te-  
stamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram feri  
feruitur. Planè summam estimandum iudicij concessit, an forte bona fide imploretur  
iudicium de testamento: & si id deprehenderit, praestitendum modicum tempus in-  
tra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis paribus suis fungi.

Ad §. 1. de mun.

a Si iam de inofficio iudicium contestatum est. Ratio  
dubitandi. Sufficit sperari iudicium de inofficioso,  
aut aliud ad hereditatem pertinens, vt interim libe-  
ralia iudicia suscipiantur, ne prauidicium vllum  
hereditati fiat. *l. vlt. C. hoc. r.* & in hac ipsa lege paulò  
ante finem in illis verbis *licet iudicium de i. s. m. n-  
zo. non respicitur* Ergo non est necesse vt iudicium  
de inofficioso sit contestatum. Idque adeò verum est,  
vt si post litem de inofficioso aut aliter de heredi-  
tate contestatam singula, e aliquod iudicium pro-  
ponatur, nō possit locus esse exceptioni. Quod pre-  
iudicium hereditati nō fiat, quia huiusmodi excep-  
tiones futuri tantum non etiam facti iudicij no-  
mine comparatae sunt. futuram autē iudicium dici  
non potest quod iam est inchoatum. *l. si post litem 13.  
de excip. 1. j.* Ratio decidendi. Hic primus verti-  
culus est qui Tribonianum manum in tota hac lege  
& in ceteris aperitiùs d. regit, siue verba inspicias siue  
verborum sensum. Non enim iudicij vllius conte-  
statio fit, sed litis quæ ipsa per cōtestationē consti-  
tuitur. *l. vlt. C. de lit. contest. l. vlt. non nouam 1. 2. §. pa-  
troni. C. de iud. l. 2. C. de iur. iur. propt. calumnia.* Nil e-  
nim aliud est litis contestatio quàm eius rei de qua  
cōtrouersia est apud iudicem ex vtraque parte facta  
narratio testibus praesentibus, à quibus & nomen  
sumpsit contestatio, vt *Cutac. docet lib. 9. Obsern. c.  
21.* vbi tamē nō satis rectè addit. Cōtestat. one rē in  
iudiciū deduci, & actorem cōtestando nō tantum  
litem facere, sed etiam iā iudicium dictare, reū ve-  
rò accipere. Neque n. iudicium vllum esse potest  
priusquam iudex quitquam sit, iudex autē nullus  
est nisi qui à pretore aut alio magistratu post litem  
contestatam datur. In iudicis nimirum ordinatis  
de quib. loquimur, ex iuris veteris ratione, in quib.  
ordinarium erat vt non ipsi magistratus cognosce-  
rent, & pronunciant, sed post litem apud se con-  
testatam darent iudicem qui de facto cognosceret,  
ac pronunciatet. *l. 2. C. de pedan. iud.* Ergo litis cōte-  
statio praecedebat ipsum quoque initium iudicij  
quod à formula incipiebat, quæ pretor aliūve ma-  
gistratus lite demum contestata dictabat. Vnde fit  
vt passim videas in libris nostris tempus litis cōte-  
statae & tempus iudicij accipiendi pro eodem tūm,  
quia eo ipso instanti quo litis contestatio fit iudi-  
cium in eo est vt accipi debeat, Accipitur autē im-

mediatè & incontinenti post litem contestationem.  
Vnde fit etiam vt ad iudicij accepti tempus inter-  
dum prudentes nostri plerumque referant quæ alioqui  
magis vt de ac praecise referenda essent ad tempus li-  
tis contestatae, quoniam ea quæ inchoati sunt  
in esse creduntur vulg. *leg. lecta 30. vlt. de reb. iud. de  
r. b. cred.* Proinde ne à proposito nostro aberremus  
nemo benè dixerit iudiciū cōtestari, quomodo hic  
Trib. loquitur. cum & temporis & intellectus ordi-  
dine iud. cū nullum esse possit, nisi praecedente &  
absoluta prius litis contestatione. Quinquam autem  
iudiciū de inofficioso testamento non fuit in vbe  
ex numero extraordinarium, cū in ceteris iudiciis  
apud quos iudicē cōtestatio & cognosceret de cau-  
sa testamenti ac hereditatis & pronunciant, non  
etiam iudicē darent, non idē tanē poterat cen-  
turale iudiciū dici ante contestationem, nec in ipsa  
quoque contestatione, sed similiter post contestatio-  
nem, quo deniq. tempore incipieb. extraordinarium  
esse iudiciū. Nam in tempus vlt. litis cōtestatae  
inclusiue nihil habet extra ordinem, nec proinde  
poterat dici extra ordinem iudiciū. Ergo nec iudi-  
cium, quia eodē instanti quo iudicium esse incipit,  
necesse est vt & nomen & natura accipiat vel ordi-  
narij iudicij, vel extraordinarij. Sed & Trib. prodit  
aperitiùs quod sequitur *causam si non contestatur,  
non expectantur liberalia iudicia.* Nā patet id quod  
solum Tribonianus est cōtestatū verbum passiue su-  
mere cum sit verbū deponēs quod secundū gram-  
maticos habet actiui nō passiuū verbi significatio-  
nem, quis vnquam dixit, *expectari liberalia iudicia*  
pro eo quod est, suscipi & differri. Iudicium enim  
quod differretur & suscipitur, siue liberale sit, siue a-  
liud expectat verius quàm expectatur, cū iudicij  
quod in aliud tempus differretur mora fiat, nō etiā iu-  
diciū ipsū morā faciat. Nec apertius quisquā vt ego  
arbitror dici potest. Sed vt omittis verbis ad rem  
ipsam veniamus falsum etiam est, nec vllō alio iu-  
ris loco probabile quod hic dicitur post litem de in-  
officioso testamento contestatam differri liberalia  
iudicia, illud verò falsum. Non differri si litis nondū  
contestata sit. Pugnāt enim prior sententia cum *d.  
l. si post litem 3. de excip.* Posterior verò cū hac ipsa  
lege in postremis verbis quæ supra retulimus, &  
cum *d. l. vlt. C. hoc. r.* Ac quod ad posteriorem quidem  
pertinet, non est ex interpretibus qui neget, Ideo-  
que

que coguntur omnes sequi. Accurij nostri inter-  
pretationem, qui ad haec verba quæ explicauimus,  
*si iam de inofficio iudicium contestatum est* sic notat,  
*vel contestari speretur.* Et rursus ad illa sequentia *cau-  
terum si non contestatur* supplet similitur nec contestari  
speretur. Verum hanc interpretationem quæ omni-  
no ex iuris ratione necessaria est legis nostre verba  
nullo modo patiuntur. Vtetur enim lex verbis res-  
trictiuis, & praecisus ita dicitur autem, inquit, suscipi-  
untur liberalia iudicia si iam de inofficio iudicium  
contestatum est. In quo loquendi genere fortissimū  
& infallibile est argumentum à contrario sensu, per  
quod in proposita specie inferitur necessariò. Non  
ergo suscipiuntur liberalia iudicia si non iam contesta-  
tum sit iudicium de inofficioso. Ponderatus enim  
est in proposito articulus ille *iam* quem non satis  
ponderant qui Accurij interpretationem sequuntur.  
De quo ne posset dubitari, haec ipsa illatio sub-  
iungitur in illis sequentibus *causam si non contestatur,  
non expectantur liberalia iudicia.* Potiò nempe dixerit  
contestari iudicium, quod contestatum speratur, ne-  
que verò ait per æquipollens, aut etiam per fictio-  
nem habendū est pro cōtestato ob id solum quod  
contestari speretur. Alioqui pro contestatis omnia  
habebantur, cum moueri omnia possunt, quando  
aut excluda non sunt, aut finem nondum acceperunt.  
Prior autē propositio, quæ habet, Post litem  
de inofficioso testamento contestatā liberalia iudicia  
differri si de liberalibus iudiciis generaliter in-  
telligatur, id est, etiam quæ non ab eiusdem testa-  
menti causa, sed ab alia pendent, (nam quæ ab eo-  
dem testamento pendent, tantò magis differenda  
sunt in tempus vlt. que finiti iudicij propter exceptio-  
nem quæ locum habitura est rei indicatae, vt dixi-  
mus ad veritē praecedentem) apertè pugnat cū *d. l.  
post litem*, quæ licet de liberalibus iudiciis non lo-  
quatur, sed de iis quibus singula res hereditariae  
petantur ex alia causa quàm hereditas, loquitur ta-  
men de exceptione. Quod prauidicium hereditati  
non fiat, cuius potissimum potestate liberalia iudicia  
differuntur: & quæ tamen non possit dicere  
deterioris conditionis esse debere, quàm cetera  
quibus singulae res hereditariae petantur singulari  
iudicio vindicationis. Atqui deterioris condicio-  
nis essent si post litem de hereditate contestatam  
differrentur cū cetera non differantur, vt scri-  
ptum est in *d. l. si post litem*, vbi quod lex ait *post litem  
contestatam* si cum Accurij sic accipias quasi diceret  
*post litem finitam* (quod certe verba non admit-  
tunt, Initium enim litis accipit à cōtestatione non fi-  
nem) ridiculam facies Iulianum qui moneat, Post  
litem de hereditate finitam non posse obici exceptio-  
nē prauidicij. Cū enim dicimus, hereditati pra-  
uidicium fieri non debere, non tam de hereditate  
quæ de petitione hereditatis intelligimus, Petitio au-  
tem hereditatis nulla amplius superest post litem de  
hereditate finitam. Ideò verò sufficit contestatā esse  
litem de hereditate quamvis nondū finita sit, quia  
litis contestatio ipsa per se sufficiens est ad impediē-  
dum ne quid prauidicij fiat iuri in contestationem  
deducto: cum quale quid est cūm petitur, id est, tē-  
pore litis contestatae. *l. amplius 15. vlt. r. hab.* tale dari  
debeat *l. 2. j. de vj. iur.* nec proinde vlla indiget am-  
plius exceptione. Idque est, quod dicimus per cō-  
testationē litis poni actionē in tuto, vt ex eo tēpo-  
re neque morte, neque tēpore, neque alio vllō modo  
petire aut in totum, aut ex parte possit. *l. aliam 19. de  
nonat.* Igitur nec deterior fieri, aut vllū prauidicij

pati, quoniam quod deterius sit, ex parte perit: Vt nō  
possim nō mirari tam improbabile Accurij inter-  
pretationem: à Cuiacio probatam fuisse *lib. 9. obser-  
u. cap. 27.* & ab aliis omnibus interpretibus, quos pro-  
culubio vnus hic locus sefellit. Nam quod adfe-  
runt ex *l. vlt. C. hoc. r.* Si quis hereditatis petitionem vel  
susceperit vel suscipere sperat facile habet responsionē,  
posse id & debere accipi de petitione quæ sic susce-  
pta sit vt tamen nondum fuerit lis cōtestata. Suffici-  
pit enim petitionē quisquis post editam sibi actio-  
nem maualt contendere de re qua lis futura est. Quæ  
cedere: qua de causa fieri olim editio solebat *l. 1. §.  
de edend.* ex eoque tempore cōtrouersia incipere vi-  
debatur. Quod si neges cōtrouersia incepisse ab  
editione, illud tamen negari nō potest cōtrouersia  
esse ante contestationē *l. 5. in prin. §. h. t. l. sed er-  
si 25. §. si ante. j. cod.* Quid ergo vetat susceptam dici  
petitionem hereditatis ex die motæ cōtrouersiae,  
licet nondū lis fuerit contestata? Denique aliud est  
litem contestari, aliud verò petitionem suscipere.  
Quod si non differret, dicerem potius cum Ha-  
loandro tollenda esse verba illa *vel susceperit* quæ cum  
Græcis quod Cuiacius sequitur, retinenda, contra  
manifestā iuris rationē quæ extat in *d. l. post litem*.  
Nam praeter id quod lineis inclusa sunt, vt solēt ef-  
se quæ sunt suspecta, credibile est addita ea esse ab  
imperito interprete, motu fortassis ex distictione  
illa *vel* quæ poni solet inter partes distictas, nec a-  
nimaduertente poni etiam elegantet initio clausu-  
lae, & ante primā distictionis partē, Quamquā &  
sublati iis verbis quæ Haloaderi sustulit, nihil dece-  
rit clausula distictiua. Superest enim quod sequi-  
tur *vel suscipere sperat, vel mouere*, Vt intelligamus  
nō in eo esse distictionē, An quis petitionē heredi-  
tatis iā susceperit, an verò suscipere speret, sed in  
hoc vno. An hereditatis petitionē suscipere speret,  
an mouere: quorū vtrūque excludit casum illū quo  
iam sit lis contestata. Mouit etiam Cuiaciū, quod  
in *d. l. si post*, tractat Iulian. de facto iudicio, quo no-  
mine iudicium quod per sententiam finitum sit, si-  
gnificari ait ex *l. a quo. §. j. de rei vindicat.* & quibus-  
dā Ciceronis & Luuij locis. In quo veretur ne illum  
deceperit quod apud bonos Latinitatis autores a-  
lio sensu *iudicij* accipitur, cum de aliqua re iudiciū  
fieri, aut factū esse dicunt, aliud verò apud nostros  
cūm de iudicio loquuntur. Iudicium enim facere  
latinè dicimus pro eo quod est iudicare: quo tamē  
sensu vix potē sic vnquā locutos fuisse Iureconful-  
tos, etsi nihil apud eos frequentius est, quod de iudi-  
cato & de iudicando loquantur. Iudicium namque  
intelligunt, totū illud actionis exercitiū, quod me-  
ditū est inter litis contestationē & rem iudicatam,  
lite ipsa pendente. Excipio quod scriptum est in *d.  
l. a quo*, non tā ex Paulo quàm ex Alfeno Varo, qui  
primus ex nostris post Seruiū ipsi ferē Ciceronis  
temporibus scripsit, vt Pomponius refert in *l. 2. §.  
Seruius*, & §. *ab hoc plurimi. de orig. iur.* Vix enim  
Paulus *iudicij factum esse* dixisset pro eo quod alij  
omnes dicūt *iudicatum fuisse*. Etsi hoc quoque admif-  
so, nō tamē statim cōsequens fiet, vt sic accipi etiam  
Iulianus possit in *d. l. si post*, vbi manifestum est fa-  
ctum iudicium dici ad differentiam & antithesim  
iudicij non pendētis, sed futuri. Si iudicio pēden-  
ti opponas iudicium factum, eo demum casu fate-  
bor iudicij facti appellatione nihil nisi iudicatum  
significari, vt in *d. l. a quo* in qua iudicium factum  
opponitur iudicio accepto. Sed si opponatur fu-  
turo iudicio, vt in *d. l. si post*, nō aliud significare pot-  
est.

quàm iudicium præfens & quod iam sit, non quod finitum & terminatum, ut in *l. ex hoc edicto 9. §. 1. sup. de alien. iudic. mur. caus. fact.* Futuro enim iudicio non opponitur contradictoriè id, quod finitum sit, sed quod iam sit & pendeat, cum inter futurum & finitum illud medium sit quod pender. Perinde igitur est ac si Iulianus scripsisset exceptiones istas, Quod præiudicium hereditati non fiat, futuri tantum non etiam accepti iudicij nomine comparatas esse: Facta enim dicere solemus ea quæ nunc sunt, cum antea non essent idque ostendit etiam prius expressa mentio litis contestatæ, cui proximè, ut diximus, & immediatè succedit accepti iudicij tempus. Alioqui dicendum erit prætermisum esse à Iuliano totum illud tempus, quo lis pendeat & iudicium: nec possit ex eius sententia dici, an toto eo tempore sit locus exceptioni. Quod præiudicium hereditati non fiat, si fortè post litem de hereditate contestatam singule res hereditariæ petantur. Postremò illud etiam videtur sefellisse interpretes, quod scriptum viderant de exceptione *Quod præiudicium prædij non fiat in l. fundum 16. & au. b. §. qu. eod. tit. de except.* posse illam opponi & vtilem esse quandocunque ante sententiam & post litem quoque contestatam. Sic enim argumentari videntur, quasi non debeat minoris potestatis esse exceptio de qua nunc agimus, *Quod præiudicium hereditati non fiat*, quam diximus in præcedentibus omnium favorabilissimam esse. Sed observare debuerunt longè diversam esse harum exceptionum rationem. Nam exceptio, quæ datur ne prædij fiat præiudicium, eo tantum casu locum habet, quo sententia absolutoria de prædij possit parere exceptionem rei iudicatæ in posteriore iudicio, aut contrà, quo sententia condemnatoria in posteriore illo iudicio, eandem rei iudicatæ exceptionem patitura esset in priore: ut & Bart. ipse & post eum ceteri quoque tractant in *d. l. fundum*. Exceptio autem, de qua loquimur, Ne præiudicium hereditati fiat, non datur ad hunc finem, sed tantum ad hoc ne qualequale damnum & incommodum petitioni hereditatis accidat per aliam actionem, etiam si futurum non sit ut sententia in alio iudicio lata pariat exceptionem rei iudicatæ in hereditatis petitione. Itaque locus est huic exceptioni tum maximè cum aduersus possessorem vel petitorum hereditatis qui petitionem, vel suscipere sperat, vel mouere alius agit, quam qui possit de hereditate vel agere, vel cõueniri, & consequenter de alia re, quam de hereditate. Quo utique casu certum est sententiam inter alios latam etiam de iure testamenti, vel de legato, aut libertate nõ posse parere exceptionem rei iudicatæ in petitione hereditatis *l. 1. de except. rei iud. & tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. aliis non nocet*. Cum igitur non eò minus exceptio ista competat, ut apparet ex *d. l. ult. C. hoc rit.* fatendum est, non eam rationem huic exceptioni locum facere, ne duæ fiant lites de iis rebus quibus possit vna res iudicata sufficere arg. *l. singulis 6. de except. rei iud.* Sed illam potius quam attulimus in superioribus ex *d. l. ult.* Quod magnitudo & auctoritas centumuiralis iudicij non patiatur viam petitionis hereditatis per alios tramites infringi. Quæ ratio cessat si lis de hereditate contestata sit *d. l. si post litem*, quia post contestationem petitio hereditatis in toto est, nec infringi per alios tramites ullomodo potest, Quod si poneres post litem de hereditate contestatam moueri nouam controuersiam inter eos ipsos qui de hereditate litigant, & quidem de

ea re de qua si ferretur sententia pateret exceptionem rei iudicatæ in petitione hereditatis, non esset dubitandum meo iudicio, quin eadem exceptio locum haberet in hereditate quæ haberet in prædij, quoniam hoc casu eadem esset ratio vtriusque exceptionis: nec posset dici quod Iulianus scribit in *d. l. si post litem*, huiusmodi exceptionem Quod hereditati præiudicium non fiat futuri tantum nõ etiam accepti iudicij nomine comparatæ esse. Nã generaliter definiti potest, Quorum exceptio nõ ratio petenda est ex auctoritate rei iudicatæ, omnes eas etiam accepti iudicij nomine competere, ac post litem quoque contestatam in diem vsq; rei iudicatæ opponi posse: ante litem verò contestatam opponi non posse: quoniam & demum actio privilegium habet ut prius iudicari debeat quæ prius fuit contestata, non quæ adhuc nunquam. stultumque esset tractare de re iudicanda ante factam contestationem. A nõ diuerso illa exceptio, de qua in *d. l. fundum*, Ne fundo præiudicium fiat, non ex magnitudine & auctoritate aliqua iudicij iam accepti proficitur, sed ex ratione illa vnica, Ne duo iudicia fiant de iis rebus quæ vno eodemque iudicio per consequentiam expediri possunt *d. l. singulis*, ubi etiam additur, quod ad rem nõ valde pertinet, Ne diuersa inter eandem partes pronuncietur: Ideoque nec aliter sibi locum vindicat ista exceptio quam si inter eos ipsos inter quos talis pender de fundo, actio aliqua noua moueatur, quæ prius sit contestata quæns puta de seruitute ut in specie *d. l. fundum*. Ex quo etiam sit, non solum, ut possit opponi post litem contestatam, sed ut nec ante contestationem opponi debeat, ne prius de re iudicatæ quæ de litem contestata quaeratur, Sicut neque opponi possit alio secundæ actione instituentem, quæ eo qui instituit primæ quia scilicet est quod eo casu tractari possit de auctoritate rei inter alios iudicatæ *d. l. 1. de except. rei iud.* Præiudicium enim hoc casu accipitur pro præiudicato, cum tamen de præiudicio in petitione hereditatis agatur, nõ pro præiudicato accipi nomen præiudicij debeat, sed potius pro incommodo, & damno: Tantaque inter diuersas istas eiusdem verbi significaciones differentia est quanta Gallicis est inter duo hæc nomina *preiudice & prouogé*. Ita fit ut cum de hereditate tractatur, duplex sit exceptio præiudicij quæ locum habere potest, Vna per quæ fiat ne via petitionis hereditatis per alios tramites infringatur. Et hæc futuri tantum iudicij nomine comparata est, siue is agat qui hereditatis petitionem aut suscipere aut mouere sperat, siue alius, dummodo iudicium singulare ex alia causa sit quæ ex quæ futurum est vniuersale petitionis hereditatis, nec proinde post litem contestatam opponi vnquam potest, cum nulla opus sit via ad hereditatis petitionem instituendam, vbi iam de ea lis fuit contestata. Altera verò per quam opponitur de rei siue in priore, siue in posteriore instantia iudicandæ auctoritate, Et hæc licet nõ nisi propter rem iudicatam comparata est, ita nec nisi inter eandem personas locum habere potest, nec nisi post contestationem. Vtrique verò comune illud est, ut neutra locum habere possit post litem iudicatam, quoniam eo tempore sola exceptio rei iudicatæ utilis esse potest & aliarum quarum propria condicio illa est ut iudicatum adprobent potius quam impugnent, Quales sunt Solutionis, Compensationis, & De eo quod facere condemnandus possit, ac aliarum si quæ sunt similes. Cum verò non de hereditate, sed de prædij agitur, vna tantum exceptio est, cui locus sit lite demum

con-

contestata non antea. & inter eosdem litigatores non inter alios. Ne possimus dubitare favorabiliorum esse hæc parte causam hereditatis quam prædij, cum in quod dicitur de prædij locum habeat etiam in hereditate, non contrà. Non quia hereditatis iudicium sit vniuersale, fundi verò singulare, ac ut nostri loquuntur, particulare, sed quia illud centumuirale est, hoc verò priuatum *d. l. ult. C. hoc rit.* ut iam supra monuimus. Proinde quod olim obtinuit in iudicio petitionis hereditatis, non facile protrahendam est quomodo Bartolus & alij protrahunt, ad cetera iudicia vniuersalia, quasi institutis iis debeant pariter ilere omnia singularia. Non enim eadem hæc parte ratio esse potest ceterorum iudiciorum vniuersalium, quæ licet perinde vniuersalia sint, non tamen sunt centumuiralia. Acque ita vniuersa hæc questio alioquin perplexa satis & inuoluta explicanda est non quomodo à nostris interpretibus, ex quorum commentariis facile qui libet videat non potuisse illos se hinc extricare: Maximè propter hanc legem quæ non solum cum iurisdictione pugnat, sed etiam cum ceteris legibus. Nec est quod quis tenet dicere, Aliud esse litem de hereditate contestatam esse ut in *d. l. si post litem*, Aliud verò iudicium de inofficioso contestatum fuisse quomodo hic loquitur Tribonianus. Nam etiam diuersæ sunt actiones inofficiosi testamenti & petitionis hereditatis, ut plurimum tamè eodem iudicio proponuntur *l. qui de inofficio 20. sup. tit. prox.* quamuis petitio hereditatis eo casu proponatur subordinatè, ita ut prius pronunciarum oporteat super querela inofficiosi quam pronunciarum possit super hereditate. Sed non eadem ratio est contestationis, Nihil enim verat vna eademque contestatione & querela inofficiosi & petitionem hereditatis concludit: quod si fiat, idem est dicere contestatam esse litem de hereditate & contestatam esse de inofficioso. Sed etiam poneres duobus diuersis iudiciis actum esse, & de inofficioso, & de hereditate, duplicemque necessariam esse contestationem, posset quidem dici liberalia iudicia differri post litem de inofficioso contestatam, propter quod eo tempore verum esset nondum fuisse contestatam litem de hereditate, atque ita non pugnet *d. l. si post*, quæ tantum negat singularia iudicia differri post litem de hereditate non de inofficioso testamento contestatam: (esse autem hæc conciliatio melior quam vlla ex iis quæ ab Accursio & Cuiacio adferuntur) Sed non eò minus tamen falsum esset quod hæc lex ait, Ita demum differri iudicia liberalia si iam lis contestata sit de inofficioso. Nam & ante litem de inofficioso contestatam, petinde verum est sperari iudicium petitionis hereditatis, quæ si lis de inofficioso contestata esset. Sperari porro sufficit ut locus sit exceptioni. Quod præiudicium hereditati non fiat *l. §. sup. l. ult. C. eod.* si modo causa libertatis pendeat à causa testamenti, ut supra explicauimus. Hoc enim addendum est ut casum illum excipiamus, quo liberale iudicium ex alia causa instituat quoniam ex qua petitur hereditas, Quo utique casu non differretur præteritum futuri iudicij de hereditate, vel de testamento, non magis quam post litem de hereditate vel de testamento contestatam Sicut è contrario differret etiam post litem contestatam de testamento vel de hereditate si ab eiusdem testamenti causa pendeat, propter exceptionem rei iudicatæ, quæ post prius iudicium finitum potest habere lo-

cum in posteriore. Et ita Bart quoque sentit, nihil interesse an de inofficioso testamento, an verò de hereditate lis contestata sit, Nihil rursus referre an de inofficioso testamento, an de hereditate lis aliqua speretur. Atque hæc quidem ad hunc locum sufficiant Reliqua persequamur.

b *Et ita Dnus Pius rescripsit.* Agnosce morem Triboniani semper aliquod Imperatoris rescriptum allegantis, & ab eo abutentis ut ius quod in vna specie constitutum est ad aliam specie planè dissimilem trahat. Videamus igitur an Dnus Pius rescripsit, ita demum differri liberalia iudicia si iam lis de inofficioso sit contestata. Hoc enim est quod proximè dixit Tribon. quodque ex *l. c. Dni Pij refer. pro probandum habet.* Illud verò priuatum obseruandum est, ea quæ sequuntur ad casum superioribus dissimilem pertinere. Nam huiusmodi actum est de iure vindicantem in libertatem: in sequentibus verò agitur de eo qui peratur in seruitutem. In superioribus de eo qui se ex testamento liberum tantum dicebat non etiam heredem. In sequentibus autem de eo qui & libertatem & hereditatem sibi vindicabat ex eodem testamento. Denique in superioribus de eo qui liberale iudicium instituere volebat contra heredem scriptum non contra filium exheredatum actum, de inofficioso. in sequentibus verò de petito in seruitutem ab ipso filio qui querelam mouebatur.

c *Nam cum quidam Licinnianus.* Proponebatur ergo hic Licinnianus qui seruus erat, à domino suo liber & heres institutus filio exheredato: Pariebatur autem status sui controuersiam à filio, qui hunc seruum suum esse dicebat, fortè ceteris peculij si filius erat in potestate, aut alterius generis bonorum si erat emancipatus. Alioqui non posset locus esse questioni si non alio iure filius exheredatus faceret controuersiam status quam ex causa inofficiosi testamenti, cum eo casu necessarò agendum esset de inofficioso, quo facto nec liberale iudicium accipi vnquam posset, siue pro testamento pronunciarum esset, siue contra testamentum. Cum igitur hæc filius seruum suum esse diceret, ac præterea contenderet inofficiosum esse patris testamentum in quo fuerat exheredatus, & ex quo Licinnianus & libertatem & hereditatem sibi adseribat, hoc præteritum se tuebatur Licinnianus ne ad liberale iudicium ire cogere, quod speraretur lis de inofficioso, & consequenter de hereditate, cui per iudicium liberale fieri præiudicium non oportebat. Præsertim cum paratum se diceret suscipere vtramque iudicium, sc. de inofficioso & petitionis hereditatis (sic enim legendum est, non ut vulgo & petitorum hereditatem. Si quidem non alius de inofficioso conueniri potest, quam qui heres iam sit, & à quo hereditatem petere actor possit *l. Papinianus 8. §. si conditioni. l. qui de inofficioso 20. §. tit. prox.* facile autem constari hic error potuit ex eo fortè quod scriptum erat paucioribus literis & *peti. hered.*) Nisi magis legere vel petitorum, ut vterque casus alternatiuè comprehendatur, & quo Licinnianus sit possessor hereditatis, & quo non sit possessor. Nam quo casu possessor est, ad eum pertinet, ut suscipiat iudicium de inofficioso. Cum verò possessor non est, petere debet hereditatem. Quærebatur ergo an nihilominus liberale iudicium interim suscipere cogere, Dnus Pius de eo consultus rescripsit, si Triboniano credimus, distinguendum esse an Licinnianus esset ipse possessor hereditatis, an verò alius quilibet, siue pro herede possidens, siue pro possessore. Priore casu facilius



audiendum Licinnianum dandamq; ei exceptionem. Quod præiudicium hereditati non fiat contra exheredatum, qui se dominum esse contendebat, eum esset ipse hereditatis nomine iudicium suscepturus, & esset in arbitrio & potestate filij exheredati dominium in seruo vindicantis agere de inofficioso testamento statim, si vellet, ne fieret longior mora quæstioni de seruitute. Sed posteriore casu, id est, si non Licinnianus ipse possideret, sed alius contra quem proinde mouenda lis erat de inofficioso testamento & de hereditate, non debere sub obtentu iudicij de inofficioso testamento, quod Licinnianus nec suscepit, nec suscipere possit, moram fieri per quinquennium seruituti (quo tempore quinquennij, cum ius agendi de inofficioso concludatur *l. contra maiores 16. l. si quis filium 34. in fil. scimus 36. §. ult. C. de inoff. testam. frustra esset expectari post quinquennium querelam que moueri amplius non posset.*) Alioqui dicendam esset durante toto illo tempore quinquennij, quo proponi querela potest, non fore in potestate filij exheredati ut ius suum quod habet in Licinnianum exequatur, tamen nulla siue de testamento, siue de hereditate quæstio aut contra Licinnianum, aut ab ipso moueatur. Quod tamen absurdum & iniquum esset, cum ius filij exheredati in caput huius serui non ex querela inofficiosi testamenti pendeat, sed ex alia causa quæ nihil cum testamento commune habet. Nam & similiter dicimus si seruus aliunde sibi adferat libertatem quam ex testamento contra quod querela speratur non esse differendum liberale iudicium, ut sequitur in hac lege. At neque potest fieri ut Licinnianus à testatore liber esse iussus, hereditate institutus hereditatis petitione moueat vtiliter quin prius constet an fuerit seruus testatoris. Nam si seruus filij fuit, non potuit ei libertas directa dari, nec proinde hereditas, nisi ex persona domini sui & ad ipsius dominij vtilitatem, & consequenter videtur in hac specie causa status esse præiudicialis ad causam hereditatis, ac proinde prius tractanda *l. quoniam Alexandrum 26. C. ad leg. Jul. de adul.* Planè concessit Diuus Pius iudici ut æstimeret an de inofficioso testamento iudicium bona fide imploretur, ut si hoc deprehenderit, præstituat modicum tempus intra quod fiat contestatio querelæ inofficiosi, Quo non facta iudex libertatis, partibus suis fungi iubeatur, hoc est de libertate cognoscere & pronunciare. Et hæc totius legis huius sententia est, Nisi quod additur in *versio. quoties*, Si is qui & libertatis, & hereditatis controuersiam patitur, se non ex eo testamento liberum dicat, sed ex alia causa, fortè quòd à viuo testatore fuerit manumissus, non debere impediri liberalem causam, licet iudicium de testamento moueri speretur, Dummodò tamen prædicatur iudici liberalis causæ, ne vllum adminiculum libertatis ex eo testamento admittat. Sed hæc omnia etiam si maximè verè & ex iuris ratione dicerentur, de quo postea videbimus, quid obsecro commune habent, cum eo quod Tribonianus probare voluit, & debuit. Ita demum differendum esse liberale iudicium si iudicium de inofficioso fuerit contestatum, contra verò non esse differendum si nulla de inofficioso contestatio adhuc facta sit, Imò verò siue primam, siue secundam distinctionem in rescripto adhibita partem confideres, prætercausum diuersitatem supra iam obseruaram, repugnat omnino rescriptum, & supradictam

conclusionem conuincit. Nam priore casu, id est cum Licinnianus possessor ipse est hereditatis, cuius controuersiam timeret à filio exheredato, ex causa mouendæ querelæ inofficiosi, rescriptum Diui Pius audiendum esse Licinnianum petentem dici ferri liberale iudicium, ob id quòd esset ipse iudicium hereditatis suscepturus, & in potestate esset filij dicentis se dominum agere de inofficioso testamento. Atqui non ponimus fuisse adhuc litem de inofficioso contestatam, E contrario ponimus non fuisse, sed tantum in filij arbitrio esse ut contestetur si velit. Ergo non est verum, ita demum differi iudicia liberalia si de inofficioso iudicium iam contestatum sit, ut Triboniani verbis vtar. Qui potius verum est, differri iudicium liberale etiam si nondum lis contestata sit at ne quidem mora, siue de testamento, siue de hereditate, dummodò moueri speretur, ut supra probauimus ex verbis illis huius legis *licet iudicium de inofficioso moueri speretur*, & ex *l. ultim. C. hoc tit.* Posteriore autem casu, id est, cum possessio hereditatis non penes Licinnianum est, sed penes alium, Rescriptum quidem Diuus Pius differri non debere iudicium liberale At non ratione illa, quòd nondum esset contestatum iudicium de inofficioso, sed quòd neque posset iudicium de inofficioso moueri à filio, contra non possidentem hereditatem qui & liber & heres esse negabatur, neque rursus posset Licinnianus hereditatem petere à possessore priusquam probaret se ex testamento quod inofficiosum dici sperabatur, & liberum & heredem esse. Itaque liberalis causa erat omnino, ut dixi præiudicialis ad causam inofficiosi testamenti & hereditatis. Idque ita esse apparet euidentius ex eo quod subiungit Tribonianus rescriptum fuisse à Diuo Pio, Si bona fide iudicium de inofficioso imploretur, iudicium liberale differendum esse. Non enim ob id solum quod imploretur bona fide, contestatum tamen videri potest. Non ergo est necessaria contestatio, ut liberale iudicium differatur. Sed singula quæso Triboniani verba expendamus.

*d. At cum quidam Licinnianus de statu suo controuersiam patiebatur.* Scribendum erat *pateretur*, & paullo post *nollet pro nolebat*. Sic enim frequentius iureconsulti loquuntur. Tribonianus verò contra passim vsurpat verbum præteriti imperfecti indicatiui modi pro verbo præsentis temporis subiunctiui, ut ex legibus Codicis passim apparet. Sequitur *et ne maturius pronunciar. tur de conditione sua.* Voluit Tribonianus dicere *ut tardius pronunciar. tur.* Id enim agebat Licinnianus ut moram faceret causæ liberali, eam nollet ad liberale iudicium ire, ut lex ait. Noli verò sic intelligere quasi verendum sit ne citius pronuncietur de libertate quam pronunciar. tur ex iuris ratione oporteat, si de liberali causa prius quam de inofficioso pronuncietur. Sed sic potius ut nollet Licinnianus liberale iudicium suscipere, ne citius de conditione sua pronunciar. tur, quam vellet, non alia vtriq; de causâ quam quòd iuri suo daffideret. Sequitur

*e. Dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium & petiturum hereditatis.* Hic verò mirum in modum torquet se Accurs. Barr. & cæteri. Nec enim possunt videre qua ratione fieri possit, ut in vno eodemque casu Licinnian. possit & iudicium de inofficioso suscipere, & petere hereditatē, Cum eius sit iudicium de inof-

inofficioso suscipere à quo peti potest hereditas, ac proinde qui sit possessor hereditatis, Hereditatem verò petere eius demum qui non sit possessor. Nec enim hic casus ex iis est in quibus contra iuris rationem & regulas actio possidenti detur. Itaque coguntur dicere per zeum, ut loquitur Accursius, repetenda esse verba illa *si suscepturum acti scriptum esset dicens se suscepturum iudicium contra petiturum*, id est eum qui petiturus est hereditatē. Quæ interpretatio prorsus est improbabilis. Dicerem potius eum casum significari quo Licinnianus heres scriptus instituat petitionem hereditatis, & nihilominus suscipiat iudicium de inofficioso, proposita per filium querela in modum contradictionis, ut scriptum est in *l. Papinianus 8. §. si filius supra. tit. prox.* Hoc enim casu enenit, quòd alio præterea nullo, ut eadem persona & suscipiat iudicium de inofficioso & petat hereditatem. Sed neque interpretatio hæc conuenit iis quæ sequuntur. Ad eum namque solum casum pertinet, quo heres scriptus non sit possessor hereditatis. Atqui nos eam quoque tractamus speciem in qua Licinnianus fuerit possessor. Inde namque incipit rescriptum Diui Pij relatum à Triboniano. Nullo autem casu fieri potest ut qui hereditatis possessor est hereditatem petat. Est igitur hæc mera ineptia & incertitia Triboniani. Debeuerat enim scribere quomodo supra emendauimus *dicens se suscepturum iudicium de inofficioso & petitionem hereditatis.* Aut potius mutata coniunctiua in disiunctiuam *vel petiturum hereditatem*, ut his verbis duplex ille casus comprehendatur, Prioris quidem prior, quo Licinnianus esset possessor hereditatis, Posterioribus verò posterior quo non esset. Verum neque hæc emendatio incertiam Triboniani potest legere vel emendare. Nam eum his verbis agatur de Licinniano, qui non potuit & possessor hereditatis esse & non esse, nec illud fieri potuit, ut Licinnianus diceret se & suscepturum iudicium de inofficioso tanquam possessorem, & petiturum hereditatem tanquam non possessorem. Contraria enim adeoque contradictoria allegaret, ac proinde non esset audiendus, ut dixi ad legem proximam in fin. supra. Sequitur

*f. Quia libertatem & hereditatem sibi ex testamento defendebat.* Ergo, ut posuimus, erat Licinnianus testamento liber esse iussus, & heres institutus. Is verò qui se Licinniani dominum esse dicebat, eumq; in seruitutem reuocabat, erat exheredatus, ut apparet ex sequentibus illis verbis *et erat in arbitrio eius qui se dominum dicit agere de inofficioso testamento iudicium.* Et consequenter alio iure se dicebat dominum quam vel ex testamento cum esset exheredatus, vel ab intestato cum adesset testamentum. Sequitur

*g. Diuus Pius ait.* Hoc verbum ait, Tribonianus fecit præteriti temporis perfecti, contra regulas grammaticorum, vel si voluit esse id temporis præsentis, malè, ac inuita quoque grammatica id fecit, cum tractaret de rescripto iam ante multos annos facto, & accommodato ad eam facti speciem, de qua dictum erat per verba præteriti temporis imperfecti *proponebatur, nolebat, defendebat*, quibus certe verbum præsentis temporis non nisi valde ineptè subiungi potuit. Sequitur

*h. Siquidem possessor esset hereditatis Licinnianus.*

Meritò adhibenda fuit ab Imperatore distinctio ista, si Licinnianus in proponenda facti specie tam insulfus fuerat, quam insulfum facit Tribonianus, cum ponit illum dixisse paratum se & suscipere iudicium de inofficioso, & petere hereditatem. Nam qua parte dixit paratum se suscipere iudicium de inofficioso dixit se possessorem, Nisi fortè sic intelligas ut paratus fuerit illud suscipere per modum contradictionis, quod tamen nisi valde improprie dici non potest ut postea videbimus: Quæ verò parte dixit se petiturum hereditatem, professus est aperitissimè, non esse se hereditatis possessorem. A quo enim possessore petere hereditatem posset is qui possessor ipse esset? Verum non idè credibile sit tam ineptum fuisse libellum eius qui cõsultat Imperatorem. Dignior enim fuisset qui repulsum ab Imperatore pateretur, quam qui Imperatorem ad distinctionem adhibendam permoueret. Ponendum tamen est precibus Imperatori porrectis non satis manifestè expressum fuisse an Licinnianus possessor esset hereditatis necne: Quæ res huic distinctioni causam dedit, ut & in *l. precibus 8. C. de impub. & aliis subsist. l. et responsum 15. C. de transact.* Sequitur

*i. Facilius audiendum, quoniam hereditatis nomine iudicium est suscepturus.* Bona est ratio ad hoc ut concludamus differri debere iudicium liberale, ut & cætera omnia quædiu speratur iudicium vniuersale ac centumuirale, de inofficioso testamento & de hereditate. *l. ult. C. hoc tit. l. si post litem 13. in fi. de except.* Ergo falsum est quod Tribonianus supra dixit, ex hoc ipso Diui Pij rescripto probare voluit, Ita demum differri liberalia iudicia, si iam de inofficioso iudicium contestatum sit. Tantum abest, ut ex hoc rescripto id probetur. Idq; nec Accursius negare potest qui probationem superioris sententiæ ex huius rescripti autoritate petitam negare esse bonam. Sequitur

*k. Et erat in arbitrio eius qui se dominum esse dicit.* Alius quilibet præter Tribonianum scripisset, quomodo sanè scribendum fuit *dicebat* non ut scriptum est in tempore præsentis *dicit*. At Triboniano nihil familiaris est, quam ut tam facile confundat tempora, quam frequenter confundit & peruertit rationem ipsam iuris, Sed quis vquam ex prudentibus ita locutus fuisset, quomodo idem noster Tribonianus in eo quod subiungit *agere de inofficioso testamento iudicium.* Agere siquidem iudicio dicunt iureconsulti, non *agere iudicium* pro eo quod est *exercere*. Sequitur

*l. Nunc verò.* Id est in casu qui sit contrarius superiori, & in quo Licinnianus non sit possessor hereditatis quam filius exheredatus petere vult ex causa querelæ inofficiosi: Similis locutio est in *l. 2. in fin. j. ad SC. Trebell.* si modò legas *nunc ergo plus Titio debetur* non ut vulgo legitur *non ergo*, Ita enim locum illū emendauimus *lib. 4. Coni. tur. cap. 14.* Sicut & in hoc loco plerique libri veteres habent *non pro nunc*. Omnino corruptè. Sequitur enim negatio in sequentibus illis verbis *non debere moram fieri seruituti* quæ negatio in veteribus exemplaribus deest. Ineptè tamen hac quoque locutione abusus est Tribonianus. Tunc enim ei locus esse potest cum post digressionem aliquam reditur ad propositam speciem, quod plerumque prudentes nostri efferunt his verbis *in proposito*, ut in *l. cum quis 38. §. 1. in fin. j. de solut. iuris* iis quæ de illius loci sententia & emendatione scripsimus libr. Con-





eo magis tamen poterit hereditatem retinere, si postea probetur seruus exheredari, qui in querela succubuit. Siac vincatur, perinde tamen seruus pronunciaripotest ac si iudicium de inofficioso nunquam fuisse pisset. Sed & cum exceptiones istae quod prauidicium: b. v. d. i. t. n. o. n. f. i. a. t. i. n. o. n. f. i. a. t. i. n. o. n. t. a. m. p. r. o. t. u. e. n. d. o. i. u. r. e. i. e. i. q. u. i. c. o. n. u. e. n. i. t. u. r. q. u. a. m. p. r. o. p. t. e. r. m. a. g. n. i. t. u. d. i. n. e. m. & a. u. t. o. r. i. t. a. t. e. m. i. u. d. i. c. i. j. C. e. n. t. u. m. u. i. r. a. l. i. s. v. t. s. c. r. i. p. t. a. m. e. s. t. i. n. d. l. v. l. t. C. h. o. c. r. i. t. a. d. e. o. q. t. a. m. e. n. n. i. h. i. l. i. n. t. e. r. f. i. t. o. p. p. o. n. e. n. t. i. s. v. t. s. u. p. r. a. d. i. x. i. m. u. s. a. p. p. a. r. e. t. n. o. n. e. s. s. e. h. i. c. i. n. q. u. i. e. n. d. u. m. a. n. b. o. n. a. f. e. d. e. i. u. d. i. c. i. u. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. v. e. l. d. e. h. e. r. e. d. i. t. a. t. e. i. m. p. l. o. r. e. t. u. r. s. e. d. i. l. l. u. d. t. a. n. t. u. m. A. n. p. r. a. u. d. i. c. i. u. m. a. l. i. q. u. o. d. h. e. r. e. d. i. t. a. t. i. e. x. e. a. r. e. f. i. e. r. i. p. o. s. s. i. t. a. n. n. o. n. D. e. n. i. q. u. e. n. o. n. v. i. d. e. o. q. u. i. d. h. o. c. s. i. i. m. p. l. o. r. a. t. i. i. u. d. i. c. i. u. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. a. b. h. e. r. e. d. e. s. c. r. i. p. t. o. P. r. o. e. o. q. u. o. d. v. o. l. u. i. t. T. r. i. b. o. n. i. a. n. u. s. d. i. c. e. r. e. O. p. p. o. n. i. s. i. h. e. r. e. d. e. m. s. c. r. i. p. t. u. m. d. e. p. e. r. i. c. u. l. o. m. o. u. e. n. d. a. q. u. e. r. e. l. a. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. i. S. o. l. e. m. u. s. n. a. m. q. u. e. i. m. p. l. o. r. a. t. e. t. a. n. t. u. m. i. l. l. a. e. x. q. u. i. b. u. s. l. u. c. r. u. m. a. l. i. q. u. o. d. & c. o. m. m. o. d. u. m. s. p. e. r. a. m. u. s. a. t. n. o. n. e. t. i. a. m. e. a. q. u. a. n. i. h. i. l. n. i. s. i. d. a. m. n. u. m. & i. n. c. o. m. m. o. d. u. m. a. d. f. e. r. e. p. o. s. s. i. n. t. i. n. q. u. o. n. u. m. e. r. o. h. e. r. e. d. i. i. n. s. t. i. t. u. t. o. e. s. t. q. u. e. r. e. l. a. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. i. c. o. n. t. r. a. i. p. s. u. m. m. o. u. e. n. d. a. M. a. l. e. e. r. g. o. & v. a. l. d. e. & i. m. p. r. o. p. r. i. e. s. c. r. i. p. s. i. t. h. i. c. T. r. i. b. o. n. i. a. n. u. s. i. m. p. l. o. r. a. t. i. i. u. d. i. c. i. u. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. p. r. o. e. o. q. u. o. d. v. o. l. u. i. t. & d. e. b. u. i. t. s. c. r. i. b. e. r. e. o. p. p. o. n. i. d. e. m. e. i. n. s. u. u. r. i. i. u. d. i. c. i. j. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. S. e. q. u. i. t. u. r. p. E. t. s. i. d. e. p. r. e. b. e. n. d. e. r. i. p. r. a. e. s. t. i. t. u. e. n. d. u. m. m. o. d. i. c. u. m. t. e. m. p. u. s. H. a. e. e. t. i. a. m. l. o. c. u. t. i. o. p. l. a. n. e. T. r. i. b. o. n. i. a. n. a. e. s. t. S. o. l. e. t. e. n. i. m. T. r. i. b. o. n. i. a. n. u. s. s. u. a. s. a. c. c. o. n. t. e. s. t. a. t. u. m. i. n. t. a. d. h. i. b. i. t. o. p. a. s. s. i. u. m. h. u. i. u. s. m. o. d. i. t. e. m. p. e. r. a. m. o. d. i. c. i. t. e. m. p. o. r. i. s. v. t. d. i. x. i. m. u. s. a. d. l. f. d. b. i. t. o. r. i. 22. s. u. p. d. e. i. u. d. i. c. i. o. S. e. d. q. u. a. m. s. i. t. i. n. i. q. u. a. h. a. e. a. q. u. i. t. a. s. & i. n. d. i. g. n. a. q. u. a. m. D. i. u. o. P. i. o. I. m. p. e. r. a. t. o. r. i. p. l. a. c. u. i. s. s. e. c. r. e. d. i. p. o. s. s. i. t. e. x. e. o. a. p. p. a. r. e. t. q. u. o. d. m. o. d. i. c. u. m. i. s. t. u. d. t. e. m. p. u. s. n. o. n. a. l. i. j. p. o. s. s. e. t. p. r. a. e. s. t. i. t. u. i. q. u. a. m. L. i. c. i. n. n. i. a. n. o. i. u. d. i. c. i. u. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. i. m. p. l. e. r. a. n. t. i. n. e. c. r. u. r. s. u. s. a. d. a. l. i. u. m. s. i. n. e. m. q. u. a. m. v. t. s. i. i. n. t. r. a. t. e. m. p. u. s. i. l. l. u. d. n. o. n. s. e. q. u. a. t. u. r. c. o. n. t. e. s. t. a. t. i. o. p. o. s. s. i. t. i. u. d. i. c. i. u. m. l. i. b. e. r. a. l. e. c. o. n. t. r. a. L. i. c. i. n. n. i. a. n. u. m. e. x. e. r. c. e. r. i. A. r. q. u. i. n. o. n. e. s. t. i. n. p. o. t. e. s. t. a. t. e. L. i. c. i. n. n. i. a. n. i. v. t. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. l. i. t. e. m. c. o. n. t. e. s. t. e. t. u. r. c. o. n. t. r. a. f. i. l. i. u. m. e. x. h. e. r. e. d. a. t. u. m. I. p. s. i. u. s. e. n. i. m. e. s. t. s. u. s. c. i. p. e. r. e. i. u. d. i. c. i. u. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. n. o. n. a. g. e. r. e. F. i. l. i. j. v. e. r. o. e. x. h. e. r. e. d. a. t. i. e. s. t. a. g. e. r. e. & c. o. n. s. e. q. u. e. n. t. e. r. l. i. t. e. m. c. o. n. t. e. s. t. a. r. i. A. c. t. o. r. e. n. i. m. m. a. x. i. m. e. l. i. t. e. m. c. o. n. t. e. s. t. a. r. i. d. i. c. i. t. u. r. n. o. n. r. e. u. s. v. t. t. r. a. c. t. a. r. C. u. i. a. c. i. u. s. l. i. b. 10. O. b. s. e. r. c. a. p. 20. P. o. r. t. o. n. o. n. e. s. t. i. n. p. o. t. e. s. t. a. t. e. r. e. i. q. u. a. n. d. o. c. o. n. u. e. n. i. a. t. u. r. n. e. c. p. r. o. i. n. d. e. q. u. a. n. d. o. f. i. a. t. l. i. t. i. s. c. o. n. t. e. s. t. a. t. i. o. d. l. f. 5. v. l. t. i. n. f. d. e. d. o. l. i. m. a. l. i. e. x. c. e. p. t. i. o. n. l. p. e. n. d. a. 6. C. o. d. d. e. t. e. m. p. o. r. i. n. i. n. t. e. g. r. e. s. t. i. I. n. i. q. u. a. m. i. g. i. t. u. r. e. s. t. d. e. t. e. r. i. o. r. e. m. f. i. e. r. i. e. i. u. s. c. o. n. d. i. c. i. o. n. e. m. o. b. i. d. s. o. l. a. m. q. u. o. d. a. d. u. e. r. s. a. r. i. u. s. n. o. l. u. e. r. i. t. i. n. t. r. a. t. e. m. p. u. s. p. r. a. e. s. t. i. t. u. m. l. i. t. e. c. o. n. t. e. s. t. a. r. i. e. s. s. e. t. q. u. e. t. e. m. p. u. s. i. l. l. u. d. n. o. n. L. i. c. i. n. n. i. a. n. o. p. r. a. e. s. t. i. t. u. e. n. d. u. m. q. u. e. m.

2 ¶ Quoties autem quis patitur controuersiam libertatis & hereditatis, sed se non ex testamento liberum dicit, sed alias vel à viuo testatore manumissum: non debere impediri liberalem causam, licet iudicium de testamento moueri speretur, Diuus Pius rescripsit, adiecit planè in rescripto: Dummodò pradicatur b iudici liberalis causae ne vllum adminiculum libertatis ex testamento admittat.

Ad §. 2. Quoties autem.

a Quoties autem quis patitur controuersiam libertatis & hereditatis, &c. Alius, & nouus hic casus est. Hucusq; enim agimus de Licinniano qui ex testamento quod inofficiosum dicebatur, & libertate & hereditate sibi vindicabat. Ergo si aliunde quam ex testamento libertatem sibi adierat ille ipse, qui ta-

ponimus bona fide implorare iudicium de inofficioso sed filio exheredato que eadem eadem, cui proinde nocere debet si in d. i. s. h. e. m. c. e. n. t. e. s. t. e. t. u. r. s. i. m. o. d. o. r. a. t. i. o. n. e. a. l. i. q. u. a. f. i. e. r. i. p. o. s. s. i. t. v. t. l. i. t. e. m. c. o. n. t. e. s. t. e. t. u. r. Q. u. o. d. s. i. n. e. c. e. p. t. i. o. n. e. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. c. o. n. t. e. s. t. a. r. i. p. o. t. e. s. t. a. d. u. e. r. s. u. s. L. i. c. i. n. n. i. a. n. u. m. q. u. i. n. o. n. s. i. t. p. o. s. s. i. t. h. e. r. e. d. i. t. a. t. i. s. i. n. i. q. u. a. m. s. a. n. d. e. e. s. s. e. t. n. o. c. e. r. e. i. p. s. i. l. a. p. s. u. m. t. e. m. p. o. r. i. s. s. e. d. m. u. l. t. o. m. q. u. i. u. s. n. o. c. e. r. e. L. i. c. i. n. n. i. a. n. o. c. u. i. l. o. n. g. e. m. i. n. u. s. i. m. p. u. l. a. r. i. q. u. o. q. u. a. m. p. o. s. s. i. t. I. n. s. u. m. m. a. n. o. u. o. a. c. t. i. o. n. i. s. g. e. n. e. r. e. & n. o. m. i. n. e. o. p. u. s. e. s. s. e. t. q. u. a. m. d. e. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. a. r. t. q. u. o. d. i. d. e. m. e. s. t. d. e. n. o. n. i. n. o. f. f. i. c. i. o. s. o. t. e. s. t. a. m. e. n. t. o. v. o. c. a. r. i. o. q. u. o. d. e. t. e. t. i. n. a. u. d. i. t. a. m. p. l. a. n. e. & h. u. c. u. s. f. i. q. u. e. i. n. c. o. g. n. i. t. a. m. e. t. s. i. v. i. d. e. r. i. t. A. c. c. u. r. s. u. s. a. d. h. a. n. c. l. e. g. e. m. t. a. l. e. q. u. i. d. a. d. m. i. t. t. e. r. e. i. n. u. i. t. u. s. q. u. i. d. e. m. s. e. d. t. a. m. e. n. c. o. a. c. t. u. s.

q. Intra quod si non fuerit con. statum iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi. Ego inquit, si iudicium de inofficioso contestatum fuerit intra id tempus quod à iudice praestitutum erit iudicium liberale differretur. Atque ita videtur à contrario sensu argumentatus fuisse Tribonianus, vt supra monui, si quid tamen vnquam tale Diuus Pius rescripsit. Sed malè. Idèd. namque iubetur iudex libertatis partibus suis fungi si de inofficioso iudicium contestatum non sit, Non quali facta contestatione iudicium liberale differri debeat vt exceptionis quod prauidicium hereditati non fiat quam toties monuimus futuri tantum non etiam praesentis iudicij nomine comparatum esse d. l. si post litem. Sed quia iudicium de inofficioso non contestatum intra id tempus quod ei contestando iudex praestituit, perinde habendum est quali contestationem amplius admittere non possit, q. vt proinde quasi nec futurum vnquam sit. Quamquam si totam rem hanc subtilius perpendere volumus, distinguenda videntur hac parte iudicia liberalia à ceteris singularibus per quae res hereditariae singulae petantur, de quibus in d. l. si post litem: quia sententiam iis lata contra eum qui vel se vindicat in libertatem, vel petitur in seruitutem faceret ei plenum prauidicium in quaestione de inofficioso & de hereditate, cum heres nullomodo esse possit is qui seruus pronunciatu. s. e. s. t. a. d. e. d. v. t. e. t. i. a. m. h. e. r. e. s. a. n. t. e. a. f. u. e. r. i. t. t. a. m. e. n. d. e. s. i. n. a. t. h. e. r. e. s. e. s. s. e. l. e. x. f. a. l. s. o. 43. §. v. l. t. i. n. f. d. e. v. u. l. g. & p. u. p. i. l. l. s. u. b. s. t. I. n. q. u. o. e. x. c. e. p. t. i. o. n. u. m. g. e. n. e. r. e. q. u. a. e. p. a. r. i. u. m. p. l. e. n. u. m. p. r. a. u. d. i. c. i. u. m. & e. x. c. e. p. t. i. o. n. e. m. r. e. i. i. n. d. i. c. a. t. e. i. n. t. e. r. e. a. l. d. e. m. p. a. r. t. e. s. i. a. m. d. e. b. u. i. m. u. s. i. t. a. e. s. s. e. c. o. m. p. a. r. a. t. u. m. v. t. o. p. p. o. n. i. q. u. a. n. d. o. q. u. o. d. p. o. s. s. i. n. t. e. t. i. a. m. p. o. s. t. l. i. t. e. m. c. o. n. t. e. s. t. a. t. a. m. e. x. l. f. u. n. d. u. m. 16. & s. i. q. u. i. n. f. d. e. e. x. c. e. p. t. i. o. n. e. C. a. t. e. r. u. m. q. u. o. d. s. e. q. u. i. t. a. r. i. n. b. e. a. t. i. u. d. i. c. e. m. l. i. b. e. r. t. a. t. i. s. p. a. r. t. i. b. u. s. s. u. i. s. f. u. n. g. i. q. u. a. m. i. n. e. p. t. u. m. s. i. t. i. a. m. s. a. t. i. s. s. u. p. e. r. q. u. e. o. s. t. e. n. s. u. m. e. s. t. S. e. q. u. i. t. u. r.

men non nisi ex testamento adierit sibi hereditatem, non poterit impediri, hoc est differri liberale iudicium, eo praetextu, quod iudicium de inofficioso moueri speretur. Nempe quia hoc casu verendum non est vt prauidicium vllum fiat ei qui de testamento, & de hereditate acturus est, & qui heredem à testatore scriptum vindicari in seruitutem

tem, cum si liber pronuncietur, tamò magis futurum sit vt & de inofficioso conueniat, & hereditas ab eo peti possit. Atquidè contrario, inquit, si seruus pronuncietur, neque de inofficioso conueniri poterit, neque petitione hereditatis, quia cum seruo nulla actio esse possit l. cum seruo 107. de regul. iur. Ergo quaestio hac de statu facit prauidicium quaestioni de testamento & de hereditate. Respondeo nullum videri posse factum prauidicium ei qui vincendo in causa status hoc ipso hereditatem obtenturus sit iure domini & citra querelam. Sed tamen fateor quaestionem de statu esse prauidiciale si contra libertatem pronuncietur. Non quidem eo sensu quo prauidiciales appellamus ceteras, quae in alio sequenti iudicio pariturae essent exceptionem rei iudicatae, sed quia sententia contra libertatem lata impedit nec aliud iudicium vllum moueri contra seruum possit, quae res maioris potestatis & efficaciae est, quam si pareret exceptionem rei iudicatae. Plus enim est actionem ipso iure tolli, quam per exceptionem. Idèd. quae nimirum contendo, quoties quis & libertatis, & hereditatis simul controuersiam patitur, nunquam posse differri iudicium liberale praetextu futuri iudicij siue de testamento siue de hereditate. Siue enim eodem testamento libertatem sibi adierat is qui vindicat aut possidet hereditatem, siue aliunde putat ex sua possessione inter viuos facta, Denique siue agat siue sit commentarius & siue futurum iudicium sit, siue vt Tribonianus loquitur, iam coacta sit. Quia omni casu liberalis causa prauidiciale est ad omnes alias causas quacunque illa sit. Ratioe scilicet illa omnibus communis, quod cum eo qui seruus pronuncietur nulla futura sit actio, aut vt iudicium cum eo acceptum antequam seruus pronuncietur & eo tempore quo liber esse putabatur, irritum fiat & inane si postea quando canque seruus pronuncietur l. non deturco 42. §. cum postea vbi dixi s. ac mate. Sunt ergo liberales iudicia non deterioris conditionis, quam cetera singularia in eo vt differenda sint post litem de inofficioso testamento, vel de hereditate contestatam, sed melioris in eo vt ne quidem futuri iudicij praetextu differantur, quomodo cetera differunt. Planè si non alia de causa is qui petitur in seruitutem controuersiam libertatis patitur, quam quia petitur etiam testamento & hereditatis, id est, si non alia de causa seruus esse dicatur, quam quod testamento quo libertate inuenit aut inofficiosum, aut falsum, aut iniustum, aut alia denique ratione iniustum dicatur, prius certè de testamento & hereditatis iure quam de liberali causa & cognoscendam & pronunciamandum est, quoniam hoc casu liberale iudicium non est prauidiciale ad iudicium de testamento vel de hereditate excludendum aut ipso iure, aut per exceptionem rei iudicatae, sed è contrario iudicium de testamento, vel de hereditate prauidiciale est ad causam status, cum futurum sit vt pronunciar i debeat contra libertatem, Si contra testamentum & pro eo qui hereditatem ab intestato petit, pronuncietur. Itaque hoc casu necesse est locum esse vulgari exceptioni, Quod prauidicium hereditati non fiat, quia proculdubio fieret prauidicium petitioni hereditatis & quaestioni de testamento si is qui seruus dicitur pronuncietur in liber ex eo testamento quod in eo est vt inofficioso querelam possit admittere. Nec aliud erit etiam iis de inofficioso

contestata proponatur, adeoque si volens, etiam de hereditate cum, vt dixi, causa hereditatis sit prauidiciale ad causam libertatis, quoties libertas data est vel simul cum hereditate, vel saltem eodem testamento quo & hereditas. An igitur erunt liberales iudicia deterioris conditionis in hoc casu, quam sint cetera singularia, quae diximus exerceri posse post litem de hereditate contestatam? d. l. si post litem. Maxime. Nam quod in ea lege scriptum est de singularibus iudiciis post litem de hereditate contestatam liberè exercendis, ad ea iudicia singularia pertinet, quae ex alia causa moueantur, quam ex qua sit mota quaestio de hereditate, vt sententia quae de hereditate ferretur paritura non sit exceptionem quam alioqui pareret rei iudicatae in iudicio singulari l. l. si quis cum totum 7. §. §. generatim ter. §. de except. rei iudic. Et ad hunc nimirum casum, quo scilicet libertas petatur siue directa siue fideicommissaria ex eo testamento de cuius viribus disputari oporteat, vt sciatur ad quem hereditas pertineat, referenda est constitutio Iustiniani in d. l. vlt. §. si autem libertas C. hoc tit. vbi constituit vt si mota sit vel moueri speretur quaestio de hereditate & testamento, fiat quidem mota libertatis, sed per annum spatium duratur, post annum verò elapsum & libertates directae competant omnimodo & fideicommissariae praestantur. At in tota hac lege de illo agitur qui libertatis controuersiam patitur ex alia causa quam ex invaliditate testamenti quod iniustum vel falsum vel inofficiosum dicatur. Tractat enim lex de illo cui controuersiam faciat exheredatus dicens se dominum: quo casu nihil planè refert an testamentum valeat, aut rescindendum sit necne, quia semper verum erit malè nulloque iure datam libertatem directam ab eo qui dominum de manumittendo seruo suo vtiliter non rogauit. Itaque nihil commune habet constitutio Iustiniani cum hac lege, quam proinde mirum non est cum d. l. vlt. non consentire, licet vtraque sit Tribonianum. Tanrùm abest vt verum sit quod vulgo creditur legem hanc per illam esse correctam. Distinctiones sanè adhibendae sunt & seruandae quae ponuntur in d. l. vlt.

b Adiecit planè in rescripto: Dummodò pradicatur, &c. Haber hac adiectio euidentem & optimam rationem, Ne fiat prauidicium quale quale cognitioni de testamento, & de hereditate si aliquid vel minimum adminiculum pro libertate sumatur ex eo testamento, de cuius iure disputandum est, Neque in eo sit vlla iniuria libertati cum is qui se vindicat in libertatem suis confidens probationibus quas aliunde habet, nolit expectare euentum iudicij de testamento & petitione hereditatis, quem si expectare veller, vrique maiores & certiores habere posset libertatis suae probationes. Quod ergo si non ipse vindicet se in libertatem, sed alius petat eum in seruitutem? Non erit priuandus iis probationum adminiculis quae ex testamento sumi possunt, Nec in eo fiet vlla iniuria ei qui se dominum dicens non patitur differri iudicium liberale in id vsque tempus quo de testamenti iure cognitum sit pronunciatum, manuleque statim de libertate pronunciar. Nam & euentum iudicij de testamento & de hereditate expectare cogetur, opposita exceptione, Quod prauidicium hereditati non fiat, si causa status non esset prauidiciale ad causam testamenti, & hereditatis, hoc est si lata,

contra libertatem sententia totam de testamento & hereditate questionem non esset absorptura, quam utique absorbet, cum ex testamento heredem se dicit is quem actor e contrario seruum

suum esse contendit. Sed redeamus iam ad prudentes nostros. Piger enim pudetque; tamdiu immorari in Tribonianis ineptiis & indicandis & explicandis, aut confundendis.

8. PAVLVS libro 16. ad Edictum.

**L**egitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

*Ad l. legitimam 8.*

Ratio dubitandi. Nemo potest hereditatem & testamentariam & legitimam simul obtinere, non magis quam fieri etiam illud potest ut quis decedat testatus simul & intestatus *l. quandiu 39. l. illud. 77. de acquir. hered.* Ergo fieri nequit ut agnoscat quis hereditate testamentaria quin hoc ipso repudiet legitimam aut contra *d. l. illud & l. nec is 17. §. 1. cod. tit. iun. & l. Clodius 97. vers. Papinianus eo.* Ergo is qui iudicium defuncti secutus adiit hereditate ex testamento quod putabat valere cum tamen non valeret, non eo magis tamen admittendus est ad petendam & vindicandam legitimam hereditatem quam semel iam repudiasset intelligitur: Si quidem certum est hereditatem semel repudiatam acquiri postea numquam posse *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* Nisi forte beneficio in integrum restitutionis *l. 1. & tot. tit. C. si ut omitt. hered.*

Ratio decidendi. Qui adit ex testamento quod putat valere sicut non ideo fit heres ex testamento quia prius est, ut delata sit hereditas quam ut acquiri possit *l. si is ad quem 22. in fin. de acquir. hered.* Ita legitimam hereditatem sibi delatam quidem, sed quam esse delatam ignorauit, repudiare non vi-

9. VLPPIANVS libro 15. ad Edictum.

**R**egulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede, vel pro possessore possidet<sup>a</sup>, vel rem hereditariam<sup>b</sup>.

*Ad l. regulariter 9.*

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis danda est cuiuslibet dicenti & probanti se heredem siue ex testamento siue ab intestato *l. 1. 2. & 3. sup. Estimatur enim, ut & actiones omnes ceteræ ex iure & ex persona actoris non possessoris.* Ergo contra quemlibet possessorem & habentem restituendi facultatem, quomodo dici solet de speciali in rem actione *l. officium 9. inf. de rei vindicat.* Quid enim refert actoris, an possessor titulum aliquem suæ possessionis habeat an nullum? An non sufficit agenti ad victoriam ut ius ipse habeat agendi, & quidem potentiùs, quam sit ius possessoris qui conuenitur? Solemus enim dicere in pari quidem iure potior esse causam possidentis, aut potius in pari non iure, quod nostri sic esse runt, ut dicant etiam viciosam possessionem aduersus extraneos prodesse *l. ult. j. de acquir. poss. l. vlt. C. de rei vindic.* Sed si petitionis iura sint potentiora nemo vnquam dubitauit quin potentior quoque & fauorabilior videri debeat actor quam reus, etiam si possessor titulum aliquem habeat suæ possessionis. Nec enim refert actoris probantis se heredem esse, quod possessor emerit hereditatem aut rem aliquam hereditariam à non herede. Sicut & quod quis emerit fundum à non domino, non aufert domino vindicationem *l. rem alienam 28. j. de contr. empr.* Ergo tamen si possessor hereditatis aliquem possessionis suæ titulum

habeat non eo minus danda est aduersus eum petitio hereditatis, Et consequenter falsum est quod hæc lex ait, non dari petitionem hereditatis, contra alium quam contra eum qui possidet vel ius aliquod hereditarium, vel rem aliquam hereditatis aut pro herede aut pro possessore.

Ratio decidendi. Hereditatis petitio cum sit iudicium vniuersale contra eum dari non potest qui aut aliquid ex hereditate, aut etiam hereditatem ipsam possideat titulo aliquo singulari, *l. cogi 11. C. hoc tit. l. pen. C. in quib. caus. cess. long. tempor. prescrip.* Nā & cum hereditatem quis emit siue ab herede ipso siue à quolibet siue bonæ siue malæ fidei possessore, acquisitionis titulus singularis est licet ius ipsius successionis vniuersalis veniat in venditionem *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. vers. emptor autem C. hoc tit.* vbi quod dicitur, Emptorem hereditatis qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularium rerum iure conueniri posse, sic accipiendum est, ut emptor sicut habet & quia habet singularem titulum suæ possessionis ita etiam & ob hoc ipsum singularium duntaxat rerum iure, non autem ipsius hereditatis nomine conueniatur, accepta dictione etiam pro similiter aut pro ideo & qui pro quia, & dictione proprio pro singulari. Nihil enim differt proprius titulus à singulari, & relatio est in duabus illis dictionibus proprio, etiam, ut intelligamus rationem quam quarimus iis verbis contineri, qui proprio

pro titulo possessionis munitus est, quod esset apertius expressum, sed non aptius si ita scriptum fuisset quia proprio titulo &c. Itaque quod lex ait etiam singularium rerum eo sensu accipiendum est ac si scriptum esset, non nisi singularium rerum iure conueniri emptorem posse, ad excludendam scilicet petitionem hereditatis, quæ non datur contra eum qui possidet pro emptore aut qui alium proprium & singularem titulum habet suæ possessionis, Nisi cum titulus ille singularis concurrat cum generali titulo Pro possessore ut in *l. nec vllam 13. §. 1. j. hoc tit.* Sunt enim hi duo tantum tituli vniuersales Pro herede & Pro possessore. Ceteri omnes sunt singulares, quibus si quis munitus est, non debet cogi ut iudicium vniuersale pariat, cum eo casu necessario disputandum sit de iure possessoris, non minus quam de iure actoris, & de singulis rebus singulari titulo acquisitis, quæ per vniuersale iudicium tantum singulari peti non possunt. Implicat enim contradictionem, ut iudicium sit vniuersale, & eo res singulæ tanquam singulæ petantur, Cogitur porro actor singulas res petere ut singulas quoties possessor eas possidet ut singulas, non ut hereditarias, ne frustra & nullo iure agat si singulæ possessionem proprio ac singulari iure tueri possessor velit. Merito igitur receptum est, ut regulariter petitio hereditatis non aduersus alium detur quam qui pro herede vel pro possessore possidet quid hereditarium, siue in iure consistat huc in corpore. Et hæc vera huius iuris ratio est non quam adfert Bart. *ad l. pro herede 11. j.* quod is qui agit petitione hereditatis nititur solum ex titulo, nec se fundat ex aliquo iure suo quod in re habeat. Ut proinde si aduersarius, inquit, possideat & cum titulo habeat tale ius quale habeat actor ipse & tantò plus quia possidet. Nam si bona ratio esset sequeretur ut nec speciali vindicatione conueniri posset is qui rem singularem possideret, si modò titulum aliquem haberet, quia semper vincere deberet, tãquam qui præter titulum haberet plus quam actor etiam possessionem. Quod si replices pro Bartolo in speciali vindicatione actorem habere non modò titulum sed etiam ius in re, id est dominium. Dicam, Perinde illum qui petit hereditatem habere dominium & ius in re non tantum respectu ipsius hereditatis, sed etiam ratione singularium rerum hereditariorum, cum quilibet heredem se dicit dicat se dominum *§. vlt. Inst. de hered. qual. & differ. nec minus rerum omnium quæ sunt in hereditate quam hereditatis d. l. 4. sup. l. in fidei commissar. 18. vers. quoties ad S. C. T. reb.* Ideò autem adiecit Vlpian. regulariter, quia interdum datur petitio hereditatis etiam contra titulum possidentem. Nimirum si talis titulus sit cui cohereat titulus Pro possessore, quod enenit quoties titulus singularis à iure improbatum est, ut in exemplis quæ idem Vlpianus ponit in *d. l. nec vllam 13. §. 1.* Item si quis à fidei hereditatem quasi vacatam emerit quæ reuera non vacabat. Equissimum enim est huiusmodi emptorem teneri petitione hereditatis, non

quidem directa, cum habeat titulum singularem; licet sit emptor vniuersitatis *d. l. 2. C. l. b. r.* sed saltem vtili *d. l. nec vllam §. item si quis*, quia nimirum nec emisse videtur is qui emit quod in rerum natura non fuit, cum nulla esset hereditas vacans, inuenio tandem herede, non magis quam si vendita esset hereditas vendentis *l. j. de hered. vel act. vend.* Addunt nostri aliud exemplum ex *ead. l. nec vllam §. §. si quis sciens*, de eo qui sciens alienam emit hereditatem: non quasi possideat is pro possessore (neque enim prædo est qui precium numerauit) sed quasi emptor vniuersitatis, quem proinde æquum sit teneri saltem vtili actione. Ac sanè ita scriptum est in *d. §. si quis sciens*. Sed an ab Vlpiano & ex iuris ratione videbimus ad eum locum.

*a Qui vel ius possidet.* Ratio dubitandi. Iura non possidentur cum nec tangi possint *l. x. §. vlt. de rer. dmi. l. seruis 43. §. incorporales de acq. rer. dmi.* vbi dicitur res incorporales neque traditionem admittunt, neque vtiucapionem. Ergo contra eum qui nihil ex hereditate habet nisi aliquod ius hereditarium non potest dari petitio hereditatis, quæ scilicet non datur nisi contra possessorem. Cum iudicis officium in huiusmodi actione non aliud sit quam ut iubeat restituere quod possidet is qui conuenitur, ut scriptum est in *l. seq.*

Ratio decidendi. Propriè quidem & verè iura non possidentur, sed tamen quasi possideri intelliguntur, ob id quod sunt in bonis nostris, nec minorem nobis vtilitatē adferunt quam quæ tanguntur & verè possidentur. Mirum igitur non est, etià iuris quasi possessorem teneri petitione hereditatis, non minus quam possessorem rerum corporalium *d. l. nec vllam 13. §. vlt. l. quod si in diem 16. §. vlt. l. item videndum 18. in fin. j. b. r.* Præsertim cum hereditas sit nomen iuris quæ in iure consistit non in corpore, id est quæ etiam sine corpore intellectum iuris habet *l. hereditas 10. inf.*

*b Vel rem hereditariam.* Ratio dubitandi. Neque hereditas neque pars vlla hereditatis potest dici consistere in re vna hereditaria *l. quamuis 14. j. si quis omitt. caus. testam. §. si quis vna Inst. de fidei. hered. l. d.* Atqui per hereditatis petitionem non aliud peti potest, quàm hereditas, ut nomen ipsum actionis demonstrat. Ergo contra eum qui duntaxat rem aliquam hereditariam possidet, hereditatis petitio institui non potest.

Ratio decidendi. Per hereditatis petitionem hereditas quidè petitur, non res aliqua hereditaria, sed tamè officio iudicis incumbit, ut id demum veniat in restitutionem quod reus possidet, ac proinde res vna tantum hereditaria, si re vnà duntaxat possideat is qui conuenitur. Non enim aliud restituere potest, quam quod possidet, neque rursus fieri potest ut hereditas propriè ac verè possideatur quæ in iure consistit, ut proximè diximus, nisi quatenus singularis res hereditaria aut omnes aut aliquæ possidentur. Sufficit ergo vnà rem hereditariam possideri ab eo qui conuenitur petitione hereditatis, dummodò vel pro herede vel pro possessore ea res possideatur.

10. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

**L**icet minimam.

*Ad l. licet minimam 10.*

Ratio dubitandi. Solet dici de minimis non curare prætorum vulg. *l. j. de iur. de integ. restitut.* Ergo non debet petitio hereditatis ob rem minimam dari: Præsertim cum petitio hereditatis dicatur

ut & sit iudicium vniuersale, cuius cum ea natura sit ut vniuersitatem rerum comprehendat tantò difficilior est ut pro ea re detur quæ & vnica sit & minima.

Ratio decidendi. Etiam minima curanda sunt, ne si





putat Accursius. sed quia cum is qui hereditatem possidet, verus heres aut bonorum possessor est, fieri nequit ut is qui agit ali quod ius habeat petenda hereditatis, ne quidem contra eum qui nullo titulo sit nuntius. Nec enim alius petitionem hereditatis efficaciter instituitur potest, quam qui reuera heres est vel ex iure vetere vel ex nouo, vel ex testamento vel ab intestato, l. 2. §. 3. *supr.* Quod si dicas posse fieri ut alius iure civili heres sit, alius vero iure pratorio bonorum possessor, ut in specie l. posthumus 12. de iust. rupt. & iur. fact. testam. l. ait prator 7. §. sed quod Papinianus *sup. de minor.* Id equidem admittam, sed negabo posse ideo fieri, ut qui heres iure civili erit, petere possit hereditatem à

bonorum possessore, Quia licet hereditatis petitio sit actio civilis, titulus vero bonorum possessionis sit pratorius, cum tamen actio per quam petitur hereditas impetranda sit à Pratore, ut & ceterae omnes actiones siue in rem sint, siue in personam, non est expectandum ut Prator ei qui iure civili heres sit hanc accommodet actionem contra bonorum possessorem, quem habet ipse veri heredis loco. Nam nec aliud est, haberi quem à pratore heredis loco, quam talem eum esse cui soli & contra quem solum prator actiones omnes hereditarias non quidem directas, quae semper civiles sunt, sed viles sit datus d. §. sed quod Papinianus. l. *in tamen* 27. §. qui ex Trebelliano *infr. ad S.C. Trebell.*

### ¶ Pro possessore vero possidet praedo<sup>a</sup>.

*Ad §. 1. Pro possessore.*

a Pro possessore vero possidet praedo. Ratio dubitandi. Possessio quamvis ex facto maxime aestimetur, plurimum tamen ex iure mutatur, nec tantum corporis, sed etiam iuris est l. possessio 49. in princ. & §. 1. *infr. de acquir. poss.* Atqui praedo est qui nihil omnino iuris in re habet, adeoque qui scit se nullum habere, ita vt ne quidem per mendacium contendat se ius habere possidendi, vt scriptum est in l. sequi. Ergo qui praedo est non potest dici possidere pro possessore.

Ratio decidendi. Possessio quae civilis & iusta est

plurimum ex iure mutatur, sed non ea quae naturalis est & iniusta, cuiusmodi est possessio praedonis, aut alterius cuiuslibet cui iuris ratio non patrocinetur. Haec enim tota facti est, & ex solo facto non etiam ex iure aestimanda, l. 1. §. si vir *infr. de acq. poss.* Nam & quae civilis & iusta est, magis tamen est facti quam iuris l. de iure 9. *supr. ex quib. caus. maior.* Atqui non potest negari quin etiam praedo facto ipso possideat, adeo vt si spoliatus sit, etiam restituendus ante omnia sit cap. in l. iuris d. restit. spolia. Ergo etiam praedo possidet pro possessore, quae omnium pessima & minima possessionis species est.

12. VIPIANVS libro 67. ad Edictum.

**Q**ui interrogatus, cur possideat, respondurus sit, quia possideo: nec contendet se heredem vel per mendacium<sup>a</sup>.

*Ad l. qui interrogatus 12.*

Ratio dubitandi. Interdum possessor vincit ob hoc solum quod possessor est etiam si habeat viciosam possessionem, id est aut violentam, aut clandestinam, aut precariam dummodo non ab ipso actore, quia ceteris paribus quisquis possidet plus iuris habet hoc ipso quod possidet l. 1. §. vlt. l. 2. *infr. de interd.* Ergo bona potest ratio esse propter quam debeat interdum possessor hereditatis vincere in petitione quoque hereditatis si interrogatus quare possideat, nihil aliud respondeat nisi quia possidet.

Ratio decidendi. Sola possessio tunc prodest ei qui conuenitur, cum actor nihil penitus iuris habet ad agendum, quia cum de iure actoris prius quaerendum sit quam de iure possessoris, fieri nunquam potest ut actor vincat quin prius intentionem suam impleat, id est plenè probet. Alioqui absoluendus est reus etiam si nihil praestiterit l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindicat. Non tam iure possessionis, quam quia reus est & per non ius actoris l. Paulus 12. §. *infr. quib. mod. pig. n. vel hypoth. soluit.* Atqui petitio hereditatis non alij competit quam ei qui reuera sit heres & ad quem hereditas pertinet vel ex iure vetere, vel ex nouis legibus, & vel ex testamento vel ab intestato l. 1. 2. §. 3. *supr. hoc tit.* Ergo nunquam potest esse bona ratio pro possessore hereditatis contra petentem, si possessor ideo tantum dicat se possidere quia possidet. Quando enim ratio eadem est cum dicto, quam philosophi petitionem principij appellant, nihil probat, vt hic Bartolus notat, qui & ad dicta testium hoc ex-

tendit. Testis enim si dicat se aliquid scire quia scit non magis probat quam si nullam penitus dicti sui rationem redderet l. sol. 2. C. de restit. Interdum tamen etiam prudentes nostri penè similibus rationibus vtuntur, vt in l. heredes 25. §. an ea stipulatio *infr. fam. erisc. l. in quartam* 91. ad l. g. falcid. Sed non sine misterio, vt ad eos locos dicemus.

a Nec contendit se heredem vel per mendacium. Ratio dubitandi. Non debet quis lucrum aliquod aut commodum sentire ex suo mendacio, sed potius poenam, quia mentiri delictum est, maxime vero si quis in iure & apud praetorem mentiatur l. vlt. *infr. de rei vindic. l. de atqui. §. si cum esset* *infr. de interrog. in iur. faciend.* Ergo si quis contendat quidem se heredem esse sed per mendacium, sciens se heredem non esse, non eo minus debet haberi pro praedone, quasi similiter possideat pro possessore.

Ratio decidendi. Etiam is qui scit se heredem non esse, si tamen se heredem esse dicat, quamvis per mendacium dicitur possidere pro herede non pro possessore, vt scriptum est in l. praed. quia in his titulis qui nullum iuris effectum habet potest quilibet fingere quam sibi velit causam possessionis, eamque pro arbitrio mutare. Cur enim te ius interponat in iis quae nullum iuris effectum habere possunt? Porro non minus conueniri potest hereditatis petitione is qui pro herede possidet quam qui pro possessore, nec difficilior est vno casu, quam alio hereditatis petitio, vt neque magis prodest ad vsucapionem pro herede possessio, quam pro possessore, scilicet eo sensu

sensu quo diximus ad l. praed. possessionem pro herede sumi in hoc tractatu, non pro titulo, vt cum tractamus de vsucapione pro herede, sed contra pro non titulo, qualis etiam est possessio pro possessore. Vt proinde non sit verendum ne melior fiat condicio possessoris ex hoc mendacio: quod tamen veretur nostri qui contra huius legis & praecedentis verba manifestissima volunt pro praedone & possessore conueniendum esse hanc qui se heredem contendit per mendacium, non pro herede. Non eo minus tamen verum est, quod idem interpretibus nostris placet cogendum esse possessorem vt interrogatus respondeat an pro herede possideat, an pro possessore. l. cogi *pen. l. hoc tit. sicut* & de illo cogitur respondere an possideat cum titulo an sine titulo, Vt si dicat se habere titulum, neque cogendus sit docere adeoque nec dicere quis ille titulus sit, neque rursus conueniri possit petitione hereditatis, si vero non dicat se habere titulum cogendus sit suscipere petitionem hereditatis tanquam possidens res hereditarias vel pro possessore vel pro herede. Cur ergo, inquit, interrogandus est an possideat pro herede an pro possessore cum vtroque casu & in vtrumque euentum possit conueniri petitione hereditatis? Nampe quia cum dixit se possidere pro herede adhuc interrogandus est an se heredem dicat ex testamento an ab intestato, cui interrogatori locus nullus relinquatur si responderit se possidere pro possessore. Omnifanè casu interrogandus est pro qua & quata parte sit heres. Ante omnia vero an possideat, quia non nisi contra possessorem hereditatis petitio institui potest, aut contra eum qui dolo malo desinit possidere, l. prox. §. is autem *infr.* Quid ergo si neget se possidere, cum tamen se vera possideat? Respondet Bartolus idem iuris fore, quod in speciali rei vindicatione, vt nimirum non sit cogendus possessor suscipere iudicium petitionis hereditatis, sed possessio quae penes eum est, in poenam mendacij transferatur in actorem ex l. vlt. *infr. de rei vindic.* Ego contra puo: Longè siquidem alia est hac parte ratio petitionis hereditatis, longè alia actionis in rem specialis. Nimirum propter eas praestiones personales quas habet petitio hereditatis, l. sed et si 25. §. penult. *infr. hoc tit. l. hereditatis* 7. C. cod. Quam praestationem vtilitas eriperetur actori si liberum esset possessori eludere aut potius recusare iudicium negando se possidere: Non enim posset sequi condemnatio, quae tamen necessaria est ob praestiones illas personales: Ideoque tolemus dicere

in actionibus omnibus personalibus iudicium reddi in inuitum l. *in r. stipulam em* 3. §. 1. de verb. oblig. quoniam in iis necesse est coarctatum quoque sequi condemnationem. Nam & in speciali actione in rem si quando necessaria sit condemnatio, vt puta propter fructus quos possessor perceperit aut ex die litis contestatae si bonae fidei possessor fuit & fructus consumpti sint, aut ex die perceptionis si vel male fidei possessor sit, vel fructus adhuc extare proponantur l. qui restituit 68. *infr. de rei vindic. iunct. l. certum* 2. C. cod. nemo dixerit liberum esse possessori vt negando se possidere, iudicium effugiat & condemnationem, Nec enim translatio possessionis inducere posset translationem & restitutionem fructuum, atque ita suum possessori mendacium prodesset, Quod ne accidat, dicendum necessarium est, sententiam d. l. vlt. cod. tit. de rei vindic. ad eum casum restringendam esse quo nihil aduersus possessorem petatur, prater ipsius rei possessionem. Atqui in petitione hereditatis vix vnquam potest contingere vt nihil nisi res ipsa petatur, cum semper petatur hereditas, cuius appellatione non potest non plus venire quam appellatione & vindicatione fundi, aut alterius rei singularis. Ergo etiam si is, qui hereditatis petitione conuenitur neget se quicquam ex hereditate possidere, si tamen arguatur mendacij, nihil ei proderit negatio quomodo actionem suscipere & condemnationem pati compellatur. Deinde quid si petitio hereditatis instituat contra eum qui sit tantum iuris possessor? iam enim diximus ad l. *reg. iuriter* *sup. hunc quoque ista actione teneri ex l. prox. §. vlt. infr.* Quid erit, obsecro, quod possit eo casu transferri ad actorem in poenam mendacij? Separanda igitur est petitio hereditatis à vindicatione. Planè à quo quis emerit aut alter acquisierit rei hereditariam & an magno an paruo precio, nihil omnino interest, quantum ad hoc vt possit quis petitione hereditatis conueniri, ideoque nec de hoc interrogatus possessor respondere debet: quauis instituta petitione de his omnibus quaeri possit ante condemnationem, sique in potestate actoris probare emptam rem esse à furto aut donatam à coniuge aduersus legis prohibitionem, vt appareat non eo minus possidere pro possessore, & sine titulo eum qui se contendit pro emptore, aut pro donato, aut alio denique titulo possidere, vt dicemus ad l. sequi. Et in hoc quoque dissentio ego à Bartolo & aliis interpretibus, qui vulgo contra putant ad hunc locum & ad dict. l. cogi *penultim. C. cod.*

13. VIPIANVS libro 15. ad Edictum.

**N**ec vllam causam possessionis possit dicere & ideo fur, & raptor petitione hereditatis tenentur<sup>a</sup>.

*Ad l. nec vllam 13.*

a Et ideo fur & raptor petitione hereditatis tenentur. Ratio dubitandi. Hereditas rei rapina vel furtu fieri non potest l. hereditas 68. §. de furt. multò minus vero hereditatis, cum neque rapina neque furtu fiat sine interuersione possessionis, hereditas autem quae tota in iure consistit neque possidere possit neque possideri, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur ex Scavola in l. 1. §. Scavola §. si is qui restam. lib. 1. *infr. de her. iur. Ego* neque fur neque raptor petitione hereditatis conueniri potest. Ratio decidendi. Accipienda est haec sententia de fure & raptore rei quae

fuerit aliquando hereditaria, sed quae furti vel rapinae tempore delicta iam esse hereditaria tanquam conuersa in patrimonium heredis, à quo ponendam est iam tum aditam fuisse hereditatem: quod nec sufficeret nisi adderes adprehensam ab eo rerum hereditarium possessionem l. cum heredes 23. *infr. de acqu. poss.* Quid vero atinebat, inquit, tractare de fure ac raptore, cum iam tractatum esset de praedone. Nimirum quia praedo is proprie dicitur qui rem immobilem mala fide tenet, ac siue alio titulo, quam Pro possessore, fur vero vel raptor qui rem mobilem. Nec enim furtum sit rei immobilis!



*Liquam rem* § 8. *infr. de vscap. §. quod autem Insti. cod.*  
Ceterum & fur & raptor aliis quoque actionibus  
quàm plurimis tenentur, vt puta, vindicatione,  
condictione furti, vi bonorum raptorum: Sed non  
eo minus tenentur petitione hereditatis, quia eo-  
rum odio sic comparatum est vt pluribus actioni-  
bus etiam conuictis teneantur §. *si itaque Insti. de*  
*acti. m. l. vlt. q. inf. quom. ad. caut. l. l. si pro fure 7. §.*  
*vlt. de condit. furr.* His etiam ille similis est qui he-

**I** Omnibus etiam titulis hic *pro possessore* hæret, & quasi iniunctus est. denique & *pro*  
*emptore* titulo hæret: nam si a furioso emero sciens<sup>a</sup>, *pro possessore* possideo. Item in ti-  
tulo, *pro donato*<sup>b</sup> quaeritur, an quis *pro possessore* possideat vt puta vxor, vel maritus, &  
placet nobis Iuliani sententia, *pro possessore* possidere eum: & ideo petitione heredita-  
tis tenebitur. Item *pro dote* titulus<sup>c</sup> recipit *pro possessore* possessionem, vt puta si à mino-  
re duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens, accepi. Et si legatum mihi solutum  
est<sup>d</sup> ex falsa causa scienti vtique *pro possessore* possideo.

Ad §. 1. Omnibus.

Ratio dubitandi. *Pro possessore* is demùm pos-  
sident qui interrogatus quare possideat, nihil aliud  
respondere potest quàm quia possidet, vt dictum  
est in præcedentibus. At qui is qui eam aliquam  
hereditariam emit vel ex donationis dotisve cau-  
sa vel alio titulo accepit, si interrogetur quare il-  
lam rem possideat, habet quod possit responde-  
re, Nimirum se possidere illam *pro emptore*, vel  
*pro donato*, vel *pro dote*. Implicat ergo contradi-  
ctionem vt titulus *Pro possessore* aliis titulis hæ-  
reat & iunctus sit.

Ratio decidendi. Titulus à iure improbatum  
quisquis ille sit, *pro non titulo* habetur nec pro-  
inde effectum illum habere potest quem haberet  
verus titulus, vt impediatur ne possessor petitione  
hereditatis conueniri possit. Quod enim ipso iure  
nullum est, effectum iuris nullum habere po-  
test l. 4. §. *condemnatum infr. de re iudic.* Ergo perinde  
conueniri potest hereditatis petitione is qui ex  
emptionis, aut donationis aut dotis causa rem  
tenet si emptio, vel donatio, vel dotis datio non  
valeat, vt contingit in exemplis hic positis, at-  
que si neque emptio, neque donatio, neque  
aliqua dotis datio interuenisset: quia verum est  
possidere illam sine titulo, & consequenter *pro*  
*possessore*. Ergo verum est quod Ulpianus in hoc  
§. scribit titulum istum, *Pro possessore* ceteris o-  
mnibus titulis hæret & quasi iunctum esse. His  
scilicet qui nihil nisi nomen & colorem tituli ha-  
bent, his verò non habent. In quo differt titulus  
*Pro possessore* à titulo *Pro suo*, qui similiter cæ-  
teris omnibus titulis coheret, sed iis demùm  
qui valeant, & ex quibus acquiri possit domi-  
nium, si tradentis fuisset l. 1. §. *tot. tit. infr. pro suo*.  
Malè verò Bartolus ad hunc §. confundit titulum  
*Pro herede* cum titulo *Pro possessore*: quasi pos-  
sit dici quis possidere *pro herede* perinde atque  
*pro possessore* quoties titulus habetur *pro non*  
titulo. Quod certè non ita est. Nullitas enim ti-  
tuli qui iustum & legitimum nomen habet, indu-  
cere quidem potest titulum *Pro possessore*, sed  
titulum *pro herede* non potest. Nempe quia ti-  
tulus *pro herede* qui admittit petitionem here-  
ditatis non minus exigit, vt qui conuenitur di-  
cat se heredem, siue talem se esse putet siue se  
non esse sciens, quàm iustus & verus titulus *Pro*

redem deiecit aut defunctum: quia & ipse res he-  
reditarias possidet *pro possessore*. *quod si in dicitur*  
16. §. *Iulianus veris scia & cum vbi dicam infr.* Adde  
& illum qui seruum hereditarium corrupit. Nam  
& is quasi prædo tenetur l. *hæc actio 13. §. 1. infr. de*  
*seruo corrupti.* Nimirum tanquam possessor non  
quidem corporis aut iuris illius, sed tamen iniuriæ  
factæ hereditari cuius æstimationem vtique mino-  
rem fecit.

herede qui vscapionem potest inducere exigit,  
vt qui conuenitur, verè sit heres. At qui non po-  
test quis dicere se heredem si se dicat vel em-  
ptorem vel donarium, quia heres nec esse nec  
dici potest: s qui hereditatem vel emit vel ex do-  
natione vel in dotem accepit l. 2. *C. de hered. vel act.*  
*vendit. l. hereditas §. Cod. de pact. conuent. tam supr.*  
*dot.*

**a** Nam si à furioso emero sciens. Ratio dubitandi.  
Cum quis à furioso rem emit siue fure cum  
sciat, siue ignoret, non valet emptio l. 2. §. *si*  
*à furioso 16. infr. pro emptor.* quia nullum nego-  
tium gerere furiosus potest ne quidem cum cu-  
ratoris sui auctoritate, in quo deterioris condi-  
tionis ut quàm pupillus l. *in negotiis §. de regulis*  
*iuris.* Ergo etiam si furioso emero ignorans,  
perinde accedendum est possidere me *pro possessore*,  
ideoque petitione hereditatis conueniri posse,  
acti non emissem.

Ratio decidendi. Si à furioso quem suæ men-  
tis esse putem aliquid emero, quamuis nulla  
emptio sit ideoque nec de euictione actio mihi  
nascatur, constat tamen utilitatis causa reco-  
ptum esse, vt possim viuere capere dict. §. *si à furio-*  
*so, & l. sed et si 7. §. Marcellus aliàs l. eum qui infr. de*  
*publician. in rem act.* quod tamen recipi non po-  
tuit quia illud etiam receptum sit in necessa-  
rium antecedens, vt existimer titulum aliquem,  
& quidem iustum ac legitimum habere, cum a-  
lio qui nullo iusto ac legitimo titulo præcedente  
vscapio procedere non possit, *leg. vltim. Cod. pro*  
*heredit. l. diuina 4. C. de præscript. long. tempor.* Vnde  
est quod etiam putarunt plerique ex prudenti-  
bus nostris etiam Publicianam mihi competere  
dict. §. *Marcellus*, licet de eo non constiterit in-  
ter omnes, vt apparet ex dict. §. *si à furioso*, & ex  
iis quæ de vtriusque loci sententia & ratione scri-  
psi, *libr. 3. Coniectur. iur. ciuil.* Ergo in proposta  
specie, cum emi à furioso quem sciui furiosum,  
quia neque emptio vlla est, neque utilitas vlla sua-  
deret, vt pro eo habeatur emptio acti esset perinde  
possum conueniri petitione hereditatis quasi pos-  
sident *pro possessore*, acti emptio penitus nul-  
la intercessisset. Nec enim ex facto æstiman-  
dus est titulus, sed ex iure. Præsertim cum  
quaeritur an iuris effectum aliquem habere  
possit: Iuris autem effectus aliquis, nec par-  
uus in eo est vt hereditatis petitio impediatur,  
ne

ne contra rei hereditaria possessorem institui  
queat. qui alioquin ea teneatur nullo titulo præ-  
cedi. At si emero à furioso, quem mentis compo-  
rem esse putabam, non potero conueniri petiti-  
one hereditatis, quasi possideam *pro possessore*, li-  
cet emptio non teneat, quia perinde habendus  
sum, ac si emptio salubriter, quæ omnino inutilis  
dici certè non potest, cum profuit ad vscapionem,  
vt dixi.

**b** Item in titulo *Pro donato*. Ratio dubitandi. Titulus  
donationis omnium iustissimus est, quia *pro causa*  
habet voluntatem & meram liberalitatem donan-  
tis, cum donari dicatur id quod nullo iure cogente  
cõceditur l. *l. donari 29. de donat. donari 82. de re-*  
*gul. iur.* Quid verò tam naturale quàm voluntatem  
domini rem suam in alium transferre volentis ra-  
tum haberi, quæ ratione §. *hæc quoque res de acqui-*  
*rer. domin.* At è cõtrario titulus *pro possessore* om-  
nium iustissimus est: Ergo fieri nequit, vt titulus  
*Pro possessore* concurrat cum titulo *Pro donato*.

Ratio decidendi. Est quidem iustissimus titulus  
donationis, tùm maxime cum donatio sit pertra-  
ditiõnem, sed iis demùm casibus quibus iure licita,  
& permessa est donatio. Nam si sit iure impro-  
bata non potest dici iusta, cum iustum quid à iure  
ipso dicatur l. *qui testis facer. poss. l. numquam m-*  
*da 31. de acquir. rer. dom.* Eiusmodi verò est donatio  
inter virum & vxorem. Ea namq; moribus populi  
Romani, & consequenter iure ciuili non scripto  
prohibita est ob rationes positas in l. 1. 2. §. *de*  
*donat. in. vir. & vxor.* Ergo quod vxor marito vel  
maritus vxori donauerit, non tã *pro donato*, quàm  
*pro possessore* possideri dicendum est l. *quod vxor*  
*16. de acquir. poss. in. & l. si vir. non. tit.* Et si videtur  
hoc maiorem dubitationem habuisse, quàm quod  
superiore vericulo scriptum de re quam quis à  
furioso sciens licet à initio nulla sit, quia prohibita  
est, conualescere tamen potest donante præmo-  
riente in eadem voluntate, ex oratione Seneci, de  
qua in l. *cum hic stat us 32. de donat. in. vir. & vx.* cum  
tamen emptio à furioso facta conualescere num-  
quam possit, nec si furiosus respiscat, & non mu-  
rata voluntate moriatur. Sed non potest hæc ratio  
facere quin verum sit nullo iure nulloque titulo  
possiderem donatam quàm dñu donatio confir-  
mata non fuit, ac proinde illum qui ex eiusmodi  
donatione rem aliquam hereditariam possidet,  
cum *pro possessore* possideat, petitione hereditatis  
conueniri posse.

**c** Item *pro dote* titulus. Ratio dubitandi. Si minor  
duodecim annis puella nupserit, quamuis neq; illa  
vxor, neque matrimonium vllum sit, nec si in do-  
tum viti tanquam vxor deducta proponatur, dos  
tamen quam ipsa acceperit priuilegium habet inter  
creditors chirographarios vt cæteris præferatur l.  
*quæstium 17. §. vlt. cum l. seq. de reb. aut. iud. possid.*  
*aliàs l. 2. de priuileg. credit.* Id enim est quod nostri aiunt,  
Dotem etiam opinatam eadem habere priuilegia  
quæ vera dos haberet. Ergo etiam si à minore duo-  
decim annis mihi nupta quasi dotem acceperim  
siue eam minore esse sciens, siue ignorans, non  
ideo dicens sum *pro possessore* possidere, sed po-  
tius *pro dote*, quasi titulum hunc saltem qualem-  
qualem habens meæ possessionis, proinde non po-  
tero conueniri petitione hereditatis.

Ratio decidendi. Quatum ad mulierem quidem

pertinet aliqua dos esse intelligitur quæ ab ea fuit  
data nec minus æquum est talem dotem habere pri-  
uilegium, vt puella facta viripotens nubere quan-  
doque possit. Interest namque reipublicæ, vt scri-  
ptum est in l. *in. res 13. ill. tit. de reb. aut. iudic. possid.*  
Aded vt idem sit eo quoque casu quo sponsa do-  
tem dederit spe futuratum nuptiarum quibus pos-  
tea renunciatum proponatur d. *§. vltim. l. quæstium.*  
At quod ad virum pertinet, præsertim qui sciens  
ætatem puellæ dotè ab ea acceperit nihil tale tra-  
ctari potest, cum sciuerit aut scire debuerit, neque  
se vxorem habere posse illam quæ adhuc minor  
esset annis duodecim, neque dotem sine vxore l.  
*quæstium 9. §. de sponsal. l. 4. de rit. mpr. §. si. aduersus.*  
*Inst. de mpr.* Et si enim potest matrimonium esse sine  
dote, non tamen è cõtrario potest dos esse sine ma-  
trimonio l. 3. §. *de iur. dot.* Ergo cum in proposta  
specie neq; matrimonium, neque vxor, neque dos  
vlla sit, consequens est vt si ego rem aliquam here-  
ditariam in dotem acceperim, nõ alio titulo quàm  
*Pro possessore* dici possim eam possidere, ob idque  
teneri debeam hereditatis petitione.

**d** Et, si legatum mihi solutum est. Ratio dubitandi.  
Etiam indebitum fideicommissum à solutum sit  
non reperitur l. *cum qui 21. §. 1. §. tit. prox.* Ergo nec  
*pro possessore* nec consequenter petitione heredita-  
tis tenebitur is qui fideicommissi vel legati in-  
debiti solutionem acceperit.

Ratio decidendi. Fideicommissum quod fuit in-  
debitum si solutum sit, ideo non reperitur, quod à  
sciencie fidei explendæ gratia solutum proponatur  
l. *fideicommissum 62. §. de cond. indeb.* At nos eum ca-  
sum tractamus, quo fideicommissum, aut legatum  
nullum relictum sit, & quod tamen solutum fuerit  
per errorem, & quidem ei qui acceperit sciens in-  
debitum ex falsa causa puta ex falsis codicillis aut  
per errorem calculi. Quo casu nulla dubitatio est,  
quin repetitio sit etiam fideicommissi indebiti l. 5.  
§. *pen. de donat. in. vir. & vxor.* ac vultò magis lega-  
ti. Sunt enim hac parte fideicommissa fauorabilio-  
ra legatis iure veteri inspecto, propter fidem de-  
functo datam ab herede d. l. *fideicommissum. l. 1. &*  
*2. C. de fideicommissis.* Nihil ergo vetat, quominus etiam  
is qui legatum indebitum sciens ex falsa causa ac-  
cepit teneatur petitione hereditatis, tanquam qui  
aliquid hereditarium possideat *pro possessore*. Quod  
verò Bartolus quaerit. Quid si prædo habeat titu-  
lum, an teneatur, ego quale sit non intelligo. Nec  
enim prædo esse potest qui habet titulum, præser-  
tim si precium numerauerit, quamuis non eò mi-  
nus possit esse malæ fidei possessor, vt constat ex eo  
ipso §. *si quis sciens. §.* quem Bartolus citat. Non e-  
nim sicut quilibet prædo malæ fidei possessor est,  
ita è cõtrario quilibet malæ fidei possessor est præ-  
do. Scientia facit vt plurimum malæ fidei posses-  
sorem, sed non facit prædonem. Ignorantia verò si  
iusta sit & probabilis, impedit facilè ne quis aut  
prædo, aut malæ fidei possessor dici possit, ac pro-  
inde ne quasi *pro possessore* teneatur petitione  
hereditatis, si modò aliquem titulum habeat, vt in  
speciebus supra tractatis. Hoc enim semper exigi-  
mus, quoniam sola ignorantia nunquam titulum  
præbere aut *pro titulo* esse potest, nec facere vt in-  
terrogatus possessor quare possideat, aliud quic-  
quam respondere possit, nisi quia possidet. At tituli  
si quis aliunde sit vicium tegere, ac propemo-  
dum saltem ad aliquid delere potest.

2 ¶ Is autem qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit: id est, si scit & restituit. nam & dolo præteritus venit in hereditatis petitionem, quasi dolo desierit possidere.

Ad §. 2. is autem.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis licet in rem sit, habet tamen plerumque actiones personales, quæ cum ipsa rei hereditaria possessione nihil commune habent. *l. sed et si. 25. §. pen. inf. hoc tit.* Ergo cum quoque qui hereditatem ad alium pertinentem alij tanquam heredi, qui tamen heres non erat, restituit petitione hereditatis teneri posse dicendum est. Exemplo eius quod diximus ad legem præcedentem, nihil ei prodesse qui petitione hereditatis conuenitur, quod neget se possidere, si tamen verè possideat, quia sola possessionis amissione liberari non potest quomodo liberaretur is, qui speciali actione in rem conueniretur. *l. ult. inf. de rei vind.*

Ratio decidendi. Habet quidem petitio hereditatis præstationes multas personales, propter quas mixtam personalis actionis naturam habere creditur in *l. b. reditatis 7. C. hoc tit.* Sed prius est ut competere probetur quam ut de præstationibus istis personalibus queri oporteat. Atqui cum sit in rem non potest competere contra eum quem verum sit, neque possidere, neque dolo malo desisse possidere, non magis quam rei vindicatio specialis *l. qui petitio 16. de rei vindic.* Porò neque possidet, neque dolo malo desit possidere is qui hereditatem iam alij restituit quam ei restitui minimè debuerit, si modò restituerit bona fide & ignorans ius veri heredis. Ergo neque petitione hereditatis conueniri hic potest. Longèque alia ratio est eius, qui cum aliquid ex hereditate possideat, tamen negat se quicquam possidere. Habet enim petitio hereditatis eo casu vnde nascatur, & contra eum instituitur, quod non ita est si re vera nihil possideat.

*a. Nisi dolo scit, id est, si scit & restituit.* Ratio dubitandi. Non possunt duo esse in solidum eiuſdem rei possessores. *l. 3. §. ex contrario. inf. de acqui. poss. l. duo in solidum 9. inf. de precar.* Atqui cum is qui hereditatem aut rem aliquam hereditariam possidebat, eam alij restituit quam cui restituere debuit, etiam si sciens & dolo malo id fecerit, non eò minus tamen verum est possidere illum cui hereditatis aut rei hereditariæ restitutio facta est. Ergo quod solet dici dolum esse pro possessione locum habere hoc casu non potest, ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero contra *l. filio 23. de liber. & posthum.*

Ratio decidendi. Fieri quidem non potest, ut

3 ¶ Neratius libro sexto membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret pro herede, vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro seprimò ait, etiam si putauit heres eas res ex hac hereditate, quæ sibi delata est.

Ad §. 3. Neratius.

Ratio dubitandi. Is qui verè heres est possessoris contra quem potuit moueri petitio hereditatis habet verum titulum pro herede, cuius potestate certum est posse illum vscapere alienas res omnes, in ea hereditate repertas quæ sibi delata sit, & quas putet ex ea hereditate esse. *l. 1. & tot. tit. pro hered. D. & C.* Atqui non potest conueniri hereditatis petitione is qui titulum aliquem verum habet suæ possessionis. *l. regulariter 9. sup. h. t.* Nec rursus potest vide-

duo simul & in solidum eandem rem verè possideant, non magis quàm ut in eodem loco in quo ego sto, tu quoque; ita videaris. *dict. §. ex contrario.* quoniam eo casu admittenda esset penetratio dimensionum, ut loquitur Philosophi, quam ipsa rerum natura non patitur: Sed nihil verat duos ita possidere, ut vnus verè possideat, alius fictè. Nihil enim est eo casu quod implicet contradictionem. Ergo si quis alienam hereditatem alij quam cui debui sciens & dolo malo restituerit, vterque poterit conueniri petitione hereditatis, & is cui restituta est quia re vera possidet. & is quoque qui dolo male restituit, quia pro possessore habetur. licet reuera non sit possessor, ad eò ut etiam ad fructus vterque teneatur. *l. si d. v. 25 §. perinde. inf. hoc tit.* Dolus enim pro possessione est. *l. qui dolo 13. de reg. iur.* Alioquin dolo prodesset ius doli, si in eius potestate fuisset semel natam & iam competentem aduersus eum hereditatis petitionem extinguere per restitutionem alij dolo malo factam. Lucrum enim est si quis ab actione suo doli liberetur. Quamquam verò dolo vindicetur, non est necesse ut alioquin profuturus sit dolo, sed illud sufficit ut alij nocere possit: quod nunquam ferendum est. *l. 3. qu. ind. ex fact. iur.* Imò quod magis est, dolo omnimodo puniri debet, tum quoque cum non alicui alteri, sed illi ipsi qui eum admittit, damnosus futurus est. *l. procurator 1. §. 1. inf. de doli mal. except.* Dolus autem etiam præteritus quin venire debeat in petitionem hereditatis, dubitari nullomodo potest, ut sequitur in hoc textu.

*b. Nam & dolo præteritus venit in hereditatis petitionem.* Ratio dubitandi. Possessionem præsentem esse oportet, non præteritam, ut actione in rem sine vniuersali, siue speciali conueniri quis possit. Nemo enim actione in rem tenetur ob id solum quòd aliquando possederit, si non eo quoque tempore possideat quo conuenitur. *l. vtr. & pass. de rei v. v. v. l. Ergo etiam si maximè quis admittat dolum esse pro possessione, id tamen de dolo præterito accipiendum videtur non de præterito, si saltem quantum ad hoc, ut qui dolum admisisse dicitur, conueniri possit actione in rem tanquam possessor.*

Ratio decidendi. Dolus præteritus qui in amittenda possessione interuenierit, pro possessione est non præterita, sed præterita, quia creditur is qui dolo malo desit possidere, adhuc hodie possessurus fuisse si dolum non admisisset.

ri prædo aut malæ fidei possessor ille, qui ignorat defunctum possedisse res illas pro herede aut pro possessore. Ignorantia enim præteritam quæ sit probabilis qualis semper est facti alieni, bonam fidem inducere solet. *l. vlt. inf. pro suo.* Ergo non potest verum esse quod Neratius scribit ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Multò minus verò si putauit heres eas res quas defunctus pro herede vel pro possessore possidebat ex ea hereditate esse.

esse quæ sibi delata est. Ratio decidendi. Heres succedit in omne & vniuersum ius defuncti, idè quæ sua ignorantia vicia defuncti non excludit. *l. cum heres v. de diuers. tempor. p. script.* Atqui defunctus poterat conueniri petitione hereditatis, quia pro herede vel pro possessore possidebat. Ergo & heres ipsius tenebitur, non quidem ex propria persona cum habeat titulum, quia verus heres est. Illi heredis aut malæ fidei possessoris, sed ex persona defuncti, & quia possidet ipse res illas hereditarias, quas defunctus possidebat. Nam si non possideret,

non ob id solum posset teneri, quod eius heres sit, qui eorum rerum nomine potuit aliquando conueniri: quia nec si ipse aliquando pro herede aut pro possessore possedisset, hodie tamen teneretur si hodie non possideret. Nisi poneres desisse illum dolo malo possidere, ut diximus ad §. præcedentem: Cui similis etiam ille est, qui dolo malo noluit incipere possidere, ob id tantum ne petitione hereditatis teneretur. *l. 1. §. penultim. inf. si quis omis. caus. testam. & §. penultim. huius legis inf.*

4 ¶ Quid si quis hereditatem emerit: an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur, venditorem enim teneri certum est. Sed si ninge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? Et putat Gaius Cassius dandam vtili actionem.

Ad §. 4. quid si quis.

Ratio dubitandi. Emptor hereditatis, licet emptor sit vniuersitatis, habet tamen titulum singularem, & idè singularem duntaxat rerum nomine conueniendus est, idque speciali in rem actione. *l. 2. hereditatis 7. in fin. C. hoc tit.* denique non tantum possidet bona fide, sed etiam cum titulo emptionis. Ergo non potest conueniri petitione hereditatis quam supra toties diximus non dari contra titulum possidentem. *l. regulariter 9. sup.* Maximè cum certum sit eum qui vendidit hereditatem, sicuti hereditatis petitione conueniri poterat ante venditionem, ita & post venditionem posse, quasi adhuc possideat hereditatem qui habet pretium hereditatis, factum quodammodo hereditarium. *l. si & rem & pretium 22. inf. eod.* ut proinde nihil videatur interesse petitoris qui actionem suam æquè habiturus sit contra venditorem, ac si venditio nulla interuenisset.

Ratio decidendi. Regulariter quidem non datur petitio hereditatis contra eum qui aliquem habet titulum suæ possessionis, quomodo habet quisquis emptor est etiam vniuersitatis. Sed tamen interdum æquum est dari etiam contra emptorem hereditatis vtili petitionem, Et quidem omnimodo si alienam hereditatem sciens emerit & sit in mala fide. *l. si quis sciens. inf.* Cum distinctione verò si emerit bona fide, ut in specie distinximus. Quid enim si non extet venditor, puta quia decesserit sine herede, & sine honorum possessore, vni in *l. habere licere 7. de cuius. l. 1. §. idem Pomponius de pos.* Aut quid si extet quidem venditor, sed tamen modico precio distraherit amplissimam hereditatem, & bonæ fidei possessor fuerit: ut proinde non ad aliud precium restituendum teneri possit, quam ut quod accepit restituat, ad eò que nec nisi in quantum locupletior ex eo factus est. *l. sed et si 25. §. consilium. & pass. inf. hoc tit.* Iniquum sanè videatur hoc posteriore casu cogi eum ad quem pertinet hereditas, ut cogatur actionem suam instituere contra venditorem à quo quantumuis diuite non sit rem suam consecuturus. Ita namque fiet ut moretur in damno si non ei manus porrigatur ut possit agere aduersus emptorem etiam qui emerit bona fide. Atque sic vulgo nostri ratiocinantur post Accursium & Bartolum ad *d. §. si quis sciens.* Ergo tamen paullo aliter. Nam siue bonæ fidei possessor, siue prædo sit is, qui hereditatem emit, sicut iuris ratio nunquam patitur ut directa petitione hereditatis conueniri possit quoniam habet titulum, nec prædo dici potest

qui precium numerauit quamuis sciens alienam hereditatem emerit. *d. §. si quis sciens.* (non enim malæ fidei possessorem quem esse sufficit ut huiusmodi actione conueniatur, sed necesse est ut sit prædo, vel ut possideat pro herede. *l. regulariter. & seq. sup.*) Ita nec distinctio illa videtur adhibenda ut in hoc §. adhibetur. An bonæ fidei possessor fuerit an prædo is qui vendidit hereditatem. Nam si prædo fuit, eum possit etiam post venditionem conueniri de precio totius hereditatis, nec tantum de eo, quod ipse accepit ab emptore & ex quo factus est locupletior, sed quanti re vera hereditas fuit, nulla ratio est cur actori perenti hereditatem permitti debeat agere contra emptorem, quamuis malæ fidei possessorem, Non quòd aliquo fauore dignus sit qui mala fide comparauit, sed ne violetur ratio iuris si contra titulum possidentem hereditatis petitio instituat. Facit mala fides cuiusque ut indignus videri debeat eo fauore qui non nisi ex æquitate potest duci, quia iniquum est faueri dolo, ut in eleganti illa specie de qua in *l. pen. D. ad SC. Trebellian.* Sed non vidèdè ius violandum sit & perturbada omnia ut malæ fidei possessori noceatur. Sublato enim fauore qui certe nullus esse potest malæ fidei possessoris, superest tamen fauor iuris communis, cuius ratio semper & in omnibus habenda est, nisi cum æquitas repugnat. *l. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidè 90. de reg. iur.* At si prædo non fuit, sed bonæ fidei possessor is qui hereditatem vendidit, potest æquum videri ut contra eum qui ab ipso emit, siue bona, siue mala fide emerit petitio instituat. eodem casu quo non aliter fieri possit ut indemnitate actor à venditore consequatur. Idque non obsecrè innuit Vlpianus in *d. §. si quis sciens,* cum ait teneri malæ fidei possessorem vtili petitione hereditatis, tanquam emptorem vniuersitatis, ut intelligamus non teneri eum tanquam malæ fidei possessorem. Atqui perinde emptor vniuersitatis ille est, qui emit bona fide. Perinde igitur dicendum est conueniri eum posse vtili petitione hereditatis atque si mala fide emisisset, ac omni casu quo malæ fidei possessor conueniri posset. Multòque probabilius esset, meo iudicio, si quis defenderet nullo penitus casu permittendum esse ut hereditatis emptor huiusmodi actione conueniri possit, nec magis vtili quam directa, quicquid tandem possessor ille sit & qualiscunque, id est, siue bonæ fidei, siue malæ fidei esse proponatur.



Omnis siquidem casu ratio illa iuris repugnat. quod non sit danda hanc actio contra titulum possidentem, Negari autem non possit quin titulum habeat quisquis hereditatem quoquomodo emit, si modò precium numerauerit. In quam sententiam præter hanc rationem iuris, mouet esse maximè auctoritas Vlpiani in *d. si quis sciens*, ubi posteaquam dixit quosdam putare, eum qui sciens alienam emerit hereditatem quasi pro possessore hereditatem possidere, & sic peti ab eo hereditatem posse: subiungit se hanc sententiam non putare veram, Add. ta etiam ratione quod nemo prædo sit, qui precium numerauit, Vtrumque ergo Vlpianus improbat quod illi dicebant, Hanc emptorem & quasi pro possessore possidere, & peti ab eo hereditatem posse: Ac proinde ferendum est Vlpiani sententiam eam esse, vt hic neque quasi pro possessore possideat, neque petitione hereditatis vllomodo teneatur. Nec est quod hanc Vlpiani sententiam restringamus ad directam petitionem hereditatis. Questio enim generalis erat, nec tam de nomine actionis quàm de effectu posset, An peti hereditas ab huiusmodi emptore possit, Non igitur intelligenda de directa magis quàm de vtili actione. Et verò illos ipsos quos Vlpianus reprehendit, non tam de directa quàm de vtili petitione hereditatis sentisse, ex eo conuicti nõ obscure potest, quod non simpliciter & absolute dicebant hanc alienam hereditatis sciens emptorem pro possessore possidere, sed quasi pro possessore, nec enim alius directa hereditatis petitione conueniri potest, quàm qui verè possidet, vel pro possessore, vel pro herede. Eum verò qui non nisi quasi petitione hereditatis conueniri possit, quæ quasi petitiõ nihil nisi vtilis actio est, Quam obiectiõnem præsentens Accursius vt illam eludat, notat in dictione quasi esse eam expressiuam veritatis vt quod sequitur de petitione hereditatis possit intelligere de directa. Quod admitti fortasse posset si Vlpianus noster ita scripsisset, quasi pro possessore possideat peti hereditatem ab eo posse quidam putant. In qua locutione dictio quasi posset videri expressiuam veritatis, si pro qua lumeretur. At non ita loquitur Vlpianus, sed hoc modo quasi pro possessore possidet, in quo ipso tamen erratū esse puto, & pro possidet legendum possidere, sumendamque illius verbi constructionem à sequentibus quidam putant cum aperuissimum sit non esse illam Vlpiani sententiam vt hic qui hereditatem alienam sciens emit pro possessore aut quasi pro possessore possideat, sed tantum vt referat ita quosdam putare qui hac ratione moti iidem existimant tenei hunc possessorem petitione hereditatis. Alioqui secum pugnabit Vlpianus, qui statim subiungit non putare se veram istorum sententiam, negatque quasi pro possessore hunc possidere qui precium numerauit. Simili penitus locutione ei quam obseruauimus in *l. cum lege Julia 41. sup. de recept. qui arbit. recep.* Neque rursus de illo quærebat apud Vlpianum, aut apud eos, quorum ille sententiam refert, Vtrum directa petitiõ hereditatis contra huiusmodi possessorem competere, an vtilis danda esset, Sed de illo tantum An peti hereditas ab eo possit. Quibus verbis cum effectus rei potius quàm subtilitas iuris significetur, omnino consequens est, vt quod Vlpianus negat peti hereditatem ab eo posse cum effectu accipiat, ne vtilis magis quàm directa conueniri possit. Cum dici soleat quod & verissi-

mum est, verba omnia cum effectu esse accipientem, *l. in fin. sup. quod quisque iur. l. penult. §. docere. sup. si quis cum qui in ius vocab. et. v. m. effectu autem ipso nihil penitus interest an directa quis an vtili actione conueniatur, Siquidem vtraque eiusdem potestatis est eundemque habet effectum, quomodo scriptum est in *l. adio 47. sup. de negot. gest.* Quod cum ita sit nõ dubito quin postrema illa verba dicit. *§. si quis sciens. sed et emptor aueritatis vtili teneatur* adscribenda sint vel imperio alicui interpreti quæ nosser hic §. fefellerit, vel ipsi etiam Triboniano quem tam sæpe ostendimus facillimum fuisse in dandis vtilibus actionibus, inuita vetere iurisprudentia & iis casibus quibus veteres neque directam competere, neque vtilem dandam esse existimabant. Nec mouere me potest ratio illa quæ à nonnullis adfertur, quod emptor hereditatis & vniuersitatis sit veluti loco heredis, *l. 2. de hered. vel act. v. dicit.* Nam imò verò ex illo ipso loco apparet potius non esse illum loco heredis qui scilicet neque à legatariis neque à creditoribus hereditariis conueniri possit, quomodo possunt illi qui loco heredis esse dicuntur, vt puta bonorum possessor, fideicommissarius, & is cui libertatum seruandarum causa bona addicuntur ex Diui Marci constitutione. Hi enim omnes succedunt in ius vniuersum quod defunctus habuit, Bonorum quidem possessor ex edicto prætoris *l. 1. 2. §. 3. D. de bonor. poss. fideicommissarius* verò ex *SC. Trebelliano l. 1. 2. §. pass. inf. ad SC. Trebell.* is denique cui bona sunt addicta libertatum seruandarum causa, ex rescripto Diui Marci de quo in *T. it. Instit. de co. cui libert. caus. bon. addic. ac* proinde sunt illi omnes iuris successores, & perinde obligantur ex successione acti verè essent heredes, *l. nõ enim 38. inf. ad SC. Trebell.* cum tamen emptor hereditatis non nisi singularis successor sit, in quem idè transire personalis obligatio nulla potest, *l. si heres cod. l. vlt. §. 1. de contr. empt.* Et verò ratio quæ adfertur in hoc §. propter quæ videatur danda petitiõ hereditatis saltem vtilis contra hunc emptorem non illa est, quod sit ipse aut videatur esse loco heredis, sed alia longè diuersa. Ne singulis iudiciis vexetur. Quæ tamen ratio non solum obscura est, sed etiam adè inepta vt vix sensum vllum recipere possit. Vnde est quod nostri magis communiter ea verba referunt ad petitoiorem, cum tamen omnia quæ præcedunt in hoc §. sint de emptore & possessore. Et sanè quid absurdius dici potest, quàm vt emptorem etiã inuitum teneri dicamus ob id solum ne alioqui necesse sit eum vexari diuersis iudiciis ratione rerum singularum, si malit ille pati eam vexationem, quàm excipere petitionem hereditatis? Vexatio timenda est pro actore quem sicut inuitus agere cogitur, vt suum consequatur, ita iniquum sit cogi varias actiones variæque iudicia instituire ad consequendas eas res quas alioquin vno eodemque iudicio persequi possit, Vt scilicet tantò minus vexetur. At pro possessore non adè laborandum est vt nõ vexetur, cum actionem in rem specialem suscipere nemo inuitus cogatur, quandoquidem liberè est culibet dicere se nõ possidere *l. 1. de rei vindic. inf.* At neque video qua elegantia potuerit Vlpianus scribere singulis iudiciis pro eo quod voluit dicere singularibus iudiciis ratione singularum rerum instituedis. Aliud siquid est dicere singula iudicia, aliud verò dicere singularia cum possint etiam vniuersalia iudicia dici singula si plura fortassis de pluribus heredi-*

hereditatem petitionibus, siue contra plures, siue contra vnum vniuersamque possessionem instituta proponantur. Denique falsissimum est cum qui nec peti potest nec pro possessore possideat, se peti potest & titulo singulari posse conueniri petitione hereditatis, siue directa, siue vtili. Nec quod sit pro loco necesse sit petitionem distinguere variis iudiciis, scilicet peti vt eo tantum cogatur sit specialibus in rem actionibus expectari libertatis, & ceteris. Ceteri vbi dicitur quod ad rem nostram valde pertinet speciales tantum in rem actiones hoc casu competere, adiecta dictione taxatiua tantum quæ non minus vtilè quàm directam hereditatis petitionem excludit, & in vtilis petitiõ hereditatis non specialis in rem actio sit, sed vniuersalis, non minus quàm quæ directa. Vnus tantum casus excipendus est quo fieri potest vt etiam is qui titulum habet ad eumque emptoris conueniatur petitione hereditatis, Nimirum vel hereditatem totam, vel eius partem, vel etiam res aliquas singulas ex hereditate conparatæ ab eo qui iam hereditatis contentum parabat, & quidem non ignarus sit, vt scriptum est in *l. ad. tit.* Hic enim non solum quæ male fidei petitiõ tenetur ob scientiam rei alienæ *l. bono fidei §. de verb. signifi.* sed etiam petitiõ acti titulum emptoris nullum haberet, quia victoriam habet, ac lite pendente acquiritur quo tempore non potest alienatio vlla deteriori facere petitoris conductio *l. Diuus Titus vbi dixi sup. hoc tit. in d. l. v. de actionibus 13. D. familiar. et. gest.* Nec contrarium est quod in *d. l. 2. v. inf. tit.* scriptum est. Emptorem qui proprio titulo possessionis natus est, etiam singularium rerum iure conueniri. Non enim is horum verborum sensus est, vt emptor hereditatis possit & vniuersali iudicio petitionis hereditatis de hereditate conueniri, & etiam specialis iudicio rei vindicationis de rebus singulis, Alioqui pugnaret ea lex non modo cum ratione iuris, sed & cum *act. l. hereditatis*, quæ vt diximus, non nisi specialibus in rem actionibus vult eum conueniri posse. Sed hoc sibi volunt Imperatores, hunc emptorem vti proprio, id est, singulari titulo possessionis munitus est, ita etiam singularium rerum iure conueniri posse, quemadmodum pluribus explicauimus *lib. 17. Comell. cap. 1.* Quæ interpretatio si non placeret, dicerem potius subesse in eodem verbo etiam legendumque *tantum*, vt in *d. l. l. v. de iur. iur.* Naro errore ex licet arum notarumque quibus vtraque dicitio per contra actionem scribi solet similitudine & adfinitate *et. ita, tantum* quæ uti prior *utiam signifi.* posterior *tantum.* Aut denique defenderem ab imperito interprete additam dictionem illam, quem & hic locus & textus *d. si quis sciens, fefellerit*, potius quàm vt admittam quicquam ab Imperatoribus illis rescriptum, qui iuris religiosissimi fuerunt, quod à iuris ratione sit tantopere alienum. Et quamuis vtilis actio non à mero iure pendat, sed ab æquitate sola, quam sibi quisque pro arbitrio qualem vult comminiscitur, præferim verò Tribonianus vt latiore sibi viam sternat emendandis prudentum veterum responsis. Nemo tamen necit vtilis actiones nunquam nisi ex necessitate inducendas, vt in *l. i. C. de oblig. & action. & deficientibus directis l. si heres 70. in princ. D. ad SC. Trebell.* Hic autem neq; vlla necessitas subest, neque deficiunt directæ, cum singularium rerum nomine possit specialibus in rem actionibus posses-

ori conueniri, quod sufficit ne possit petitor conueniri vtilis iuris sui consequendi rationem superesse. Quod si pro venditore rationem illam adieras, quam Tribonianus præculdatis afferre voluit, nec tamen exprimere sciuit, quod iniquum sit venditorem tot iudiciis singularibus vexari, Dicam non esse bonam rationem per quam velis euenire faciendam iniuriam possessori ne vexat omnis grauoris incommodum irrogetur petitori. Multum namque possessoris inereit vt specialibus in rem actionibus potius quàm hereditatis petitione siue directa, vt vtili conueniatur, Vel ob id maxime, quod in petitione hereditatis tam vtilè quàm directam veniunt, sicutus omnes à possessore accepti ex die mortis etiam contra peti, cum distinctiõne tamen illa Vtrum bona iam male fidei possessor sit is qui conuenitur *l. i. C. cod.* In specialium verò actione in rem, non veniunt siueus conueniunt, nisi ex die lris contestata. Fructus namque augent hereditatem eum ab eo possidentem hereditas, à quo & peti potest, At non augent res hereditarias, neque actionem earum singularium non ita inuita. Qui sensus est *d. l. 2. cod. de iur. l. certum 22. C. de rei conu. et.* Acque ita esse vt hæc Tribonianæ ratio bona non sit, docetur ipse Tribonianus eum sequentibus subiungit non aliter dandam esse vtili hanc actionem contra emptorem hereditatis quàm si vel non extet venditor, vel extet quidem, sed tam modico precio hereditatem vendiderit eum bona fidei possessor extet vt non expediat actori petere hereditatem à venditore tam exigua præcium habente. Atqui ceteris etiam casibus, id est, tum quoque eum vel extet venditor, vel iusto precio hereditatem vendidit, vt hinc damno petitoris possit conueniri directa hereditatis petitione, idè conuenit, vt diuersis iudiciis vexari actorem necesse sit, si contra emptorem agere velit specialibus actionibus de rebus singulis, Ergo vel non est bona ratio propter quam permitti debeat petitori vt inuita inprudencia possit contra emptorem agere vtili petitione hereditatis, Vel superuacua est distinctio quæ Triboniano placet, & in qua ille tamen conquiescit. Mancam sanè illam esse, vt passim sunt distinctiones istæ Tribonianæ ex eo apparet quod casum illi omisit Tribonianus quo venditor extet, iustoque precio hereditatem vendiderit, sed tamen non sit soluendus. Qui tamen casus non fuit prætermittendus, si ceteri fuerint excipiendi, cum habeat eandem æquitatis rationem. Quid enim refert an venditor non extet, puta mortuus sine herede, an verò extet quidem, sed adè inops & egenus etiam post dimissos ex hereditate vendita præcio aliquos creditores, propter quod videri debeat factus locupletior *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut.* vt adhuc inanis futura sit actio quæ contra eum inuitetur *l. nam is 68. de dol.* Quid rursus interest an iniusto & permotico precio hereditatem vendiderit, an in modico quidem sed quod propriis creditoribus dimittendis iam impenderit, & cui restituendo inopat sit? Ex his porro calibus quos Tribonianus excepit, intelligimus, Non priore illa ratione motum cum fuisse, quod iniquum sit vexari petitoiorem multiplicitate singularium iudiciorum, Sed illa potius quod æquum videatur accommodari vtilem hereditatis petitionem aduersus emptorem eo saltem casu quo directam contra venditorem exercere non possit sine dispendio, & iactura aliqua iuris sui. At

hæc ratio æquè inepta fuerit. Neminem enim vnquam ob id solum teneri æquum est & durius adstringi, quòd actor ab alio qui teneatur aut nihil aut minus sit consecutus. Nascuntur enim & acquiritur ut obligationes ita actiones omnes certis tantum & legitimis modis ex eorum persona & factis qui obligantur, quique conueniuntur, non etiam ea actoris commodo vel incommodo æstimandis. Quod in propofita quæstione tantò magis dicendum est, quantò minus periculi subest ne in damno moretur actor etiam si vtilis petitio hereditatis ei denegetur, quia præter id quod saluà habet actionem directam contra venditorem cuiuscunque tandem commodi & vtilitatis futura illa sit, habet etiam paratas actiones in rem speciales contra emptorem singularum rerum nomine per quas sine cõsultatione indemnitati, nisi quod ad fructus attinet ante cõtestationem perceptos, & consumptos. In summa non video cur distinguere debuerint Imperatores in *dilt. l. 2. C. hoc tit. an possessor emerit hereditatem pendente lite*, an verò ante litem, si vtroque casu idem rei effectus est vt perinde possit emptor conueniri petitione hereditatis. Hac sola differentia, quòd priore casu teneatur actione directa, posteriore verò non nisi vtili. Sed me præterea mouent verba ipsa cõtextus per quæstiunculas concepta interpolata, & malè tam inter se quam cum præcedentibus coherentia: qui solius Triboniani non etiam Vlpiani aut alterius antiquis prudentibus mos & stylus est. Primum enim sic scribitur velut ex abrupto *Quid si quis hereditati emerit? Deinde subiicit an vtilis in eum petitio hereditatis deberet dari ne singulis iudiciis vexaretur.* Non quærit, An debeat dari, sed an deberet, ita quodammodo admittens, dati quidem non debere, sed tamè posse quæri an deberet dari. Quasi fieri possit, vt tale quid sit quod etiam nec detur nec dari debeat, dari tamen deberet: quod est iudicium. Sed & cum de emptore concepta quæstio sit, & quidem per ea verba quæ venditoris personam neque exprimat, neque subaudiatur, excidit tamen Triboniano incauto, quod alibi sæpe vt ab emptore tracteat ad venditorem, eamque suæ dubitationis rationem adferat quæ petitori omnino aptanda sit, emptori autem conuenire nullomodo possit. Sed illud suauissimum est, quod post ita conceptam quæstionem de emptore an in eum petitio hereditatis dari deberet ne actor singulis, id est, singularibus iudiciis vexaretur, respondet primum de venditore, scilicet eum teneri, de quo tamen nec quæsitum fuerat, nec quæri probabiliter potuerat, cum certum iuris esset teneri venditorem, petitione hereditatis etiam directa adeoque post venditionem, tanquam qui hereditatem possidere intelligatur hoc ipso quod hereditatis pretium habet. *l. si & rem 22. & seq. eod. l. si quis pecuniam 4. §. vlt. §. si quis omni causa. restant.* At neque postquam locutus est de venditore, adhuc tamè respondet ad propofitam quæstionem de emptore. Sed vagatur, & inquit alios casus in quibus maior ratio suadere videatur, & euidentior saltem æquitas vt actori succurratur. Sed sine, inquit, non cessare venditorem, vel modico vendidisse & bona fidei possessor em fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeat? Quibus verbis restringit Tribonianus quæstionem, quam multò generaliore proposuerat, vt innuat nec dubitare se quin extra hos casus deneganda sit petitio hereditatis tã vtilis quam directa aduersus emptorè. Et tamen ad pro-

positam generaliter quæstionem responder generaliter ex Caij Cassij sententia dandam vtilem actionem. Ergo non tantum superioribus duobus casibus, sed alio præterea omni, siue inter sit actoris ob id quòd vci non exierit venditor, vel nimis modico precio vendiderit, & bona fidei possessor fuerit. Siue ob id potius quòd alioqui futurum sit vt pleurisque singularibus iudiciis vexetur si malit specialibus actionibus contra emptorem experiri. Fieri porro nequit vt non saltem hoc posteriore nomine inter sit actoris conuenire potius emptorem vtili petitione hereditatis. Igitur fatendum erit omni casu teneri emptorem. Quod si ita est, quid ergo profuit casus illos conquisiuisse, ac expressisse Si venditor non exierit, vel nimis modico precio vendiderit, & bona fidei possessor fuerit? Et contra, Si tantum his duobus casibus emptor tenetur vtili petitione, quid profuit rationem illam generalem præmittere.

*a. Ne singulis iudiciis vexaretur.* Adde quod nec illud verum est venditorem hereditatis qui bona fidei fuerit non aliud teneri reddere precium, quam quod acceperit & ex quo locupletior sit factus. Repugnat enim Iuolenus in *l. in estimacionibus 49. §. b. t.* Repugnat ratio iuris, vt dicemus ad *§. seq.* Illud sanè mirum est non distinguere Tribonianum bona fidei emptorem ab eo qui mala fide comparauerit, vt nec in *§. si quis sciens.* Cum tamen in his quæstionibus quæ ex æquitate proficiuntur nunquam fauendum sit malæ fidei possessori *l. pe. in §. j. ad S.C. Treb.* Nempe voluit Tribonianus fauere petitori omni casu quo aliter fieri non posset vt indemnitas seruaretur. Nec tamen animaduertit, illa etiam in specie in qua exierit venditor, qui hereditatem iusto adeoque si uoles immodico precio alteri vendiderit, & qui sit soluendo, vt hoc addamus, quod Tribonianus prætermisit, non posse fieri vt in damno non remaneat actor si non ei detur vtilis petitio aduersus emptorem: quoniam agendo contra venditorem nihil aliud consequi potest nisi vt precium sibi restituatur, qui tamen si vtili petitione ageret contra emptorem res ipsas suas consequeretur. An non autem eius semper interest res habere potius quam earum estimationem? Aut quid iniquius, quam vt siue iusto siue iniusto precio res suas vendere compellatur? *non enim. 9. Di. rer. amot. l. nec quasi 70. D. de publ. in rem act.* Debuerat ergo Tribonianus generaliter & indistinctè dare hanc vtilem actionem contra emptorè, quod & Accursius noster tandem concludit, Cum huic malo & incommodo non aliter obuiam iri possit, quam si petitor specialibus actionibus singulas res persequatur, quod ipsum tamen pro absurdo Tribonianus habet, idè quia fieri id nequeat, quin petitor nimis vexetur. Non possum permittere illa etiam verba *an porrigi manus ad emptorem debeat* videri mihi valde Tribonianum redolere. Vfus enim ille est eodem loquendi genere in *l. à Diuo Pio 15. §. sed si emptor De re iudic. j.* quem locum vt & totam illam penè legem Triboniani magis quam Vlpiani esse, & alibi iam scripsimus, & nunc quoque confirmamus. Illud querendum hæc superest, An quod Tribonianus quasi ex Caij Cassij sententia scribit dandam esse vtilem petitionem hereditatis contra emptorem, ea distinctio adhiberi debeat, quæ adhibetur quoties quæritur, An singulas res hereditarias specialibus actionibus cõtra emptorem persequi actor possit, hoc est an emptor habi-

turus sit regressum aliquem de euictione aduersus venditorem suum, an nullum, vt priore casu conueniri non possit postiore verò possit ex *l. si d. et si 25. §. item si rem d. l. rem. §. eod.* In quo Accursius noster hæsitat, Concludens tamen eiusmodi distinctioni in locum esse eam vendita est res aliqua singularis, & vt Bartolus loquitur, particularis ex hereditate, non autem eam ipsa vniuersitas hereditatis vt in hoc §. Eandemque sententiam Bartolus quoque probat. Ego verò probare non possum, quia eam hæc vtilis petitio hereditatis etiam si Triboniano credamus non nisi ex æquitate detur, & contra iuris regulas: quæ verò pro singulis rebus datur specialis in rem actio detur ex ipsa iuris ratione, quis non putet absurdum latius patere vtilem hereditatis petitionem, quam directam in rem specialem, & bona fidei possessoris qui hereditatem bona fide vendidit, deteriorē esse conditionem ob id quòd per mediam emptoris personam conueniatur, quam si recta conueniretur, aut ob id etiã quòd emptor vtili petitione hereditatis nõ autem specialis in rem actione vrgeatur? Vtroque enim casu perinde tenetur venditor emptori suo de euictione, & perinde alia ex parte bona fides venditoris facere deberet, vti ne supra quam locupletior factus sit, teneatur. Alioqui sit preiudicium hereditatis inter actorem & venditorem si ob personam emptoris grauiori condemnationi fiat obnoxius venditor, quam quæ esset ei iroganda in iudicio petitionis hereditatis, in quo non posset timere reus idemque venditor ne supra quam ex precio vendidit hereditatis locupletior factus esset teneretur, *d. si item si rem.* Ac præterea cum Tribonianus eam suæ sententiæ primam ac potissimam rationem adferat ne petitor singulis iudiciis vexetur, quasi æquius & commodius sit pro tot actionibus specialibus dari vtilem petitionem quæ vnica est, eamque velut in locum & vicem specialium actionum substitui, consequens certè est vt quo casu non posset venditor specialibus in rem actionibus experiri, nec ei licere debeat instituire vtilem hereditatis petitionem, ex qua scilicet sufficit vt commodum illud sentiat ne tot iudiciorum vexatione pati cogatur, nõ etiam vt alia vlla in re deteriorē faciat venditoris qui bona fidei possessor fuit, conditionem. Porro si nobiscum ita sentias vt eadem distinctio quæ adhibetur in *d. §. item si rem d. l. rem. §. eod.* in hoc quoque §. adhibenda sit, tantò magis probandum tibi erit quod nos defendimus, ex Triboniani potius quam ex Caij vel Vlpiani sententia illud esse quod hic scribitur dandam vtilem petitionem hereditatis aduersus emptorem, cum vix sit vt ex natura contractus non habeat emptor regressum de euictione contra venditorem, nisi eo demum casu quo expressim conuenierit vt venditor non de euictione teneatur ad id quod interest, sed tantum ad precij accepti restitutionem, vt in *l. ex empto 11. §. vlt. de act. emp. j. iunct. l. si in venditione 60. l. euicta 70. §. de euict.* Sed sunt ista aptiora, quam vt pluribus demonstrari debeant, Et si neque paucioribus verbis potuit tantus iuris error refelli, & Triboniani facinus indicari. Cuius auctoritate moti plerique ex nostris interpretibus in eam sententiam venerunt vt dixerint, Possè omni casu conueniri petitione vtili hereditatis emptorem quoties hereditatem ille emit ab eo qui poterat ipse hereditatis petitione conueniri. Ne iniquum melior sit condicio emptoris quam venditoris, Quasi verò absur-

dum sit diuersam esse vtriusque conditionem eam diuersa ratio est. Hæc autem quam diuersa sit ex eo apparet, quòd emptor titulum habet suæ possessionis, quem nullum venditor habebat. Neque verò regula iuris habet semper & in omnibus eandem causam esse emptoris quæ fuit venditoris, sed plerumque vt scriptum est in *l. inuitus 156. §. plerumque de regul. iur.* Alioqui eadem ratiocinatione inferre possis, Teneri emptorè hereditatis petitione directa, quia & venditor ipse directa non vtili tenebatur. Vniuersalis successoris alia ratio est. Eius enim vix alia vnquam causa est quam decessoris, quia in vniuersum ius succedit. Et hoc nimirum est quod Tribonianum primum deinde nostros interpretes fefellit, quod vniuersitatis emptorem pro vniuersali successore habuerunt, qui haud dubiè non minus singularis successor est quam qui emit fundum Cornelianum. Successionis enim titulus ille est qui facit successorem vel vniuersalè, vel singularè, non res quæ per titulū acquiritur *d. l. 2. C. h. l.* Quamquam nec hereditas quæ venditur, est quid vniuersale, quia neque hereditas est, cum necesse sit aditam eam esse à venditore iamque factam ipsius patrimonium priusquam vendi possit. Vnde est quod nec à creditoribus nec à legatariis conueniri potest emptor hereditatis sed tantum venditor *d. l. 2. C. de hered. vend.* Id verò multò magis obtinet cum is hereditatem vendidit, qui nullū ius in hereditate habuit, nec vnquam heres aut fuit aut esse potuit. Non enim potest venditio esse iuris vniuersalis quæ nec iuris est, aut iuris alicuius esse, quæ sit ab eo qui nihil omnino iuris habeat, in hereditate scilicet aliena.

*b. Venditorem enim teneri certū est.* Ratio dubitandi. Non alius tenetur petitione hereditatis quam qui possidet, cū petitio hereditatis sit in rem actio quæ promde dari nõ potest nisi contra possessorem qui saltem possideat tēpore rei iudicandæ *l. item videndum 18. in princ. & §. 1. j. hoc tit.* Atqui venditor hereditatis desit hereditatē possidere hoc ipso quod eam vendidit cuiusque si non dominium quod non habuit, saltem possessionem quam habuit, trāstulit in emptorè quem & suo loco in omnibus constituit *l. 2. & tot. tit. De hered. vel act. vend. D. & C.* Non possunt autē duo simul in solidū possidere vulg. *l. 3. §. ex contrario de acq. poss. l. duo in solidum 19. De precar. j.* Ergo venditor post venditā hereditatem nihilominus hereditatis petitione teneri absurdum est, præsertim verò directa, qualis haud dubiè illa est, de qua in hoc §. agitur, cum nec vtili quæ facilius datur teneri possit is qui nihil possidet.

Ratio decidendi. Qui hereditatem vendidit, eam tamè perinde adhuc possidere intelligitur, ac si nõ vendidisset, quia pro hereditariis rebus habet precium hereditatis, idque nõ alio iure quam hereditario, nec nisi tanquam hereditatē cum habeat tanquam heres. Id enim est, quod dici solet, In vniuersalibus quale est ius hereditatis precij succedere loco rei *l. si & rem 22. j.* & eū qui rei venditæ precio fruitur nõ minus intelligi habere, quam qui principali re vtitur fruitur, *l. quia qui precio 39. j. de usufr.* Ergo cū hereditatis petitione directa teneatur quisquis aut ipsam hereditatē, aut rem aliquā hereditariā possidet pro herede vel pro possessore *l. regulariter 9. sup.* consequens est vt hic quoque qui hereditatem vendidit siue per modico siue immodico precio huiusmodi actione teneatur, eque post atque ante factā venditionē, *l. item veniunt 20. §. pen. j.* In quo dignū



obseruatione est, quod Vlpianus scribit in *l. si quis pecuniam 4. §. ult. §. si quis omiff. caus. testat.* Tum quoque cum hereditatis venditio mala fide ac dolo malo facta est, cum tamen qui hereditatem vendidit, non pro eo haberi debere qui dolo malo desierit possidere, sed utique possidere videri. Quod si ita est, illud quoque vel ex ea ipsa quam attulimus dubitandi ratione omnino consequens est, ut qui emit non possit dici possessor, adeoque nec quasi possessor hereditatis. Ne alioqui duos eiusdem hereditatis veros possessores inducamus, aut vnum verè possessorem, alium quasi possessorem, quod fuerit equè ineptum. Et sanè ita est. Qui hereditatē emit, non tamē hereditatem possidet, eo sensu quo hereditatem accipimus cum de hereditatis petitione siue directa siue vtili disputamus, id est pro successione in vniuersum ius quod immediatè fuerit defuncti, sed possidet tanquam tale quid quod ex defuncti hereditate conuersum fuerit in patrimonium venditoris qui heres putabatur, cum tamen non esset, ac proinde non tanquam heres id possidet sed tanquam emptor, nec quasi pro herede aut quasi pro possessore sed verè pro emptore, nec tam hereditatem quam res hereditarias, aut vt dicam generalius id quod fuit ex hereditate *l. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell.* Ex quo maximum & inuincibile argumentum sumitur pro confirmando eo quod disputauimus in præcedentibus contra Tribonianum magis quam contra interpretes. Emptorem hereditatis, quamuis emptor vniuersitatis esse videatur, petitione tamen hereditatis siue directa siue vtili teneri nullomodo posse. Quomodo enim aut quo iure, qua etiam æquitate possit teneri qui non solum non possidet pro herede nec pro possessore, sed nec ipsam hereditatem, nec denique quicquam possidet tanquam hereditarium? Et enim res hereditaria non desierunt esse hereditaria per aditionem ab eo factam cui numquam fuit delata hereditas, multò minus verò per venditionem quam is nulla præcedente aditione fecerit, certum tamen est eodem iure censerii illum debere quo si à vero herede emisset, ne hoc ipso plus iuris habeat quod emerit ab eo, qui minus, imò qui nihil penitus iuris in hereditate habuit. At qui si emisset à vero herede, nihil nunc esset hereditarium ex iis omnibus quæ possidet quasi emptor hereditatis, quoniam quicquid antea fuisset verè hereditatis factum verè fuisset patrimonium heredis, & consequenter translatum fuisset in emptorem non tanquam quid hereditarium, sed tanquam pars bonorum heredis eiusdemque venditoris. Eodem igitur iure censerii debet cum emit à non herede vt quamuis omnia quæ ex hereditatis emptione possidet sint adhuc hereditaria, petinde tamen habeantur ac si hereditaria esse desissent tanquam conuersa in patrimonium heredis. Hactenus saltem vt nihil possit videri possidere quasi hereditarium, quomodo possidebat omnia venditor à quo comparauit, & qui alium possessionis suæ titulum nullum habuit. Alioqui etiam si vel vnam rem hereditariam possideret, dicendum esset non minus si teneri eum debere vtili saltem petitione hereditatis non minus quam si totam hereditatem possideret, *l. regulariter 9. §. seq. sup.* Dicam amplius quod nondum dixi & in quo interpretes omnes Triboniano duce video decipi, Non esse vniuersitatis emptorem eum qui emit hereditatem siue à vero, siue à falso herede: cum non in eum trāscant

vniuersa quæ fuerunt hereditatis, Actiones scilicet hereditariæ ex quibus potissimum hereditas affirmatur, & ius illud vniuersale quod hereditatis appellatione significatur, siue actiua illa sint, vt loquuntur siue passiuæ, nec magis viles quam directæ, *d. l. 2. C. de hered. vel iust. vend. iunct. l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. vel credit.* Ergo quamuis trāscant vniuersa corpora, non idèd tamē verum est transire vniuersitatem, quæ scilicet non solum corpora sed etiam iura continet, adeoque non in corpore consistit sed in iure *l. hereditas 50. §. j.* idèdque fatendum est emptorem etiam vniuersa corpora hereditaria possideat, non tamen ea possidere tanquam vniuersum, sed tanquam singula, nec vniuersitatis vilius possessorem aut emptorem intelligi, sed rerum singularum, & quidem quasi singularum non quasi vniuersarum. Vt proinde nulla ratio sit, nulla æquitas, propter quam permitti debeat vt contra iuris regulas conueniatur vtili petitione hereditatis. Dices imò magnam esse æquitatem quæ facit pro petitore ne moretur in damno si petitionem hereditatis aduersus alium instituere non possit, quam aduersus eum qui hereditatem vendidit, siue non extet mortuus venditor, siue extet quidem, sed non nisi modicum precium ex hereditatis venditione acceperit aut nō nisi ex modico locupletior factus sit, siue tam egeus inueniatur vt soluendo non sit, siue denique malit petitor res ipsas hereditarias consequi, quam carū æstimationem. Sed iam supra respondimus, Non esse violandā iuris rationem ad nocendum emptori præsertim qui sit bona fidei, vt faueamus venditori. Deinde parum interesse petitoris quòd minus plenam actionem habiturus sit contra venditorem, cum sit ei liberum agere etiam contra emptorem si velit de rebus singulis speciali in rem actione, atque ita tantundem consequi quantum si ageret petitione hereditatis nisi quod ad fructus quos bona fidei possessoris lucro cedere æquū est si consumpti sint & percepti ante litem contestatam nimirum propter bonam fidem cuius fieri non potest, vt ratio haberi nō debeat in persona bona fidei possessoris. Postremò negandum est quod Tribonianus supponit pro vero, venditorem si bona fidei possessor fuerit nō teneri aliud precium venditæ hereditatis reddere, quam quod ab emptore acceperit. Nam imò verò tenetur verum, & iustum precium reddere si hereditatem vendiderit ex causa negotiationis non fideicommissi, vt aperte Iulianus scribit in *l. in estimationibus 49. §. 7.* & nos docebimus pluribus ad §. seq. Nec aliud est quod aduersus emptorem replicare possis pro petitore, nisi quod iniquum videatur hoc esse, præsertim cum pro hoc incommodo habeat petitor illud commodum vt res ipsas hereditarias emptori auferat, quarū precio contentus esse cogeret si institueret hereditatis petitionem contra venditorē. Quòd si commodū hoc petitori dare velles, vt possit vtilem hereditatis petitionem instituere aduersus emptorem, sanè quam stultus esset petitor si non semper eligeret vtilem istam potius quam directam quæ competit ei contra venditorem, atque ita faceres vt superuacua & inutilis esset directa illa quam proponere numquam expediret. Maximè verò si venditorem proponeres bona fidei possessorem fuisse, & cum eo mitius idcirco agi oportere. Qua tamen ex causa durius agi

cum

cum emptore hereditatis qui & ipse perinde bona fidei possessor sit, non modò perabsurdum cer-

tè fuerit, sed etiam periniquum. Reliqua dicemus ad §. seq.

§. Idem erit dicendum, & si paruo precio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, aduersus fideicommissarium dari actionem. ab herede enim peti non expedit perexiguam precium habente.

Ad §. 5. idem erit dicendum.

Ratio dubitandi eadem hinc est, quæ ad §. præcedentem, illa nimirum quòd petitio hereditatis danda non sit contra eum qui aliquem titulum habet suæ possessionis *l. regulariter 9. sup.* fideicommissarius autem habeat titulum, cum iuste possideat, qui possidet ex causa fideicommissi. Ratio decidendi est, quòd imò verò titulus fideicommissi nullus sit & incognitus iure civili, planèque inhabilis ad transferendum dominium quiritiarium sed tantum bonitarium, propterea quòd fideicommissa pendeant ex iurisdictione prætoris, qui dominium iure Quiritium transferre non magis potuit quam facere legem cuius solus est facere dominium *l. 3. Si vnus pet. infr. iunct. §. quos autem. Insti. de bonor. possess.* In quo fideicommissa differunt à legatis, vt sipe à nobis disputatum & probatum est, quamuis ad hanc differentiam Accursius in hoc §. non animaduertat. Proinde mirum non est dari petitionem hereditatis contra fideicommissarium quasi sine titulo possidentem. Nec tantum si ponas agi in hoc §. de fideicommissario, cui restituta sit hereditas ab eo herede qui non nisi vel pro herede vel pro possessore possidebat, de quo in §. *Nervius 3. sup.* quomodo interpretati sumus *lib. 7. Coniect. ca. 1.* fortasse nimis restricta habuimus sententia, Sed etiam si ponas talem fideicommissarium cui restituta fuerit hereditas ab eo qui verus heres fuit, sed ex testamento quod postea in officiosum pronunciatum sit, & ruptum per querelam ab exheredato filio propositam, vt & Accursius noster rectè interpretatur, siue proposita sit querela contra heredem rogatum de restituenda hereditate & qui eam restituit, siue contra fideicommissarium ipsum, vt in specie *l. 1. C. de inoffic. testam. de cuius sententia scripsimus dict. cap. 1. lib. 17. Coniect.* Quo casu multò minus titulum vllum suæ possessionis habere dicendus est fideicommissarius, rupto testamento ex quo putabatur debitum fideicommissum quod solutum fuit & restitutum. At si ponas testamentum ab initio fuisse inutile, quæ interpretatio nec ab Accursio prætermissa est, tantò magis dicendum erit quòd fideicommissarium conueniri petitione hereditatis, & quidem non vtili tantum vt malè vult Accursius, sed directa tanquam alius quilibet possidens pro possessore, Quidni vero quasi possidens etiam pro herede. Nam & tritum est fideicommissarium loco heredis esse §. *restituata Insti. de fideic. hered.* cum sit successor vniuersalis in vniuersum ius quod defuncti fuit, idque ex autoritate Senatusconsulti Tribelliani *l. 1. §. 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Tribelliano j. ad S. C. Trebell.* vt proinde parum interfit quòd ad ius & effectum rei pertinet, an quis possideat pro herede an pro fideicommissario, quamquam malo conueniri eum quasi possidentem pro possessore quam pro herede, cum nec sit heres nec dici possit tum quoque cum verè fideicommissarius

est. Si tamen poneres testamentum ab initio valuisse ex quo restituta fuit hereditas, nec vniquam postea ruptum fuisse, non idèd conueniri possit fideicommissarius petitione hereditatis, siue directa, siue vtili quòd titulum suæ possessionis civilem & legitimam nullum habeat. Cum prætoris sit dare vel denegare actiones, qui porò numquam daturus est petitionem hereditatis contra fideicommissarium quem pro vero domino habet post factam restitutionem quæ res omnes hereditarias in bonis fideicommissarij facit *l. facta 63. in princip. eod. tit.* subsistente scilicet testamento ex quo vtiliter hereditas & adita fuerit & restituta. Nam cum fideicommissarius sit loco heredis *d. §. restituata*, fieri certè nequit vt teneatur vniquam hereditatis petitione, in eo casu in quo heres ipse nō teneretur si hereditatem adhuc possideret. Nam nec alius petitionem hereditatis siue directam siue vtilem proponere potest quam qui verè à heres. Fieri autem nequit vt ambo verè sint heredes & is qui hereditatem iam restituit, & is qui nunc hereditatem petit. Ex quo apparet quòd fideicommissarius petitione hereditatis conueniri hoc casu non potest, non habere illum à seipso quasi iusto aliquo & legitimo subnixum titulo, sed ex iure ac persona heredis qui titulum ac ius veri heredis testamentarij & habuit ante restitutionem, & nihilominus retinet post restitutionem *d. §. restituata*. Cæterum quoties fideicommissarius conueniri potest petitione hereditatis, quod contingere diximus duobus illis casibus, Si restitutum sit fideicommissum ab eo qui non nisi pro herede vel possessore possidebat hereditatem, scilicet ex testamento iam tum inuult, vel si ab eo quidè qui verus heres fuerit, sed ex eo testamento, quod postea ruptum sit per querelam, Dicendum est directam esse non vtilem petitionem illam hereditatis. Cur enim ad vtilem confugiamus si directam competat? Aut quidni directa competet contra eum qui duobus illis casibus non modò titulum nullum habet, sed neque tituli colorem aliquem: quomodo habet is cui restituta fuit hereditas ex valido testamento, tamen nec is titulum vllum iustum habeat, qualem esse oporteret illum per quem fieret ne petitio hereditatis competeret: Vt consequenter non minus conueniri possit directa petitione verus fideicommissarius, si possibile esset vt verus esset heres qui hereditatem peteret à vero fideicommissario. Verum enim fideicommissarium voco non cui verè datum sit à testatore fideicommissum, sed cui fuerit verè debitum & solutum ab herede, Nimirum ex testamento iusto, nec vniquam postea rupto: Quo casu alterutrum fateri necesse est, Vel heredem verum non esse illum qui petit hereditatem, Vel inducendos eiusdem hereditatis duos in solidum heredes contra regulam legis quod contra *141. §. vni duo de regulis iuris*. Et verò cum Papinianus in ea specie quæ tractatur in hoc §. simpliciter scripserit, dari aduersus fidei-

Y 2

commissarium actionem, si paruo precio iustus heres vendere hereditatem ei vendiderit, planè non video cur cum Accursio velimus intelligere de vili actione potius quam de directa qua & competit ipso iure & in effectu non minore habitu- ra sit utilitatem. argum. *l. si heres 70. j. ad S. C. Trebellian.* Nam quod pro tuenda sua interpretatione adfert Accursius, Non posse fideicommissarium reneri directa petitione hereditatis, quoniam habet titulum scilicet fideicommissi, seu inquit, legari (quasi nihil inter hæc distet) præterquam quòd abhorret ab ea iuris ratione quam in præcedentibus attulimus, non potest adaptari his casibus in quibus omnes admittunt fideicommissarium petitione hereditatis conueniri posse, quia siue testamentum ab initio fuerit inutile, siue ex postfacto ruptum, titulus fideicommissarij si quis ante fuisset, reducitur ad non titulum, atque ita non magis impedire potest directam petitionem quam si nullus vnquam titulus præcessisset, vt diximus in §. 1. *huius legis.* Quod nec Accursius ipse distinetur eo quoque casu, quo testamentum ab initio valuerit, & postea ruptum sit per querelam, qui tamen casus longè dubitabilior est. Directa igitur contra fideicommissarium competit, nec tantum si alienam hereditatem sciuerit, vt malè vult idem Accursius, sed et si ignorauerit, bonaque fide restitutionem hereditatis & petierit, & accepit. Et rursus non solum si heres qui hereditatem restituit non appareat, aut modico precio hereditatem ex fideicommissio vendiderit, sed etiam si heres qui non nisi iusto precio hereditatem & vendere iustus sit, & vendiderit, quoniam omni casu verum est nullo titulo nisi fideicommissarium qui hereditatis restitutionem accepit à falso herede, quod tamen ita euenire necesse est, quoties petitione hereditatis conuenitur ille à vero herede. In eoque longè dissimilis ratio est fideicommissarij, & emptoris illius, de quo tam multa scriptum in §. *præcedenti.* Emptor enim proprium habet titulum suæ possessionis, cumque iustum & legitimum, tametsi ab eo comparauerit qui non nisi pro herede possidebat, vel pro possessore. Propter quam causam docuimus debere illam meliorem esse conditionem quam venditorem à quo comparauit vt non teneatur petitione hereditatis etiam vili, quamuis venditor potuerit directa quoque conueniri. Atqui, dicat aliquis, agimus in hoc §. de eo fideicommissario, qui non tantum fideicommissarius sit, sed etiam emptor. Cur ergo alia eius ratio constituatur, quam si emptor tantum esset? An forte ob id minus iuris habet quòd sit præterea fideicommissarius? Hoc verò est meo iudicio, quod & Accursium nostrum fefellit, vt in hoc fideicommissario idipsam iuris constituendum putauerit quod in simplici emptore constitutum vidit in §. *præced. & sequent.* & ipsum quoque Tribonianum, vt quod Papinianus in huiusmodi fideicommissario eodemque emptore responderat, traheret ille audacter vt solet ad alium emptorem quemlibet vniuersitatis, vt ipse loquitur, Quasi non alia huius emptoris quam cæterorum ratio esset. Quæ tamen euidenter diuersa est. Is enim cui heres ex iussu testatoris sui vendidit hereditatem, siue permagno siue permotico precio, non tam emptor quam fideicommissarius dicendus est, quomodo & dicitur à Papiniano, Non quod possit heres qui vendidit dici venditor quin fideicommissarius qui emit,

itidem dici emptor debeat, sed quia non est huiusmodi emptor similis cæteris, cum neque tractatam vllum præcedentem habeat qui in venditionibus omnibus solet præcedere. *l. si voluntate. 8. C. de fideicommiss. vend.* neque tam ex heredis vendentis quam ex testatoris qui certo precio vendi iussit voluntate proficitur, cui parèe habuit heres necesse. Quamuis non nisi iure fideicommissi, initio scilicet inspecto, vt in *l. si procuratorem 8. in prin. j. mandat. l. 1. §. si seruos 30. j. deposit. d. l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. falcid.* quoniam vt heres iam sibi quaesitam hereditatem certo precio vendat per fideicommissum tantummodo iuberi hoc est rogari potest perinde atque vt in ipsa testatoris hereditate alium heredem instituat *l. si iusfamilias 114. §. vt quis heredem de leg. d. l. ex facto 17. in prin. ad S. C. Trebellian.* *l. in ratione 30. §. tametsi ad l. falcid. l. nec emere. C. de iur. delib.* Mirum igitur non est si cæterorum emptorum iure nõ censeri hunc fideicommissarium, sed iure cuiuslibet fideicommissarij simplicis, ac si heres non ei venderet hereditatem, sed restituere iustus esset: in qua specie nemo dubitaret, quin fideicommissarij petitione hereditatis, & quidem directa conueniri posset ab eo qui verè esset heres. Nec sanè credibile est fuisse vnquam Tribonianum eam sententiam tam improbabilem inuenturum vt emptor hereditatis vili petitione conueniri posset, nisi in eo qui & fideicommissarius & emptor ut responsum id à Papiniano existimasset. In quo duplex boni viri error fuit. Vnus, quod huius emptoris causam à cæteris non distinxit. Alter quod non animaduertit in Papiniani specie nullum esse verbu de actione vili, nec tractari de ea posse quoties quaeritur de danda hereditatis petitione contra fideicommissarium, aduersus quem scilicet semper & omni casu, vt probauimus, competit directa, tanquam contra eum qui non alio titulo possideat, quam pro possessore. Fient autem hæc omnia planiora ex ijs quæ ad §. *sequ. dicemus.*

*a. Ab herede enim peti non expedit.* Peti tamè poterit si id actor malit, quantumcumque illud sit quod heres possidet pro herede. Hoc enim demu est possidere pro herede, eum qui heres non sit possidere tamen res verè hereditarias, quantum ad hoc scilicet vt quis tanquam pro herede possidens conueniri possit petitione hereditatis. Nam quod pertinet ad causam vlcupionis ex tit. *Pro herede is demum è contrario pro herede possidet, qui cum sit verè heres possidet tamen rem non hereditariam quasi hereditariam l. 1. & tot. ill. tit. D. pro herede.* Verus enim titulus ad vlcupionem requiritur, qui toties interuenit, petitionem impedit hereditatis. Cæterum is qui heres scriptus in testamento inuili ab initio vel quod ex postfacto ruptam sit per querelam inofficiosa, si ex voluntate sui testatoris hereditatem vendiderit & restituerit per exiguo precio accepto vtiq; possidet illud precium tanquam heres & non alio titulo quam *Pro herede*, quippe qui id hodie non haberet si heres scriptus non fuisset. At quoniam fideicommissa etiam ab intestato dari possunt *l. conficiuntur 8. & pass. de iur. codicill. inf.* ille etiam casus superioribus iungi potest si quis eum quem sibi tanquam agnatum proximum ab intestato successurum sperabat, iusserit hereditatem restituere quam agnatus ille acierit & restituerit, cum tamen agnatus proximus non esset, vt in *l. sed et si 25. §. si ciro. j. hoc tit. l. cum pater. 77. §. cum existimaret. de legat. 2.* Quem casum ab Ac-

ab Accursio nostro prætermisum fuisse miror. Itaque non est contrarium quod scriptum est in *l. quod in diem 16. §. vlt. inf. hoc tit.* Si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res præstiterit, peti nihilominus hereditatem aduersus eum posse, quamuis nullum precium eo nomine à fideicommissario acceperit, quia, inquit Vlpianus, conditionem habet earum rerum quæ ex illa causa sunt solutæ, & veluti iuris possessor est, quod sufficit vt hereditatis petitione teneatur, cum ius illud est hereditarium *l. item videndum 18. §. penult. eod.* Multo magis si precia rerum quas distraxit ante restitutam hereditatem postea soluerit fideicommissario, peti hereditas ab eo poterit, quia æquè repetere potest *d. §. vltim.* Nam cum Vlpianus in hoc §. scribit ex Papiniani sententia dandam petitionem hereditatis contra fideicommissarium qui ex causa fideicommissi & emptoris simul possidet hereditatem, non negat quin ipse quoque heres eadem actione teneatur etiam post restitutionem. Imò adfirmat potius, cum ait non expedire petitori vt ab eo petat hereditatem. Quod enim attineret quaerere an expediret si nec volens petitor aduersus eum agere audiri deberet? Aut cur melior esset condicio illius qui hereditatem fideicommissario vendidit, & precium vicissim ab eo accepit, quam si vel hereditatem totam nullo accepto precio restituerit, vel res hereditarias alij cui libet vltro non ex iniuncti fideicommissi necessitate distraxisset? Omni scilicet casu habet aliquid tanquam heres, id est, vel precium quod accepit, vel conditionem ad repetendum id quod dedit. Et hoc Accursius quoque noster bene vidit. Neque verò de illo dubitauit vnquam Papinianus vt nec dubitandi causa ferè vlla fuit. An heres ipse his casibus teneretur, sed de illo tantum An fideicommissarius, quem non teneri suadebat illud, quod in proposito specie non tam fideicommissi nullius & inuili iure quam pro emptore hereditatem possidere videretur. Quæ tamen dubitatio fuisset ridicula & prorsus indigna Papiniano, si sensisset ille cum Triboniano, emptorem hereditatis æquè ac fideicommissarium teneri debere petitione hereditatis tanquam qui æquè sit possessor vniuersitatis. In promptu enim fuisset responso, Tanto magis teneri hunc debere qui ex duplici causa & tanquam fideicommissarius, & tanquam emptor vniuersitatem hereditatis possideret. Itaque vel maxime hic Papiniani locus probat quod nos volumus, Emptorem hereditatis nullomodo hæc teneri actione, nec magis vili quam directa, Sicut & quod Vlpianus scribit in *d. l. quod in diem 16. §. vlt.* his casibus quibus petitione hereditatis conueniri potest is qui ex fideicommissio hereditatem iam restituit, liberari tamen eum debere si præter actionem quam habet contra fideicommissarium, aut contra cæteros quibus vendidit res hereditarias, cum & res, inquit, extant & potest petitor etiam per rem actionem eas vindicare. Quæ ratio incepta esset si pro absurdo haberet Vlpianus quod habuit Tribonianus, vt singularum rerum nomine petitor iudiciis specialibus vexetur. Eset enim ei multo vtilius agere contra heredem præsentem & qui ex magnis iustisque precii rerum hereditarium locupletior factus esset, quantumvis bonæ fidei possessor proponeretur, quam contra singulorum rerum hereditarium emptores. Ad tametsi non ideo sit consequens, vt tam facile danda sit

petitio hereditatis contra singularum rerum emptores, atque contra emptorem hereditatis, quem pro vniuersitatis emptore habet Tribonianus, Probat tamè hæc ratio sufficere petitori debere, si plenam inde munitatem ab herede eodemque venditore consequi non possit, quod de singulis rebus possit agere speciali vindicatione contra singulares successores, nec eius incommodi rationem vllam haberi debere, quod subiturus sit petitor si aduersus singulos emptores agere compellatur. Nam si sola huius incommodi ratio facere non potest vt venditoris durior condicio fiat, qui tamen ex ratione iuris tenetur directa petitione hereditatis, quanto minus facere debet causam deteriore illius qui emit hereditatem, vt contra iuris rationem debeat ille teneri petitione hereditatis vili, cum æquè possint res singulæ ab eo vindicari, atque si plures earum emptores & possessores proponerentur. Quinimò tantò commodius, quanto melior est eius condicio qui de pluribus licet rebus, vnum tamen duntaxat habet aduersarium cum quo agere debeat, quam si in plures aduersarios distringeretur *l. non tamen 38. iunct. §. vlt. l. præced. §. de procurat. l. & ancillarum 27. §. vlt. j. de pecul.* Proinde cum minus incommodum sit actori vt contra emptorem totius hereditatis agat specialibus iudiciis quam contra emptores singulos, minus quoque habenda est ratio huius incommodi in persona petitoris volentis agere contra emptorem hereditatis, ne ob id solum inuita iuris prudentia & quasi ex æquitate vtilem ei accomodemus hereditatis petitionem quam summo iure nullam habere debeat.

Difficilior illa obiectio est quæ fit ab Accursio ex *l. in estimationibus 49. j. hoc tit. vbi* Iauolenus scribit, In estimationibus hereditariis ita venire precium venditæ hereditatis vt id quoque accedat quod plus fuit in hereditate si ex negotiationis causa venierit, Sin autem ex fideicommissi causa nihil amplius, quam quod bona fide accepit, Ex quibus postremis verbis apparet totam legem esse de bonæ fidei possessore non vt Martinus putabat, priorem partem de possessore malæ fidei, Alioqui differentia constituenda erit inter possessores tantum, non autem inter duos illos casus, quos tamen euidenter lex distinguit, An ex causa negotiationis vendita sit hereditas, an ex causa fideicommissi. Rursus non videtur admitti posse illa distinctio quin pugnetis locus cum eo, quod scribitur in hoc §. idem dicendum esse cum ex causa fideicommissi venditur hereditas, quod iam dictu est in §. *præced.* de vendita simpliciter hereditate, Vt scilicet neutro casu expediat hereditatem petere ab herede si vendiderit permotico precio, quia nõ ad aliud teneri possit is qui possidet quam ad restituendū illud ipsu precium, quod accepit si bonæ fidei possessor fuit. Repugnat etiã quod in hoc tit. plerisque locis scriptu est, maxime verò in *l. sed et si 25. §. consulunt.* & in *l. item veniunt 20. §. præter hac. vers. eos autem* bonæ fidei possessores non teneri petitione hereditatis nisi quatenus ex ea locupletiores facti sunt. Quæ esse optimã & perpetuam regulã & qua verior nulla sit in iure scripta Azo ad *d. vers. eos autem.* Nõ potest autè videri factus locupletior heres qui hereditate vendidit, nisi quatenus ab emptore precij nomine percepit, si præterea illud cõcurat vt idipsu in rō suã vtiliter cõsumperit *d. §. consulunt.* Neque verò aut Accurs. aut Bart. aut quicquã alius in huc vsq; diè potuit se ab hac euoluere difficultate. Nec enim aliud habet quod dicat,



nisi esse intelligendum Iauolenum de illo casu quo bonæ fidei possessor vendiderit hereditatem post litem secum de ea contestatam, quæ contestatio, inquit, malam fidem inducit quidem, sed fictam non veram, cuius proinde rationem haberi æquum est si possessor ex causa negotiationis hereditatem vendiderit, ut etiam supra quam accepit teneatur, At non si vendiderit eam ex causa fideicommissi quod eo casu nihil possit illi imputari. Atque ita faciunt interpretes ut possessor hic, de quo Iauolenus loquitur, & bonæ simul & malæ fidei possessor sit, Bonæ fidei verè inspecto nimirum initio, Malæ fidei verò non sit verè in mala fide qui rem alienam possidet post litem contestatam, sed licet tantum. Quid enim aliud est vera mala fides, nisi scientia rei alienæ? Aut quomodo verum erit quod scriptum est in *d. l. sed et si. §. ante. hoc tit.* post litem contestatam possessores esse pares, adeoque post controuersiam motam, quod & scriptum est in *d. litem veniunt* 20. *§. peti. am. autem. cod.* si quorundam mala fides vera est, aliorum autem non nisi ficta, Præsertim si hanc differentiam velis esse tantum effectus quanti volunt esse interpretes in specie illa Iauoleni, Taceo quod de litem contestatione verbum nullum est apud Iauolenum, cuius postrema verba quæ retulimus, ostendunt è contrario tractare illum de bonæ fidei possessore qui bonam fidem habuerit, non tantum initio suæ possessionis, sed & eo maxime tempore quo precium accepit, quod utique conuenire non possit ei qui litem contestata hereditatem vendidisset *d. litem veniunt. §. quid si post peti. am.* Nec animaduertit Accursianus qui Martinum reprehendunt, in eam tamen ipsam Martinum sententiam se descendere quam reserunt, ut scilicet prioris legis partem de malæ fidei possessore intelligant, Cum tamen utraque pars sit de vero bonæ fidei possessore, Nisi quod in eo sunt peiores Martino quod putat bonæ fidei possessorem dici posse illi etiam qui de aliena hereditate litē contestatus sit, quod nec Martinus nec alius quisquam ex antiquis prudentibus Martino prudentioribus unquam admitteret. Nec magis eo casu quo vendita sit hereditas ex causa fideicommissi post litem contestatam, quam si vendita esset ex causa negotiationis. Nam quæ ratio facit ut melior esse debeat condicio illius qui hereditatem vendidit ex causa fideicommissi quam eius qui vendidit ex negotiatione, Nempe quod vendiderit ex necessitate, nec ut rem suam gereret, sed ut sui testatoris voluntatem impleteret, Eadem suadet ut deterior esse debeat aut saltem ut non melior post litem contestatam, quia non ex necessitate sed ex voluntate sua litem contestatus est, & exinde quoque non ex necessitate, sed ex voluntate sua hereditatem restituit, cum post motam à petitore controuersiam cogi non possit, neque ut litem contestaretur, neque ut controuersiam hereditatem pendente lite, in sciōque petitorie restitueret. Accedat quod non de illo Iauolenus loquitur qui certo precio hereditatem vendere iussus fuit, sed de eo qui simpliciter ac proinde cui potest imputari quod minore vendiderit precio, cum non cogereetur. Nec sanè alia præsumptio capi facit, sed potest quam quod ita fecerit dolo malo cum vendidit per exiguo precio post litem secum iam contestatam, licet doli prætextum illum obtendat, quod ex causa fideicommissi vendiderit

non ex causa negotiationis. Atqui Iauolenus de illo nominatim loquitur, qui precium hereditatis bona fide percepit. Ergo de illo qui ipso perceptio nis tempore bonam fidem habuit, & consequenter qui nondum eo tempore fuerit litem contestatus, ut qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi, quomodo habet vulgare nostrorum brocardicum *ex l. 4. §. si detrahit. De nexal. action.* Dicendum igitur meo iudicio est, quod necio an adhuc quisquam dixerit, separandū in hac re venditorem totius hereditatis à venditore singulatum rerum hereditariarum, etiam si res omnes singulæ venditæ proponantur. Venditorem enim rerum singulatum non teneri petitione hereditatis, nisi de precio, quod accepit, & quatenus locupletior ex eo factus est, si bonæ fidei possessor fuit: Venditorem verò hereditatis etiam supra quam accepit si minore quam iusto precio vendiderit. Et ratio differentie est, quod qui totam hereditatem vno precio vendidit, nihil protius vendidisse intelligitur, eam totius hereditatis precium habens, ipsam quoque totam hereditatem adhuc possidere & habere intelligatur, quæ ab eo petitur, & quam reculare non potest quominus præstare teneatur, qualis quantaque reuera est, non quanti eam ipse æstimauerit, cum tibi debeat restituere quod minoris æstimauerit, æquum que sit siue liberalitatem ipsius, siue imprudentiam ipsi nocere potius quam vero heredi, eidemque petitori. Nec enim maiorem ob id hereditatem possidere videtur ex qua scilicet nihil ille diminuit, sed tantum minorem totus & integræ hereditatis æstimationem. At is qui rem aliquam hereditariam vendidit, licet non eo minus remaneat ex æstimate in solidum heres, nec rursus facere possit ut res quam vendit hereditaria esse desinat in præiudicium veri heredis, minorem tamen facit hereditatem quam possidet, cum negari non possit quin aliquid ex ea alienet, Ac quamuis similiter pro re illa precium habeat quod ex venditione redegit, non tamen potest eo nomine videri aliud habere ex hereditate quam illud ipsum precium quod accepit, quod cum sit minus iustum, facit utique ut eatenus hereditas diminuta videatur. Atque ita pertinet hic possessor ad senatusconsultum quod subuentum est bonæ fidei possessoribus, ne damno adficiantur *dicit. §. consuluit.* Damno enim adficeretur si verum & maius, quam quod accepisset precium restituere cogereetur, quia sub hereditatis nomine plus ab eo peteretur, quam quod ex hereditate haberet. Quod in eo diuersum est, qui totam vendidit hereditatem. Is enim nihil ex hereditate dimittit, adeoque ut hoc audacter addam, nihil ex hereditate attingit, quod ad hunc tractatum pertinet, Ut nec ille qui re sua lautiùs vsus est contemplatione opulentissimæ hereditatis sibi delatæ, aut æs alienum ea de causa liberius quasi diues contraxit, Nec si, quod mirabilis est, pignori dederit res hereditarias, quia cum sit ipse obligatus non idcirco videretur attingere, id est, minuire ac delibare hereditatem. Attingere namque in hoc tractatu nihil nisi diminuire ac delibare est. Et ideo nec ad senatusconsultum isti pertinent ut è minore totam hereditatem præstare teneantur, ut eleganter & disertè scriptum est in *lege sed et si 25. §. si quis re sua & sequentibus. infra hoc titulo.* Cum igitur venditio hereditatis quantumlibet

minore

minore precio facta, nullatenus minuat hereditatem, non solum quod ad emptoris, sed etiam quod ad venditoris personam attingit, quod mirum est nec venditoris hunc ad senatusconsultum pertinere? At qui auxilium senatusconsulti necessarium est, ut possessor hereditatis quantumlibet bonæ fidei et non sapiam quam locupletior factus sit teneatur: Ratio enim iuris faciebat, ut non minus bonæ fidei possessor quam prædo in solidum teneatur, utque nulla inter eos esset differentia nisi Senatus ex æquitate maxima bonæ fidei possessoribus consulisset, ut scriptum est in *d. §. consuluit.* In eoque egregius fuit error Azonis, qui pro iuris regula & quidem optimam optima ac perpetua habuit proportionem illam Bonæ fidei possessorum non teneri nisi quatenus locupletior factus est. Non enim iuris regula illa est sed æquitatis, Nisi quatenus ita cautum est senatusconsulto. Senatum namque ius facere non ambigitur, *non ambigitur §. si quis de legibus.* Tolligitur senatusconsulti auxilium & autoritas. Supererit sola ratio iuris communis ita cautum est senatusconsulto bonæ fidei possessorem à prædone, ne quidem in fructibus siue ante siue post litem contestatam percepit, quia omnes augent hereditatem, quæ licet iuris nomē est, ita & augmentum recipit & diminutionem, nec eo minus eadem hereditas manet, quod vel aucta sit vel immutata. Porro senatusconsultum non pertinere ad eum qui hereditatem vendidit præter id quod diximus non videri hereditatem hoc casu attingi & minui, apparet etiam manifestius ex ipsis senatusconsulti verbis ab Ulpiano nostro relatis in *d. litem veniunt* 20. *§. præter hæc infra.* Sic enim verba habent placere reualte ex precio verum venditarum pecunia. Et paullo post præcia quæ ad eos rerum ex hereditate veniantur. peruenissent. Quæ idem Ulpianus explicat latius in *§. redolito & §. ait Senatus ead. leg.* Ut quod præcedentibus eiusdem senatusconsulti verbis scriptum reperitur *hi qui se heredes existimant hereditatem distraxerint* non ad eos referri possit qui hereditatem totam vno precio vendiderint, sed ad eos qui singulares res quæ sunt ex hereditate. Hi enim verè sunt qui hereditatem distrahunt, id est qui eam in varias partes quasi in frustra secant dum vni rem vnam, alij aliam vendunt, Nō ille qui vnicò contractu hereditatem totam vendit. Aliud nimirum est hereditatem vendere, aliud distrahere. Non omnis qui vendit distrahit sed is demum qui vendit per partes vendendo res singulas, quod nihil aliud est, quam hereditatem lacere, Nec rursus omnis qui distrahit vendit, sed is tantum qui distrahit conuento precio. Quid enim si permutet, aut in solutū det, aut etiam donet res singulas? Distrahit utique, nec tamen vendit. Neque enim

venditio potest esse sine precio, distractio potest. Concludamus igitur Senatusconsultum quod de hereditatis petitionibus factum est in fauorē possessorum bonæ fidei qui hereditatem id est res singulas non tam hereditarias, quam in hereditate distraxerint, ad eos non pertinere, qui, ut cū Triboniano loquar, hereditatis vniuersitatem vendiderunt, cum sit verum nihil istos ex hereditate distraxisse, ipsam verò hereditatem multò minus quam qui vendit & totam alienat quantum ad res hereditarias, & totam retinet quantum ad precium, quod succedit loco rerum hereditatarum. Cessante igitur senatusconsulto, eadem ratio constituenda est bonæ fidei possessoris & prædonis, Pædo autem tenetur haud dubiè ad restituendum precium non quod accepit, sed verum & iustum earum rerum omnium quas ex hereditate distraxerit, Multò magis totius hereditatis si hereditatem ipsam vno precio vnoque contractu vendiderit *d. litem veniunt in si.* Ergo & bonæ fidei possessor similiter, non quidem si res singulas ex hereditate vendiderit atque ita hereditatem distraxerit, cum hic casus specialiter senatusconsulto comprehensus sit, sed si hereditatem ipsam alij vendiderit, quia nihil de hoc casu Senatus scripsit. Ratio autem ipsa iuris senatusconsulto antiquior obligat bonæ fidei possessorem à quo hereditas euincitur, ut hereditatis quam vendidit precium restituat, non quod accepit, sed verum & iustum. Ex quibus intelligimus distinctionem illam quæ ponitur in *§. præter hæc.* An is qui hereditatem vendidit, bonæ fidei possessor fuerit necne, quasi non possit ab eo peti aliud precium quam quod accepit si per modico precio vendiderit, cum bonæ fidei possessor fuit, euidenter falsam esse, ideoque non Ulpiano sed Triboniano soli adscribendam: Alioqui nullomodo eam conciliare possis aut cum Iauoleno in *d. l. in æstimationibus* 49. *§. hoc tit.* aut cum vera iuris ratione cuius autoritas semper apud me præcipua fuit, et itaque. Quod si falsa sit ea distinctio, falsam quoque esse necesse est illationem quæ ex ea deducitur, ut ob eam causam permittendum sit verò heredi, ut petat hereditatem etiam ab emptore, ne damno afficiatur si contra venditorem cogatur agere, aut incommo, si specialibus actionibus & singularum rerum nomine contra emptorem experiri compellatur. Nullo enim casu potest heres petere hereditatem ab emptore hereditatis nisi cum venditio facta est ex causa fideicommissi, idemque & emptor est & fideicommissarius. Adde si & illud concurrat, ut modico precio facta venditio sit siue testator ita mandauerit, siue nihil de precio dixerit. In hoc namque & Papinianus & Iauolenus & Ulpianus consentiunt.

6 § Sed & si retenta certa quantitate, restituere rogatus sit: idem erit dicendum. P. I. anè si, accepta b certa quantitate, restituere rogatus est: non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem: quoniam pro hærede, quod conditionis implendæ gratia accepit, non possideret. Sed Sabinus in statulibero contra, & id verius est: quia pecunia hereditaria est.

Ad §. 6. Sed et si retenta.

a Idem erit dicendum: quod dictum est in specie præcedentis. §. Ut scilicet verus heres possit hoc casu hereditatem petere, non tantum ab herede, ut vocant putatio, qui retenta certa quantitate hereditatem restituere rogatus est, sed etiam à fideicommissario, Idque non tantum ratione illa æquitatis,

Ne damno adficiatur petitor si non nisi contra putatum heredem agat, quippe à quo nihil sit consecutus præter certam illam quantitatem, quam ex hereditate restituenda retineri testator iussit, quæ tamen contentum esse actorem æquum non est, cum longè plus sit hereditas quæ ad fideicommissarium ex restitutione peruenit, Sed etiam ex

ratione iuris, quia nullum titulum habet fideicommissarius cui restituta fuit hereditas, ex testamento vel inuili vel rupto vel irrito facto, ut disputauimus in præcedentibus, ex quibus petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc §. Eadem namque sunt.

**b Planè si accepta.** Ratio dubitandi. Nihil interesse videtur an retenta an accepta pecunia rogatus quis sit hereditatem restituere. Vtriusque enim formulæ idem effectus esse videtur, ut & hereditas fideicommissario restituatur & ea pecunia penes heredem remaneat *l. in quartam 91. vers. sed in fideicommissaria iunct. vers. sed et si accepta l. acceptis 93. j. ad leg. falc. l. deducta §. 8. §. acceptis j. ad SC. Trebell.* Ergo malè Papinianus istos casus distinguebat, quati hoc posteriore casu pecunia quæ accepta heres restituere hereditatem rogatus est non nisi implendæ conditionis causa capi videatur. Hoc enim necessarium supponit ratio illa Papiniani quoniam pro herede quod conditionis implendæ gratia accipit non possidet. Sed & in eo lapsus videtur Papinianus: quod generaliter scribit. Id quod implendæ conditionis causa capitur pro herede non possideri. Cum placeat posse fieri ut etiam iure hereditario possideri intelligatur si modò figura conditionis expressa non sit neque demonstrata datis persona ut ex eodem ipso Papiniano scriptum est in *d. l. acceptis vers. planè iunct. l. in ratione 30. §. tamen si eo. tit. ad leg. falc. Dec.* Multum interest an rogetur quis hereditatem restituere, retentam an acceptam pecunia. Priore casu pecunia quæ retinetur, iure hereditario semper retineri intelligitur, Tum quoque cum heredi restituere quis rogatus est, In quo differt retentio pecuniæ à retentione prædij hereditarij, quia tota pecunia de portione retineri potest. Prædiorum autem alia portio non nisi à coherede qui dominium habet, accipitur *d. l. deducta §. acceptis l. cum pater 77. in princ. de leg. 2.* Posteriore autem casu pecunia conditionis implendæ causa accipi intelligitur nec iure hereditario aut iure testamenti *l. si quis sub conditione 8. in fi. j. si quis omis. caus. testa. sed tantum mortis causa l. qui pro cio 8. l. quod conditionis 36. De mort. caus. don.* Scilicet si neq; figura conditionis expressa sit *d. §. tamen si*, neque demonstrata dantis persona *d. l. acceptis*. Sic enim hic locus ex illis suppleri debet. Sed tamen his quoque omnibus concurrentibus bene vidit Sabinus. Non semper & indistinctè verum esse, ut conditionis implendæ tantum gratia non etiam iure hereditario capi videatur pecunia quæ à fideicommissario accipitur. Excipiendum enim esse casum illum quo accipiat à statulibero etiam cuius persona demonstrata sit. Hoc enim casu pecunia semper hereditario iure capi intelligitur, quia pecunia hereditaria est. Nempe quia permissum est statulibero etiam de nummis peculiaribus dare ut impleat conditionem *l. 3. §. vlt. j. de condi. et. caus. dat. l. si filia 20. in fin. infr. famul. ercis.* Ideoque & in falcidiæ rationem venit *l. id autem 76. vers. sanè ad leg. falc.* & in restitutionem hereditatis ex Trebelliano, & in petitionem hereditatis *l. quod statuliber 45. infr. De donat. caus. mort.* Peculiares igitur nummos fuisse ponendum est. Alioqui si non sint peculiares, aliud probandum erit *d. l. id autem & d. l. quod statuliber*. Et ita locus hic accipiendus est. Accurcius etiam intelligit ut modicam pecuniæ quantitatem esse oporteat, ita ut non expediat agere petitione qui

mus in præcedentibus distinctionem hanc totam esse Tribonianam, & ad eum duntaxat casum pertinere quo agatur contra titulo possidentem. Quem sicut non nisi vtili actione teneri Tribonianus voluit, ita & parcius teneri æquum est. Scilicet eo casu quo non expediat agere contra authorem huiusmodi singularis successoris. Tunc autem non expedit, cum non teneretur author directa petitione hereditatis nisi pro modica quantitate. At in proposita specie datur directa petitio hereditatis contra fideicommissarium, tanquam possessorem hereditatis, & nullo titulo possidentem, Neque excluditur hæc directa per aliam directam quæ salua remanet contra heredem pro ea quantitate quam possidet & ex hereditate siue quantitas illa modica sit siue immodica. Quid enim vetat directam petitionem hereditatis dari contra plures, ut in proposito contra heredem qui restituit hereditatem retenta certa quantitate quanta, vel quantum lacunæ illa sit, & contra fideicommissarium. Si quidem verum est utrumque possidere aliquid ex hereditate, quod sufficit ut vti que petitione hereditatis teneatur: Heres quidem quoniam iure hereditario & consequenter pro herede possidet eam quantitatem: Fideicommissarius verò non quia quasi pro herede possidet tanquam qui sit loco heredis ut ratiocinatur Accurcius, qui ob hæc cautam non nisi vtili petitionem contra eum dari vult. Sed quia cum neque pro herede neque alio villo titulo possideat, vti que possidet pro possessore. In eoque differt hic casus à præcedente in quo tractatur quidem de fideicommissario, sed de eo qui sit etiam emptor, & cui heres iussus sit à testatore certo precio vendere hereditatem. Hæc autem ut verba §. demonstrant, de eo qui retenta vel accepta certa quantitate restituere hereditatem rogatus est, ac proinde qui nudus est fideicommissarius, nec titulum vllum habet singularem. Sed neque puro Papiniani vniquam fuisse rationem illam positam in §. præcedente. Ab herede enim petitor expedit per exiguum precium habente. Cum non ad iuris rationem respiciat sed ad vtilitatem tantum actoris, ex qua tamen nemo dixerit, rationem iuris æstimari debere. Et est ratio planè inepta, & Triboniano digna non Papiniano, qui nec posuerat iussum heredem vendere hereditatem precio modico, sed precio simpliciter, quod etsi vix est ut de iusto intelligi debeat ne fideicommissi vtilitas subtrahatur fideicommissario: potest tamen intelligi commodè de precio quod nec per exiguum sit. Dicamus igitur in superiore specie competere directam contra heredem licet per exiguum precium habentem: Nec eo minus tamen competere vtili contra fideicommissarium eundemque emptorem, quia neque potest directa teneri tanquam fideicommissarius cum sit etiam emptor, Neque vtili rursus quatenus emptor est, sed tantum quatenus fideicommissarius. Alioqui non magis vtili quam directa teneretur, sed solus heres tanquam solus possidens pro herede. Fideicommissarius verò nec pro herede nec pro possessore, sed pro emptore. Sed & verba illa *Ab herede enim peti non expedit* ostendunt satis ab herede tamè peti hereditate posse. Non enim omne quod licet, expedit, Et frustra esset dicere non expedire petere si nec petenti ius esset. Ac quemadmodum dicimus posse hereditatem peti à quocumque possessore qui rem hereditariam aliquam possideat licet minimam

mam *l. 10. supr.* Ita nihil vetat peti hereditatem ab herede licet per exiguum precium habente. Nec verendum est ne ita posito iure fiat iniuria vel heredi qui conueniatur, quem æquum est id saltem reddere quod ex causa hereditatis habeat vel petitori qui quod plus fuerit in fideicommissio quam in precio hereditatis iussu testatoris venditæ potest vtili actione, licet alio iudicio à fideicommissario, non tanquam emptore, sed tanquam fideicommissario consecutus. Quo temperamento æquissime vtrique parti consulitur, Nec fideicommissario quoque vlla pariter fit iniuria qui neque quatenus precium dedit, conuenitur, & si precium nullum dedisset etiam directa conueniri in solidum possit, At fiet ei manifesta iniuria si conueniretur in solidum & solus petitione hereditatis

etiam quatenus abesset ei precium, quantumuis per exiguum, quod heredi dedisset. Probat etiam nostram interpretationem quod sequitur in §. *pro. v.* Idem dicendum esse, & in eo qui solos fructus ex hereditate retinet iuxta voluntatem sui testatoris ac proinde quid modicum ex hereditate ut & Accurcius fateatur, quem tamen Vlpianus æquè ait teneri petitione hereditatis. Scilicet ut eos fructus restituat non ut reliquam hereditatem quam non possidet, & quæ omnimodo petenda est à fideicommissario qui hoc casu nullomodo pro emptore possidet, sed tantum pro possessore. Sic enim Vlpianus scribit *teneretur enim & is petitione hereditatis* qua loquedi formula vti que significat non ipsum solum teneri, sed cum ipso etiam fideicommissarium. Vtrumque porrò directa, neutrum vtili.

**7 ¶ Idem & in eo, qui solos fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: teneretur enim & is hereditatis petitione.**

*Ad §. 7. Idem & in eo.*

**a Idem & in eo.** Ratio dubitandi. Fructus ex hereditate percepti ab herede non tam hereditati, quam rebus hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. j. ad SC. Trebell.* Ergo non potest quis teneri petitione hereditatis, ob id solum, quod ex hereditate fructus retineat, cum necesse sit eum qui actione ista conuenitur possidere quid hereditarium, & quidem tanquam hereditarium, & quod pro herede possideatur *l. regulariter 9. & seq. supr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Quisquis pro herede aliquid ex hereditate possidet, vti que petitione hereditatis conueniri potest *d. l. regulariter*, quantumlibet illud sit *d. l. 10. cod.* Atqui falsus heres rogatus de restituenda alteri hereditate retentis solis fructibus, negare non potest, quin eos fructus possideat pro herede, Cum eos percipiendi ius aliud nullum habuerit, quam hereditarium. Nec in eius persona locum habere potest, quod obiecimur ex *d. l. in fideicommissaria*. Fructus non tam hereditarij quam rebus hereditariis accepto ferendos esse. Id enim ad eos fructus pertinet qui ab herede verò percepti sunt post aditam ab ipso hereditatem:

**8 ¶ Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: & sic peti ab eo hereditatem quidam putant. quam sententiam non purò veram, nemo enim prædo est, qui pretium numerauit: sed ut emptor vniuersitatis, vtili teneretur.**

*Ad §. 8. Si quis sciens.*

**a Si quis sciens.** Ratio dubitandi. Qui sciens alienam hereditatem emit, vti que malæ fidei possessor est, cum mala fides regulariter ex alienæ rei scientia æstimeretur *l. si aliena 10. & pass. j. De usufruct. l. qui scit 25. §. vlt. De usufruct. Extra casum l. & generaliter 28. de noxal. action. supr.* Ergo quasi prædo teneri debet petitione hereditatis. Quid enim refert an titulum nullum habeat an vitiosum *l. 2. j. de autor. tutor. l. quoties 6. supr. qui satij. cog. ant.*

Ratio decidendi. Nemo prædo est qui precium numerauit *l. 12. 6. De regul. iur.* Ponimus verò emptorem de quo agimus, licet mala fide & sciens alienam rem emerit, emisse tamen & ex ea causa precium numerasse. Prædo igitur non est, sed tantum malæ fidei emptor, qui porrò non magis teneri potest hereditatis petitione quam bonæ fidei possessor cum æquè titulum habeat, licet vitiosum.

Eo scilicet vicio quod materiam contractus respicit non formam. Et ita Papinianum existimasse Vlpianus hic refert. Ut intelligamus, Non omnem malæ fidei possessorem esse prædonem, Quamuis è contrario quisquis prædo est, idem etiam malæ fidei sit possessor. Et rursus, Numquam dari petitionem hereditatis contra titulo possidentem, quamuis iniustum, & malæ fidei, sed tantum contra eum qui si non possideat pro herede possideat saltem pro possessore, id est pro prædone, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest quam quia possidet, ut dictum est in *l. præced.* Hic autem de quo tractamus si interrogetur quare possideat, respondere potest quia emit, & precium numerauit. Non igitur teneri potest hereditatis petitione. Quanto minus bonæ fidei emptor licet hereditatem emerit? Nam de hoc nec dubitasse illi videntur quos Papinianus reprehendit,



Alioqui cur de malæ fidei possessore locuti fuissent qui sciens alienam hereditatem emisset si non aliud in ignorante ac bonæ fidei emptore existimasset? quemadmodum ratiocinati sumus in præcedentibus ad §. *idem erit dicendum supr.* Vbi etiam ostendimus verba illa quæ in hoc §. sequuntur sed ut emptor vniuersitatis vtili tenetur Triboniani esse non Vlpiani, & Tribonianeam sapere magis quam Papinianeam Iurisprudentiam. Est enim nõ solum à iuris principii aliena, sed etiam falsa ratio, Cùm hereditatis emptor non sit verè emptor vniuersitatis illius quæ in iure nostro hereditatis nomine significari solet. Quandoquidem non succedit in omnia iura defuncti, nec actionibus vllis hereditariis siue directis siue vtilibus conueniri potest licet ex rescripto Diui Pij possit viles proprio nomine exercere *l. si cum emptore 16. §. de pact. l. 2. l. emptor 5. C. de hered. vel act. vendit.* Quod diuersum est in fideicommissario, in bonorum possessore, in eo cui libertatis causa bona addicuntur ex Diui Marci constitutione & aliis si qui sunt qui heredam loco habeantur *l. 1. & 2. l. ira tamen 27. §. qui ex Trebelliano & pass. ad SC. Trebell. l. 2. & 3. De bonor. poss. & apud Iustin. Tit. De eo cui libert. caus. bon. addic.* Id quidem agitur inter venditoris qui heres est, & emptorem hereditatis ut emptor sicuti venditoris loco constituitur, ita sit etiam loco heredis *l. si ei 9. §. commun. præd. l. 2. §. cum quis 7. De hered. vel act. vendit.* Sed id eò pertinet ut venditor emptori obligetur personali actione ex empto ad eum vice sua constituendum, ut Vlp. explicat in *d. §. cum quis.* Aut ut emptor venditori actione personali ex vendito *d. l. 2. C. cod.* Non ut ipso iure emptor loco heredis constituatur *d. l. 2. C. cod. l. 2. C. de pact.* Nec

9 ¶ Item si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem emerit: æquissimum erit, vtilem actionem aduersus eum dari.

Ad §. 9. item si quis à fisco.

Hic quoque §. totus Tribonianus est, miramque Triboniani inscitiam detegit, Non in eo tantum quod perpetui erroris sui memor dat vtilem petitionem hereditatis contra titulo possidentem adeoque quod absurdus est contra bonæ fidei emptorem tanquam emptorem vniuersitatis. Sed in hoc etiam quod ponit, Possit aliquam hereditatem esse vacantem, & quasi vacantem fisco deferri & acquiri, quod vtrumque falsum & absurdum est. Non enim hereditas est nisi quæ iacet, & quando iacet, Tandiu autem iacet quandiu spes aliqua est habendi heredis aut testamentarij aut legitimi: Quæ eam deficit statim & ipso iure definit esse hereditas, si nique bona vacantia & fisco statim & ipso quoque iure deferuntur, si plus in illis commodi sit, quam incommodi *l. 1. §. an bona & pass. insfr. do iur. fisco. l. 1. in princip. & l. 2. §. De success. edict. l. habere licere 57. §. De euict.* Non igitur potest vnquam hereditas vacans esse, Nec rursus tanquam vacans fisco acquiri, nec proinde à fisco vendi, Sed tantum bona, quæ ad fiscum quali vacantia peruenerint: Quorum emptor multò minùs dici potest emptor vniuersitatis, quia nec fiscus ipse hoc casu aut heres est aut heredis loco, ideoque nec à defuncti creditibus conueniri vllomodo potest, quoniam non alia bona ad fiscum peruenisse dici possunt quam quæ super sint deducto ære alieno *d. l. 1. §. an bona & l. non possunt 11. De iur. fisco.* In quo minus iuris

enim contrahentes possant facere heredem sed lex sola vel constitutio Principis, Eum verò qui heredis loco sit solus Princeps, aut Senatus aut Prætor, cùm priuatorum cautiones nullo istorum iure censentur *l. vlt. §. De ius & legit. l. 1. §. inde queritur insfr. De oper. noui nunciat. L. ius publicum 33. §. supr. De pact. l. Neratius 20. insfr. De relig. & iunpt. funer.* Sed & cùm hereditas non possit vendi nisi quæ iam adita sit, & venditori acquisita, Vbi verò adita est designat esse hereditas, fiatque proprium heredis patrimonium, ut in precedentibus diximus *ex l. 1. De separar. consequens planè sit ut quisquis emit hereditatem non emat vniuersitatem illam quæ in iure consistit, & quam nos hereditatem appellamus, Sed vniuersa tantum illa bona quæ per vniuersitatem heres adeundo hereditatem acquisierat, & quæ fuerunt quidem hereditatis, ut elegat & appositè loquitur Vlp. noster in *l. in fideicommissaria 18. vers. quous 7. ad SC. Trebell.* sed esse tamen per aditionem desierunt. Quod si malæ fidei possessor non tenetur vtili, nisi tanquam emptor vniuersitatis ut Tribonianus ait, Dicendum esset eadem ipsa ratione, Etiam bonæ fidei emptorem æquè hac actione conueniri posse. Nam & is æquè emptor hereditatis est, & consequenter vniuersitatis, si Triboniano credimus, quem illud sanè decepit quod hereditatis nomine significari solet successio illa in vniuersam ius quod defunctus habuit *l. 62. Deregul. iur.* Nec animaduertit ad eam hereditatem hoc pertinere quæ proprietate verè sit hereditas & quæ possit facere heredem, de qua in *l. lex Cornelia 28. §. De vulg. & pupill. substit. l. filiusfamilias 18. §. ad leg. falcid.* non de illa quæ per aditionem desierit esse hereditas, ut modò diximus.*

habet fiscus quam heres qui delatam & acquisitam. sibi hereditatem vendidit. Imò, quod magis est, dicendum puto nec fiscum ipsum qui defuncti bona quasi vacantia occupauerit, posse tamen hereditatis petitione vlla, id est siue directa siue vtili conueniri. Cùm neque pro herede possideat, ut apparet, neque pro possessore aut pro prædone, qui titulum habet, & quidem iustum, quippe cui nullo facto hominis intercedente & sola iuris potestate bona vacantia & deferantur, & acquirantur, Quanto minùs igitur conueniri poterit vtili petitione hereditatis, ille qui à fisco eiusmodi bona vacantia emerit, adeoque bona fide? Nam de hoc solo hic §. loquitur, ac proinde de eo qui non tantum singularis successor sit, & aliquem titulum habeat suæ possessionis, sed etiam favorabilior propter bonam fidem videri debeat. Nec simile est quod vulgo creditur, Ei qui à fisco emit aut partes hereditatis aut etiam totam hereditatem, competere petitionem hereditatis exemplo illius cui restituta est ex Trebelliano hereditas *l. si quis partes 54. §. hoc tit.* Longè enim alius eius loci sensus est, nec petitionem hereditatis illa. lex emptori accommodat, sed aliam actionem huic in effectu similem, per quam vniuersa bona petantur, ut nos ad eum locum explicabimus. Magis ob stare illud videtur quod scripserunt in *l. item veniunt 20. §. ait Senatus. vers. idem & si vacatia,* vbi scriptum est quod ad Senatusconsultum de petitione hereditatis factum

etiam nihil referre an hereditas quasi caduca fisco petatur, an bona vacantia, licet de bonis vacantibus nihil Senatusconsulti verbis expressum sit. Verum id ita intelligi debet, ut quod Senatusconsulto cautum fuerat, in hereditate caduca & fisco acquisita, idem obtineat contra possessores & emptores bonorum vacantium fisco etiam acquisitorum, Non quasi per eandem petitionem hereditatis hoc casu agendum sit, Sed quia Senatusconsulto additum fuerat *Idemque in similibus causis seruandum.* Habent autem bona vacantia simile aliquid hereditati caducæ in eo quod & ad fisco pertinent, & vniuersitatem quædam bonorum complectuntur, Ad eò ut is quoque qui bona vacantia à fisco comparauit, excipere debeat actionem quæ contra defunctum competeat *l. cum qui 41. §. De iur. fisco.* Eodemque pertinet quod fabricatur in *d. §. ait Senatus.* item esse si non fisco sed ciuitati hereditas petatur, Et in *§. non solum ibid.* Non solum in hereditate locum esse Senatusconsulto sed etiam in peculio castrensi, vel alia vniuersitate. Nam & hæ omnes causæ similes sunt, Nec tamen quisquam dixerit, petenti ex causa castrensis peculij accommodandam esse petitionem hereditatis, siue directam siue vtilem, Cùm peculium castrense non sit hereditas nisi eum ex testamento deferatur *l. 1. & 2. De cast. pecul. l. vlt. §. 1. ad SC. T. erry. §. 7.* Sed neque ad priuatorum petitiones Senatusconsultum illud pertinet quod in publica causa factum est nisi quia similis quoque priuatorum causa est, nec dissimilitudinis ratio reddi potest *l. 3. §. unde etiam 7. De iniur. sup.* Ceterum non est bona consecutio, ut quia etiam in bonis vacantibus Senatusconsulto locus est, peti debeant illa per hereditatis petitionem sed potius per petitionem vniuersorum bonorum, ut in *d. l. 54. §. hoc tit.* quæ tamen sit eiusdem effectus & potestatis. Illa verò multò minùs bona est, ut qui à fisco hereditatem caducam emit possit agere petitione hereditatis ob id solum quod fiscus agere potuisset, Ratio enim diuersitatis euidens illa est, quod licet eo casu fiscus heres non sit, hereditatem tamen iure suo obtinet, eamque proinde petere potest, Emptor autem non solum heres non est, sed neque hereditatem habere potest nisi eo prorsus iure, quo si à vero herede e-

misset, id est quasi iam conuersam in patrimonium fisci, atque ita in titulo penitus singulari, qui petitionem hereditatis inducere numquam potest Sed illa omnium pessima consecutio est, ut qui hereditatem à fisco emit, (non addo quasi vacantem quod ridiculæ est, ut probauimus) sed quasi caducam, aut indigno ablatam teneatur petitione hereditatis vtili ob id solum quod possit ille æquè agere petitione hereditatis si hereditas ad fiscum pertinere solet. Facilius namque esset ut petitionem hereditatis haberet is qui à fisco hereditatem emisset quæ fiscus ipse petere potuisset, quam ut petito vlla hereditatis etiam vtilis possit institui contra tertium bonæ fidei possessorem habentem titulum iustum & singularem, Adeoque nec contra malæ fidei possessorem, qui sciens eam hereditatem ad fiscum non pertinere, tamen illam emerit, quia tam hunc quam illum verum est neque pro herede neque pro possessore & prædone possidere, sed pro emptore eum precium numerauerit, ut cum Papiniano aduersus Tribonianum ratiocinati sumus in *§. precedente.* Si quis tamen iurisprudentiam Tribonianeam pro Papiniana velit accipere. Ratio dubitandi ad hunc locum adfertur hæc potest, quod quisquis emit hereditatem à fisco siue quasi vacantem, siue quasi caducam, aut indigno ablatam (quo vltimo casu certius est fiscum non fieri heredem cùm indignus non designat heres esse *d. l. ex facto 47. §. vlt. De vulg. & pup. substit.*) titulum aliquem & singularem habeat sue possessionis, qui proinde non possit dici hereditatem possidere pro herede aut pro possessore. Sed decidendi illa erit, si Triboniano credimus, quod sit emptor vniuersitatis, ideoque sit æquissimum teneri eum saltem vtili petitione hereditatis. Ergo siue sciens siue ignorans alienam hereditatem emerit, idem probandum erit, cùm non minùs vno quam alio casu verum sit, vniuersitatis emptorem illum esse. Hodie tamen aliud est post *l. 2. & 3. C. de quadr. præscr.* ut intelligas Tribonianum hic peccasse non tantum contra veterem veramque iurisprudentiam, sed etiam contra Imperatorum constitutiones, adeoque ipsius etiam Iustiniani, quarum tamen peritiam maiorem habere debuit.

10 ¶ Apud Marcellum libro quarto Digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit: maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis vtili teneri, sed & ipsam mulierem directa teneri. Marcellus scribit. maximè si iam factum diuortium est.

Ad §. 10. apud Marcellum.

Ratio dubitandi. Maritus qui alienam hereditatem accepit in dotem ab vxore, siue sciens alienam, siue ignorans acceperit, vti que habet titulum suæ possessionis, & quidem iustum, cùm titulus dotis sit iustus & habilis ad transferendum dominium tanquam qui perpetuam causam habeat *l. 1. & pass. §. De iur. dot.* adeoque ad vsucapiendum si cum titulo cõcurrat bona fides *l. 1. & pass. pro dote.* Imò quod amplius est maritus qui dotem habet, censetur eam habere ex causa onerosa *l. ex promissione 19. §. De oblig. & act. l. vlt. §. si a socero 7. que in fraud. cred.* propter onera matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. l. cum pate. 11. De pact. dot.* Ergo non potest teneri petitione hereditatis nec magis vtili quam directa, cùm non sit danda contra titulo

possidentem *l. 9. sup. l. cogi 11. C. b. tit.* Et sanè ita est, Nec dubito quin Marcellus ita senserit & scripserit, Mulierem scilicet quæ alienam hereditatem in dotem dedit conueniri posse ac debere petitione hereditatis non maritum, Nulla directæ vel vtilis petitionis facta mentione. Mulier enim sola illa est, quæ dotem habet, quamuis dos in marito quoque bonis sit *l. quamuis 75. in princip. §. De iur. dot.* Nec proinde ad rem pertinet quod quidam decidendi ratione adferunt, non expedire actori ut hereditatem petat à muliere, quæ dotem non habet *ex l. doce 9. C. de rei vind.* Non enim eo loco scriptum est, Mulierem non habere dotem quæ sit penes maritum, Alioqui dicenda esset indotata quod falsum est, *l. 4. §. apud Iulianum 22. §. de doli mal. except.* Sed tantum vindicationem rei dotalis

competere marito non mulieri, Nempe quia dos in bonis mariti est, nō in bonis mulieris, ut modō diximus ex *d.l. quamvis*, Dominus autē bonitarius quotiescunque concurrat cum quiritiario semper ei preferendus est, ut Vlpianus docet in Fragmentis *Tit. 19. de acquir. rer.* Hoc enim est, Rem aliquā habere in bonis, Habere actiones & exceptiones omnes eius rei nomine competentes *l. rem in bonis §. 1. De acquir. rer. dom.* Neque rursus bona est ratio illa quod non expedit agere contra mulierem. Etū enim usurpatam eam legimus in §. idem erit dicendum sup. hac lege: iam tamen docuimus Triboniani eam esse potius, quam Vlpiani, Neque ex eo quod facere non expedit, sumi posse rationem iuris de eo quod facere liceat. Aliud enim est licere, Aliud expedit. Siquidem non omne quod licet expedit, sicut nec omne quod licet honestū est *l. non omne 144. l. semper 197. De regu. iur. l. semper 42. j. De rit. nupt.* Et verō si verum esset non expedit dotem petere à muliere quia dotem ipsa non habeat, Quomodo fieri posset quod ex Marcello scriptum est in hoc *l. maritum directa teneri*? Nā neque directa petitio hereditatis competere potest, neq; utilis dari contra alium quam contra eū qui habeat id quod petitur, ut ad eius restitutionē

**11** § Heredem autem etiam earum rerū nomine, quas defunctus pro emptore possedit: hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat. quamvis etiā earū rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.

*Ad §. 11. Heredem autem.*

Ratio dubitandi. Quod defunctus pro emptore possedit, etiam ipsius heres pro emptore possidet cum transcat in eum iura omnia defuncti, & possessio quoque cum suis titulis sicuti & cum suis vicis *l. cum heres 11. j. De divers. temp. praeser. l. vicia 11. C. de acquir. possess.* Ergo quemadmodum earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possidebat, conveniri non poterat petitione hereditatis, quā scilicet non datur contra titulo possidentem, ita nec heres eius conveniri poterit, sed earum duntaxat rerum nomine quas defunctus pro herede vel pro possessore possidebat: de quibus nemo dubitat, nec dubitandi causa vlla est, quin heres teneatur. Et sanē difficile est dicere quid ad hanc rationem responderi possit, aut quēnam huius loci interpretatio afferri si vulgarem lectionem sequare. Nec potest dissimulare Bart. quin §. sit fortis, ut ipse loquitur, & confutatis ceteris omnibus Accursij explicationibus tandem postremam illam amplectitur, ut Vlpianus in hoc §. loquatur de herede illius, qui alienam emerat hereditatem, ac proinde tanquam emptor uniuersitatis conveniri poterat utili petitione hereditatis, Nam cum defunctus conveniri posset secundum id quod scriptum est in praecedentibus, quidni etiam ipsius heres poterit? Atqui si verum amamus nihil est in hoc §. ex quo possit conici tractare Vlpianum de herede emptoris hereditatis. Et illa potius verba repugnant *earum rerū nomine quas defunctus pro herede possedit* quā singulas res, non etiā uniuersitatem aliquam demonstrant, quam hereditatis nomine significasset Vlpianus. Deinde verō, cum de petitione hereditatis simpliciter hinc retus loquatur, nihil causae est cur de utili, ac non potius de directa intelligi debeat, Ceterae autem interpretationes tam sunt improbables, ut nec re-

condemnari & vgeri possit. Cum ergo nec Tribonianus neget teneri mulierem directa petitione hereditatis, Quid necesse est dari utilem contra maritum qui & iustum titulum habet, & onerosum ut ei dos auferatur cōtra *l. Titia 62. De iur. dot.* An fortē tam odiosa est causa mariti ut in eius perniciem violanda sit iuris regula ad fauendum petitori? Praesertim cum petitori aliter possit esse consultum, Scilicet proposita hereditatis petitione directa contra mulierem, singulari verō rerum vindicatione contra maritum: An non enim melius est & tolerabilius ut pluribus iudiciis petitorum vexari patiamur, quam ut in odium mariti qui tanto favore dignus est iuris regula violentur? Quas utique non solemus violare nisi ut marito potius faueamus *l. si ego 9. §. si res l. si mulier 59. §. ex asse in si. eo. tit. De iur. dot.* Faciat ergo à nobis Triboniana ista Iurisprudencia quae non tantum rationem iuris, sed etiam aequitatem totam peruertit. Quale verō illud est, obsecro, quod Tribonianus subiungit quasi ex Marcello *Ad iur. si in iustitium diuortium est.* Facto enim diuortio quid attinet dicere Mulierem teneri directa petitione hereditatis, cum nemo iam sit, qui possit utili conveniri?

futatione dignae videantur. Nam tametsi poneret cum Ioāne in defuncti hereditate aliquas res fuisse quarum dominium ex causa hereditaria ad heredem pertinere non potuerint, quia erant alienae, Non deō tamen euinceret ut hereditatis petitione conveniri possit heres, quando nec defunctus potuit, Cum habeat titulum & quidem duplicem, Vnum emptoris ex persona defuncti, Alterum ex propria Pro herede defuncti cuius heres verus est, nō etiam Pro herede illius cuius hereditas petitur. Generaliter autem verum est, Petitionem hereditatis nunquam dari contra titulo possidentem licet aliena res sit quam possidet, adeoq; licet alienam sciens emerit & mala fide *§. si quis sciens sup.* Hoc enim adicimus cum Bartolo, ut aliam interpretationem refellamus illorū, qui putant defunctum res istas mala fide possedisse: quod certē ad rem nullomodo pertinet. Dicamus igitur quod nemo adhuc dixit, corruptum esse locum & addita negatione restituendum, ita ut legamus *hereditatis petitione non teneri constat.* Nato fortassis errore ex eo quod per imperitiam librarij, cum scriptum esset paucioribus literis *peti non sic acceptae* sunt duae illae dictiones, acsi vnica esset dictio *peti non pro petitione.* Erroris verō materiam illud auxit, quod verba illa quae sequuntur *quasi pro herede possideat* acceperunt interpretes pro ratione decidendi, quae tamen Vlpianus posuerat pro ratione dubitandi. Nam si nostram emendationē admittas, non alia probabilior dubitandi ratio potest occurrere, quam quod negari non possit quin hic heres possideat pro herede, eas quoque res quas defunctus etiam cum titulo possidebat. Alioqui enim quo titulo illas vlucaperet si alienae fuissent, & bona tamen fide comparata? *T. ot. tit. Pro herede D. & C.* Sed ratio decidendi quae hanc dubitationē penitus tollit illa est, quod possidet quidem eas

res pro herede illius, cuius heres verus est, sed non pro herede illius cuius hereditas petitur, quod tamen omnino necesse est, ut hereditatis petitio saltem directa ei accomodari possit: Itaque cum sic Vlpianus scribit *quasi pro herede possideat*, nihil aliud agit nisi ut exprimat quā incepta esset sententia eius qui hac ratione moueretur ut crederet, dandam esse petitionem hereditatis contra heredem emptoris pro rebus singulari illo titulo acquisitis. Quod nec Bartolus ignorauit, qui hoc ipsum disertē notat, probatque ex §. *Neratius supra*, ex quo tamen petinde probare paruit & debuit, Verū heredem tertij numquam posse conveniri petitione hereditatis, nisi eo casu quo defunctus ille tertius pro herede possidebat aut pro possessore. Idque tam certum est, ut non sit credibile idipsum fuisse inculcatum Vlpianum si de eo tantum tractasset qui possideret pro herede alterius, quam cuius hereditas peteretur. Sed tractat proculdubio casum dubitabiliorem de petitione hereditatis contra eum instituta, qui heres erat possessoris, quem constabat plerumque res ex petita hereditate possidisse, nonnullas quidem cum titulo, ut puta pro emptore. Alias verō pro herede vel pro possessore. Cumque certissimi iuris esset, Possesse hunc heredem conveniri petitione hereditatis & quidem directa pro iis rebus, quas defunctus pro possessore vel pro herede possidebat, Videbatur tantō facilius auctori permitendum, ut eadem actione quā saltem oc-

casione si non iure, ut loquitur *lex 2. De vitiis*, eas quoque res persecueretur quas defunctus pro emptore possideret. Hancque dubitandi etiam rationem Vlpianus intinuat, cum subiicit, *quamvis etiam earum rerum nomine quas pro herede vel pro possessore defunctus possidet, utique teneatur.* Sed negat Vlpianus quicquam hoc facere. Tam enim certum est non dari petitionem hereditatis, siue directam, siue utilem contra heredem illius qui cum titulo possidebat, Quam indubitatum est dari eam contra heredem illius qui non nisi pro herede vel pro possessore possidebat. Ergo si in defuncti persona vtrumque concurrebat, ut ex petita hereditate quasdam res cum titulo possideret, quasdam verō sine titulo. Dicendum erit ita separandas causas istas, ut illarum nomine possit conveniri petitione hereditatis directa, quomodo defunctus poterat. Aliarum verō rerum nomine non possit, quia nec defunctus potuisset. Atque ita secundam nostram emendationem absque vlla diuinatione plana sunt omnia. Itaque supradicta illa dictio *quamvis* accipi sic debet, acsi scriptum esset paullo aperius *nec si defunctus cuius heres convenitur alias res possidebat pro herede vel pro possessore, quarum nomine constat & conveniri defunctum potuisse & heredem possidere.* Denique cum in hoc §. manifesta constituatur antithesis, & in posteriore parte scriptum sit heredem possessoris teneri, consequens omnino est ut in priore scripserit Vlpianus ex Marcello non teneri.

**12** § Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat: puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius verō nequaquam: quia non videtur, pro herede, vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet. nisi fortē quis dixit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedone esse: tunc enim suo nomine teneri potest.

*Ad §. 12. si quis absentis.*

Ratio dubitandi. Qui absentis nomine possidet hereditatem, nec tantum absentis, sed etiam ignorantis, necdum eam possessionem ratam habentis, nullum habet ipse titulum huius suae possessionis, Ergo conveniri potest proprio nomine petitione hereditatis, & quidem directa, tanquam qui possideat pro possessore.

Dec. Ut qui pro possessore possideat prius est ut possideat, id est sibi rem habeat, Deinde ut eius possessionis titulum nullum habeat. Denique ut iure rogatus quasi possideat, nihil aliud respondere possit quam quia possidet *leg. qui interrogatus 12. sup.* Atquin hic de quo agimus non suo, sed absentis nomine possidet. (Is enim possidet cuius nomine possidetur, non qui alienae possessioni praestat ministerium vulg. *leg. quod meo 18. De acquirend. possess. cum similib.*) & interrogatus quare possideat, respondere potest, quia possidet absentis nomine ad quem putet hereditatem pertinere. Non ergo possidet pro possessore. quando incertum est an absens ille ratum sit habiturus. Et consequenter petitione hereditatis conveniri non potest pro-

Tom. II.

prio nomine, sed conveniri debet nomine absentis, Sed ita tamen si nullum titulum proferat quo absentis possessionem tueri possit. Alioqui si possessionis titulum aliquem proferat, non magis absentis quam proprio suo nomine conveniri potest quandiu rati habitio speratur. Ceterum finita spe rati habitio, cum non possit dicere se adhuc absentis nomine, & contemplatione possidere, necesse est ut incipiat possidere pro praedone & possessore, ideoque proprio nomine conveniri directō possit. Optimum igitur pro auctore consilium est, ut curet huic possessori tempus à Praetore praestitui intra quod absentis rati habitioem, quae mandato aequiparari possit adferre iubeatur, Ut sciri tunc possit an absens, an suo proprio nomine sit conveniendus, Ne diutius vagetur in incerto & duplicis iudicij aleam maiore sumptu ac periculo subire cogatur. Alia ratio est vindicationis rerum singularium, Exerceri namque potest contra quemlibet detentorem qui modō testitenda rei habeat facultatem *leg. officium 9. in fin. inf. De rei vindic.* Non inspecto eo an suo nomine possideat, an alieno, Nisi quod si dicat se alieno nomine possidere, observatio illa & forma sequenda necessariō est quam Iustinianus noster praescri-

Z





rer. domin. l. 1. §. ult. supr. De rerum diuis. & Infr. De reb. corpor. & incor. p. Ergo debitor hereditarius nō potest conueniri petitione hereditatis tanquam possessor iuris. Dec. Et si proprie iura nō possidentur, tamen, quasi possidentur, & quasi traditionem recipiant. l. seruantes 14. §. l. ult. infr. De seruit. l. ser-

**S**ed vtrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem a hereditarius intelligitur is quoque qui seruo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.

Ad l. S. d. vtrum 14.

Ratio dubitandi. Qui debet ex contractu, habet aliquid a defuncto, quod si non haberet hodie in hereditate reperitur. At in eo qui debitor est ex delicto nihil tale tractari potest. Nisi ponas debitorem esse ex causa dāni alicuius dati: vt lege Aquilia teneatur. Nam si forte iniuriam fecerit sine damno, debitor quidem est eo nomine & actione iniuriarum conueniri potest. Eaque actio si fuerit contestata transit in heredem. l. si cum 10. §. qui iniuriarum iur. si quis caution. nec tamen esset hodie locupletior hereditas si defunctus iniuriam passus non fuisset. Maior igitur ratio est, vt debitor hereditarius ex contractu possit conueniri petitione hereditatis quam debitor ex delicto. Deinde constat debitorem hereditarium ex contractu non aliter posse conueniri petitione hereditatis quasi iuris possessorem, quam si controuersiam hereditatis faciat, & ideo nō soluitur, quod se dicat heredem. l. si debitor 42. infr. hoc tit. l. ult. in fin. infr. tit. prox. At debitor ex delicto, etiam controuersiam hereditatis nullam faciat, nihilominus actione ista tenetur tanquam possidens pro possessore, vt Accursius ratiocinatur, cum sit debitor ex iniusta causa perinde ac si corpus hereditarium iniuste possideret ac nullo iure. Deinde quasi prādo, vt loquitur Vlp. in l. hac a. l. 13. §. 1. infr. De seru. corrupt. Dec. Tam qui ex delicto, quam qui ex contractu debitor est hereditarius, habet aliquid ex hereditate, & quo praestito locupletior futura sit hereditas: Merito igitur hereditatis petitione conueniri vterque potest, sed cum supra dicta Accursij distinctione. Tolle haec omnia vsque ad finem. Pugnans enim cum d. l. 13. §. 1. infr. De seru. corrupt. Nec facilius debitor ex delicto, quam debitor ex contractu. In vtroque enim verum esse arbitror, quod generaliter de hereditario debitore scriptum video in d. l. si debitor. Non aliter teneri eum petitione hereditatis, quam si contendat se heredem id est si sit iuris possessor pro herede. Nepe quia titulus ille Pro possessore non potest cadere in debitorem hereditarium nec magis in debitorem ex delicto quam in alium, cum quisque debitor est hereditarius, licet ex delicto iustus sit debitor, adeoque ex iusta causa. Est. n. delicti causa iusta propter quā quis obligari debeat. l. tit. de obl. que ex delict. nasc. Vel ob hoc ipsum ne delicta maneant impunita l. a vuln. raris 10. infr. ad leg. Aqu. l. Strichum 10. in princ. de solut. quamuis qui deliquit iniuste fecerit. Quod Accursium decepit non animaduertentem, iniuste facit qui delinquit tanto iniustus facere legistatorem vel iudicem qui delinquentem facit poenae vel damni dari debitorem. Itaque quod in hoc tractatu solemus dicere duplicatione esse causam propter quam hereditatis petitione conueniri quis possit, scilicet si vel Pro herede possideat vel pro possessore ad corporis

uitutes 21. l. si ades 32. orb. in prad. Ergo etiam debitor hereditarius quasi iuris possessor perinde atque is qui rem aliquam corporalem possidet, hereditatis petitione conueniri potest. l. 9. Cum etiam iura veniant in petitione hereditatis, non minus quam corpora. l. item videndum 18. in fin. infr. hoc tit.

14. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

alicuius possessorem restringendum est non etiam protrahendum ad debitorem hereditarium, cui certe non alius titulus conuenit quam pro herede. Huiusque diuersitatis ratio non obscura illa est, quod corporis possessor iniustus esse quis potest: debitor autem iniustus esse nemo potest: Nec quemadmodum pro possessore is demum possidere dicitur, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest, quam quia possidet l. 11. supr. Ita possit quis nū ridicule dicere, Pro possessore possidere debitorem hereditarium qui interrogatus quare debeat, nihil aliud respondere potest, quam quia debet. Aut si voles, quia deliquit. Tanto enim manifesti ea responsione iustum se debitorem proficitur. Cessante igitur in persona cautioneque debitoris hereditarij titulo Pro possessore, solus relinquatur titulus Pro herede, quem interuenire oporteat vt debitor hereditarius quasi iuris possessor hereditatis petitione conueniri possit. Generaliter igitur verum est & in quocumque debitore hereditario, quod generaliter & indistincte scriptum est in d. l. si debitor. Id est siue ex contractu siue ex delicto debeat. Adde siue etiam ex quasi contractu puta negotiorum gestorum ex l. ult. in fin. infr. tit. prox. Vt tacis mirar non possim supradictam Accursij distinctionem nulla lege aut ratione sustulit Bartolo quoque placuisse.

a Debitor autem R. dub hereditarias actiones solemus eas dicere quae defuncto cōpetierunt, & ab eo in heredem transierunt l. tit. C. d. her. act. Ergo nec hereditarius debitor alius est quam qui a defuncto potuit cōueniri. In quo tamē numero non est qui hereditario seruo aliquid promisit, aut ante aditam hereditatem eaque iacente damnum aliquod in rebus hereditariis dedit vel aliquam rem hereditariam subripuerit, vt subiicitur in l. seq. Fit enim seruus hereditarius, & res hereditaria eodem tempore quo fit hereditas, id est mortuo demum testatore. Cum viuentis nec hereditas vlla sit l. De her. vel act. vend. l. 1. infr. Pro hered. nec proinde seruus vllus hereditarius. Dec. Hereditas nomē iuris est l. 50. infr. hoc tit. recipiens augmentum & diminutionem l. item veniunt 20. §. item non solum infr. Et quae defuncti personā repraesentat l. non minus 11. §. 1. infr. De her. inst. l. hereditas 61. De acqui. rer. domin. Itaque quod seruus hereditarius stipulatur perinde habedū est ac si viuo adhuc domino stipularus esset. Augetque hereditatē quae tāto locupletior facta esse intelligitur. Nec nouū est vt hereditariū esse id quoque intelligatur, quod tamē defuncti nūquā fuerit. Nā & hereditariū res alienam etiā id interdū dicitur, de quo agi cum defuncto nunquam potuit. Veluti quod is cum moteretur daturum se promississet. Item cum quis id quod pro defuncto fideiussit, post mortem eius soluit l. hereditarium 7. infr. De reb. author. and possid. Imō & hereditarium actionum

actionū loco habemus etiam legata quāuis ab herede cōpetunt l. hereditas 10. §. De obl. & actior. Malō igitur magis hereditarius debitor ille dicēdus est qui seruo hereditario quid promiserit, aut hereditati iacenti damnum dederit, Sed cum hac differentia quam suprad. ex Accursio attulimus, quod debitor ex contractu non aliter tenetur pe-

titone hereditatis quam si controuersiam hereditatis faciat vt sit iuris possessor pro herede l. si debitor 42. infr. hoc tit. l. ult. in fin. infr. tit. 1. Debitor autem ex delicto tenetur omnimodo petitione hereditatis quasi prādo d. l. hoc actio 13. §. 1. De seru. corrupt. Sande debitor heredis nullomodo hac actione tenetur l. 16. §. non iustum infr.

15. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

**V**el aliquam rem hereditariam subripuerit.

Ad l. si aliquam 15.

Ratio dubitandi. Hereditarie rei forum fieri non potest l. hereditaria 68. §. de ser. quia furtum sit interuentio possessionis l. 1. cod. Hereditas autem non possidet eam possessio sit facta. In his autem quae sunt facti hereditas quae nomen iuris & fictio est personam veram representare non possit l. 1. §. Seculo infr. si is qui res aliud. §. infr. vt nec in ceteris omnibus quae alicuius operae substantiam requi-

runt, vt loquitur Hermogenianus in d. l. hereditas 61. De acqui. rer. domin.

Dec. Qui rem hereditariam subripit licet furtum non faciat, tamen delinquit cum expilet hereditatem ideoque propria actione tenetur expilatae hereditatis l. 1. §. 1. De expil. hered. Proinde conueniri potest tanquam debitor hereditarius ex delicto, & quasi prādo d. l. hoc actio 13. §. 1. infr. De seru. corrupt.

16. VIPIANVS libro 15. ad Edictum.

**Q**uod si in diem sit debitor, vel sub conditione a quo petita est hereditas non debet eum damnari rei planē iudicatae tempus spectandum esse secundum a. Otaueni sententiam, vt apud Pomponium scriptum est, an dies venerit, quod & in stipulatione condicionali erit dicendum. Si autem non venerit b, cauere officio iudicis debeat de restituendo hoc debito, cum dies venerit, vel condicio extiterit.

Ad l. quod sit in diem 16.

Ratio dubitandi. Etiam debitor condicionalis pendente adhuc condicione iam debitor est l. condicionalis 4. §. seq. De verb. sign. l. 1. §. 1. 42. infr. De obl. & actior. Aded vt si interim motiatur nihilominus transmittat stipulationem condicionalem ad heredem §. ex condicionali Inst. De verb. obl. Debitor vero in diem certum multo magis debitor est, cum diem venturum esse certum sit, Ideoque si ante diem soluat, non tamen reperit l. in diem 10. iunct. l. 16. §. seq. infr. De condit. ind. b. Dies enim cessit licet nōdum venerit l. c. de re d. 213. De verb. obl. sign. Ergo si quid in diem vel sub condicione debeat a quo hereditas petitur, cum sit verē debitor, perinde eo nomine damnari debet hoc iudicio petitionis hereditatis, ac si iam venisset dies.

Dec. Plus petit tempore qui ante diem petit §. plus autem Inst. de obl. Cum id quod in diem etiam certum debetur non prius peti possit quam totum tempus praeterierit l. qui hoc anno 42. iū d. l. stipulatio ista 38. §. iur. De verb. obl. quamuis interim possit solui l. quod certa die 70. De solut. Et idcirco nec compensari interim potest l. qui od in diem 7. in prin. infr. De compens. quoniam qui compensat, hoc ipso agere & petere valetur l. amplius 15. infr. Rat. rem habet. Non ergo potest debitor in diē pro eo quod debet condemnari antequam dies venerit. Praeposterum enim est vt sequatur condemnatio ante natam petitionem. Multo minus autem is qui non nisi sub conditione debet, cum in huius persona dies non solum non venerit, sed neque cesserit d. l. cedere diem. Ita vt si contra eum agatur antequam condicio venerit, non tam male quam nihil agi videatur vt Vlp. loquitur in l. vnic. in fin. infr. quando dies vsusfr. legat. ced. Suis ergo est indemnitate aetoris consuli praestata cautio.

a Rei planē iudicatae. Ratio dubitandi. Nō potest se qui condemnatio ex actione male instituta, Imō

causa cadebat olim quisque male agebat, Ideoque praestabat nihil quam male agere quod videtur aludere Vlpianus in d. l. vnic. in fin. infr. quando dies vsusfr. legat. ced. Et etiam hodie ex hac causa duplicantur iudicia §. temporales Inst. de except. Ergo litis cōtestatae & iudicij accepti tempus inspicere debet non rei iudicatae quoniam queritur an dies, vel condicio venerit. Nā & tempus illud est quo in iudicio quasi contrahi intelligitur l. 3. §. id. ne scribit infr. De pecul. l. delegare 11. §. 1. De nouat. & deleg. Nec rursus potest iudicium esse in pendenti ob id quod possit licet contestatam ante condemnationem possit accidere l. non quemadmodum 35. §. infr. de iudic.

Dec. Non est nouū vt actio vniuersalis & in genere bene instituta augeatur ex iare superueniente, & ex nouo euentu, cum recipiat augmentum & diminutionem quod in speciali petitione lectus esset. Hic autem tractamus de petitione hereditatis, quod iudicium vniuersale est non speciale l. 1. infr. De rei vind. ac proinde de actione bene non male instituta. Cum ad instituendam petitionem hereditatis sufficiat aduersarium possidere aliquid vel minimum pro herede aut pro possessore l. 10. supr. non potest autem negari quin aliquid habeat ex hereditate debitor in diem vel condicionalis cum interim sit debitor d. l. 42. de obl. & act. l. 76. §. heredes meus de leg. 2. Incipit nimirum iam nihil interesse rei qui condemnatur cum iam dies venit vel condicio extitit, tamen antea condemnari non poterit. Et quamuis nihil ipse dolo malo fecerit ab initio nunc tamen facit cum postquam dies venit adhuc solutionem detrectat, Ita significans aequē se ab initio fuisse improbelitigarum etiam si iam tūm dies venisset, vt in l. 2. §. circa infr. De doli mal. excep. l. 25. §. de eo autem infr. hoc tit. Cur nō enim saltem hodie soluit vt absolueretur, Cum iudicia omnia hoc sensu sint absolutoria §. 21. Inst. de p. p. et tempor. act. Merito igitur placuit secundum Ota-



ueni sententiam inspiciendum esse tempus rei iudicatae. Quo modo & cum queritur an possessor ex hereditate locupletior factus sit *l. si a domino 36. §. p. n. infr. hoc tit. aut quid & quantum possideatur l. si quo t. in p. 41. l. item videndum 18. §. 1. infr. hoc tit. & in actione De peculio, an aliquid sit in peculio l. quæsitum 30. in prin. infr. De pecul. Index enim cum iudicat, quodnam aliud tempus inspiciere iustius possit quam illud ipsum rei iudicandæ, & eum rei statum qui tunc est, non qui antè fuit? Maxime verò in iudiciis bonæ fidei, quale iam olim fuit iudicium petitionis hereditatis *l. planè 38. nam nec exceptio & l. ult. infr. hoc tit. l. Scia 42. infr. De mort. caus. donat. quamuis de eo nonnulli dubitent ante Iulianianam constitutionem in l. ult. in fi. C. hoc tit. §. actionum Inst. de action. Illa enim verba ex fide bona quæ in omnibus iudiciis bonæ fidei formulis addi solebāt, faciunt proculdubio potestatem iudici eum condemnandi quem ex fide bona sit eo tempore condemnari quamuis antea non fuisset. Quemadmodum ex contrario potest facillè pendente iudicio quid incidere quod faciat ut ex bona fide condemnari hodie non debeat, qui antea potuisset ac debuisset, ut in *d. l. si quo tempore 41. infr. hoc tit.* Proinde inspicere iudex bonæ fidei debet, an hodie dādū sit nō id solum an olim dari debuisset *l. si sterilis 2. §. cum per venditorem in fi. infr. De act. empt.* Itaque debet hic locus intelligi non de eo qui ante diem, vel conditionis euentum petat præcisè id quod non nisi in diem vel sub conditione adhuc debeat, quod fieri certè nullomodo potest, sed de eo qui generaliter & simpliciter agat vniuersali iudicio petitionis hereditatis. Intenditur enim rectè etiam si dies aut condicio nondum venerit, quemadmodum & in actione de peculio quæ perinde vniuersalis est, intenditur rectè etiam si nihil sit in peculio *d. l. quæsitum 30. infr. de pecul.* Tātoq; magis in petitione hereditatis quæ bonæ fidei est quod etiam ante diem aut euentum conditionis rectè intenditur dari quid oportere scilicet cautionem de soluendo debito cum dies venerit aut condicio extiterit, ut sequitur in textu ex *l. in omnibus 41. supr. De iud.* Ut nil necesse sit dicere hinc cum**

1 ¶ Sed & is, qui pretia rerum hereditariarum possideritem qui à debitore a hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

*Ad §. 1. Sed & is.*

Ratio dubitandi. Pretia rerum hereditariarum non sunt hereditaria, tanquam quæ ex rebus hereditariis non proficiantur, sed potiùs ex negotiatione venditoris *l. venditor 22. infr. De h. red. vel act. vendit.* Vnde solemus etiam dicere Pretium redactum ex re furtina non esse furtiuum *l. qui vas 48. §. ult. infr. de furt.* Nec pignoratam pecuniam quæ redacta est ex venditione rei pignoratæ, ut neque pignoratam rem emptam ex pecunia pignorata *l. idemq; 7. in fi. infr. qui potior. in pignor. hab.* Ergo qui pretia rerum hereditariarum possidet non ideò potest teneri petitione hereditatis quasi possideat quid hereditarium. Dec. In vniuersalibus iudiciis quale est hoc petitionis hereditatis precium creditor succedere loco rei *l. si & rem 22. vbi dicemus infr. nec potest negari quin possessor precij rerum hereditariarum habeat illud quodammodo ex hereditate cum habeat per occasionem hereditatis, ut loquitur *l. debitor 19. in fi. ad SC. Trebel.* Nec*

Accursius institutam fuisse petitionem hereditatis ob alia quæ debitor hic possidebat. Iunge *l. 3. §. 1. infr. vbi dicam clarius.*

b Si autem non venerit. Ratio dubitandi. Malè agit qui ante diem agit, Nihil verò agit qui ante conditionis euentum, ut supra diximus. Non ergo debet actionis suæ malè institutæ fructum illum ferre ut ab aduersario extorqueat cautionem de soluendo debito cum dies aut condicio venerit, sed potius condemnari omnimodo debet tanquam qui de facto egerit sine actione: quod vtiq; facere non potuit *l. si pupilli 6. §. ult. supr. De neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter infr. De admitt. tutor. Præsertim cum nemo superuacua cautione sit onerandus *l. hac stipulatio 14. §. 1. infr. Vt legat. seru. caus. caueat.* quod non sit tam facillè & expeditum inuenire fideiussorem *l. 2. §. sed si dubitetur supr. De iud.**

Dec. In omnibus bonæ fidei iudiciis, etiam si nondum dies præstandæ pecunie venerit, agi tamen potest ad interponendam cautionem, & ex iusta causa condemnatio fit *d. l. in omnibus 41. supr. de iud.* Petitio autem hereditatis ex horum iudiciorum numero est, & iam olim fuit, ut proximè diximus. Est enim ex bona fide, ut saltem cautio præferatur de soluendo eo quod in diem vel sub conditione debetur: Nempe cum dies venerit aut condicio extiterit. Neque superuacua videri potest hæc cautio per quam sit res in tuto collocetur. Nec rursus petitio hereditatis malè instituta dici potest cōtra debitorem in diem vel sub conditione quamuis neque dies adhuc venerit, neque condicio extiterit cum interim sit debitor & iudicium sit vniuersale, ut ad versic. præcedentem scriptimus. Planè quod hic dicitur præstandam interim cautionem non generaliter & indistinctè verum est, sed ex causa, ut scriptū est in *d. l. in omnibus*, ut puta si suspicte sint facultates debitoris, aut suspecti mores, Aut denique quod sit ille ex eorum numero qui suis cauillationibus frustrando actorem impediunt ne ad exitum deduci controuersia possit *l. ult. supr. De procur.* Quod non satis benè videtur Accursius aut Bartolus explicasse.

enim negotiatio aut industria vlla potuisset extorquere precium ab emptore si nulla res hereditaria fuisset vendita. Perinde igitur hereditatis petitione teneri debet is qui pretia rerum hereditariarum possidet atque si res ipsas hereditarias possideret, tanquam ex hereditate factus locupletior *l. si ipsa 18. in fin. supr. quod met. caus.* Sed ita tamen, ut ei caueri per actorem oporteat de euictione si forte ut fieri adsolet de ea possessor se obligauerit venditori, ut benè Accursius notat ex *l. item veniunt 20. §. sed et si ob venditionem pen. infr. hoc tit.* Ut scilicet qui precium venditionis habet euictionis periculum ipse inscipiat, nec damnum remaneat penes eum cui lucrum eripitur, contra *l. 10. de reg. iur.*

a Item qui à debitore. Ratio dubitandi. Qui à debitore hereditario exegit, non ideò sit debitor hereditarius cum nihil ynquam defuncto debuerit neque hereditari. Ergo non potest quasi iuris possessor hereditatis petitione conueniri. Dec. Qui exegit ab hereditario debitore, licet non ideò fiat debitor

debitor aut iuris possessor, habet tamen aliquid ex hereditate aut saltem per occasionem hereditatis ex quo locupletior factus est, ideoq; perinde teneri debet acsi corpus hereditarium aliquod possi-

deret. Quid enim refert an nummos habeat qui fuerint hereditarius, an verò quos debitor hereditarius soluerit, ut se ab hereditate liberaret? arg. *d. l. si ipsa 18. supr. quod met. caus.*

2 ¶ Vnde Iulianus libro sexto Digestorum ait ab eo qui petit hereditatem, & litis æstimationem consecutus est, hereditatem peti posse.

*Ad §. 2. Vnde Iulianus.*

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad §. præcedentem. Nam qui hereditatem petiit tanquam ad se pertinente, & quæ ad eum non pertinebat, litisq; æstimationem consecutus est, non ideò potest videri habere hereditatem, adeoq; quod magis est, nec quicquam quod sit vice rei vilius hereditariæ, cum eam litis æstimationem pro falsa

non pro vera hereditate acceperit, quandoquidem erat ipse falsus heres. Sed tamen negare non potest, quin per occasionem veræ hereditatis habeat, cum litis æstimationem perceperit tanquam si verus heres fuisset. Cum igitur tantò locupletior ex hereditate factus sit, aut saltem ob hereditatem, consequens est ut teneri debeat hereditatis petitione.

3 ¶ Non solum autem à debitore defuncti, sed etiam à debitore hereditario peti hereditas potest. Denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, & Celfo, & Iuliano videtur peti hereditatem posse. Sed si heredis negotium gessit, nequaquam. ab heredis enim debito peti hereditas non potest.

*Ad §. 3. Non solum.*

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad §. ult. *l. nec vllum 13. supr. hoc tit.* Additamen potest quod ad hereditarium debitorem pertinet. Hereditatem quæ docunque aditam iam inde ab instanti mortis testatoris aditam retrotingi, & consequenter videri heredem adisse hereditatem ex quo die paterfamilias defunctus est *l. h. res quamdocunque 49. De acquir. heredu.* Omnis enim hereditas cum mortis tempore continuatur, subtrahito intervallo illo quod inter mortem & aditionem intercessit *l. omnis 138. Lomina 101. De reg. iur.* Ergo debitor hereditarius quilibet perinde habendus est acsi heredis debitor fuisset. Atqui à debitore heredis peti hereditas non potest, ut sequitur in hoc §. Ergo nec ab hereditario debitore peti posse videtur.

Dec. Hereditas personam non heredis, sed defuncti repræsentat *l. non minus 31. §. 1. j. De hered. instit. l. hereditas 61. j. De acquir. rer. domin.* Ergo quod hereditari debetur defuncto debitum fuisse intelligitur, & cum peruenit ad heredem, peruenit eo iure quo si debitum fuisset ipsi defuncto, & tanquam ad heredem non tanquam ad personam tantum illius qui heres sit.

a Denique ab eo. Ratio dubitandi. Qui debitor est ex causa negotiorum gestorum, neque ex contractu debitor est neque ex delicto ut apparet. Ergo non potest teneri petitione hereditatis tanquam

4 ¶ Iulianus scribit: si is qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus: peti ab eo hereditatem potest, quasi à iuris possessore: quia habet interdictum unde vi, quo victus cedere debet. Sed & cum, qui deiecit, petitione hereditatis teneri: quia res hereditarias pro possessore possidet.

*Ad §. 4. Iulianus scribit.*

Ratio dubitandi. Si is qui pro herede possidebat vi deiectus fuerit verum est neque possidere illum neque dolo deiectus possidere, ideoq; nihil habere quod possit restituere. Frustra ergo conueniatur petitione hereditatis, cum ea actio sit in rem, de iure ad rei restitutionem. Maxime cum certi iuris sit eum qui vi deiecit posse actionem ista conueniri, tanquam qui res hereditarias possideat, ut sequitur in textu. Quid enim necesse est dari ean-

dem actionem contra duos, cum possit aduersus vnum sufficere. Dec. Etiam iuris possessor hac tenetur actione *l. 9. & l. 1. §. ult. supr.* In proposita autem specie hic qui vi deiectus est habet aliquid per occasionem hereditatis quod petitori prestare possit. Interdictum scilicet Unde vi, quo potest & debet cedere: in executionem sententiæ per quam victus erit. Regula enim iuris est, quoties quis ob id tantum tenetur quod actionem aliquam habeat, cessionem & delegationem pro iusta præsta-

sione esse §. *ut. huc leg. & litem videndum* §. *l. quod debet* in *inf. De p. ad.* Nec est contrarium quod scriptum est in *l. ut ubi* 24. *inf.* non esse petitioni praestandam poenam aduersus eum committam qui vi deiecit fuit, & quam is ab aduersario sit consecutus qui vi deiecit, quoniam poena illa infligitur ob iniuriam factam personae quae possidet non rei possessae *l. bozem* 43. §. *si qui fornum* §. *De ad. d. d. d.* Porro non veniunt in petitionem hereditatis ea quae extrinsecus accedunt, id est non iam hereditariam quam persona possessoris *litem veniunt* 20. §. *item non solum inf.* vbi dicemus latius & ad *d. l. 24.* Interdictum autem competet ob rem ipsam vi possessam, ac proinde cedendum est cum etiam actiones ex delicto cedi possint, vt recit Accursius & Bartolus hic notant & ex hoc ipso loco probat, Nec rursus quod contra eum quoque qui vi deiecit petitio hereditatis institui potest, tacere debet vt eo minus possit agere contra illum etiam qui vi deiectus est, Cum eius interit habere plures reos, & electionem vtrum ex ipsis conuenire

5 ¶ Idem Iulianus ait: siue quia possidens, siue non, rem vendiderit: petiti. ne hereditatis eum teneri: siue iam pretium recepit, siue petere possit, vt & hic actionibus c. dat.

*Ad §. 5. Idem Iulianus.*

Ratio dubitandi. Cum quis vendidit rem hereditariam quam non possidebat, si quidem pretium recipit & possidet potest videri habere aliquid hereditarium aut saltem per occasionem rei hereditariae. Ideoque teneri debet petitione hereditatis secundum ea quae diximus tam saepe in precedentibus. Sed si nihil exegerit, licet habeat actionem ad petendam pretium, verum tamen est neque rem ab illo possideri, neque pretium. Nihil denique hereditarium, Ergo non est permittendum vt hereditatis petitione conueniatur, Praesertim cum Senatus de precio solummodo sit locutus *l. verum autem* 23. in *fin. hoc tit.*

Dec. Qu. rem hereditariam vendidit licet neque rem ipsam vnquam possederit, neque pretium ho-

6 ¶ Idem scribit, patronum hereditatem petere non posse ab eo, cui libertus in fraudem alienauit: quia Caluisiana<sup>a</sup> actione ei tenetur patroni enim iste debitor est, non hereditarius. Ergo nec ab eo<sup>b</sup> cui mortis causa donatum est, peti hereditas potest.

*Ad §. 6. Idem scribit.*

Ratio dubitandi. Quicquid in fraudem patroni alienatum est a liberto reuocatur per Fauianam actionem si libertus testatus decesserit, aut per Caluisianam si intestatus *l. 1. & 2. l. 3. §. si intestatus & seq. inf. si quid in fraud. patron.* Ergo quod ex hac causa quis possidet, pro possessore possidetur, sicut & quod ab vxore donatum est viro, vel a viro vxori *l. quod vxor* 16. §. *De acquir. poss.* Et consequenter ab eo quoque peti hereditas potest qui a liberto in fraudem patroni alienante acquisit. Maximè vero si fraudem possessor participauerit quod semper necesse est nisi cum in fraudem donatam fuit *l. vlt. C. de reuoc. is que in fraud. credit. l. quod autem* 6. §. *simili modo* §. *ead. illa Tit. que in fr. credit. l. 1. C. si quid in fraud. patr.* Vt dubitari nequeat quin sit in mala fide. Dec. Alienatio in fraudem patroni facta licet per supradictas actiones reuocetur, interim tamen teneri, Et quamuis emptor sit malae fidei

malit, Si forte sit vnus facillioris conuentionis quàm aliter, Vt solent facillioris esse conuentionis qui se patiuntur per vim deici quàm qui deiciunt.

a *Sed & eum qui deiecit.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt qui deiecit habeat titulum fortassis pro emptore aut pro donato, aut ex iudicato, nec alium similem. Qui autem titulum habet ad hunc ista conuentioni non potest vt tertius in precedentibus diximus. Ergo aliqua distinctio adhibenda hic fuit.

Dec. Etiam is qui titulum possidendi institum habet si tamen vi deiecit possidorem, ac propria auctoritate occupet possessionem praedo est, nec nisi pro possessore possidet sicut & fur & raptor *l. si ex stipulatione* §. *7. De acquir. poss.* tanquam qui hoc ipso ab omni iure ceciderit *l. extat* 13. *sup. quod not. cons. l. miles* 6. §. *qui iudicari* §. *De re iudic. l. pen. & vlt. D. ad leg. Jul. de vi priuata.* Ergo petinde potest conueniri petitione hereditatis tanquam possidens pro possessore atque fur & raptor quibus improbius est *l. nec vllum* 13. in *princip. sup.*

die possideat, Tamen iuris possessor est, eius scilicet actionis, quam habet contra emptorem ad pretium exigendam. Habet enim actionem illam nullo plane titulo ac proinde pro possessore. Quodni ergo petitione hereditatis teneatur, Non vt instituat rem quam possedit nunquam, aut pretium, quod nondum habeat, sed vt sit actione contra emptorem cedat. Quippe cum hic emptor actione ista teneri nequeat, tanquam possidens cum titulo siue bona siue mala fide. Quid inquit, An non & venditor habet tantum pro venditore? Minime vero. Titulus enim pro venditore nullus est, cum sit titulus alienationis non acquisitionis. Nec alio titulo possit videri venditor habere pretium rei venditae post venditionem quàm quo haberet rem ipsam venditam si nulla venditio facta fuisset.

possessor, praedo tamen non est qui pretium numeravit, ideoque nec petitione hereditatis teneri potest cum habeat titulum *l. 9. l. nec vllum* 13. §. *si quis sciens sup.* Nam nec petitio hereditatis alii datur, quàm ei qui se dicit probatque rerum hereditatem. Patronus autem id quod in fraudem suam alienatum est reuocat non tanquam heres, sed tanquam patronus. Et debitor qui in patroni fraudem consecutus est a liberto liberationem (de hoc namque Vlpianus hic tractat) non hereditarius debitor est sed patroni. Non igitur potest conueniri petitione hereditatis quae nec alii datur quàm heredi tanquam heredi, nec contra debitorem alium quàm hereditarium. Praesertim cum hoc casu introducat sint pro patrono duae illae actiones Fauiana & Caluisiana per quas ipsius indemnitati consili possit.

a *Quia Caluisiana.* Ratio dubitandi. Potest petitio hereditatis etiam cum alia actione concurrere, puta

puta cum rei vindicatione & aliis huiusmodi singularibus iudicis *l. nec vllum* 13. §. *quid si quis sup. hoc tit.* Ergo non est bona ratio. Atque ut Accursius noster concludit, dicens rationem illam esse solam bonam quae sequitur in illis verbis *patroni enim iste debitor est, non hereditarius.* Dec. Namquam datur petitio hereditatis contra titulo possidentem, vt probauimus in precedentibus, nec si titulus ille malam fidem adnexam habeat dummodo non sit nullus ipso iure, vt in exemplis positus in *d. l. nec vllum* §. *sup.* Pro herede enim aut pro praedone & possessore possideat necesse est is qui hereditatis petitione conuenitur *l. 9. sup. l. vlt. l. 1. l. cogit* 1. *C. hoc tit.* Primumque Tribonianus fuit qui contra emptorem vniuersitatis dedit vtilem petitionem hereditatis *d. §. quid si quis*, & qui ob eam causam pro eo quod Vlpianus noster in *d. l. 9.* scripserat *Gener. litem* repositit proculdubio regulariter vt exceptioni suae locum relinquere. Quia dictione quasi minus latina prudentes nostros vlpian vltos fuisse non memini, adeoque nec Imperatores licet latinis minus studiosos si Valecium & Gallienum excipias, qui fuerunt ex posterioribus declinante iam cum imperio latinae linguae puritate in *l. ea quam* 14. *C. de fideic.* Ergo nunquam potest hereditatis petitio concurrere cum alia actione quae detur contra titulo possidentem qualis est tam Caluisiana quàm Fauiana quia nec contra istos vindicatio dari potest. Planè contra eos qui titulum nullum habent potest hereditatis petitio etiam cum vindicatione concurrere, vt in *d. l. nec vllum* §. *1.* Nam & qui possidet tantum pro herede cum non sit heres, vel pro possessore & pro praedone nullo scilicet fustulit titulo, vindicatione conueniri vtique potest sicut & qui titulum habet aliquem sed ipso iure nullum & improbatum. Est igitur bona haec ratio, ex eaque tantò manifestius apparet,

7 ¶ Idem Iulianus scribit: si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res praestiterit: peti ab eo hereditatem posse: quia habet conditionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, & veluti iuris possessor est. Sed & si pretia<sup>a</sup> rerum, quas distinxit, ex causa fideicommissi soluit, peti hereditatem ab eo posse: quia reperere potest. Sed his casibus<sup>b</sup> actiones suas duntaxat cum praestaturum: cum & res existant, & potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.

*Ad §. 7. Idem Iulianus.*

Ratio dubitandi. Qui ex causa fideicommissi hereditatem restituit, vel res singulas nihil possidet hereditarium nec quicquam quod sit hereditatis. In quo dissimilis est aliis, de quibus in *l. nec vllum* 13. §. *idem erit dicendum & seq. sup. hoc tit.* qui hereditatem aut isto precio vendere iussi sunt, aut rogati restituere retenta vel accepta certa quantitate, aut retentis fractibus. Ergo non potest ab eo peti hereditas, sed peti debet ab eo cui restituta est, ex testamento quod postea vel inutile vel inofficiosum pronunciatum fuit. Praesertim cum nulla culpa sit eius, qui cum se putaret heredem fideicommissum bona fide restituit, aut legata soluit, *l. 3. in fin. §. De condit. indeb.* vbi amplius scriptum est etiã vtilem actionem & conditionem rerum solutarum ei dandam esse qui hereditatem euicit. Quid ergo necesse est dari petitionem hereditatis contra eum qui hereditatem restituit?

Dec. Competit huic heredi qui bona fide soluit & tanquam heres cum non esset, conditio indebiti fideicommissi soluti & quidem directa

quàm verum sit quod nos aduersus Tribonianum omnèsque interpretes defendimus, Hereditatis petitionem nunquam dari contra titulo possidentem, nec magis vtilem quàm directam. Porro quod hic dicitur de Caluisiana & Fauiana, idem de Pauiana accipiendum est quae datur creditoribus ceteris in quorum fraudem aliquid a debitore alienatum est.

b *Ergo nec ab eo.* Ratio dubitandi. Neque Caluisiana neque alia actio vlla comparata est contra debitorem cui liberatio donata est mortis causa a creditore, Nisi ponas in fraudem patroni factam quoque huiusmodi donationem. Quo casu solus euentus damni quod ex ea donatione patronus sentit etiam nullo interueniente fraudis consilio reuocabilem facit donationem, sicut in legatis eueniret nisi in filium collata sit *l. §. 1. & seq. in r. si quid in fraud. patron.* Ergo non est bona haec conclusio, ex precedentibus, nisi restringatur ad donationem causa mortis factam a liberto, Et quidem citra dolum. Hoc enim addendum est, vt casus hic in aliquo differat à superiore. Atque ita sentit Accursius. Et secundum hanc interpretationem Ratio dubitandi & dec. ad hunc verum non alia est quàm quae ad precedentem, Nisi quod videretur difficilius vt reuocetur donatio causa mortis quae citra dolum nulloque fraudis consilio facta est quàm alia quaelibet alienatio fraudandi animo facta. Sed huius intis ratio illa est quae adfert Vlp. in *d. l. 1. §. 1.* quod mortis causa donationes legatis & aliis speciebus vltimae voluntatis aequiparentur, In quas distinctio illa fraudis non cadit. Cum nihil possit facere libertus per vltimam voluntatem quo patroni portionem minuat, Quamuis permissum sit ei donare inter viuos amicis bene merentibus *l. viuis* 7. *cod. tit.*

cum ipse soluerit. Ergo hanc saltem actionem praestare potest, & consequenter iuris possessor est, ac proinde hereditatis petitione conueniri potest. Cui non enim aequum videatur hoc saltem illum praestare quod sine villo ipsius dispendio futurum sit? *l. in creditore* 38. §. *de iust.* Nec quod vtilem actionem suo nomine habere possit is secundum quem de hereditate pronunciatum est *d. l. 2. §. 1. l. 3. & 4. §. De condit. indeb.* facere potest vt eo minus petitione hereditatis teneri debeat heres falsus qui fideicommissum restituit, Ideò namque Imperatores actionem vtilem dare voluerunt vero heredi, non vt eum qui soluit liberarent à petitione hereditatis, sed vt vero heredi melius prospicerent: quippe qui agendo petitione hereditatis contra bonae fidei possessorem non plus consequi posset, quàm in quantum is locupletior factus esset, vt scriptum est in *d. l. 3.* Ceterum cum non aliam ob causam bonae fidei possessor post hereditatem ex fideicommissio restitutam teneatur petitione hereditatis, quàm quia conditionem habet earum rerum quae ex ea causa sunt solutae,



Non ad aliud vti que teneri potest quam vt ea actione cedat ex iudiciali regula *l. quod debetur 31. in fin. j. de pecul.*

*a Sed et si praecia.* Ratio dubitandi. Qui restituit precia rerum quas ex hereditate distraxit nihil possidet hereditarium neque occasione hereditatis, Et Senatus sicuti de solo precio locutus est *l. 23. in fin. infr. hoc tit.* ita & de eo solo videtur sentisse qui rerum ex hereditate distractarum precia possideat non de illo qui precia ipsa iam alii restituerit.

Dec. Hic quoque sicut & ille de quo proxime diximus iuris quasi possessor est, cum aequo conditionem habeat preciorum quae fideicommissario restituit, atque haberet ipsarum rerum si eas soluisset. Nihil enim quantum ad hoc refert an res hereditariae fideicommissario restituta sint, an precia ex earum venditione redacta. Aequum igitur peti ab hoc hereditas potest tanquam a iuris alicuius possessore. Nam quemadmodum restitutioni hereditatis satisfaciunt qui precia rerum hereditarium venditarum restituit, ac si res ipsas restitueret, cum hereditatis restitutio sit species quaedam successione vniuersalis *l. non enim 31. infr. ad SC. Trebell.* in qua iam diximus precium succedere loco rei & contra *ex l. si & rem 12. infr. hoc tit.* Ita & perinde obligat sibi fideicommissarium conditione indebiti si potest a fideicommissum indebitum fuisse appareat.

*b Sed his casibus.* Ratio dubitandi. Actio quam habet is qui quasi heres cum non esset fideicommissum soluit non est hereditaria, sed ipsi soluenti competens proprio nomine quia ex ipsius solutione & facto acquisita *l. si heres 73. j. ad SC. Trebell.* Ergo non potest venire in petitionem nec in restitutionem hereditatis.

Dec. Non venit quidem in petitionem aut in restitutionem hereditatis tanquam hereditaria, Sed

#### 17. GAIUS libro 6. ad Edictum Praenotiale.

**Q**uod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo soluit: si quis ab intestato eam hereditatem euincat: licet damnatum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione *enicta hereditate legata reddi.* attamen, quia fieri potest, vt eo tempore soluerit legata quo adhuc nulla controuersia mota sit, & ob id nullam interposuerit cautionem: placet in eo casu, cuius hereditate, dandam ei esse repetitionem. Sed cum, cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam eius, cui solutum est legatum, nihil repeti possit. & ideo secundum senatusconsulti sententiam subueniendum ei est, vt ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciatur, cedat autem actionibus petitori, vt suo periculo eas exerceat.

#### Ad l. Quod si possessor 17.

Ratio dubitandi. Quod quis est culpa sua damnatum sentit, nec sentit videtur *l. quod quis 203. De regul. iur.* Atqui huic possessori quantumvis in bona fide sit, potest imputari cur de suo legata soluerit, nulla exacta cautione de iis restituendis in eum casum quo hereditas euinceretur. Ergo permittendum ipsi non est etiam post euictam hereditatem vt soluta repetat.

Dec. Fieri potest vt eo tempore soluerit legata quo nulla erat adhuc hereditatis controuersia. Quo casu nihil est quod ei possit imputari: Alioquin sane dolo carere non videtur, si quis iam mota controuersia hereditatis legata det sine cautionibus *l. dolo 41. infr. ad leg. falcid. l. 4. & 8. si cui plus quam per leg. falcid.* Possit quidem excusari for-

quia per occasionem hereditatis acquiritur bona fidei possessori qui propter huiusmodi actionem quasi possessor iuris esse intelligitur, cogitur ea cedere, Ne alioquin per hereditatis petitionem plus aliquid praestare teneatur. Quod si ea cedere paratus sit absolutus, quoniam quisquis deo tenetur quod aliquam habeat actionem, sola ipsius praestatione liberatur *l. quod debetur 31. j. De pecul.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *l. ne vitium 13. §. si quis restituit infr. hoc tit.* Eum qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non posse, nisi dolo fecerit, & sciens testamentum non valere fideicommissum ex eo restituerit, Scilicet praeterquam haecenus vt conditionem quam habet contra fideicommissarium victori praestet, Ex illa falsitate aequitatis ratione quae posita est in *d. Litem creditor 23. infr. De cens.*

*c. Cum & res extant.* Tota haec additio videtur mihi Triboniana quoniam inepta est. Suae enim res extent quae restituta sunt, aut earum saltem precia, siue non extent, idem iuris est, vt ad aliud non teneatur qui bona fide fideicommissum restituit, quam vt actiones quas habet praestet. Nec enim aequum esset, rerum hereditarium periculum ad eum pertinere cum bona fide soluerit *d. l. 3. infr. De condit. ind. b.* Plane cum res extant, tantum iustius est non ad aliud teneri eum qui fideicommissum restituit, quam vt praestet actiones, cum possit verus heres habere singularum rerum vindicationem, per quam vti que ipsius indemnitati cumulatissime possit esse consultum, sed hoc ipsum tamen ita int. Ille si non sit habiturus emptor regressum contra eum qui bona fide distraxit *ex l. sed et si 25. §. si cum si rem infr.* Vel nisi iam petitor acceperat precium a venditore: Nec enim debet habere & rem & precium, vt bene Accursus notat *ex l. l. C. si seruus extiterit sibi mandau.*

tassis a dolo, sed certe non a culpa *d. l. 4. §. hoc actio.* Nam & generaliter proditum est dolum esse non solum si quis nolit persequi quod persequi potest, sed etiam si quis non exegerit quod exigere debuit ante quam solueret. Sic enim lego in *l. dolum est 44. infr. mandat.* in qua mendum subesse omnes fatentur, Sed quomodo sit emendandus textus nemo hucusque bene docuit. Intelligi autem hunc locum de eo qui putans se heredem ex testamento legata de suo soluit, & cui postea sit euicta hereditas ab intestato per legitimum heredem a quo non fuerint legata repetita. Nam si euicta esset ex posteriore testamento valido in quo eadem legata continerentur, aut si legata essent etiam ab intestato repetita, vt in *l. generaliter 22. §. ex testamento infr. de fideic. liberr. l. 1. C. eod.* non esset danda ei repetitio

petitio per conditionem aduersus legatarios, qui suum accepissent, sed per actionem negotiorum gestorum contra verum heredem qui ea solutione liberatus esset, vt bene hic Accursus monet *ex l. vlt. in fin. supr. de negot. gest.*

*a Sed cum cessante.* Ratio dubitandi. Non potest bona fidei possessor imputare vero heredi quod soluit indebitum, sicut nec quod indebitum exegit restituere cogitur: quia vtrumque extra hereditatis causam est, & ex soluentis facilitate ac stultitia proficitur *l. item veniunt 20. aliis l. si possessor §. sed & si veniunt. j. hoc tit.* Nam nec quisquam de indebito siue soluendo siue exigendo mandatum habere intelligitur, *l. si procurator 6. §. Celsus ait infr. De condit. ind. b.* Ergo quamuis eo casu quo cessante cautione repetitio datur periculum sit ne propter inopiam eius cui solutum legatum est nihil possit repeti quoniam inanis est actio quam debitoris excludit inopia *l. nam is 6. §. sup. De dolo.* Non eo tamen magis permittendum ei est vt ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciatur, libereturque cedendo actionibus petitori vt suo periculo eas exerceat. Suum enim cuique factum nocere aequius est quam alteri *l. factum 15. De regul. iur.* Dec. Senatusconsulti quod de hereditatis petitionibus factum est in fauorem bonae fidei possessorum, de quo in *Litem veniunt 20. §. praeter haec*

#### 18. VLPPIANVS libro 15. ad Edictum.

**I**tem videndum: si possessor hereditatis venditione per argentarium facta, pecuniam apud eum perdidit: an petitione hereditatis teneatur: quia nihil habet, nec consequi potest: sed Labeo putat eum teneri quia suo periculo malo argentario credidit: sed Octavianus ait, nihil eum, praeter actiones, praestaturum: ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octavianeni sententia sequenda esse videtur.

#### Ad l. Item videndum 18.

Ratio dubitandi. Hic bona fidei possessor qui venditione alicuius rei hereditariae per argentarium facta pecuniam apud eum perdidit, neque habet quicquam ex hereditate, neque consequi potest aliquid ab argentario quem ponimus per inopiam suam nihil posse reddere. *l. nam is 6. §. sup. De dolo.* Hoc enim est quod Vlpianus hic ponit pecuniam penes argentarium perditam fuisse, Scilicet mensa & foro illum cessisse quod Gallice dicimus *faire banqueroute.* Ergo non debet teneri petitione hereditatis ne damno afficiatur contra Senatusconsulti sententiam, de qua diximus ad *l. prox.*

Dec. Hic possessor in culpa est quia non debuit inopi vel improbo argentario rem vendendam, & pecuniam exigendam credere, sed alium meliorem exigere. Nam mala electio in culpa est *l. nam & Seruius 21. §. vlt. §. De negot. gest. cum in plures 60. §. seruus infr. locat.* Ergo periculo suo credidit, & consequenter petitione hereditatis praestare debet precium rei venditae. Atque ita Labeo existimabat, Nec liberandum eum cedendo actionibus quas habet aduersus argentarium cum non id eo tantum teneatur quod actionem habeat, sed veluti iuris possessor sit, Sed etiam quod culpa ei aliqua imputari possit quae nocere ipsi debet potius quam vero heredi cui ponimus nihil posse imputari *l. factum 15. §. in condemnatione 173. §. pen. iunct. l. quod quis 203. De regul. iur.* Octavianus tamen contra putabat Petitione quidem hereditatis eum teneri tan-

*infr. hoc tit.* sententia proculdubio illa fuit vt bona fidei possessor cui nulla culpa imputari posset omnimodo indemnitas seruaretur, nulloque penitus damno afficeretur *l. sed et si 25. §. consuluit infr. hoc tit.* Atqui maneret in damno si non posset sibi consulere aduersus periculum inopiae legatarij per retentionem rerum hereditariarum, licet de hoc casu Senatus nominatim locutus non sit. Senatusconsultum enim hoc ipso fauorabile tanquam fauens bona fidei possessori adiuuandum fuit interpretatione *l. hoc modo 64. j. De condit. & demonstr. l. cum quidam 19. De liber. & post.* Ergo cotraria Iuliani sententia ab Vlpiano relata & probata in *d. §. sed si vendidit.* de eo herede intelligi debet, cui aliqua culpa imputari possit cur indebitum soluerit, siue quod iam mota esset hereditatis controuersia, siue qua alia de causa, Aut etiam de eo indebitum quod semper & absolute fuerit indebitum non quod ab initio fuerit debitum, ex postfacto autem indebitum fuisse apparuerit, Cuiusmodi est legatum de quo tractamus quod vti que etiam deberetur hodie si testamentum aut inofficiosum, aut ruptum, aut falsum pronunciatum fuisset. Semper enim succurrendum ei est qui iustam ac probabilem habuit causam ignorantiae *l. vlt. sup. de transact. l. vltim. §. vltim. infr. De legat. 2. §. si quis agens infr. de action.*

quam iuris possessorem quod habeat actionem contra argentarium, Sed ad aliud teneri eum non debere, quam vt actionem praestet, Ex illa quam toties inculcavimus regula *l. quod debetur 31. infr. De pecul.* Cui tamen certum est non aliter locum esse quam si ob id tantum quis teneatur quod contra alium habeat actionem, In proposito autem alia ratio est & quidem potentior propter quam hic bona fidei possessor quo de agimus teneri debeat, Nempe quoniam in culpa fuit. Quare non dubito quin Labeonis sententia indistincte verior sit etiam in bona fidei possessore, de quo solo vti que Labeo itemque Octavianus tractarunt. Nam in mala fidei possessore ac praedone cuius fauor nullus est, nullam quoque res haberet dubitationem, *l. Iulianus 17. §. 1. vers. si quis ad id & seq. l. si nouis 62. infr. De rei vindic.* Et mecum certe Paulus sentiret quem ita video respondisse in specie non valde dissimili *d. l. nam & Seruius §. vlt. de negot. gest. & ex d. l. cum in plures 60. §. seruus j. locat.* qui locus est ex eodem nostro Labeone, a Paulo tamen probatus, quamuis fuerit ille alioquin Labeoni satis infestus. Nullus enim bona fidei possessoris fauor esse debet, vt propria mala electionis culpa imputari potest, vt diximus ad legem praecedentem. Quae ratio tanti apud me momenti est vt non facile possim mihi persuadere distinctionem, quae in textu sequitur, vt Labeonis sententia in praedone tantum vera sit, Octavianeni vero in bona fidei possessore Vlpiani esse ac non potius Tribonianeni, cum ratio qua mo-

uebatur Oſtenuus ex d. l. quod debetur euidenter fallā ſit, vt oſtendimus, Ad rationem verò Labeo- nis neque reſpondeatur quicquam, neque, vt pu- to, reſponderi poſſit. Quamuis non ignorem in alijs plerique cauſis placuiſſe prudentibus diſtin- ctionem iſtam De bonæ fidei poſſeſſore & præ-

**1** ¶ Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut poſſeſſor erat, verum poſtea aliquid adeptus eſt: an petitione hereditatis videatur teneri? & Celfus libro quarto digeſtorum rectè ſcribit, hunc condemnandum, licet initio nihil poſſedit.

Ad §. 1. Si quis cum.

Ratio dubitandi. Non aliud tempus inſpici po- teſt quam litis conteſtata & accepti iudicij, quo- ties quæritur an actio ſit bene inſtituta, quia per conteſtationem lis eſſe incipit l. ſed et ſi 25. §. ſi ante j. hoc tit. l. vnic. C. de lit. conteſt. Idcoque in omnibus ferè ſolemus inſpicere tempus litis conteſtatae, l. vinum 22. §. de reb. credit. l. vlt. De cond. tritic. l. 2. inſr. De uſur. Sicut & in cæteris initium cuiusque rei at- tendi maxime debet l. 3. §. ſcio in ſin. §. De minor. l. ſi tantum 12. De S. C. Maced. l. 1. §. ſi ſeruus 30. §. de poſt. ſi procuratorem 8. mandat. Cum à primordio tituli po- ſtetur formetur euentus l. 1. ant. ſin. C. de impon. lu- crat. de ſcript. Atqui petitione hereditatis non alius teneri poſſeſſor eſt l. 9. l. 13. §. vlt. & l. 16. ſup. Ergo malè inſtituitur actio hæc petitionis hereditatis contra eum qui nihil poſſidet, eo tempore quo litis conteſtatio ſit, & conſequenter non ob id ſolum condemnari poſſeſſor quod rei iudicandæ tem- pore aliquid ex hereditate poſſidere inueniatur, Alioquin neceſſe eſſet admittere iudicium malè in- ſtitutum poſſe in pendenti eſſe quod abſurdum eſt l. non quemadmodum 34. ſup. de iudic. vt dixi ad l. quod ſi 16. in princip. ſup. Vbi tamen tractatur de he- reditario debitore in diem vel ſub conditione quem negari non poſſeſſor habere aliquid ex hereditate. At in hoc §. de illo agitur qui nihil omnino ex hereditate poſſideat tempore litis conteſtatae, quem proinde multò difficilius ſit teneri hereditatis petitione.

Dec. Qui agit petitione hereditatis quæ in rem actio eſt, hoc tantum intendit principaliter & per ſe, Hereditatem quam vindicat ſuam eſſe. Reſtitutio autem hereditatis aut rei alicuius hereditariæ quæ à reo poſſideatur venit tantum officio iudicis in neceſſariam conſequentiam, quia æquum non eſt poſſeſſorem quicquam retinere ex ea hereditate quam actoris eſſe pronunciatum eſt l. ex diuer- ſo 35. §. 1. j. De rei vindic. Ergo teneri hæc actio tan- quam bene inſtituta etiam ſi contra eum inſtitua- tur, qui eo tempore nihil adhuc poſſideat, Nec ob-

**2** ¶ Nunc videamus, qui veniant in hereditatis petitione. Et placuit, vniuerſas res he- reditarias in hoc iudicium venire ſiue iura, ſiue corpora ſint.

Ad §. 2. Nunc videamus.

Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis non veniunt ſeruitutes hereditariæ prædijs debita, quia nihil eſt quod eo nomine poſſit reſtitui pe- titori, leg. proxim. §. vltim. inſr. neque rursus feuda, tanquam quæ ex beneficio domini aut ex auo- rum pacto & prouidentia potius quam iure here- ditario deſerantur, vt Accuſius hic notat ex cap. 1. quid ſit feud. & cap. 1. De ſucceſſ. feud. in vſib. feudor.

done adeoque Paulo, vt in l. inſtitutus 30. §. l. illud quoque 40. inſr. hoc tit. ex quibus ſic eſt credibile eſt Tribonianam hic errare occaſione ſumpſiſſe, quam non tam facile Vlpianus ſumpſiſſet, qui diuerſitatem caſuum & iuris neliis obſeruaſ- ſet.

id minus inſta eſt intentio petitoris quod effectum nullum habere poſſit. Quemadmodum dicimus in actione de peculio rectè intendi etiam ſi nihil ſit in peculio l. queſitum 30. in princip. j. De pecul. Et vindicationem quoque ſpecielem poſſe inſtitui cõ- tra nihil poſſidentem quamuis fruſtra, vt loquitur l. qui petitorio 36. j. De rei vindic. Aliud enim eſt ſin- ſtra, Aliud malè agere, vt & Aliud malè aliud nihil agere l. vnic. in ſi j. quand. dies vſus leg. ced. Sic deni- que cõtra filiũ familias, vt & cõtra quemlibet inopem debitorem rectè intenditur eum debere vt & conueniri & condemnari poſſit, Quamuis ob inopiam condemnati nulla executio lequi poſſit, l. ſi dubit 10. §. ſi ſiſus ſimilitas j. De ſideiuſſ. Ergo & ſimiliter poſſeſſor quis rectè intendit Hereditatem Titij ſuam eſſe, licet is qui conuenitur, nihil adhuc poſſideat, nec dolo deſerit poſſidere ex hereditate aliquid. Neque idem in pendenti eſt an iudicium valeat, aut quod idem eſt an actio ſit bene inſtituta. Sed quod longè diuerſum eſt, an actor agat fru- ſtra. Nam ſi nec rei iudicandæ tempore quicquam reus poſſideat, fruſtra vtique petitor egerit, vt in d. l. qui petitorio, Sed ſi tũm alicuius rei poſſeſſor inue- niatur, non egerit fruſtra, quoniã habet reus quod poſſit reſtituere ſi condemnatur. Quidni ergo cõ- demnabitur? Neque hac parte ſeparandum eſt iudicium vniuerſale à ſingulari, vt conſtat ex l. ſin au- tem 27. §. 1. j. De rei vind. l. tignus 7. §. ſi quis j. ad exhib. Sed ſi hereditate petam ab eo qui vnã tantum rem poſſidebat, de qua ſola erat controuerſia, etiam id quod poſtea cæperit poſſidere, eodem iudicio re- ſtituet l. ſup. hoc tit. Quod in ſpeciali petitione di- uerſum eſt l. non poſſeſſor 23. ſup. de iudic. Nimirum quia iudicium vniuerſale quale eſt petitionis he- reditatis capax eſt ſui natura recipiendi argumen- tum & diminutionem & vt materia ipſa iudicij v- niuerſalis, & quæ iudicium vniuerſale conſtituit veluti hereditas l. in rem veniunt 20. §. 1. in non ſolum inſr. Et ita nodus hic diſſoluendus eſt. Clariùs ſa- nè ac meliùs quam ab Accuſio & Bartolo vel etiam à nobis factum ſit in d. l. 15. ſup. vbi paulò ali- ter ac minus bene de hac ipſa difficultate ſcripſi- mus.

quamuis non poſſit filius paterna hereditate om- niſſa feudum paternum retinere cap. 1. An ſiſus vel agnat. repud. hered. Ergo non omnia iura quæ deſuncti fuerunt in hereditatis petitionem ve- niunt.

Dec. Veniunt omnia quæ ſunt hereditaria aut ſaltem ex hereditate, vt dicemus ad leg. ſiqu. & ad litem veniunt 20. §. ſi d. ſi v. vindic. j. Sed ita denum ſi talia ſint quæ veniunt poſſunt in reſtitutionem,

cum

cum non ad aliud condemnari poſſit qui actione iſta conuenitur, quam vt reſtituat, quod habet ex hereditate. Ideo nimirum ſeruitutes non veniunt quæ debentur prædijs hereditarijs, quia reſtitutio- nem illam admittunt: d. §. vlt. Neque feuda, quia non ſunt ex hereditate, Niſi cum ſunt hereditaria, quæ ob eam cauſam impropria & obliqua appel- lantur Tit. 48. De feud. non habent. propr. feud. natur. lib. 2. in vſib. feudor. Sed alius eſt tractatus ille De feudis, de quo iam nos plura tractauimus in ea Conſultatione, quam de Montisferrati Ducatu pro Sereniſſimo Duce Sabaudia contra Sereniſſi- mum Ducem Mantua nuper conſcripſimus, eden-

dant aliquando in publicum ſi Sereniſſimo Duci meo ita videbitur. Quod igitur in hoc §. generali- ter ſcriptum eſt non tantum de corporibus, ſed etiam de iuribus hereditarijs vniuerſis, licet genera- le ſit, reſtringendum tamen eſt ad terminos habi- les l. 1. §. vltim. inſr. ad S. C. T. err. yll. l. adzerc 6. §. quam- uis De iur. patron. Idcirco autem hoc iudicium vni- uerſale dicitur in l. inſr. De rei vindic. quia vniuer- ſam hereditatem complectitur: quo nomine non tantum corpora ſignificantur, ſed etiam iura, cum hereditas ſit nomen iuris, & ſine vilo etiam corpo- re intellectum iuris habeat, leg. hereditas 50. inſr. hoc titulo.

19. PA VLVS libro 20. ad Edictum.

**E**T non tantum hereditaria corpora, ſed & quæ non ſunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: vt res pignori datæ deſuncto, vel commodatæ, depositæ. Et quidem rei pignori datæ etiam ſpecialis petitio eſt vt, & hereditatis pe- titione contineatur: ſicut illæ, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum no- mine, quæ commodatæ, vel depositæ ſunt, nulla ſit facilè actio: quia tamen periculum earum ad nos pertinet: æquum eſt eas reſtitui.

Ad l. Et non tantum 19.

Ratio dubitandi. Nihil poteſt venire in petiti- onem hereditatis quod non ſit hereditarium, Cum eſſe quid hereditatis, & eſſe hereditarium vel ſy- nonima ſint, vel ſaltem coniungata, quorum eadem ratio, idemque ius eſſe ſolet. Hereditatem porro cum dicimus dominium intelligimus, Sicut & ve- teres heredem pro domino dicebant §. vlt. Inſt. De hered. qual. & diſſer. l. 1. §. Pomponius ſup. de minor. l. de hereditate 19. §. pater inſr. De caſtr. pec. Ergo non aliud venire poteſt in petitionem hereditatis, ni- ſi quod ad hereditatem ſpectat iure dominij.

Dec. Latius patet hereditatis appellatio, quam rei hereditariæ, Poſſunt enim multæ res eſſe ex hereditate, & tamen non eſſe hereditariæ, Vt pu- ta ſi pignori datæ ſint, vel depositæ, vel commo- datæ, l. 1. cui 5. §. ſi de poſt. inſr. in poſſ. legat. Quan- quam neque tam videtur eſſe ex hereditate quam in hereditate l. ſi de eo 40. §. 1. inſr. de acquir. poſſ. & ad hereditatem pertinere, quod rursus diuerſum eſt l. ſi ſeruum 71. §. amouiffe inſr. de acquir. hered. Nempe quia rerum iſtarum periculum ad hereditatem ſpe- ctat, quæ tantò pauperior eſſet ſi hæ res perirent non factò, ſed factò hominis, & poſt moram here- dis, aut etiam deſuncti, Ex cuius ſcilicet perſona his actionibus pignoratitia depositi, & commoda- ti, heres quoque tenetur l. 3. §. heres inſr. commod. l. ſi hominem 7. §. 1. inſr. de poſt. leg. nec creditores 10. C. de pignor. act. Ideoque æquum eſt has quoque res ve- nire in petitionem hereditatis tanquam in iudi- cium vniuerſale quod poſſunt contineri res om- nes, non tantum quæ in dominio deſuncti fuerunt, ſed etiam eæ quæ deſunctus poſſidebat, a eoque duntaxat detinebat. Tales enim ſunt res de qui- bus loquimur, præſertim depositæ & commo- datæ; quas vtique depositarij & commodata- rii non poſſident propriè, licet ſint in poſſeſſio- ne, leg. ceteri 6. §. 1. inſr. de precar. l. ſi quis ante 10. inſr. De acquir. poſſ.

a Quorum tamen periculum. Ratio dubitandi. Pe- riculum rei pignoratæ, vel depositæ, vel commo- datæ pertinet ad dominum, l. qua ſortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. in ſin. De regul. iur. Ergo ad heredem creditoris vel depositarij vel com-

Tom. II.

modatarij, quos conſtat dominium nullum habe- re l. cum & ſortis 35. §. 1. inſr. de pignor. act. leg. rei com- modatæ 8. inſr. commod. l. licet 17. §. 1. inſr. de poſt. l. que pignus 45. de reg. iur.

Dec. Ponendum eſt interueniſſe dolum aut moram aut culpam deſuncti aut quid aliud propter quod heres teneri poſſit, & ſupradictis actionibus conueniri, vt in dict. l. ſi hominem 7. §. 1. l. 1. §. ſi con- uenit Depos. d. l. 3. §. heres Commodat. dict. l. contractus 23. de reg. iur. l. 2. §. ſi in re de poſt. inſr. P. i. bonor. rapt. Item ponendum eſt periſſe rem caſu non factò ſuo naturali ne recurrendum ſit ad diſtinctionem illam quæ placuit Sabinianis vtum æquè res peri- tura fuiſſet apud actorem, & an fuiſſet ille diſtra- cturus necne, Ex l. ſi in Aſia 12. §. 1. Depos. leg. item ſi verberatum 13. §. vltim. inſr. De rei vindic. Denique in hac actione non dominium inſpicimus, ſed illud ſolum an res ſit ex bonis meis, & ex mea ſubſtan- tia, vt mea interſit eas habere. In quo numero vti- que ſunt res pignoratæ, depositæ & commodatæ, vt in actione bonorum raptorum, l. 2. §. in hac abſio- ne, & §. ſeq. inſr. P. i. bonor. rapt.

b Et quidem rei. Ratio dubitandi. Non ſolet hereditatis petitio contra eum dari qui alia ſpeciali actione tenetur puta Caluſiana, vt ratiocinatur Vlpianus in l. quod ſi in diem 16. §. idem ſcribit. ſup. hoc tit. Atqui rei pignoratæ nomine competit ſpecialis in rem actio quæ dicitur quali Seruiana vel hypothecaria, de qua in l. 1. & tot. tit. ac tractatu De pignor. Ergo tantò minus admitti debet vt res pignori data veniat in petitionem hereditatis: eum poſſit creditor ſibi conſulere per hypotheca- riam.

Dec. Facilius eſt vt petitio hereditatis pro ea re detur quæ ſi non in dominio, ſaltem in bonis deſuncti fuerit, quam pro ea re quæ nec in dominio nec in bonis. Rem porro in bonis ha- bere dicimus, cuius nomine non tantum excep- tionem habemus ad eam retinendam, ſed etiam actionem ad eam recuperandam l. rem in bonis 52. De acquir. rer. domin. Atqui eiufmodi eſt res pigno- rari data pro qua vtique creditori competit hypo- thecaria. Non etiam res deposita vel commoda- ta cum prohuiusmodi rebus non facilè detur vllæ

A A



specialis actio, Ideoque non tam in bonis quam ex bonis nostris esse existimantur *d. l. 2. §. in hac actione inf. §. bonor. rapt.* Facilius igitur est ut res pignori data veniat in petitionem hereditatis quam quæ vel deposita sunt vel commodata. Et hic loci huius sentas est. Nec nouum est ut petitio hereditatis cum alia speciali actione concurrat. puta cum hypothecaria, cum possit etiam contra eum dari qui directa dominij vindicatione teneatur. Illud duntaxat obseruandum est ne detur contra titulo possidentem qui si speciali actione conueniri possit utriusque petitione hereditatis nunquam tenetur, ut in specie *d. §. idem scribit*, ut dixi. Proinde cum hypothecaria detur non tantum contra titulo possidentem, sed etiam aduersus eum qui dominium rei obligata per traditionem aut per vscapionem acquisierit, quia interio pignoris nihil cum quaestione dominij commune habet *d. l. 1. §. 1. De pignor. l. 2. §. cap. 7. C. de nullâque dominij societate cõiungitur leg. in isto errore §. 1. §. non mut. inf. De vscap. non continetur hoc casu res pignoratâ petitione hereditatis, sed per specialem actionem, id est per hypothecariam petenda erit. Tunc ergo in petitionem hereditatis veniet cum aduersus eum exercebitur qui rem pignoratam non nisi pro herede possideat vel pro possessore. Idem iuris est in iis rebus, quarum nomine Publiciana competit, quæ ipsa quoque, & prætorâ & utilis in rem actio est ut hypothecaria, & pro iis rebus competit quas actor in suis bonis esse dicit tanquam vscaptas, licet earum vscapio nondum completa sit *leg. 1. §. 1. §. 1. ut. de Public. in rem act. §. namque. Inst. de act.* Nam & hæc quoque res petitione hereditatis continentur diuiso possideantur sine vrule: Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio versatur circa Publicianam actionem, quæ à nobis allata est circa hypothecariam.*

*c. Nona sit facile actio.* Ratio dubitandi. Etiam pro rebus depositis vel commodatis competit actio Vi bonorum raptorum *d. l. 2. §. in hac actione inf. ill. tit. §. bonor. rapt.* Itemque futi secundum distinctionem pontificam §. quæ de furt. & §. præced. Inst. de oblig. qua ex delicti nascuntur. & in *l. ult. C. de furt.* Imò etiam commodati vel depositi. Quid enim si commodatarius rem sibi comodatam alteri commode: aut penes se depositam penes alium deponat? Quid denique si depositum ita fiat ut dominium quoque in accipientem transferatur? Puta si quis pecuniam numeratam ita deposuerit ut neque clusam neque obliuam in sacculo traderet sed tantum adnumeraret: quo casu constat nihil aliud depositarium debere quam ut tantundem redderet, *l. in nauem 31. inf. locat.* quamuis ea res egrediatur nouissimos depositi terminos *l. Lucius 24. in princ. inf. de pos.* Hos enim casus omnes Azo & Accursius hæc congerunt. Ergo non est verum pro rebus depositis & commodatis nullam actionem depositario ipsi vel commodatario competere.

Dec. Non ait Vlpianus absolutè nullam com-

1 § Quod si pro emptore vscapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitione: quia si heres, id est petitor eam vindicare potest: nec vlla exceptio datur possessori.

Ad §. 1. Quod si pro emptore. Ratio dubitandi. Res quam defunctus emerat, & cuius possessio tradita ei fuerat bona fide,

petere. Sed addita dictione facile, Cuius adiectio nis ratio illa est, quia res depositæ & commodatæ non in bonis sunt depositarij vel commodatarij, sed tantum ex bonis *d. l. 2. §. in hac actione §. bonor. rapt.* Essent autem in bonis si earum nomine aliqua competere actio ad illas omni casu recuperandas *d. l. rem in bonis §. 2. De acqu. rer. domi.* Sed tamen quia heredis depositarij vel commodatarij interest eas habere ut possit eadem restituere, neque ex ea causa conueniatur depositi vel commodati, Merito dicendum est. Etiam venire illas in hereditatis petitionem ut heredi restituantur. Nimirum si pro herede tantum vel pro possessore possideantur, ut bene hic notat Accursius. Quid ergo si res deposita vel commodata penes alium reperitur? Nullane depositario ipsi aut commodatario dabitur actio ad rem reposcendam? Neque enim in horum persona tractari de hereditatis petitione quicquam potest. Nulla penitus, Nisi quod putant interpretes posse depositarium & commodatarium implorare hoc casu officium iudicis, De quo Bartolus dicit esse casum in *l. 2. inf. De var. & extr. cognit.* vbi dicitur ad Prædem provinciam pertinere, ut inter cetera de quibus ibi tractatur, De equis alienis à sciencie possessis secundum rei aequitatem & iuris ordinem conuenientem formam rei det, Sed cum de solis equis loquatur, quorum specia hor quidam fauor esse videtur propter eorum vsum magis necessarium homini, vnde & iumenta quasi à mutando appellatur, Vt eorum ne audacior sit hæc Bartoli sine extensio, siue interpretatio, quam ut facile admitti debeat. Cur enim de solis equis loqueretur eo loco Vlpianus si de aliis rebus mobilibus à sciencie possessis idem existimaret? Planè quin dominus qui eas res deposuit vel commodauit vindicare illis possit nemo dubitat. Sed ita demum à se dominum probet aut iure gentium aut ciuili *in rem 2. inf. De rei vindic.* Ergo si quis alienam rem deposuerit, vel commodauerit, quod fieri posse certum est, perinde omni actione & iuris auxilio destituetur, Non Prædis notionem & iurisdictionem ei accomodare velis. Ex *d. l. 2.* quod in ipsius persona facilis sanè admitterem quam in persona depositarij vel commodatarij. Quibus tamen etiam si fauere velis exemplo eius quod de equis alienis à sciencie possessis responsum est in *d. leg. 2.* ego non valde repugnabo. Publicè namque interit quod in equis constitutum est in exemplum trahi ad ceteras omnes res quæ ab iniusto possessore sciencie ac prædonio more detinentur ne malitiis indulgeatur *in fundo 38. §. De rei vindic.* nec deficit auxilium iuris saltem extraordinarium vbi non deficit ratio æquitatis, arg. *l. 2. §. ad eum Farni in fin. inf. De aqua & aqua plu. arcend. act.* Nam ut ait Peditus quoties lege aliqua vnum vel alterum constitutum fuit, bona occasio est, cetera quæ tendunt ad eandem vtilitatem vel interpretationem, vel certè iurisdictionem suppleri *l. 13. sup. de legib.*

quàmque ideò cœperat vscapere, Pro emptore venit in iudicium Familiæ erciscundæ, licet heres ipse vscapionem compleuerit, *l. veniunt*

*l. veniunt 9. inf. fam. ercisc.* nempe quia negari non potest quin sit hereditaria eamque habuerit à defuncto & ex causa hereditaria tanquam heres. Cur non ergo etiam tanquam hereditaria veniet in petitionem hereditatis? Nam ratio quæ sequitur in textu quod possit heres idemque petitor eam vindicare nec vlla exceptio detur possessori non videtur bona. Cum vindicatio competens numquam excludat hanc actionem *leg. quod si in diem 16. §. ult. sup. hoc tit.* Alioqui ut bene ratiocinatur Accursius, numquam daretur petitio hereditatis pro rebus hereditariis quæ in dominio defuncti iam fuissent, cum utriusque earum nomine habeat heres vindicationem tanquam dominus, Quod tamen absurdum esset dicere *l. prox. §. ult. sup.* Imò verò tantò magis competit petitio hereditatis quanto certius est specialem aliquam actionem eius rei nomine posse competere petitori, Ut de iis rebus quarum nomine hypothecaria & Publiciana competit iam diximus ad initium huius legis.

Dec. Absurdum est dari petitionem hereditatis heredi tanquam heredi pro ea re cuius habeat ipse vindicationem proprio nomine, licet habeat illam per occasionem hereditatis. Neque enim indiget heres actione ista petitionis hereditatis cum habeat propriam actionem quæ nulla exceptione summo ueri possit. Hoc enim addendum est, Quoniam si qua exceptio competeret aduersus heredem agentem nomine proprio, non esset ei deneganda hereditatis petitio quæ plus ipsi vtilitatis & commodi esset allatura, & quæ nullam exceptionem ex defuncti persona pateretur, arg. *l. cum reus 14. inf. De iudic. miss.* Atqui in proposita specie heres qui vscapionem compleuit à defuncto inchoatam rei alienæ in hereditate repertæ habet vindicationem proprio nomine tanquam qui ipse per vscapionem factus sit dominus eius rei cuius dominus nunquam fuit defunctus, & quidem efficacem quam nulla exceptio possit elidere. Nihil igitur causa est, cur petitio hereditatis ei sit accommodanda: Non quòd non possit petitio hereditatis cum vindicatione ut & cum alia qualibet specialia actione concurrere quæ defuncto equè competere potuisset, *d. l. 16. §. ult. sup.* Sed quia non potest concurrere cum actione speciali quæ competit heredi non tanquam heredi sed nomine proprio, & quæ defuncto ipsi competere non potuisset, Ut de Caluisiana scriptum est in *d. l. 16. §. idem scribit*, & de vindicatione in hoc §. Aliâque ratio est, iudicij Familiæ erciscundæ in quod veniunt res omnes quas probari potest fuisse & hereditarias & ex causa hereditaria acquisitas heredi quamuis per vscapionem quam ipse cõpleuerit, quia nec compleuisset si heres non fuisset, Ut proinde videatur ea res iam quodammodo fuisse defuncti, initio scilicet inspecto, ut & in *l. 3. §. scio sup. De minor. l. 1. §. si seruo inf. de pos. l. si tantum 12. De Sc. Macce. Auth. ex testamento C. de secund. nupt.* Et diuersitatis causa non obscura illa est, quod vscapio per heredem completa licet titulo hereditario, Pro emptore absorbet ius omne quod habebat defunctus, qui cum vscapere tantum cõpisset, necdum tamen vscapionem compleuisset, solam Publicianam habere poterat, quæ semper directæ vindicationi cedit, *l. 1. De Public. in rem act.* Nec magis potest stare cum directâ vindicatione, quam illud fieri ut euidè rei quis dominus sit simul & non dominus: quod ma-

nifestam implicat contradictionem. Atqui non aliud ius venire potest in petitionem hereditatis quam quod fuit defuncti aut hereditatis iacentis, non quod heredi post aditionem superuenerit licet tanquam heredi. Cùm igitur nec ius quod fuit defuncti vel iacentis hereditatis non possit venire in petitionem hereditatis quia nullum amplius est, Nec ius heredi acquisitum per vscapionem completam, quia neque defuncti, neque iacentis hereditatis vnquam fuit, Consequens est ut pro huiusmodi re, petitio hereditatis institui non possit. Et idcirco bene Vlpianus hic loquitur de vscapione quæ ab ipso herede impleta sit, hoc est per continuationem & coniunctionem possessionis heredis cum possessione defuncti. Ut intelligamus aliud responsum eum fuisse si vscapio tempore iacentis hereditatis completum fuisset quod fieri posse tandem vtilitatis causa non receptum sed constitutum est cum stricta iuris ratio repugnaret, *l. captam 40. inf. De vscap.* Scilicet si alius nemo interim eius rei possessionem apprehenderit, *l. possessio 20. eod. tit.* Hoc enim casu quo completa fuisset vscapio iacente hereditate, utriusque dominium illius rei acquisitum per vscapionem factum fuisset hereditarium, ac proinde veniret necessariò in petitionem hereditatis. Nec ob id minus quòd eo casu aequè heres posset habere vindicationem. Haberet enim illam quæ hereditati competiisset & consequenter quæ fuisset hereditaria. In eoque error euidentis est Accursij & aliorum glossatorum, qui hunc locum intelligunt de vscapione quæ iacente hereditate sit completa. Cùm tamen apertè Paulus vscapionem ponat esse impletam ab herede non ab hereditate. Et verò si iacente hereditate impleta esset, utriusque vindicatio directa acquisita fuisset hereditati, ut diximus, quæ proinde sicut esset hereditaria, ita non posset petitionem hereditatis excludere, non magis quam si à defuncto ipso impleta fuisset vscapio: Sicut neque per Publicianam hereditariam petitio hereditatis excluderetur hac ipsa lege in princip. Interpretes fefellit, quod non potuerunt videre, qua ratione potuerit impleta esse vscapio per heredem qui nunquam possederit: Implicat enim contradictionem, ut qui non possidet impleat vscapionem, aut quod idem est ut cum possessione defuncti continetur possessio heredis quæ nulla est. Verùm obseruare debuerunt, posse fieri ut heres post aditam hereditatem possederit, & tamen subinde possessionem amiserit, Quo casu cum sit necessaria actio aliqua ad rem reposcendam, incipit locus fieri questioni, An veniat ea res in petitionem hereditatis. Rectè autem responderetur non venire, quia ex nouo iure, quod post aditionem superuenerit ius habuit eam vindicandi, habetque hodie: quod defunctus numquam habuit, Nec si malit vti iure defuncti tamen potest, quia extinctum est per ius plenius quod ipse sibi acquisiuit. Quomodo solemus dicere minorem obligationem & minus plenam extinguere per maiorem ac plenioram, *l. si reus 13. De duob. reis. l. debitori 50. De fideius. leg. si duo 9. De solut.* Bona igitur ratio est qua hic Paulus vtiitur, sed eo quem diximus modo explicanda. Ad in iudicio Familiæ erciscundæ, de quo in *dict. l. veniunt 9. inf. ill. tit.* omnia sunt diuersa, cum heredes omnes simul res hereditarias ante diuisionem hereditatis in communi possederint & vscaperint,

Cum enim habeant ius æquale, & quidem ex causa hereditaria tanquam quod à contractu defuncti, & à traditione ipsi facta originem sumptierit, nihil certe causæ est cur in iudicium illud Familiæ eriscunda venire non debeant res omnes etiam ab heredibus ipsis vscapta, non aliter quam si à defuncto ipso iam vscapta fuissent.

*a Nec vlla exceptio datur possessori.* Ratio dubitandi. Pleraque exceptiones sunt quæ contra vindicantem locum habere possunt præsertim doli *leg. sumptus 48. de impet. 98. & pass. De rei vind. l. vindicantem 17. inf. De emel.*

Dec. Vindicatio quæ datur ei qui vscapit, nullas omnino exceptiones patitur: quia vscapio ius omne quod aliorum in ea re fuit extinguit excepto iure pignoris *l. vscapio 7. C. de pignor.* Et hoc quoque Azo & Accursius malè explicavit. Nec multò feliciter Cuiacius licet Græcos securus qui in Paulum ad Edictum intelligit hunc locum de exceptione præiudiciali, Quod præiudicium hereditati non fiat, quæ accommodari ei solet qui rei vindicatione aut alia ratione hereditaria conuenitur, si se contendat heredem, vt in *l. si poss. litem 13. inf. De except.* Vnica enim hæc exceptio est, cum tamen Paulus in hoc loco de omni exceptione loquatur, cum negat vllam competere posses-

2 ¶ Veniunt & heres in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem, veluti si iurauerat defunctus, petitoris rem non esse, & decesserit: debent hæc quoque restitui. Imò & si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit & in prædione licet hic propter culpam non teneatur: quia nec his debet hæc res retinere.

*Ad §. 2. Veniunt.*

Ratio dubitandi. Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat vulg. *leg. nemo 154. De reg. iur.* Ergo quantum rem nomine defunctus actionem non habuit, sed tantum retentionem iure exceptionis, puta quas defunctus iurauerat non esse actoris, vt in *l. sed si possessori 11. inf. De iur. iur.* eas petere heres non poterit, ne quidem per hereditatis petitionem.

Dec. Iura omnia quæ defunctus habuit competunt vero heredi aduersus eum qui pro falso herede possidet vel pro possessore. Atqui defunctus habuit ius retentionis & exceptionis pro care quam iuravit non esse petitoris, & pro qua etiam haberet actionem vtilem si eam rem iurasset suam esse, *d. l. sed si possessori.* Ergo vt possit eam retinere etiam aduersus dominum, necessaria ei est hereditatis petitio vt euincat eam iniusto possessori qui nullam ipsius retinendæ causam habeat. Nec enim negari potest quin hæc quoque res in hereditate numerentur.

*a Imò cess. possessor.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor de quo solo hic verè loquitur, cum postea subiciatur de prædione, nulli querelæ subiectus est ob eas res quas tanquam suas neglexit ante motam de hereditate controuersiam, *l. si quid possessor 31. §. sicut inf. hoc tit.* Non igitur potest teneri petitione hereditatis ob eas res quas amiserit. nec aliqua ei culpa videtur posse hoc nomine imputari.

Dec. Supponendi semper sunt termini habiles, ideòque ponendum est in hac specie motam iam fuisse controuersiam si Accursij interpretatio admittatur. Cui tamen illud obstat quod post mo-

tori. Quo nomine utique intelligit eum qui possideat pro possessore. Nam si diceret se possidere pro herede, & hoc ipso controuersiam hereditati faceret, vix dici posset cur non huic exceptioni locus esse deberet. Quod enim ponimus vscapionem impletam ab herede supponit necessariò illum heredem, cum alioquin non posuisset proprio nomine vscapionem implere quæ à defuncto inchoata fuisset. Prius ergo est, vt se præbet heredem, quam vt possit dicere vscapionem à se tanquam herede impletam fuisse. Titulus enim Pre herede cum de vscapione tractamus verum heredem exigit, Cum autem de petitione hereditati tractamus, eum pro herede possidere intelligiam qui se contendat quidem heredem, sed falso, qui non sit heres. Atque ita non esset eo casu generaliter verum quod hic Paulus ait, Nulla exceptio potest repelli hunc heredem vindicantem cuius vscapionem impleuerit pro herede si agit cum eo possessore qui se dicat possidere Pre herede. Extra hunc casum nulla exceptio potest summoneri, quoniam vscapio sicut nouum dominium acquirit, ita omnia iura quæ priori domino cohercebantur adagendum, quam ad excipiendum, extinguit, excepta, vt iam dixi, sola intentione pignoris.

tam controuersiam hic quoque prædo est, vt ait *d. §. sicut & in l. sed et si 25. §. si ante Lancianarum 27. inf. eod.* Vt proinde non fuerit distinguendus hic bonæ fidei possessor à prædione si casus ille tractabatur, quoniam mora esset controuersia. Malo igitur intelligere de bonæ fidei possessore qui ante motam de hereditate controuersiam culpa sua rem aliquam hereditariam amiserit. Nam & huius culpæ rationem debet reddere hæc tenus saltem vt pati debeat æstimationem licet fraude careat. *l. si culpa 63. inf. De rei vind.* Quod autem scriptum est in *d. §. sicut*, de eo intelligi tantum debet qui per solam negligentiam cessauit in faciendis sumptibus, quos facere debuisset ad rem conseruandam. Id enim licere illi debuit tanquam rem suam negligentem. At non etiam rem amittere, in quo non solum aliqua sed etiam longè grauior culpa est, *dict. leg. si culpa.* Sicuti non qualibet negligentia culpam parit, sed ea tantum quæ magna est, vt Paulus ait in *l. magna 226. De verbor. signific.* Iraque licet nulli querelæ subiaceat bonæ fidei possessor ante motam controuersiam ob solam & simplicem negligentiam, vt in *dict. §. sicut*, non idem tamen consequens est, vt culpa ipsius debeat esse impunita, Cum in hoc iudicio etiam culpa præterita veniat, *leg. sed et si 25. §. quod ait inf.* Et si enim Senatusconsultum de quo in eo §. tractatur de solis prædonibus loquitur, vt Vlpianus subiicit, Generaliter tamen Vlpianus scribit. In petitione hereditatis non modò deduci dolum sed etiam culpam. Quam sanè non minus in persona bonæ fidei possessoris, quam in persona prædonis impunitam manere non oportet. Alioquin si de solo prædione Vlpianus sensit, non fuit, cur de

de culpa vel dolo loqueretur. Cum prædo neque propter dolum, neque propter culpam teneatur, sed ob id solum quia prædo est, vt subiicit Paulus in hoc §. Cuiacius difficultatem hæc quasi nec viderit, non attingit.

*b Idemque erit & in prædione.* Vel ex hoc maxime apparet, verba præcedentia de solo bonæ fidei possessore intelligenda, ad eòque de eo bonæ fidei possessore qui ante motam de hereditate controuersiam culpa sua rem hereditariam amiserit, Cum post motam controuersiam sit & ipse prædo, vt proximè diximus ex *d. l. 25. §. si ante & d. l. 31. §. sicut inf. hoc tit.*

*c Licet hic propter culpam non teneatur.* Supple *sed propter malam fidem quam habet & semper habuit*, vt bene Cuiacius post Accursium explicat. Nam quin etiam contra prædonem culpa quoque præterita veniat in hoc iudicium dubitare nemo potest ex *dict. l. 25. §. quod ait inf.* Cum veniat etiam contra bonæ fidei possessorem, Quem cum dicimus teneri numquam debere supra quam locupletior factus sit, Semper eum casum excludimus quo

vel dolus vel culpa ei aliqua imputari possit: dum meminerimus non esse ipsius culpæ adscribendam si in rebus hereditariis conseruandis fuerit negligentior dummodò non sit tam magna negligentia vt euadat in culpam *dict. l. magna 226. De verbor. significat.* Potest tamen horum verborum is etiam sensus esse, vt prædonem restituere oporteat res huiusmodi quarum retentio sola defuncto competeat, quamuis eas nulla sua culpa amiserit, vt in eo sit durioris conditionis quam bonæ fidei possessor. Mihi que videtur probabilior hæc interpretatio, quia non erat monendum, Prædonem melioris conditionis esse non debere quam bonæ fidei possessorem, de quo dubitare nemo poterat. Sed non inutiliter subiungi potuit, Debere illum esse deterioris, In eo scilicet, vt cum bonæ fidei possessor de rebus amissis quarum retentionem defunctus habuit non aliter teneatur, quam si culpa sua eas amiserit, Prædo tamen omnimodo teneatur, etiam si nullius culpæ nomine conueniatur. Satis enim in dolo nedum in culpa est hoc ipso quod prædo est.

3 ¶ Seruitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui: sicut est in corporibus, & fructibus: sed si non patitur ire, & agere: propria actione conueniuntur.

*Ad §. 3. Seruitutes.*

Ratio dubitandi. Omnia iura hereditaria veniunt in hoc iudicium petitionis hereditatis *leg. prox. §. ult. supr.* Ergo & seruitutes prædium hereditariis debite, cum nihil aliud sint quam iura prædiorum *l. 1. §. ult. supr. De rer. diuis.* Iura verò prædiorum nihil aliud quam ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. De verb. signific.*

Dec. Et demum iura veniunt in hanc actionem quæ possunt, quoquomodo restitui vel quod effectum idem est, solui, vel cedi. Eò namque actionis huius vis & potestas pertinet vt quod ex aliena hereditate reus possidet petitori restituatur, Vt euenit & in cæteris omnibus in rem actionibus, §. 1. *Inst. de offic. iudic.* Atqui seruitutes quæ hereditariis prædiis debentur, sunt huiusmodi quia neque possideri, neque restitui, neque cedi possunt abiq; prædiis quibus omnino coherent. Mirum igitur non est, eas in restitutionem non venire, Tantoq; magis mirandum est Accursium qui hanc Pauli rationem malam esse scripsit, Motus ex eo tantum quod patientia sit pro traditione in seruitutibus cæterisq; iuribus incorporalibus. *l. 3. §. dare inf. De usufr. l. ult. inf. De seru.* Itemq; quod petitio hereditatis detur etiam pro cedenda actione quæ non minus incorporalis est quam seruitus *l. quod si 16. §. ult. supr.* Nec animaduertens quòd qui dominus est iam constitutæ seruitutis, nulla indiget patientia quæ vice traditionis esse possit ad acquirendum dominium aut ad acquirendam actionem quam habet iam quæsitam, & quæ soli domino competit, Confessoriam scilicet quæ nihil nisi vindicatio seruitutis

est *l. 1. & tot. tit. inf. si seruit. vind.* & quæ hic dicitur propria heredis, quia vt bene Accursius explicat, neque defuncto, neque hereditati vnquam competit, tãquam quæ nascatur ex sola prohibitione, quam ponimus factam heredi non defuncto. Actionem verò cuius cessio per hanc actionem extorquetur licet in eo sit similis seruituti quod est æquè incorporalis constat esse tamen in eo dissimilem, quod cedi actio potest quæ possessori aduersus alium competit. Seruitus non potest quam debet prædium ipsum possessoris. Sicut enim nemo actione aliqua cedere contra seipsum potest, ita neque contra res suas quia nullam habet. Alia ratio est seruitutum quæ à prædiis hereditariis debentur. Nam si per legatum alicui constitutæ sint & is propria autoritate eas occupauerit, Placeat teneri eum interdicto Quod legatorum *l. 1. §. unde est questum inf. quod legat.* Nempe quoniam habet hic quod restituat, Vium scilicet seruitutis, quam occupauit, vt ea deinceps abstinere, quouique constituta sit ab herede, ac præterea quicquid commodi nactus est ex præmatura illa occupatione. Qui enim vitur seruitute hoc ipso aliquid percipit, quod in restitutionem venire potest cum fuerit æstimatum: Non etiam qui verum heredem seruitute hereditaria vt prohibet. Ideòque nihil aliud contra hunc intendi potest, nisi quod per actionem confessoriam intenditur seruitutem deberi, & vt possessor prædij seruitutem debentis, verum heredem seruitute vt patitur, quæ natura est omnium seruitutum *l. quoties 15. §. 1. j. de seru. l. et si forte 6. §. etiam j. de seru. vindic.*

20. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

Item veniunt in hereditatem etiam ea, quæ hereditatis causa comparata sunt: vt putata mancipia, pecoræque, & si qua alia, quæ necessariò hereditati sunt comparata, & si quidem pecunia hereditaria sunt comparata sine dubio veniunt: si verò non pecunia hereditaria, videndum erit. & puto, etiam hæc venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restitutum herede.



Ad l. in omnium 20.

Ratio dubitandi. Res quæ hereditatis causa comparantur sunt à bonæ fidei possessore, aut sunt comparatæ ex pecunia hereditaria, aut ex non hereditaria. Si ex hereditaria, non idem tamen sunt hereditariae, ut neque res empta ex pecunia dotali vel communari vel furtiva ideo dotalis aut communis aut furtiva dici potest *l. ex pecunia 12. C. de her. dot. l. 1. C. de omnium vir. in d. l. qui v. s. §. de her. De furt.* Multo minus si comparatae sunt ex pecunia non hereditaria. Ergo non veniunt in petitionem hereditatis, ut pote in quam nihil venire potest nisi quod sit hereditarium *l. v. §. vlt. supra hoc tit.* Præterea eadem posse fieri ut non interierit hereditatis eas res comparari, quo casu nec si comparatæ essent ex pecunia hereditaria venient tamen in hereditatis petitionem: quoniam interierit hereditatis precium potius retinere *§. proxim. infra.*

Dec. Hereditas nomen iuris est *l. §. infra hoc tit.* & recipiens augmentum & diminutionem, *§. item non solum infra hoc lege.* quia vniuersitatem successio- nis continet, in qua non minus possunt esse res, quam pecunia, nec minus pecunia quam corpora: Ideoque soleamus dicere in vniuersalibus iudiciis precium succedere loco rei, & contra, ut omnium optime hic textus probat, *iud. l. si & v. m. 22. infra imperator 7. §. de her. l. §. de leg. 2. Sine ergo pecunia fuit hereditaria ex qua res comparata sunt, dicendum est venire illas in petitionem hereditatis tanquam subrogatas in locum pecuniae hereditariae, (neque videtur hic casus habere vllam dubitationem) siue non fuit pecunia hereditaria, æquum tamen est perinde eas venire, si modo concurrant hæc duo, ut & hereditatis causa comparatae sunt, & necessarium, id est ad utilitatem hereditatis cuius interierit eas comparari. Sed ita tamen ut hoc casu precium bonæ fidei possessori ab herede restitui oporteat, quod in priore specie comparatis corporibus ex pecunia hereditaria deduci tantum & imputari sufficeret *l. si quid possessor 31. §. sicut autem infra hoc tit.* Nam quod Accursius, Bartol. & alij vulgò putant loqui hanc legem de malæ fidei possessore, vsque ad *§. præter hoc*, non puto verum esse cum generaliter Vlpia-*

**I** ¶ Sed non omnia quæ ex hereditaria pecunia comparatae sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, & ab eo peratur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditas interfuit, cum emat si tui causa emat, pretium venire.

Ad §. 1. Sed non omnia.

Ratio dubitandi. In vniuersalibus precium succedit loco rei & contra, ut proximè diximus, Ergo omnia quæcumque comparatae sunt ex pecunia hereditaria venire debent in hereditatis petitionem, tanquam quæ & ipsa sint hereditaria.

Dec. Quod dicimus, Ea quæ redacta sunt precia ex venditione rerum hereditarium venire regulariter in petitionem hereditatis, ita constitutum est favore hereditatis, & veri heredis, Ne ex rerum hereditarium venditione, siue bona, siue mala fide facta sit hereditas diminuatur. Eademque ratio locum habet in

rebus tractat non ad quid possessor tenetur, in quo distinguendus est bonæ fidei possessor à prædone: sed quid veniat in petitionem hereditatis, in qua quaestione nullus distinctioni locus esse potest, qualis sit possessor. Nec moueor ex eo quod hic textus in illis verbis *§. si quis alia necessario* aliud dicendum esse in rebus ex pecunia etiam hereditaria non necessarium comparatis, quas tamen ait Accursius posse bonæ fidei possessorem inuito heredi reddere, nec cogendum pro his precium dare. Nam non nego debere in hoc quoque sicut in ceteris sed omnibus melioris conditionis esse bonæ fidei possessorem ut in demum omnino feruari debeat. Sed dico verba supra dicta additi debuisse, ut cuiuslibet possessor etiam malæ fidei possessor conuenit Vlpiani testantis generalis, pertinet ad quemcumque etiam malæ fidei possessorem nec ad eam restituenda qui fuit in bona fide. Quod enim de genere dicitur, etiam species omnium que sub isto genere comprehenduntur, debet conuenire. Neque quod in petitionem hereditatis ita veniant aduersus quemlibet possessorem, tollit differentias que sunt inter bonæ fidei possessorem & prædonem. Quod verò adiu Accursius non possit ad bonæ fidei possessorem aptari quod scriptum est in *§. quali modo infra* de fundo sine causa dicitur cum fructibus restituendo, quia bonæ fidei possessor nunquam de culpa teneatur *l. 1. §. si in imp.* probare nullo modo possum, cum in præcedentibus iam ostendimus nulli quidem quæretæ sibi, certe bonæ fidei possessorem propter sol. in negligentiam, sed tamen ubi iacere propter culpam, sed eam quæ in re sua, ut puta si in terram hereditatim sine causa tenuerit, ita ut eum vel elidat, aut in proprio est alieno seruo esse coercenda, et an in proprio est culpanda *leg. 2. De his qui ser. v. l. alienum. §. si leg. si constante 2. §. si manentis infra. §. qui manent.* Denique culpa nunquam debet impunita manere, Ne tunc quidem cum ei nocet aliunde qui eam admisit ut de dolo scriptum est in *l. procurator v. §. infra. De doli mal. v. c. pr.* Quamuis verò inter sit etiam in aliis iuris partibus an necessaria res ematur an non necessaria constat ex *l. ser. §. De in rem v. q. l. v. c. v. §. si locupletis supra. De minor.*

rebus ex precio hereditario, aut rerum hereditarium comparatis. Ergo ita demum ea subrogatio admittenda est si interfit hereditas aut veri heredis comparatas esse res illas non hereditarias, ex precii hereditarium. Itemque si hereditatis nomine fuerint comparatae, id est ea mente ut hereditatem auferant. Nam si falsus heres siue bonæ fidei possessor fuit siue prædo res illas sibi emerit & sui causa quomodo hic Vlpianus loquitur, non autem ut videtur Accursius legisse sine causa, ratio non patitur ut hereditarium iure censeantur, cum alia mente fuerint comparatae. Veniet igitur hoc casu in hereditatis petitionem precium quod hereditarium fuit, aut ex rei alicuius hereditaria distractione

corro-

corrogatum, Ne alioqui fuerit in potestate heredis falsi deteriori facere veri heredis conditionem. Quid ergo si bonæ fidei possessor fuit qui res illas comparauerit non illi, sed hereditati eam tamen nihil hereditatis interierit: Non ei imputabitur cui hereditati rem non necessariam emerit, qui suum negotium gerere se putauit, non hereditatis. In eoque melioris erit conditionis, quam prædo cui semper mala fides imputari potest: Hæc tamen scilicet ne bonæ fidei possessor damnium vllum ex bona fide sua sentiat, Non etiam ut lucrum aliquod ex aliena hereditate retinere debeat. Quamuis enim sibi emerit non eo minus tamen res illas

**2** ¶ Simili modo, & si fundum hereditarium distraxit: si quidem sine causa, & ipsum fundum, & fructus in hereditatis petitionem venire: quod si aris exsoluendi gratia hereditarij id fecit non amplius venire quam pretium.

Ad §. 2. Simili modo.

Ratio dubitandi. Non est prohibendus bonæ fidei possessor ne res hereditarias etiam sine causa distraxerit cum eas putet esse suas, nec ideo sit damnosus adiciendus ut fundum ipsum cum fructibus cogatur reddere qui multo plus fortasse fururus sit quam precium ex eius venditione redactura: Proinde videtur non esse in eo adhibenda distinctio an sine causa distraxerit an cum causa. Quod si cum Accursio hanc locum de solo malæ fidei possessore intelligas, nec distinguendum videtur quomodo hic distinguit Vlpianus an exsoluendi aris alieni gratia rem hereditariam distraxerit an non, Cum propter malam fidem æquum sit teneri eum omni casu ad fundum ipsum cum fructibus præstandum, nec solus precii solutione liberari debeat.

Dec. Bonæ fidei possessori satis esse debet quem admodum diximus ut nullum ex hereditatis possessione damnium sentiat, Potest autem fieri ut etiam fundum ipsum cum fructibus restituere damnetur, nullam tamen ex eo damnium sentiat, si fortè lucrum aliquod ex eadem hereditate senserit quod cum hoc damno compensari possit *l. sed et si*

**3** ¶ Item non solum ea, quæ mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem. nam hereditas & augmentum recipit, & diminutionem. Sed ea, quæ post aditam hereditatem accedunt, siquidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non: quia personæ possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, siue ante aditam, siue post aditam hereditatem accesserint. Sed & partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.

Ad §. 3. Item non solum.

Ratio dubitandi. Fructus qui ex rebus hereditatis siue ante siue post aditam hereditatem percepti non tamen hereditati quam rebus hereditariis accepto ferendi sunt *l. in fideicommissaria 18. infra. ad SC. Trebell.* quia hereditas fit ex eo demum patrimonio quod fuit defuncti, & quod per mortem patrisfamilias hereditati accesserunt, non possunt in petitionem hereditatis venire.

Dec. Hereditas quoniam est quid vniuersale & nomen quod intellectu iuris habet etiam sine corpore *l. hereditas 50. i. §. hoc tit.* facile recipit augmentum & diminutionem *l. pecunia 178. §. hereditas*

*De verb. signific.* Sicut & subrogationem rei in locum precii, aut contra precii in locum rei *l. si ipsa 18. supra. quod met. caus.* Nec quicquam vetat augeri eam post mortem cum possit etiam minui: ut eadem sit ratio augmenti & diminutionis, ut & in *l. scribit 34. §. vlt. De aur. & arg. legat.* si modo secundum Cuiacii emendationem, quæ rectissima est, legas eo loco & diminutionem legati & augmentum. Aliud est si quæretur de restitutione fideicommissariae hereditatis. Nam ut ibi Vlpianus argumentatur, quoties quis hereditatem rogatus est restituere, id tantum videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, primo scilicet illo instanti quod subsecutum est mortem testatoris. Proinde quæ postea accesserunt

defuerint cum non sint ex eo numero non possunt venire in restitutione fideicommissi, quippe quod neque augmentum recipere potest neque diminutionem, sed ea tantam continet que fuerunt in hereditate inspecto precise tempore mortis. Adde quod fideicommissaria hereditas minus proprie est hereditas, Cum necesse sit aditam esse hereditatem priusquam possit restitui. *l. 1. §. si patroni §. §. qui fideicommissum ad. S. C. T. rebell.* Hereditas autem delinat esse per aditionem, fiatque patrimonium heredis. *l. per curatorem 90. §. 1. §. de acquir. hereditatis. §. 1. §. de separata.*

a *Sed ea que Ratio dubitandi.* Hereditas ut proximè diximus, statim atque adita est, definit esse hereditas sitque patrimonium heredis. Ergo que hereditati accesserunt post aditionem non possunt ex hereditate ipsa accessisse, neque hereditati sed heredis patrimonio, & ipsius patrimonio, Et consequenter distinctioni hinc positæ locus esse nullus potest.

Dec. Non definit esse hereditas per aditionem que facta sit à falso herede sed per eam duntaxat que facta sit à vero, Cum prius sit ut hereditas delata sit quam ut acquiri possit. *l. delata 151. De verb. signific. Itaque quantumvis adita sit à falso herede habetur tamen pro non adita. Ac proinde quod hereditati adhuc iacenti accessit ex ipsa hereditate in petitionem hereditatis venire debet tanquam quod hereditatem auxerit.*

b *Si extrinsecus, non.* Ratio dubitandi. Nullum lucrum ex hereditate aliena retinere possessor debet quantumvis bonæ fidei sit, Sed satis ei esse debet ut nullatenus damnum sentiat. Nec alia mens fuit Senatus in eo Senatusconsulto de quo in §. *præter hæc* §. *hac leg. & l. quod si possessor 17. sup. & l. sed et si in princip. 25. §. consuluit. l. si & rem 22. vers. dispiciat. & inf. hoc tit.* Ergo etiam si quid extrinsecus accesserit hereditati dummodo occasione hereditatis accesserit vero heredi restituendum est.

Dec. Quod extrinsecus accedit, non tam hereditati videtur accedere, quam personæ possessoris, ut in exemplis quæ hinc adfert Accursius ex *l. ar. ubi 24. inf. hoc tit.* Vbi ponuntur duo casus, in quibus quod extrinsecus accessit remaneat penes possessorem, ut bene putat Accursius, & nos ad eam pluribus dicemus. Est sanè alius casus, quem nec Accursius prætermisit in *l. nisi ex re 33. §. hoc tit.* Cum seruus hereditarius ex re heredis falsi stipulatus est, Et enim acquirit nec venit id in petitionem hereditatis, quamvis acquisitum occasione hereditatis, quia id habet possessor non quasi heres sed quasi bonæ fidei possessor, Perinde habiturus & acquisiturus per seruum illum etiam si non hereditarius fuisset, sed alio quolibet iure bona fide possessus. *l. liber homo 11. l. qui bona fide 23. inf. De acquir. rer. domin. Iunge l. debitor 39. §. ult. D. ad S. C. T. rebell.*

c *Fructus autem omnes.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor facit suos fructus omnes quos ex re aliena percipit, nec tantum industriales sed etiam naturales. *l. bona fidei 48. §. De acquir. rer. domin. l. in pecudum 28. De usur.* Et quidem statim atque à solo separati sunt in quo plus iuris habet quam fructuarius qui non facit eos suos nisi sola perceptione. *l. si fructuarius messem 13. §. quib. mod. usufr. amitt. Idque siue possideat hereditatem alienam siue rem aliquam singularem. Nulla namque inter hos casus differentia est, ut bene Accursius docet, quamvis non*

defuerint qui ante ipsum contra senserint. Ergo non magis possunt venire hi fructus in petitionem hereditatis, quam in specialem rei vindicationem. Nisi sint extantes necdum consumpti: quo casu veniunt etiam in vindicationem, At non tam vi actionis, quam officio iudicis. *l. certum 22. C. de rei vindic. §. 1. Infr. de offic. iudic.*

Dec. Fiunt quidem fructus omnes cuiuslibet bonæ fidei possessoris, ut loquitur *l. fructus 25. De usur.* at non simpliciter & absolute, sed interim *d. l. bona fidei*, hoc est donec res euincatur si de specialiter tractemus, Aut quousque hereditas petatur, si de hereditate: Nam cum aut res euincitur aut hereditas, fructus restituendi sunt, Non quidem consumpti si agatur rei vindicatione quia hos fructus quos bonæ fidei possessor fecerat suos perceptione adeoque sola separatione à solo ut diximus, lucratur consumptione. *l. 4. §. si post litem fin. reg. nec unquam restituit quos semel lucratus est, Sed eos demum qui extantes sunt d. l. certum si non sint etiam usufructui. 4. §. lana infr. De usur. Iunct. l. in bello 12. §. si seruum infr. De cap. & post. l. m. Nec quæremus aut distinguemus an bonæ fidei possessor fundi Cornelianus ex fructuum consumptione factus sit locupletior necne, quia non eo magis consumptos fructus restituere debet, quod eo ipso locupletior factus sit, cum eos suo iure consumpserit, & in rem suam verterit. Ideoque nec si extant vindicare eos dominus potest, ne quidem propria & separata vindicatione nisi cum à malæ fidei possessore sunt percepti, sed tantum restitutionem vrgere officio iudicis. *d. §. 1. Infr. de offic. iudic.* quia non alius vindicare potest quam qui dominus est. *l. in rem 23. §. pass. De rei vindic. Quintus 27. §. argenteo. De aur. & arg. legat. Dominus autè fundi non potest esse dominus fructuum quos bonæ fidei possessor percipiendo suos fecerit, Ne alioqui duo eiusdem rei domini in solidum constituantur, quod fieri nullomodo potest. *l. §. si duobus vehiculum §. commod. l. de hereditate 19. §. pater De cast. pecul.* Si verò agatur petitione hereditatis, extantes quidem veniunt in restitutionem, sed vi actionis non officio iudicis quoniam augent hereditatem, neque necesse est officium iudicis inducere cum actio ipsa sufficit. Nemo enim dubitat quin fructibus quibuscumque augeatur hereditas. *l. sed et si 25. §. ult. l. si à domino 36. §. ult. infr. hoc tit. l. 2. C. eod.* Et cum petitio hereditatis sit actio vniuersalis, comprehendere potest quicquid venire potest & debet in restitutionem. Consumpti autem veniunt similiter in petitionem hereditatis adeoque perinde vi actionis acsi extarent, quia eadem semper durat & manet hereditas, Sed ita demùm si ex eorum consumptione locupletior factus sit, Non quasi potestas actionis eos quoque fructus comprehendere non debeat ex quorum consumptione possessor bonæ fidei non sit factus locupletior, sed propter Senatusconsultum quo consulunt Senatus bonæ fidei possessoribus ne damno villo adficiantur sicuti nec lucrum vllum ex hereditate retinere debent. *d. l. sed et si 25. §. consuluit & l. si & rem 22. §. hoc tit.* Proinde illud quidem generaliter & perpetuò verum est bonæ fidei possessorem facere fructus suos, etiam priusquam eos vluceperit & consumpserit. Sed non illud perpetuò verum ut eos restituere non debeat. Debet enim restituere extantes saltem, necdum usufructuos, & quidem officio iudicis in rei vindicatione, Vi actionis**

tionis in petitione hereditatis: Consumptos autem non restituit in vindicatione, neque vi actionis, neque officio iudicis, quia fructus fundi non augent fundum, licet ipsi fundo accepto ferantur. *l. in fideicommissum 137. ad S. C. T. rebell.* Restituit tamen in petitione hereditatis, & quidem vi & potestate actionis non officio iudicis, Sed cum distinctione ita demùm si bonæ fidei possessor, de quo solo hic loquimur, ex eorum consumptione locupletior factus sit non aliter, Nimirum ex eo iure quo vtriusque SC. Nam antea fructus omnes siue extantes siue consumptos cogebatur etiā bonæ fidei possessor restituere dum ne usufructuos, Non minus quam prædo, Eadem illa iuris ratione quod fructus omnes augeat hereditatem, Nec sunt ista contraria. Vt bonæ fidei possessor fructus suos faciat, neque tamen eos lucratur, Suos enim facit non simpliciter & absolute, sed interim *d. l. bona fidei*, id est quousque hereditas euincatur. In vindicatione nullo fuit opus Senatusconsulto, ut non teneatur bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum, ex quibus non sit ille factus locupletior, Neque rursus ut teneatur ad restitutionem eorum ex quibus locupletior factus sit, fieri aliquo Senatusconsulto debuit eam ratio æquitaris, & bonæ fidei repugnaret. In petitione autem hereditatis necessarium fuit Senatusconsultum, non ut bonæ fidei possessor restituere fructus ex quorum consumptione factus esset locupletior (sufficere namque in hanc rem poterat quod fructus augent hereditatem, quæ iuris ratio est) sed ut non cogereatur eos reddere ex quibus locupletior factus non esset, cum ex veteris iuris ratione perinde illos restituere debuisset. In malæ fidei

possessore ac prædone omnia pendè sunt diuersa, Nunquam enim fructus facit suos, & inde potest pristinus dominus illos semper tanquam suos vindicare, sed propria & separata vindicatione cum speciali in rem actione agitur licet multò magis possint officio iudicis etiam venire. Ne alioqui melioris conditionis sint prædones quam bonæ fidei possessores qui videtur esse sensus *d. l. certum 22. C. de rei vindic.* Cum autem agitur petitione hereditatis neque separata vlla actione opus est, neque officio vllò iudicis. Sufficiente nimirum sola iudicij vniuersalis potestate. Et ita tota hæc questio explicanda videtur, non quomodo ab Accursio, Bartolo aliisque interpretibus vulgò explicata est.

d *Sed & partus.* Ratio dubitandi. Partus non est in fructu, cum absurdum sit hominem esse in fructu hominis, quando quidem rerum natura fructus omnes hominum gratia comparauit. *l. vltus questio 62. §. De usufr. l. in pecudum 28. infr. De usur.* Ergo non est bona consecutio ut quia fructus omnes augent hereditatem, etiam partus ancillarum eam augere debeant.

Dec. Non sunt quidem partus in fructu, sed tamen in omnibus ferè eodem iure censentur, & æquè appellatione cause, & accessionis continentur. *l. præterea 20. infr. De rei vindic. l. 2. infr. De usur.* Itaque veniunt in petitionem hereditatis non tanquam fructus, sed tanquam accessiones quibus perinde atque fructibus augetur hereditas, quam nec alia de causa fructus ipsi auget quam quia sunt accessiones. *dict. Tit. De usur. & fructib. & ceter. access.*

4 § Cum prædiximus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire: quæritur, vtrum cum sua natura veniant, an contra, ut puta, est quædam actio, quæ initiatione crescit: vtrum cum suo incremento an verò in simplicium veniat: ut legis Aquiliæ. Et Iulianus libro sexto Digestorum scribit, simplicium solutam.

Ad §. 4. Cum prædiximus.

Ratio dubitandi. Vnaquæque actio ut & alia res que libet secum fert semper suam naturam, Nec enim fieri potest ut vlla res à natura sua separetur. Et tritum est actionem subrogatam sapere naturam eius in cuius locum subrogata est. *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Atqui natura actionis legis Aquiliæ, & aliarum huiusmodi quæ per inficiationem crescunt illa est ut contra inficiationem crescant in duplum. *l. contra negantem 4. C. ad leg. Aquil. l. 1. infr. Depositi.* Ergo si quando veniunt in petitione hereditatis, Veniunt autem semper tanquam actiones hereditatis. *l. prox. §. vlt. supr.* veniunt vtrique cum sua natura, ut qui inficiatus & litis contestatus est in petitione hereditatis perinde ad duplum teneatur ac. conuentus fuisset actione legis Aquiliæ.

Dec. Distinguenda est cuiuslibet actionis qualitas naturalis ab accidentali. Retinet quidem actio subrogata qualitatem naturalem actionis in cuius locum subrogata est, sed non accidentalem, ut ex hoc potissimum §. Barroli, Baldus aliique interpretes bene probant, Atqui vi actio legis Aquiliæ detur ad duplum non fit ex natura ipsius sed potius ex accidenti propter inficiationem, & contra negantem solum *d. l. 4.* Et quamvis dicatur illa

ab initio & sui natura esse pœnalis, ita ut ob eam causam nunquam detur in heredem, id tamen fit non quia detur in duplū, sed quia simplicium ipsum ad quod datur non ex damno dato aestimetur, sed supra damnum quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato aut in triginta diebus proximis §. *his autè verbis Infr. de leg. Aquil.* Sufficit ergo ut actio legis Aquiliæ quæ in petitionem hereditatis venit detur ad simplicium quæ propria ipsius natura est, nec possit unquam crescere ad duplum ne quidem per inficiationem. Aliud ergo erit in actione serui corrupti, ut bene notat Accursius ex *l. vlt. tantum 14. iunct. §. vlt. leg. preced. De seruo corrupti.* quia datur ille naturaliter & ab initio ad duplum non ex accidenti. Imò ex accidenti est & contra ipsius naturam si quando detur duntaxat in simplicium ut in specie *l. vlt. eod. tit.* Ergo in actione quoque Quod metus causa idem erit quod in lege Aquilia, quoniam nec ista ab initio pœnalis est, nec prius incipit competere ad quadruplum, quam contumax sit reus neque arbitrio parere velit & rem restituere ut bene Ioannes apud Accursium ex *l. item sicum 14. §. in hac actione supr. Quod met. caus.* Simile quid scriptum est in *l. & puo 16. §. vlt. & l. seq. infr. fam. ercisc. & in l. sed si damnum 9. Aliàs *l. petulium §. sine autem infr. De pecul.**



5 ¶ Idem rectè ait, si noxali iudicio condemnatus sit possessor defuncto non posse eum dedentem noxæ officio iudicis liberari quia tandiu quis habet noxæ dedendæ facultatem quamdiu iudicati conueniatur: post susceptum iudicium non potest, noxæ dedendo, se liberare: suscepit autem per petitionem hereditatis.

Ad §. 5. Idem rectè ait.

Ratio dubitandi. Qui noxali iudicio condemnatus est ad indemnitate aduersario præstandam licet condemnatus sit ad pecuniam duntaxat, tamen habet à lege duodecim tabularum dedendi facultatem, estque ea deditio in solutione licet non sit in condemnatione *l. miles 6. §. 1. inf. De re iudicat. l. 1. inf. De noxal. act. & Inst. tit. De offic. iudic.* Atqui actio noxalis cum venit in petitionem hereditatis ut ceteræ hereditariæ actiones utique venit cum sua natura suisque omnibus qualitatibus, ut ad præcedentem §. dicebamus. Ergo non eo minus saluam debet habere dedendi facultatē possessor qui iam fuerat defuncto condemnatus, quod petitione hereditatis conuentus sit, & iudicium acceperit: Ut officio saltem iudicis ab indemnitate præstata liberetur per noxæ deditioem.

Dec. Tandiu durat noxæ dedendæ facultas quamdiu is qui condemnatus est non conuenitur ex iu-

6 ¶ Præter hæc, multa reperimus tractata & de petitione hereditatis de distractis rebus hereditariis, de dolo præterito, & de fructibus. de quibus cum forma senatusconsulti sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis *Pridie Idus Martias, Quintus Iulius Ballus, & Publius Iuuentius Celsus, Titius Anfidius, Oenus Seuerianus, Consules verba fecerunt de his, qua Imperator Caesar, Traiani, Parthini filius, Diui Nerva Nepos Hadrianus, Augustus, Imperator, Maximusque Princeps proposuit quinto Nonas Martias, qua proxima fuerunt, libello complexus (esset,) quid fieri placeat: de qua re ita censuerunt: Cum antequam partes caduca, ex bonis rustici, fisco peterentur: hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint: placere, redacta ex pretio rerum venditarum pecunia usura non esse exigendas: idemque in similibus causis seruandum. item placere, à quibus hereditas petita fuisset si aduersus eos iudicatum esset, pretia, qua ad eos rerum ex hereditate venditarum peruenissent, etsi ea ante petitionem hereditatem deperissent, deminui esse restituere debere. Item eos, qui bona inuassissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent, petitionem autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum quisque, eam à se peti. id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut lueris, vel edito euocatus esset, censuerunt.* Aptanda est igitur nobis singulis verbis senatusconsulti congruenter interpretatio.

Ad §. 6. Præter hæc.

Præfatur hic Vlpianus multa tractata fuisse ab aliis prudentibus De petitione hereditatis, distractis rebus hereditariis, & De dolo præterito, & De fructibus. Deque his omnibus certam formam datam esse Senatusconsulto quod ad orationem Diui Hadriani Pii factum est prid.

7 ¶ Ait senatus: cum antequam partes caduca fisco peterentur, hoc eueniat, a ut parte caducæ fisco peterentur: sed etsi ex assse fiat, b senatusconsultum locum habebit. Idem, 8 si vacantia c bona fisco vindicentur, vel si ex aliqua quacumque causa bona ad eum peruenierunt.

Ad §. 7. Ait Senatus.

Ex primis his verbis Senatusconsulti apparet Senatusconsultum hoc cuius interpretationem Vlpianus adgreditur ad causas fiscales tantum pertinuisse. Postea tamè ex rationis, ut loquuntur, identitate, ad priuatorum quoque causas extensum fuisse, ut subiicitur in §. in priuatorum inf.

dicato quod ante legitimum tempus humanitatis causa omnibus iudicatis indultum fieri non potest *l. vlt. C. de execut. rei iudic. l. cum militi 16. §. 1. inf. De compensat.* nisi cum ex causa Prætor aliter statuit, ut in *l. 2. §. De re iudic.* Atquin is qui conuenitur post quadrimestre licet per hereditatis petitionem videtur conueniri ex iudicato, Cum non aliam ob causam petitione hereditatis conueniatur quam quia tenetur ex iudicato, Et iudicati actio est hereditaria quæ proinde tanquam talis in petitionem hereditatis deuoluitur, Ergo post acceptum iudicium petitionis hereditatis non potest salua superesse facultas dedendæ noxæ, quali iam conuenio possessore ex iudicato, licet alia quàm iudicati actione. Quod si petitio hereditatis instituta non esset, utique duraret facultas dedendæ noxæ vsque ad litem in actione iudicati contestatam, ut probant verba illa huius §. post susceptum iudicium non potest noxæ dedendo se liberare.

Id. Marr. Quinto Iuliano Baldo & Publio Iuuentio Celso, Tiro Aufidio & Arrio Seueriano Consulibus. Subinde refert verba Senatusconsulti, & postea subiungit interpretationem ad singula penè verba. Nos eum ordinem subsequemur, ne plura sæpius repetenda habeamus.

a Hoc eueniat. Poterat enim multis casibus hoc euenire ut partes caducæ fisco peterentur quemadmodum hic notat Accursius: Licet male ponat exemplum in coherede defuncto ante aditam hereditatem, Quasi eius portio iure veteri fieret caduca, & fisco vindicaretur ex lege Iulia Papia De caducis: Quod non ita est. Requirebarur enim

enim ut decesseret heres ante apertas tabulas ut fisco aliquis fieri locus esset legi possit: Alioquin si post apertas tabulas, & ante aditam hereditatem decesseret, non habet hereditas aut pars hereditatis caduca, sed ad coheredem iure aderescendi deferretur, aut ab intestato ad proximum agnatum: Nam si datus erat substitutus, utique poterat ille succedere excluso fisco, eamque possessionem ob causam frequentabuntur vulgares substitutiones, ut refert Iustin. *in l. vlt. C. de caduc. vel. l. 2. Adit. Accursius alium exemplum propter delictum defuncti pars hereditatis facta sit caduca ex §. item lex Iulia inf. de public. iudic. Equè male. Nam ex delicto defuncti non potest post hanc partem bonorum contra heredes cum non sit heres successor pæna & criminata omnia finiantur morte delinquentis si excipias crimen perdidit bonis, de quo in *l. vlt. inf. ad leg. Jul. marit. &* alia nonnulla de quibus in *l. ex iudiciorum 20. inf. de accusat. iun. & l. si pæna 20. inf. De pæn. Sed in his casibus exceptis condemnatio & publicatio bonorum non sit pro parte, sed in solidum d. l. ex iudiciorum: Tractamus autem hic de hereditate, quæ pro parte tantum facta sit caduca. Tertium exemplum adfert Accursius de herede qui fidem suam illicite & contra leges dedit de parte sua incapaci restituenda. Huic enim pars illa ex qua sunt scriptus auferretur tanquam indigno *l. ex factis 43. §. vlt. De vulg. & pupill. sub. sit.* Et hoc rectè, sed tamen non satis accommodatè ad Vlpianum nostrum qui de caducis loquitur non de abiatibus ut indignis, quemadmodum aduersus Accursium disputauimus *lib. 3. Coniect. cap. 16.* Potest aliud etiam addi simile exemplum de coherede qui vindictam defuncti occisi neglexit & insuper habuit. Nam & huius portio ei auferretur tanquam indigno, nec ad coheredes iure aderescendi pertinet, sed ad fiscum deuoluitur ex *SC. Siliano l. si sequens 17. §. 1. inf. ill. tit. De SC. Silan.* non tamen quali caduca. Finge igitur his casibus heredem antequam à fisco controuer-**

siam hereditatis peteret suam illam partem alienam bona fide vendidisse, Partem istam hereditatem petere capillè, De his nimirum casibus factum est Senatusconsultum cuius interpretationem Vlp. hic adgreditur, videtur enim pertinuisse ad omnes causas fiscales licet fuerint licet eorum de quibus de caducis, sed per interpretationem præsentium non ex verbis Senatusconsulti ut in textu sequitur.

b Sed etsi ex assse fiat. Ratio dubitandi. Lex Iulia Papia de caducis non pertinet ad heredes ex assse scriptos, ut Vlpianus in Fragmentis scribit *Tit. de caduc.* Ergo non potest verum esse quod idem Vlp. hic scribit de hereditate facta caduca ex assse.

Dec. Potest hereditas fieri caduca ex assse. Non quidem defuncto ante apertas tabulas herede scripto ex assse, sed mortuis omnibus cohereditibus, Ut à nobis pluribus explicatum est supradicto loco *lib. 3. coniect. cap. 6.* Aliud enim est fieri hereditatem caducam ex assse ut Vlpianus hic loquitur, Aliud verò fieri caducam per mortem heredis qui ex assse scriptus sit, & ante apertas tabulas decesserit, quod euenire nunquam potuit. Hodie sublata sunt caduca omnia & quali caduca, ut constat ex *l. vlt. C. de caduc. vel. l. 2. sed non aequè illa quæ tanquam ab indignis auferuntur, ex tit. D. & C. de his quo vi mult. p. aufer.*

c Idem est vacantia. Ratio dubitandi. Alia sunt bona vacantia, alia verò quæ caduca dicuntur. Etenim omnia ad fiscum pertinent, Vacantia tamen pertinent ipso iure, Caduca autem ex lege Papia & ab eo duntaxat tempore quo lex ista lata est cum ante eam legem essent caduca incognita *d. l. vlt. C. de caduc. vel. l. 1. §. an bona i. de iur. p. p.*

Dec. Sunt ista quidem differentia, Sed tamen eiusdem rationis quod ad hoc ut fisco acquirantur. Vbi autem eadem ratio est, ibi & ius idem constituendum est vulg. *l. illud 32. inf. ad leg. Aquil.* ideoque Vlpianus subiicit hic generaliter vel si ex alia quacumque causa bona ad eum peruenierunt.

8 ¶ Senatusconsultum hoc locum habebit, & si ciuitati peteretur.

Ad §. 8. Senatusconsultum.

Ratio dubitandi: Senatusconsultum non nisi de fisco locutum est. Ciuitas autem non habet fiscum sed solus populus Romanus aut Princeps qui post legem Regiam vice populi est *l. 1. sup. De constit. Princip.* Quo exemplo idem obtinet in Ecclesia quæ superiori non recognoscit ut Bart. hic loquitur, qui & idem esse vult in ciuitatibus Tusciæ & aliis quæ non agnoscent superiorem. Ergo non potest hoc Senatusconsultum extendi ad eam hereditatem quam ciuitas aliqua vindicet.

Dec. Extensio hæc fit per interpretationem priu-

dentum ex identitate rationis, quia cum non facile possint omnes casus lege aut Senatusconsulto comprehendere. Ideoque non est prætermittenda occasio cum occurrat, cetera quæ tendunt ad eandem vtilitatem interpretatione vel certè iur. sditione supplendi *l. non possum 12. & seq. sup. De legib.* Præsertim cum hoc Senatusconsultum sit favorabile tanquam quod faueat non fisco sed bonæ fidei possessori contra fiscum, Ob idque tantò magis adiunandum est & extendendum interpretatione *l. hoc modo 64. De condic. & demonstr. iun. & l. non putio 10. De iur. sig.*

9 ¶ In priuatorum quoque petitionibus senatusconsultum locum habere, nemo est, qui ambigit: licet in publica causa factum sit.

Ad §. 9. in priuatorum.

Ratio dubitandi. Factum est hoc Senatusconsultum in causa publica & fiscali ut Vlp. hic disertè scribit, & verba ipsa Senatusconsulti loquuntur tantum de fisco & de partibus hereditatis factis caducis. Ergo non tam facile extendi debet ad priuatorum petitiones.

Dec. Ita quidem est ut Senatusconsultum lo-

quatur tantum de fisco & de causis fiscalibus, Sed non in fauorem fisci ac potius contra fiscum ut proximè diximus, Et fauore bonæ fidei possessoris cuius portio non minor est fauor cum à priuato quam cum à fisco conuenitur. Imò tantò maior, quantò publicæ causæ ratio potior esse solet, quam priuatæ. Auth. res que C. cõmun. de legat. Denique ex identitate rationis sumi semper potest & debet

interpretatio adeoque fieri extensio dicitur. l. illud. 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. unde etiam De iniust. rupt.

10. ¶ Non solum autem in hereditate utimur senatusconsulto, sed & in peculio castrensi, vel alia vniuersitate.

Ad §. 10. Non solum.

Ratio dubitandi. Senatusconsultum hoc de quo tractamus factum est duntaxat De petitione hereditatis, ut verba ipsa quibus Senatus usus est demōstrant. Atqui peculium castrense non est hereditas, Multumque referre solet an bona defuncti deferantur iure hereditatis an iure castrensis peculij, ut constat ex l. 1. & 2. infr. De cast. pecul. Ergo non est trahendum hoc Senatusconsultum ad castrense peculium.

Dec. Castrense peculium cum dicimus, vniuersitatem quādam intelligimus, & successione in vniuersum ius quod defunctus miles habuit, quoniam sicuti filiusfamilias miles in peculio castrensi quasi paterfamilias intelligitur ex Imperatorum constitutionibus l. 2. j. De SC. Maced. Ita &

11 ¶ Petitam autem hereditatem, & cetera id est, ex quo quis scit, à se peti. nam, vbi scit incipit esse malæ fidei possessor. <sup>a</sup> Id est, cum primum aut denunciatum esset. Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat vsuras debere pecuniæ redactæ? & puto, debere, cœpit enim malæ fidei possessor esse. Sed ponamus denunciatum esse: non tamen scit: quia non ipsi, sed procuratori eius <sup>b</sup> denunciatum est. Senatus ipsi denunciari exigit: & ideò non nocet: nisi forte is, cui denunciatum est, cum certiorauerit: sed non, si certiorare potuit, nec fecit <sup>c</sup>. A quo denunciatum est, senatus non exigit. quicumque ergo fuit, <sup>d</sup> qui denunciavit, nocet.

Ad §. 11. Petitam.

Ratio dubitandi. Is demum petere dicitur qui litem contestatur. Nam ante litem contestationem non tam petere dicitur, quam velle petere l. amplius 25. j. Rat. rem haber. Atqui Senatusconsultum loquitur de ea duntaxat hereditate quæ petita sit, Ergo contestationem litem exigit non simplicem denunciationem multoque minus simplicem scientiam possessoris, quam tamen sufficere Vlpianus hic scribit à quocumque tandem sciuerit moueri controuersiam hereditatis.

Dec. Petitam hereditatem dixit Senatus pro ea de qua fieri cōtrouersia cœperit, & petitionem exigit duntaxat ad constituendum possessorē in mala fide, quæ mala fides regulariter inducitur ex scientia rei alienæ l. sed et si 25. §. si ante. j. hoc tit. Nihil ergo interest vnde possessor resciat hereditatē alienam esse, siue per contestationem, siue per denunciationem, & ut Bartolus loquitur notificationem simplicem siue ab ipso actore factam siue ab alio siue deniq; à nemine. Sufficit enim ut sciat etiam si nemo ei denunciauerit ad hoc ut incipiat fieri malæ fidei possessor. Id namque est quod sequitur,

<sup>a</sup> Cœpit enim malæ fidei possessor esse. Ratio dubitandi. Non semper scientia rei alienæ malam fidem inducit l. & generaliter 28. j. De noxal. act.

Dec. Imò semper inducit quoties is qui sciens alienum possidet, nullam habet iustam causam possidendi. Quomodo nullam habet possessor hic hereditatis de quo tractamus: In quo differt à possessore illo bonæ fidei de quo Africanus in d. l. & generaliter.

<sup>b</sup> Sed procuratori eius. Ratio dubitandi. Etiam quod per procuratorem sit rectè sit l. 3. in princip.

peculii castrense filiusfamilias ab intestato defuncti hereditatis cuiusdam vice fungitur: Nam & hereditas verè esset si filiusfamilias de eo testatus fuisset d. l. 1. & 2. De cast. pecul. l. ult. §. 1. j. ad SC. Tertull. Eadē igitur ratio est hac parte castrensis peculij & hereditatis, quia conueniunt ambo in genere illo vniuersitatis & vniuersalis successione, quemadmodum solemus dicere parum interesse an quis heres sit an heredis loco, Nec quicquam causæ est cur durior esse debeat condicio bonæ fidei possessoris cum de peculio castrensi conuenitur, quam si de hereditate conueniretur. Proinde in alia etiam qualibet vniuersitate idem iuris constituendum erit, puta si vel possessoria vel fideicommissaria hereditatis petitio instituat, ut constat ex postremis Titulis huius libri.

infr. quod vi aut clam, Parumque refert an quid facias per te an per tuum procuratorem, nec proinde similiter an tibi quid denunciatur an tuo procuratori l. vero procuratori 12. j. De solut. l. mulier 41. & seq. j. ad SC. Trebell. Ergo sufficere debet ad constituendum te in mora ut procuratori tuo denunciatum sit.

Dec. Scientia cuiusque est quid personale & personalissimum cum in animo consistat. Proinde alia est scientia tua, Alia verò tui procuratoris, nec quicquam vetat ignorare te quod procurator tuus sciat. Ergo non sufficit procuratori tuo renunciatum esse si non etiam tibi denunciatum sit, Ne alioqui in aliena potestate sit ignorantem te facere malæ fidei possessorē l. 2. infr. quod vi aut clam.

<sup>c</sup> Si certiorare potuit nec fecit. Ratio dubitandi. Imputari potest ei qui certiorare potuit, nec fecit. Et consequenter æquum est sarcini ab eo damnnum omne quod possessori contigit ob id quod non fuerit certioratus. Quidni ergo habebitur pro certiorato etiam si non fuerit certioratus, cum possit indemnitate ab alio consequi, nec quicquam possit imputari ei qui possessoris procuratori denunciavit?

Dec. Nemo ideò obligatur quod ab alio sit potestè repetiturus id quod præstiterit l. nemo ideò 171. De regul. iur. Interest enim nostra non soluere potius quam solutum repetere l. 3. infr. De compen. l. si stipulatus 15. in princip. j. De fideiuss. Potestque magis imputari vero heredi cur non certiorauerit possessorē ipsum denunciando illi ipsi aut curando cum effectu ut denunciatio procuratori eius facta ipsi innotesceret, quam bonæ fidei possessori cur non

non fuerit certioratus: Alioqui negligentia aliena ipsi noceret contra d. l. 2. infr. quod vi aut clam. d. Quicumque pro fur. Ratio dubitandi. Non potest per liberam personam acquiri nobis actio aut ius aliud quodlibet l. 1. C. per quos person. nob. acquir. l. 1. si ita stipulatus 15. §. C. in p. gen. v. versic. respondi infr. De v. r. b. obl. Ergo non debet vero heredi prodeisse denunciatio, quam ipse fecerit per hominem liberum quem non habeat in sua potestate.

12 ¶ Hæc aduersus bonæ fidei possessores: nam ita senatus locutus est eos qui se heredes existimassent. Ceterum si quis sciens <sup>a</sup>, ad se hereditatem non pertinere, distraxit: sine dubio pretia rerum, sed ipse res veniunt in petitionem hereditatis, & fructus earum. Sed Imperator Seuerus <sup>b</sup> epistola ad Celerem idem videretur fecisse & in malæ fidei possessionibus. Atquin senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat: quæ onerabant magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat aduersus malæ fidei possessorem: vtrum ipsius rei, & fructuum, an pretij, & vsurarum, post mortem controuersiam.

Ad §. 12. Hæc aduersus.

Monet Vlpianus in hoc §. Senatum non fuisse locutum nisi de bonæ fidei possessoribus, quod probat ex illis Senatusconsulti verbis eos qui se heredes existimassent. Nam in malæ fidei possessore qui iam scit & certus sit hereditatem ad se non pertinere frustra requiritur denunciatio eam is qui iam certus est magis certiorandus non sit l. 1. in fin. infr. De action. en. pr.

<sup>a</sup> Ceterum si quis sciens. Ratio dubitandi. Iudicium petitionis hereditatis semper est vniuersale siue contra bonæ fidei possessorem siue contra prædonem instituat, Et consequenter etiam precia rerum hereditaria tanquam hereditaria vel saltem in locum rerum hereditarium subrogata venire debent in petitionem hereditatis, non minus quam si contra bonæ fidei possessorem actio institueretur.

Dec. Mera iuris ratio facit ut non precia rerum & preciorum vsuræ debeant venire in petitionem hereditatis, sed res ipsæ hereditariæ quamuis venditæ & earum fructus: tum quoque eam aduersus bonæ fidei possessorem instituitur petitio hereditatis. Quod autem Senatus aliud constituit in bonæ fidei possessore, contra iuris rigorem factum est & summa æquitate ut bonæ fidei ratio aliqua haberetur, & possessorum bonæ fidei melior condicio fieret quam prædonum. Itaque in prædonibus nihil innotatum est, neque quicquam contra eos constitutum. Sed quicquid à Senatu nouo iure constitutum est, in fauorem bonæ fidei possessorum inductum fuit, Denique non id egit Senatus ut prædonibus noceret qui nulla iuris ratione iuuantur, sed tantum ut bonæ fidei possessoribus subueniret.

<sup>b</sup> Sed Imperator Seuerus. Refert Vlpianus epistolam quandam Imperatoris Seueri, ad Celerem quæ extat in l. 1. C. de his quib. ut indign. & qua constituisse Imperator videretur in possessoribus quoties malæ fidei idipsum quod Senatus constituerat in bonæ fidei possessoribus, ut scilicet si res aliquas hereditarias vendiderint ante mortem de hereditate controuersiam (nam post eam mortem omnes possessores sunt pares) l. sed et si 25. §. si ante stip. & §. quid si post petitam infr. non teneantur eas res quas vendiderunt restituere cum fructibus, sed

Dec. Non tam factum liberi hominis acquiritur ius vero heredi, quam factio ipsius possessoris qui per denunciationem sibi factam cœpit esse in mala fide, ut ratiocinatur Vlpianus in leg. 3. quod vi aut clam. Denique is qui denunciatur, nudum ministerium præstare intelligitur, quod ab acquisitione alienum valde ac diuersum est leg. & licet 15. infr. De pecun. constit.

precia tantum cum vsuris. In quo videtur Imperator Seuerus qui multis post Hadrianum annis floruit, non tam auxille potestatem Senatusconsulti per extensionem factam à bonæ fidei possessoribus ad prædones, quam abrogasse, qua parte Senatusconsulto cautum erat ut qui bona hereditaria inuassent etiam ante litem contestatam fecissent quominus possiderent, penam tamen condemnandi essent quasi possiderent. Item qua parte eodem Senatusconsulto constitutum fuerat ut ne quidem bonæ fidei possessoribus parceretur si quid illi post litem contestatam, adeoque post mortem controuersiam ex hereditate distraxissent. Sed bene Vlpianus, ne Imperatoris epistola cum Senatusconsulto pugnare videretur, sic epistolam interpretatus est, quati ad eas tantum res pertineat quas distrahi expediebat quod hereditatem magis onerarent quam fructui ei essent, Non tamen quasi hoc casu permittendum sit malæ fidei possessori ut inuito herede liberetur præstando precia rerum venditarum, & vsuras preciorum, Sed ut in heredis, eiusdemque petitoris arbitrio sit qualem computationem facere velit aduersus malæ fidei possessorem, vtrum ipsius rei & fructuum an pretij & vsurarum post mortem controuersiam, Quæ tamen interpretatio licet deterior adhuc faciat conditionem prædonis quam bonæ fidei possessoris à quo inuito res ipsæ quas bona fide & ante litem contestatam distraxit petiuntur possunt, sanè durissima videtur. Nec dubito quin si mea esset non Vlpiani, durissimam illam plerique omnes existimaturi essent, Tum quia generaliter videri possit sensus epistolæ, quam ut restrictionem hanc patiarur, ut constat ex d. l. 1. C. de his quib. ut indign. quæ loquitur generaliter, Tum etiam quod faciat hæc interpretatio durior malæ fidei possessoris condicio quam esset antea. Esset enim longè cōmodius ei & utilius ut ad ipsas res venditas omnimodo præstandas cum fructibus teneretur, quam ut in petitoris esset arbitrio an in id agere vellet an potius precium cum vsuris reposcere. Semper enim durius cum eo agitur, cuius aduersario electio condensationis datur, l. Gracchus 8. §. idem Iulianus j. De fideiuss. Similis ferè nec minus dura est interpretatio Papiniani ad rescriptum Antonini in l. 3. in princip. infr. De vsur. de cuius sententia scripsimus lib. 1. Coniunct. Tit. 7. Nimirum id



agere semper prudentes debent quantum possint ut ne quid à legislatore aut à Principe, aut etiam à Pretore contra rationem iuris aut æquitatis constitutum esse videatur. Veror tamen ne totus hic locus ab illis verbis *sed imperator* toraque hæc interpretatio sit Triboniani potius quam Vlpiani. Video enim totam hanc interpretationem non solum durissimam esse, ut dixi, & commentitiam, sed etiam parum congruenter illis verbis *dicto l. 1. C. de his quib. ut indign. Ex hereditate autem rerum distractarum*, quæ cum indefinita sunt æquipollentiam vniuersalibus. Neque rursus rescriptum illud Seueri loquitur generaliter de quolibet malæ fidei possessore, sed de herede qui post aditam hereditatem non vindicauit necem defuncti, de quo & in *l. heredes 17. in fi. cod. ill. tit.* Qui licet bonæ fidei possessor dici propriè non possit etiam ante illam controuersiam qui debitum officium pietatis sciens omisit, ut scriptum est in *d. l. 1.* Attamen nec prædo dici potest cum verè non tantum possessor sit, sed etiam heres & dominus, qui proinde suo

13 ¶ Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment: tamen & si bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

*Ad §. 13. Licet autem.*

Ratio dubitandi. Neque bonorum possessores, neque ij quibus restituta est ex Trebelliano hereditas heredes fiunt, Non quidem bonorum possessores quia Prætor heredem facere non potuit §. *quos autem Inst. de bon. poss.* Non etiam fideicommissarij ex S. C. Trebelliano, quia licet ex Senatusconsulto non minus quam ex lege possit quis heres fieri, ut constat ex Senatusconsultis Tertulliano & Orficiano, Non potuit tamen Senatus facere, ut heres qui semel heres fuisset, ac hereditatem restituisset, heres esse desineret §. *restituta Inst. De fideic. hered. l. ei qui soluendo 68. in fi. De her. instit.* Ergo Senatusconsultum de quo nunc tractamus, ad bo-

14 ¶ Papinianus autem libro tertio questionum, Si possessor hereditatis pecuniam inuentam in hereditate non attingat, negat eum omnino in vfuras conueniendum.

*Ad §. 14. Papinianus. Alias l. si possessor.*

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis pecuniam quam in hereditate inuenit non solum potest attingere si velit, sed etiam fœnorii collocare, Quod si nõ fecerit sibi debet imputare, Præsertim si proponatur malæ fidei possessor de quo etiam intelligi debet hic locus, Cum generaliter loquatur de hereditatis possessore, ut iã olim Ioãnes contra Martinũ defedit. Malæ nãq; fidei possessor nõ iã ad eos fructus tenetur quos percepit, sed etiã ad eos quos percipere potuit *leg. si nauis 62. §. 1. j. de rei vindic.*

Dec. Magna differentia est hac parte inter fructus naturales qui ex re ipsa percipiuntur etiã factò hominis aliquo interueniente qui & ideò industriales appellantur, de quibus in *l. fructus 45. j. De vfur. & l. bona fidei 48. De acqu. rer. domin.* Et fructus ciuiles qui non tam natura quam iure percipiuntur,

15 ¶ Redacta, inquit, pecunia ex precio rerum venditarum, redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, verum & si exigi potuit, nec exacta est.

*Ad §. 5. Redacta.*

Ratio dubitandi. Nõ potest dici redacta pecunia

iure potuit res hereditarias quasunque etiam vtiles & non steriles distrahere. Proinde satis est videri condemnari ad preciorum restitutionem cum vfuris ex die litis contestatæ. Cum tamen malæ fidei possessores teneantur ad restituendas res ipsas etiam quas ante litem contestatam distraxerunt. Potuit etiam moueri optimus Imperator odio si sci, Exemplo eius quod idem ipse constituit in persona illius heredis qui tacitam fidem contra legem accommodauit, ve non teneatur præstare viuras fructuum ante litem contestatam venditorum ne quidem ex die contestationis. Quamuis aliud sit in cæteris, qui nec bonæ fidei possessores sunt nec heredes, vt Papin. docet in *l. cum qui 18. in fi. De his quib. ut indign.* Et sanè quis non fateatur meliorem esse debere conditionem eius qui verus heres est, licet ei tanquam indigno auferatur hereditas quam illius qui nec heres est nec bonæ fidei possessor? Ego cerè si Vlpianum agere mihi liceret ad hanc Seueri epistolam ita responderem.

norum possessores & fideicommissarios vniuersales extendi non potest, cum de solis heredibus locutum sit iis verbis *qui se heredes existimauerunt.*

Dec. Quamuis Senatus de iis tantum locutus sit, qui se heredes existimauerunt, non aliud tamen sensisse credendus est de bonorum possessoribus & fideicommissariis cæterisque iustis successoribus, quoniam heredum loco sunt, & pro heredibus habentur in omnibus. *d. §. restituta l. 2. in fi. ad S. C. Trebell. leg. 2. & 3. in fi. De bonor. poss.* Nec sanè minus fauorabilis est, neque minus bonæ fidei possessor, qui existimat se bonorum possessorem, aut Trebellianum successorem quam qui se putat heredem.

cuiusmodi sunt vfuræ *d. l. si nauis in princ.* Nam fructus naturales & industriales omnes restitui debent à malæ fidei possessore non tantum qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt: Fructus verò ciuiles non item: quia nemo cogitur pecunias fœnorii collocare. Ergo si qua pecunia in hereditate reperta sit quam tamen possessor numquam attigerit, non debet ad vfuras vllas condemnari, nec si malæ fidei possessor proponatur, Multò minus si bonæ fidei sit. Et ratio huius sententiæ hæc est, quod Senatus non id egit, vt possessorem vllum damno afficeret, Sed è contrario vt bonæ fidei possessorem omnino indemnem seruaret, Prædonem verò ad restitutionem obligaret eorum omnium, quæ ex hereditate percepisset, aut percipere potuisset. Non etiam vfurarum pecuniæ quam non attigisset.

quæ nondum exacta est licet exigi potuerit, cum multa possint incidere quæ faciant ne vnam exigant.

exigatur *l. §. in fi. in fi. De acqu. rer. domin.* puta si emptor in summam egestatem dilabatur. Nullam enim actionem videtur habere actor si eam debitoris eludat inopia *l. nã is 6. sup. De dolo.* Ergo quod Senatusconsulto cautum est de pecunia redacta ex precio rerum venditarum ad exactam duntaxat

pecuniam referendum est non ad exigendam.

Dec. Imputari potest possessori etiam bonæ fidei cur venditarum rerum precia non exegerit quæ potuit exigere. Eaque res proximè ad dolum accedit, Imò & dolus est, *leg. dolus est 4. in fi. man. dat.*

16 ¶ Quid si post petitam hereditatem res distraxerit: hinc ipsæ res venient fructusque earum. Sed si fortè tales fuerint, quæ vel steriles erant, vel tempore periturae, & hæc distractæ sunt vero precio, fortassis possit petitor eligere, vt sibi precia, & vltura præstentur.

*Ad §. 16. Quid si post petitam.*

Ratio dubitandi. Nihil vetat possessorem hereditatis etiam post litem contestatam existimare se heredem aut aliter iustum successorem, Ne alioqui cogatur hoc metu temerè ius suum indefensum relinquere *l. illud 40. in fi. hoc tit.*

Dec. Incipit malæ fidei possessor fieri, quisquis scit à se peti hereditatem non tantum silitem se cum contestari passus sit, sed etiam si per simplicem denunciationem à quocunque sciuerit §. *petitam* vbi dixi *sup. hac leg. & l. sed et si 25. §. si ante inf.* Ergo si possessor hereditatis post petitam hereditatem res hereditarias distraxerit condemnandus est, vt res ipsas, eadumque fructus restituat, tanquam qui dolo deserit eas possidere, vt proinde ex iuris regula dolus eius pro possessione esse debeat.

*a Sed si fortè tales fuerint.* Ratio dubitandi. Cum possessor vendidit res hereditarias, quæ vel steriles erant vel tempore periturae & vendidit iusto veròque precio, nihil ei potest imputari cum eiusmodi

17 ¶ Ait Senatus: *Placere à quibus petita hereditas fuisset si aduersus eos indicatum esset, precia, quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum peruenissent, & si ante petitam hereditatem deperissent, deminutæ esse restitueri debere.* Bonæ fidei possessor, si vendiderit res hereditarias, siue exigit pretium, siue non, quia habet actionem, debet pretium præstare. Sed, vbi habet actionem, sufficit eum actiones præstare.

*Ad §. 17. Ait Senatus.*

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non tenetur petitione hereditatis nisi in quantum factus est locupletior *l. sed et si 25. §. consuluit inf. hoc tit. l. 1. C. eo.* Qui autem distraxit res hereditarias quantocunque precio non potest videri factus locupletior quoad precium non exegit, Cum locupletior nemo fiat distrahendo sed pauperior.

Dec. Qui actionem habet ad precium consequendum iam precium ipsum habere videtur, *l. is qui actionem 15. De reg. iur.* Ergo locupletior factus

18 ¶ Sed si vendidit, & euicta re restituit, quod accepit: non videbitur ad eum peruenisse, quamquam possit dici, nec ab initio pretium venire, quia non fuit res hereditaria quæ distracta est. Sed & si senatus rerum ex hereditate distractarum, non hereditarium, fecit mentionem: restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet. Nam & Iulianus libro sexto Digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere: nec impuraturum, quod non debitum soluit.

*Ad §. 18. Sed si vendidit.*

Ratio dubitandi. Cum in aliquem datur actio quatenus ad eum peruenit, sufficit si vel momento vno temporis ad eum peruenit, *leg. cum prætor 127. De regul. iur.* Sufficit enim momento fieri aliquid vt semel factum dicatur, *leg. videamus 17.*

res magis onerent hereditatem, quam vt ei suc fructui & commodo, quemadmodum scriptum est in *§. hac aduersus sup.* Quam ob causam videtur potius parcendum possessori etiam si eas res minus iusto precio vendidisset, cum rem hereditatis vt iliter gesserit cum id vendiderit, quod expediebat vendere potius quam retinere. Nulla igitur ratio est, cur electio dari debeat petitori an res ipsas & ipsarum fructus velit eligere, an potius precia & eorum vfuras, sed omnimodo cogendus est vt precijs eorumque vfuris contentus sit.

Dec. Semper imputari potest malæ fidei possessori cur post mortem sibi de hereditate controuersiam res distraxerit, quæcunque tandè ea fuerint. Ergo res ipsas & ipsarum fructus in hereditatis petitionem venire necesse est. Quod autem damus electionem petitori vt etiam precia & preciorum vfuras possit eligere, non onerat possessorem cui commodius est id reddere quod habeat, quam quod per distractionem siue bona siue mala fide factam habere deserit. Vnde tamen quæ supra scripti ad *d. §. hac aduersus.*

intelligitur: Sed tamen quia paulò minus est actionem habere quam rem *l. minus 204. eod. tit.* æquum est liberari bonæ fidei possessorem præstando actionem: Non solum ne nimis durè agatur cum eo si precium quod nondum perceperit præstare omnimodo cogatur, Sed etiam quia generale ac perpetuum est in omnibus qui non alia de causa tenentur, quam quod actionem aliquam habeant, delegatio & actionis cessio pro iusta præstatione sit *l. quod debetur 31. in fi. j. de pecul. l. quod in diem 16. §. idem Iulianus & §. ult. sup. hoc tit.*

*supr. Quod met. cans.* Ergo etiam si res quæ ex hereditate vendita fuerat euicta sit, & bonæ fidei possessor precium quod acceperat restituerit, non eò minus verum est peruenisse precium ad ipsum, idèòque debere illud reddere.

Dec. Non videtur peruenisse quod non durat,

ficati nec verum, quod non durat verum, *l. si pro  
patre 10. §. v. in rem vend. de in rem vend.* Nō enim quid  
prima ratione pervenerit, inspiciendum est, sed  
quid eū esse *l. 2. §. pervenisse inf. De hered. vel act.  
vendit.* Id enim Senatus egit ne quo damno ex pos-  
sessione hereditatis bona fidei possessor auferretur.  
*l. sed etsi 23. §. consuluit inf.* Maneret autem in da-  
mno si precium ab emptore acceptum eidemque  
post evictionem restitutum rursus petitori red-  
dere teneretur: Nec probè potest petitor precium  
illud petere, quod ipse si rem vendidisset, restituere  
perinde debuisset, quique eiusdem rei etiam si  
non fuisset vendita, evictionem ex quædã passus fuisset.  
Quod autem diximus, Possesse sufficere ut vel vno  
momento res ad aliquem pervenerit *ex d. l. 127. De  
reg. iur.* ad hunc casum non pertinet sed ad illum  
quo queritur, Quid & quantum ex defuncti dolo  
ad heredem pervenerit, ut eadem lex explicat. Po-  
terat & alia dubitandi ratio adferri, quam Vlpia-  
nus hęc inveniit, quod res hęc quam ponimus à  
bona fidei possessore venditam fuisse non fuerit  
hereditaria ut subsecutus evictionis casus demon-  
stravit, Senatusconsultum autem non ad aliarum  
rerum distractionem pertinere videatur quàm  
quæ sint hereditaria. Sed hanc ipsam dubitatio-  
nem statim diluit idem Vlpianus noster, & bene  
quia Senatus nō de rebus hereditariis locutus est,  
sed de rebus ex hereditate distractis. Quo nomine  
comprehenduntur etiam & quæ non fuerunt here-  
ditaria quia fuerunt ex hereditate. Al ut si quidem  
est esse quid in hereditate, Aliud esse ex hereditate:  
sicut aliud esse quid in bonis, Aliud vero esse ex  
bonis *l. 2. §. in hac actione inf. Vt bonor. iur.* In he-  
reditate sunt quæ fuerunt in bonis defuncti, Ex  
hereditate vero res omnes quæ ex ipsius bonis fue-  
runt & consequenter etiam aliena, puta deposita,  
commodata, & alia similes.  
*a Nam & Iulius.* Ratio dubitandi. Etiam is qui  
aliena negotia gerens, indebitum exegit, resti-  
tuere id cogitur, quia sicut in damno morari  
non debet si quod ei ex alienorum negotiorū ge-  
stione senserit, Ita nec lucrum viliam retinere  
debet, *l. si quis negotia 23. De negot. gest.* Ergo nec bona  
fidei possessor retinere debet quod tamquam  
heres indebitum exegit, sed vero heredi debet  
reddere, eam sufficere, ut in damno non moretur,

19 ¶ Sed si res sit redhibita, hęc utique & hereditaria est, & pretium non veniet, quod  
refusum est.

Ad §. 19. Sed si res.

Ratio dubitandi. Res quæ siue à defuncto, siue  
à bona fidei possessore hereditatis fuit vendita si  
redhibeatur rursus sit hereditaria. Ideoque perti-  
net ad Senatusconsultum quod de reddendis pre-  
ciis rerum ex hereditate distractarum factum est.  
Ergo precium quod bona fidei possessor habuit  
vero heredi reddendum est.

Dec. Cum redhibitio sit, omnia retro aguntur,  
*l. quia redhibito 9. sup. De alien. iud. iur. caus. fact. l.  
voluntate 10. §. 1. Quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg.*

¶ Sed & si ob venditionem obstrictus sit emptori possessor hereditatis: dicendi  
erit, propici ei cautione.

Ad §. 20. Sed etsi ob venditionem.

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis qui rem

non etiam ut lucrum sentiat.

Dec. Multum refert an quis indebitum exi-  
gatur nomine suo, an alieno: Si suo acquirit sibi in  
alij, & consequenter tenetur ipse conditione  
debiti non alius, Nec si fuerit procurator, dum  
mandatum ei sit ut indebitum exigeret, aut fecit  
ratihabitio *l. si ratihabitio 6. §. 1. §. leg. l. cum in  
bitum 57. §. 1. De condit. indeb.* Sed si alieno nomi-  
ne exegerit, siue ex mandato expresse, siue tanque  
negotiorum gestor debet reddere ne sub alie  
nominis præterit lucrum capret ex damno al-  
no, quod à bona fide magis alienum esset, *leg. l.  
proprio 46. §. procurator sup. De procu. iur.* Hinc  
quod neque venditor hereditatis cogitur empti  
præstare quod ab alio indebitum exegit, *l. 2. §. 10  
quærit inf. De hered. vel act. vend.* quoniam vendit  
hereditatis exigit suo nomine nec tamen vende-  
do postea hereditatem, aliud vendere intelligit  
quàm quod fuit hereditatis *d. l. 2. §. cum quis.* Sic  
de herede rogato hereditatem restituere scrip-  
tum est in *l. in soluto commissa 11. §. 1. §. 1. quærit inf. ad §.  
Treb. l. in quo non continetur indebitum.*

b *l. de imp. iur. iur.* Ratio dubitandi. Non debet  
bona fidei possessor in damno morari, *l. sed etsi  
§. consuluit inf.* Morabitur autem in damno si qui  
ipse soluit indebitum de suo non possit imputare  
vero heredi, & per retentionem ex rebus heredi-  
tariis sibi laudare, *l. quod si possessor 17. sup.* Trac-  
tus hinc de rebus de suo herede qui se putans he-  
dem & debitorem, de suo soluit indebitum, non  
autem ex rebus ipsius hereditatis.

Dec. Quod à suo herede quamvis bona  
fidei possessore soluta est indebitum per en-  
rem, non tam propter causam hereditatis, quæ  
ex solvendo errore & culpa solutum videtur,  
consequenter suam sibi culpam imputare debet  
non vero heredi qui neque debuit, neque veni-  
miter solvatur indebitum fuit, Potestque hu-  
bona fidei possessori sufficere, quod indemnita-  
consequenda gratia conditionem habentis  
adversus eum cui soluit. Aliud est si id soluit  
quod debuisset, si verus heres fuisset: ut puta  
datum in eo testamento relictum ex quo l  
reditatem ille possidebat, & quod tamen p  
stea nullum vel irritum fuisse apparuerit, ut in  
*l. quod si possessor.*

redhibere *21. §. pass. inf. De adilit. edict.* Proinde p  
cium quod emptor venditori solverat, eidem e  
ptori rem redhiberi refundere necesse est. Re-  
fusus autem emptori non debet venditor idem  
falsus heres vero heredi reddere, cum apud  
nihil ex precio remanserit. Satisque esse debet  
ro heredi, quod rem ipsam redhibitam habitam  
fit tanquam hereditariam, & hereditati restituta  
Itaque idem iuris est hoc casu, quod in superie  
ob idq; malo legere ut in vulgata lectione per  
iunctionem ampliativam *sed & si* quam per adu-  
fativam *sed si* ut in §. seq.

aliquam ex hereditate vendidit, ex eaque cau-  
emptori obstrictus est ob evictionem quod resi-  
postum

postmodum aliena reperta sit, non hereditaria re-  
netur ex facto suo quia vendidit. Porro factum  
cuique suum nocere debet non aliter *l. p. l. cum 155.  
De regul. iur.* Nulla igitur ratio est, cur petitor he-  
reditatis hęc possessio caute debeat de indem-  
nitate ob evictionem.

Dec. Nihil potest in petitori bona fidei possessori  
qui rem aliquam ex hereditate quam suam esse  
putabat, quam hereditariam vendidit. Ideoque in-

21 ¶ Restituere autem pretia debet possessor, & si deperditæ sunt res, vel deminu-  
tæ. Sed utrum ita demum restituat, si bona fidei possessor est, an & si mala fidei? Et si  
quidem res apud emptorem extant, nec deperditæ, nec diminutæ si re: sine d. bio  
ipias res debet præstare mala fidei possessor: aut, si recipere eas ab emptore aut modo  
possit, tantum, quantum in litem elicit iuratum. At ubi deperditæ sunt, & diminutæ ve-  
rum pretium debet præstare: quia, si petitor rem consecutus elicit, ditraxisset, & verum  
pretium rei non perderet.

Ad §. 21. restituere.

Ratio dubitandi. Periculum rerum deperditarum  
aut diminutarum sine dolo malo aut culpa  
bona fidei possessoris non ad alium pertinere po-  
test quàm ad dominum *l. quis fortuitis 6. C. de pign.  
act. l. contractus 23. De regul. iur.* Ergo non debet bona  
fidei possessor restituere pretia rerum quas ex  
hereditate vendidit, si postea deperditæ sint aut di-  
minutæ: sicut nec ipsas res cogentur reddere quæ  
deperditæ essent aut diminutæ si eas non vendi-  
didisset. Nec enim cogendus est huius periculi metu  
ius suum indefensum relinquere, *leg. illud 40. inf.  
hoc 1. 1.*

Dec. Sicuti non debet possessor bona fidei ma-  
nere in damno, ita neque in lucro. Neque tam in-  
spiciendum est qui habiturus esset si non vendi-  
didisset, quàm quid ex venditione consecutus sit.  
Atqui non potest negari quin quantum ex re-  
rum quas vendidit pretio cogatur, in tantum lo-  
cupletior factus sit si aliud nihil in contrarium  
probetur. Ergo pretia rerum etiam deperditarum,  
vel diminutarum debet restituere, quia non  
eo magis sunt ipsa pretia deperdita vel diminuta,  
Nec substituantur hoc casu pretia in locum re-  
rum deperditarum aut diminutarum, sed in lo-  
cum venditarum. Fuerunt autem venditæ ante-  
quam essent vel deperditæ vel diminutæ. Nam  
nec si adhuc extarent cogeret bona fidei posses-  
sor eas res reddere quas non haberet, sed precio-  
rum restitutione liberaretur, ut sequitur in textu,  
ad differentiam mala fidei possessoris. Porro quæ-  
nam res dicantur deperditæ aut diminutæ, lex se-  
quens explicabit.

a *Sed virum.* Quæstionis huius sensus non ille est,  
An quod diximus proxime de restituendis preciiis  
rerum venditarum ex hereditate quæ postea de-  
perditæ sint vel diminutæ ad solos bona fidei pos-  
sessorum pertineat, non etiam ad mala fidei posses-  
sorum (quis enim putet meliorem istorum quàm  
illorum conditionem esse debere?) Sed hic potius  
An eadem mala fidei possessoris condicio esse de-  
beat, quæ bona fidei possessoris quantum ad hoc  
ut non res ipsas venditas, sed earum tantum pre-  
cia restituere teneatur. Ut sequens ad propositam  
quæstionem responsio demonstrat.

b *Et si quidem.* Respondet Vlpianus ad propo-  
sitam quæstionem adhibita distinctione: Aut ex-

demnis servandus est ex Senatusconsulto quod  
non patitur ut maneat in damno, Maneret autem  
si non ei caueretur de indemnitate in eam causam  
quo ex promissione sua de evictione teneretur, ut  
in *l. r. scriptum 12. §. 1. D. de distract. pign.* Quidni  
verò teneatur petitor caute bona fidei possessori?  
(de hoc enim solo loquimur) eum è contrario et-  
iam possessor caute nonnunquam debeat peti-  
tori, ut in *l. quod sit dicit 16. §. 1. sup.*

tant adhuc, inquit, res venditæ à mala fidei pos-  
sessore nec sunt deperditæ, aut diminutæ. Aut  
extare debent, Priore casu dicendum est non  
liberari mala fidei possessorem restitutione pre-  
ciorum quæ accepit, sed omnimodo cogendum  
res ipsas quæ extant reddere aut saltem pati con-  
demnationem quanti petitor eo nomine in litem  
iuraverit, ut scilicet in hoc sit deterior condicio  
prædonis quàm bona fidei possessoris: Scilicet si  
hoc petitor elegerit. Nam si malit præcia rerum  
venditarum petere quàm res ipsas, audendus est  
ne alioqui è contrario melioris conditionis sit  
mala fidei possessor quàm bona fidei possessore,  
quod esset absurdum, ut bene ratiocinatur Accur-  
sius ex *l. non solum 13. inf. de noxal. iur.* At posteriore  
casu non quidem tenetur mala fidei possessor, ut  
res ipsas deperditas aut diminutas præstet, quod  
est impossibile, sed ut earum pretium restituat,  
non quod accepit, sed verum si forte minus  
iusto precio vendiderit. Nam & hoc modo in-  
telligi hic textus debet, ut electio sit semper pe-  
toris utrum malit res ipsas petere, aut earum  
pretia. Quid enim si possessor hereditatis plu-  
ris res vendiderit, quam quanti reuera essent?  
Cur cogemus petitorem eundemque verum he-  
redem ut contentus sit vel de rebus ipsis, vel ius-  
to ipsarum pretio? Dubitandi tamen ratio ad  
priorem casum adferri ex eo potest quod ab-  
surdum videatur & iniquum ut cogatur posses-  
sor hereditatis eas res reddere quas non ha-  
beat, quamvis adhuc extant, *leg. mulier 22. §. sed  
enim D. ad S. C. Trebell.* Præsertim cum nulla actio-  
ne possit illas repetere, Neque vindicatione quia  
dominus non est, neque alia actione vlla nec si  
dominus postea ex aliqua causa factus esset, cum  
ipse vendiderit, perpetuamque exceptione rei ven-  
ditæ & traditæ repelli possit *l. 1. §. pass. De excep. rei  
vendit. & tradit.* Sed ratio decidendi est, quia cum  
sit mala fidei possessor & mala fide vendiderit,  
dolo fecisse videtur quominus possideret, ac pro-  
inde omnimodo condemnandus est atque si possi-  
deret siue tanquam possessor eo iure quo dolus  
pro possessione est, siue tanquam is per quem fa-  
ctum sit quominus possideat, ut in *l. 1. §. 1. De tign.  
iur. l. 1.* Ad posteriore vero casum illa dubitan-  
di ratio est, quod tunc quoque cum res he-  
reditarie aut quæ ex hereditate fuerunt, à ma-  
la fidei possessore venditæ, sunt deperditæ, aut



vsucaptae imputari semper potest possessori cur eas mala fide ac dolo malo vendiderit, ideòque videntur haberi debere pro extantibus in ipsius odium, vt quamuis per rerum naturam impossibile sit eas restitui, æstimantur tamen quanti peritor in litem iurauerit, cum per eiusmodi iurandum æstimari possint res etiam quæ non extant, *l. in actionibus §. vers. plane D. de in lit. iur.* vbi dicitur ob hanc causam iurandum esse in litem, etiam in actionibus stricti iuris si forte homo ex stipulatione debitus perierit post moram possessoris, quod alioqui sine delatione iurandi non possit iudex æstimare rem, quæ non extat. Verum decidendi ratio fortior illa est, quòd impossibile nulla sit obligatio, vt habet iuris regula. Impossibile autem sit vt præstetur res quæ non extat, ideòque necesse sit, vt ad præstandum precium decurratur. Quod porò sufficit præstari quantum acceptum est, aut quod verum est, prout actor elegerit, Nullo in eam rem interposito iureiurando, quia nec necesse est cum in iudicio vniuersali quale est petitionis hereditatis precium succedat loco rei nec minùs appellatione hereditatis veniant precia rerum hereditariarum, quam res ipsæ hereditariæ: Quod in speciali actione, aut obligatione diuersum est. Nec enim qui debet Stichum, aut quam aliam speciem, eius quoque precium debet, cum aliud longè sit res ipsa. Aliud verò rei æstimatio. *l. si alij §. 1. De vsufr. l. ult. C. de fidei. libert.* At hereditatem qui dicit nec res ipsas dicit nec precia, sed id quod est in hereditate siue res sit, siue precium. Venit ergo hoc casu in petitionem hereditatis omnimodo precium rei vendita non res ipsa quæ vel deperdita fuit vel deminuta, Precium autem non præsentis temporis, vt in *dist. vers. plane*, sed quod fuit verum tempore venditionis: si minore precio quam iusto facta sit venditio, Aut quod acceptum est à precio venditio facta sit maiore, Vt semper electio sit petitoris contra malæ fidei possessorem, Non etiam contra bonæ fidei

possessorem qui non tenetur reddere aliud precium quam quod percepit *§. ait Senatus supr. l. nisi §. 3. §. 1. infr.*  
*c. Quia si petitor.* Ratio dubitandi. Qui dolo malo delit possidere, vt possessor malæ fidei qui rem hereditariam vendidit perinde condemnandus est ac si possideret siue ab alio res possideatur siue in totum non extet. *l. sed et si 25. §. perinde vers. siue autem ab alio infr.* Ergo etiam eo casu quo vendita res deperdita sit aut deminuta tantum præstare debet, quantum in litem iuratum fuerit. Nec liberari debet veri precij restitutione.

Dec. Perinde quidem condemnandus est malæ fidei possessor etiam cum res extat delit, ac si adhuc extaret, Ne alioqui dicendum sit eum interitu rei liberari quod esset absurdum, Sed tamen non ad eundem modum condemnatur, quia cum res extat, contra eum iuratum in litem potest si rem ipsam non reddat, vt præfens ipsius dolo & contumacia puniatur: Cum verò res extat delit, non potest tam grauis aduersus eum ferri condemnatio, quia licet in dolo fuerit cum vendidit, nunc tamen dolo non facit qui non restituit rem quæ extat delit & quæ restitui amplius non potest: Satisque punitur in eo quod non solum rei interitu non liberatur, sed neque restitutione precij quod accepit si forte viliori precio vendiderit. Quia vt hic ratiocinatur Vlpianus, si petitor rem consecutus esset, distinxisset eam, & verum precium rei non perderet. Cum tamen in bonæ fidei possessore aliter receptum sit, Non quidem vt interitu rei magis liberetur, sed vt non nisi precium ipsam quod percepit restituere teneatur, quod nec restituere teneatur si non ei ratio illa obstarer quod nullum ex aliena hereditate lucrum retinere debeat, vt scriptum est in *d. leg. nisi §. 1.* Similis ratio est in *l. cum res 47. §. ultim. De leg. 1. & in l. item si verberatum 15. §. final. infr. De rei vindicat.* vbi dicemus latius, Iunge Paulum *lib. 1. Sentent. Tit. 13. §. 9.*

21. G A I V S libro 6. ad Edictum Prouinciale.

**D**eperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desit: deminutum verò, quod vsucapum esset, & ob id de hereditate exiit.

*Ad l. Deperditum 21.*

Quoniam de rebus deperditis & deminutis tractatum fuit in lege præcedente explicatio subiicitur in hac lege ex Caio, quid deperditum dicatur, quid deminutum. Deperditum, inquit, est quod in rerum natura esse desit, tanquam omnino perditum. Dicitio enim illa *De* augere solet. Deminutum verò non quod aut in totum, aut ex parte in rerum natura esse delierit, sed quod vsucapum fuerit. Id enim quod vsucapum est licet in se deminutum non sit, minuit tamen hereditatem, & ideò dicitur deminutum ex hereditate, Vnde & damnnum appellatum est, *leg. 3. infr. de damn. infect.* quamuis Accursius noter aliter eo loco sumi nomen deminuti: quod non ita est, nisi quod sui natura latius patet quam vsucapum cum se habeant ista vt genus, & species. Quicquid enim vsucapum est, etiam deminutum est, sed non contra. Bartolus verò

istorum verborum obscuritatem explicat per obscurius, cum ait deperditum referri ad actum naturalem, Deminutum verò ad actum civilem. Interdum sanè deperditum esse intelligitur non solum id quod in rerum natura esse desit sed etiam quod mansit quidem, sed ita vt formam mutauerit, & condicionem, *leg. verum 63. §. ultim. infr. pro socio leg. Iulianus 9. §. sed si quis rem infr. ad exhib. leg. mulieris 13. §. 1. & leg. sequ. De verbor. signific. In qual. 13.* obseruandum est vt hoc obiter adnotemus, postremam clausulam ab illis verbis incipere, *Absit & ea res qua in rebus humanis non est.* Illa enim præcedentia *Ob hoc quod furto pridem subtracta est ad priorem sententiam pertinent quæ habet, Videri tunc desinere rem abesse,* cum sic redit in potestatem domini ne amittere eius possessionem possit, Scilicet cum quærimus de re furto subtracta, cuius vsucapio per legem duodecim tabularum inhibita est, donec in domini potestatem redierit.

22. P A V L V S

22. P A V L V S libro 20. ad Edictum.

**S**i & rem, & precium habeat bonæ fidei possessor: puta quòd eandem rem emerit: an audiendus sit si velit rem dare, non pretium? In prædione dicimus electionem esse debere actoris, an hoc magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriore factam, non petitor, si pretium desideret, quod inuerecundum sit tale desiderium: an verò, quia ex re hereditaria locupletior sit, & id, quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum. Nam & in oratione Diui Hadriani ita est: Dispicite partes conscripti, numquid sit & prius possessorem facere lucrum: & pretium quod ex aliena re loci hereditariae rei vendita, pretium eius successisse, & quodammodo ipsam hereditarium factum. Oportet igitur possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione eius rei lucratus est.

*Ad l. Si & rem 22.*

Ratio dubitandi. In actionibus vniuersalibus qualis est petitio hereditatis precium succedit loco rei, vt paulò ante finem huius legis discretè scriptum est. Ergo stulta est quaestio, An debeat bonæ fidei possessor rem ipsam reddere, quam vendidit, Aut an præter ipsam rem debeat aliquid præstare ex pretio quod accepit, si forte plus rem vendiderat, quam quanti eam postea redemit. Sed & absurdum videtur querere, An huius rei nomine, quam possessor hereditatis vendidit & redemit teneatur petitione hereditatis, Cum eam possideat titulo emptionis, nec detur petitio hereditatis contra titulo possidentem. *l. regulariter 10. supr.*

Dec. Nihil interest an possessor hereditatis rem hanc hereditariam nunquam vendiderit, an verò venditam redemerit, Cum fieri non possit vt post redemptionem plus iuris habeat quam haberet antea, siquid ponimus redemisse illum ab eo ipso cui vendiderat vt bene ratiocinatur Bartolus & longè melius hac parte quam Accursius. Proinde nihil cause est cur non teneatur petitione hereditatis huius rei nomine licet aliam nullam possideret. *l. licet minimam 1. supr.* Sed tamen in eo videtur errare Bartolus quod putat in petitionem hanc hereditatis venire rem ipsam venditam & redemptam. Quod generaliter & indistinctè non ita est, Nam contra malæ fidei possessorem id quidem obtinet, vt electionem habere petitor debeat vtrū rem petere malit an precium, quemadmodum in hac lege scriptum est, sed non æquè contra bonæ fidei possessorem, qui simul atque vendidit rem hereditariam, atque ita semel obstrictus esse coepit restitutioni precij, non potuit postea redimendo sibi ius acquirere, vt electionem habeat restituendæ rei quam vendidit, nisi petitor consentiat. Quæ admodum enim talis electio non est danda petitori contra bonæ fidei possessorem, Ita neque possessori quamuis bonæ fidei contra petitorum. Proinde si paratus sit bonæ fidei possessor omne precium reddere quod ex venditione percepit, non habet petitor quod amplius petat. Ethic proculdubio sensus est orationis Hadriani quam hic Paulus refert, cum ait *Æquius esse vt possessor non faciat lucrum, & precium quod ex aliena re percepit totum reddat quia potest existimari in locum rei hereditariæ & vendita precium eius successisse, & quodammodo factum ipsum hereditarium.* Quomodo enim possit dici successisse precium loco rei, si & rem ipsam reddere possessor teneatur, & præterea tantò locupletior factus esset ex pretio, id est tantò plus ex venditione reddegisset, quam in redemptionem impendisset, An non esset hoc & rem ipsam præstare, & parte m

precij? Deinde quid si res etiam facta deterior esset tamen facta preciosior? Hec enim facile potest euenire auctis pro temporum varietate rerum precij. Cur dicamus non liberari possessorem si rem ipsam paratus sit reddere, quæ reuera plus sit quam quanti fuerat vendita, licet per stultitiam emptionis viliori pretio redempta proponatur? An forte ob id solum res minoris est, quod minore precio vendita fuerit? Aut quodnam lucrum remanebit penes bonæ fidei possessorem postquam totum illud precium restituerit, quod ex eius rei venditione redegerat? Nam quod hodie habet eandem rem minore precio non tanquam heres habet nec ex causa hereditaria, sed tanquam extraneus quilibet. Ponimus siquid fuisse rem redemptam quæ simpliciter & absolute ab eodem possessore fuerat vendita. Vt excludamus casum illum quo fuerit res vendita sub pacto de retrovendendo, aut vt in *l. 2. C. de pact. ant. empi. & vendit.* Eo namque casu si curi redemptio fieret ex necessitate & consequentia præcedentis venditionis. Ita videri posset rursus facta hæc res hereditaria, Vel potius numquam desuisse in totum esse hereditaria quamdiu ipsius redimendæ ius mansit in hereditate. At cum absolute ac sine vilo pacto fuit res vendita, negari certè non potest quin per eiusmodi venditionem desierit esse hereditaria, totumque precium in ipsius vicem factum sit hereditarium. Quo admissio, qui fieri obsecro potest vt rursus fiat hereditaria, ob id tantum, quod possessor hereditatis qui nec ipse heres est eam redemerit tanquam extraneus quilibet, arg. *l. si paterfamilias 15. §. 1. de adopt. l. debitor 19. in fin. ad SC. Trebell.* Ergo nec in petitoris arbitrio esse debet, vt petat rem hanc redemptam quasi hereditariam, nec in potestate bonæ fidei possessoris vt eam præter si malit petitor habere precium quod ex venditione redactum est. Nam quemadmodum non possum videre qua fronte possit bonæ fidei possessor rem hanc redemptam offerre restituendam quasi hereditariam eo quoque casu quo deterior facta sit vt precium maius retineat quod percepit ex venditione eiusdem rei antequam fieret illa deterior, Ita neque intelligo quam rationem habeat quod ex Paulo scriptum est in hac lege, Inuerecundum esse desiderium petitoris agentis ad precium rei vendita, non ad rem ipsam deteriorem factam. Quid enim aut melius, aut aliud facere petitor possit? An forte cum Accursio & Bartolo dicemus inuerecundè illum facere qui malit petere precium, quam rem ipsam deteriorem factam, qui vtique rem petiturus esset si melior facta fuisset: arg. *l. pen. C. de solut. l. non eorum 14. C. de procurat.* Atqui hoc ipsum est quod nos negamus, in petitoris arbitrio esse de-

BB 4

bere ut petat rem venditam & redemptam licet meliorem factam sine maiore sine minore precio fuerit redempta quam quo fuerat vendita. Sed omnimodo precium quod ex venditione perceptum fuit in petitionem hereditatis venire contendimus, licet rem meliorem factam & redemptam possessor penes se habeat, quia ut dixi, non tanquam possessor hereditatis eam nunc habet sed tanquam extraneus quilibet. Deinde cur dicamus inuerecundum desiderium petitoris, qui malit ad precium agere quam ad rem ipsam factam deteriorē? Cūm dici soleat & verē nec reddiditū videri rem quā deterior redditur l. 3. §. 1. in p. commod. l. mulieris 13. §. 1. & l. seq. in p. De verb. signific. Piane si rem factam meliorem noller petitor accipere, malletque precii restitutionem virgere, dici probabilis posset inuerecundum ipsius desiderium, Cūm nullam quele iustam occasionem habere possit is cui res melior offertur. Sed non facit ea res inuerecundum desiderium quod est iustum, Non magis, quam si quis recuset pro alio aliud accipere etiam quod sit multo pretiosius. Res enim hereditaria quæ per venditionem à bonæ fidei possessore factam semel desit esse hereditaria, & in cuius locum fuit subrogatum precium quasi hereditarium, quomodo fieri potest ut recidat rursus in causam hereditariam? Et contra, ut precium quod semel successit loco rei & factum est quodammodo hereditarium tale esse desinat? Quod enim de obligatione solemus dicere, semel exunctam illam nunquam reuiscere. Idem de mutata qualitate & substantia rei non minus verē dici potest, ut quæ per mutationem sublata & extincta est nunquam redintegretur l. qui res 98. §. arcam de solut. l. sed si m. is 26. §. arbor. De acquir. rer. domin. l. seruis 27. in fin. De edim. legat. Igitur ut concludamus, & tandem quid sentiendum putemus aperiamus, Non potest defendi quod in fine legis ex Paulo scribitur, Oportere possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione eius rei lucratus est, Pugnātque hæc sententia non tantum cum ratione iuris sed etiam cum illa ipsa oratione Hadriani in ipsius comprobationem adducitur. Vnde mihi facile persuadeo corruptum esse Pauli responsum à Triboniano cui solleenne est abuti nunc his nunc illis rescriptis priorum Imperatorum ut nouas suas opiniones in aliis casibus omnino dissimilibus confirmet aduersus verba mentemque rescriptorum. Quod & hic proculdubio ei contrigit. Nam in oratione illa Hadriani nihil omnino est ex quo tale quid possit colligi, ut & res præstanda sit à bonæ fidei possessore quamuis deterior facta, & præterea pars precii, sed ut precium solum quod ex venditione redactum est, tanquam quod in rei hereditariæ locum successerit. Alioqui eodem errore dicendum esset, Si res à bonæ fidei possessore vendita, rursus esset ei ab emptore donata sed tamen facta deterior, cogi eum oportere petitione hereditatis ut & rem ipsam deteriorē factam restitueret, & præterea quicquid ex precio consecutus esset, quia hoc casu amplius haberet totum precium quandoquidem nulla ei pars precii abesset qui eandem rem hodie non ex redemptione aliqua, sed ex donatione haberet. Et tamen qui æquum putet auferri ei commodum donationis

quam ex amici gratia & liberalitate meruit, & quæ haberet hodie tantum est possessor hereditatis nunquam fuisset. Sed hæc æquiora sunt, quam ut pluribus sint demonstranda.

a Si & rem & precium. Ratio dubitandi. Longè aliud res est, aliud verò precium rei l. si alij 32. §. 1. de usufr. l. ult. C. de usufr. libert. quia precium rei etiam quod ex venditione redigitur non tam ex re quam ex negotiatione percipitur l. venditor 21. De hered. vel act. vendit. Nulla igitur ratio est ut precium succedat loco rei. Indeque nimium est quod precium redactum ex re furtiua non est factum l. qui vas 48. §. ult. in p. de furt. nec precium commune quod perceptum est ex venditione fundi communis nec pignorum quod ex re pignorata nec dotale quod ex re dotali, aut contral. si ex ca 6. C. de rei vendit. l. ex p. cuncta 12. C. de iur. dot. l. idem 7. in fin. in p. d. pign. 67. l. si vnum 67. §. 1. in p. pro iur. l. procuratoris 8. §. p. non si noniam 13. §. 1. in p. d. l. tribuit act. d. nemo 82. De v. lib. act. 12. §. iustitiam 25. De noua.

Dec. In specialibus quidem hinc petitionibus sine actionibus ita est, sed non in generalibus quales est petitio hereditatis de qua hic loquimur, quia hereditatis nomen per se rem aptum est comprehendere precium rei hereditariæ quam rem ipsam hereditariam, ut diximus ad l. 20. in p. Arque ita Bart. hic concludit probat à ceteris omnibus interpretibus. Ex l. Imperator 70. §. ult. & l. seq. de legat. 1. vbi dicitur in fideicommissaria hereditate restituenda idem obtinere, ut si ab herede rogato aliqua res hereditaria sit vendita, & ex eam precio alia comparata has quoque restituere oporteat v. c. permutat. domum, quia ut subicitur in l. si q. non videat. absumptam quod in corpore patrimonij retinetur l. cum vultis 9. in p. si quis hered. p. act. Obicit tamen hæc transactio, quod etiam in plerumque actionibus specialibus precium succedit loco rei, ut in l. si ipse 8. in princip. in p. quod m. t. caus. Vbi tractatur de actione Quod metus causa quæ specialis non vniuersalis est. Et in donationibus quoque inter virum & uxorem ex quibus nulla vniuersalis, sed specialis tantum actio nascitur, sien facile potest ut non modò precium rei, sed etiam quod difficilior est, vna res in alterius locum subrogetur, ut in l. si don. 20. C. §. 1. si mancipia. §. in p. De donat. ant. vir. & vxor. Itaque mallem generaliter dicere Precium succedere loco rei aut rem loco precii quoties talis actio est in qua queri oporteat an aliquid ad rem peruenit ex quo ipse locupletior factus sit. Nam quemadmodum videtur res abesse ei cui preciam habet etiam si rem ipsam habeat l. Labio 14. vers. item si dominus De v. b. signific. Ita neque negari illud potest, quin locupletior factus sit qui rem vendidit & precium ex venditione redegit quamuis rem ipsam habere desierit l. ex mandato 20. in princip. in p. mandat. l. qui qui precio 30. in p. De usufr. Eiusmodi est actio Quod metus causa d. l. si ipsa. Itemque conditio quæ competit ex donatione inter virum & uxorem, d. l. 36. & 38. de donat. int. vir. & vxor. Etsi quæ sunt alia similes De petitione hereditatis non dubitatur quin ex harum genere sit cum non detur contra bonæ fidei possessorem nisi quatenus locupletior factus est l. sed et si 25. §. consultui in p. l. a. C. cod.

Vtrum autem omne pretium restituere debebit bonæ fidei possessor, an verò ita demum, si factus sit locupletior, videndum. finge precium acceptum vel perdidit, vel consumpsit, vel donauit. Et verbum quidem peruenisse ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an verò & id, quod durat & puto frequentem clausulam senatusconsulti, & si hæc sit ambigua, ut ita demum computet, si factus sit locupletior.

Ad l. Vtrum autem 23.

Ratio dubitandi. Peruenisse videtur etiam quod vel vno temporis momento peruenit l. cum procurator 127. De regul. iur. l. videamus 17. in p. Quod met. caus. Ergo non eo minus teneri debet bonæ fidei possessor ad totum precium quod accepit restituendum, quod acceptum illud perdidit, vel consumpsit, vel donauerit.

Dec. Verbum quidem peruenisse ambiguum est, quia significat interdum id quod prima ratione peruenit quamvis non cum effectu, ut in locis supradictis, Interdum verò id quod peruenit cum effectu, ut in l. 2. §. peruenisse §. de hered. vel act. vendit. In proposito autē casu accipitur in possessione sensu ut illud duntaxat precium ad bonæ fidei possessorem peruenisse videatur, ex quo locupletior factus sit. Nemo autem dixerit locupletior factum videri eum qui precium quod accepit vel perdidit, vel consumpsit, vel donauit l. sed et si 25. §.

¶ Proinde si non solum a pretium, sed etiam pœna tardius pretio soluto peruenierit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus.

Ad §. 1. Proinde.

a Proinde si non solum. Ratio dubitandi. Senatus de pretio tantum restituendo locutus est, non etiam de pœna quæ ob tardius solutum precium ad bonæ fidei possessorem peruenit. Ergo precium duntaxat restituere possessor debet non pœnam in stipulatum deductam quo ad tardius precium solutum esset.

Dec. Peruenisse ad bonæ fidei possessorem id omne intelligitur ex quo possessor locupletior factus est, sicuti proxime diximus, Atqui locupletior hic factus est non tantum ratione precii, sed etiam quantum ad pœnam exactam ob non solutum precium, Nec potest negari quin occasione hereditatis lucrum huius pœnæ ad eum peruenit. Ergo hanc quoque pœnā debet restituere quia nul-

consulti in p. Hanc verò interpretationem, ut nosse Vlpianus magis probet, non ex eo tantum mouetur quod vulgo iactari solet verba cum effectu esse accipienda l. pen. §. doc. de sup. l. v. quis enim quis in us vocat. §. v. ext. Sed ex hoc potissimum quod ambiguitas quæ in hoc verbo est interpretationem sumere debeat ex sequenti clausula eisdem Senatusconsulti, in qua non vltus est Senatus eodem verbo ambiguo peruenisse, sed apertius expresse & constituit ut bonæ fidei possessores non teneant nisi in quantum locupletiores facti sunt, ut constat ex Senatusconsulti verbis quæ idem Vlp. retulit in l. cum veniunt 20. §. propter hæc, in p. Quoties namque in vna legis parte aliquid obsecuti vel ambigui est, aut in aliquo iure testamento, siue contractu, capienda est interpretatio ex aliis clausulis vel præcedentibus vel sequentibus, ut & in l. qui sit abus 17. de legat. 1. l. quæsumus 1. §. ante in p. in p. De instrum. & instrum. legat. l. quem admodum 29. §. vlt. in ad leg. Aquil.

lum penitus lucrum ex hereditate retinere debet, factisque ei esse debet quod propter suam bonam fidem nec in damno villo moretur d. l. sed et si 25. §. consultui in p. Itaque ad rem non pertinebit si quis obiciat, Vltus & pœnas istas (quæ ut plurimum pœnarum loco sunt l. qui sine 33. in p. de negot. gest. adeoque interdum licet non semper in fraudem legitimarum vlturarum promittuntur, in eo scilicet in quo excedunt legitimum modum vlturarum l. Iulianus 13. §. ibide Papianus respondit De act. empr. l. pœnia 9. in princip. & §. de usur.) non propter lucrum petentium infligi, sed propter moram non soluentium l. cum quidam 17. §. si pupillo 7. De usur. Non enim facit ea ratio quin pœna hæc cedat merito lucro possessoris qui neque stipulandæ neque exigendæ ipsius causam vllam habuisset, si hereditatem non possedisset.

At vbi vi deiectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam, quod eam auctor habere non potest. Sic nec pœna restitui debet, quam aduersarius ei promissæ si ad iudicium non venerit.

Ad l. At vbi 24.

Ratio dubitandi. Quod bonæ fidei possessor hereditatis vi deiectus consecutus est ab eo qui deiecit per interdictum Vnde vi, haud dubie consecutus est per occasionem hereditatis, quia si possessor non fuisset, vtrique nec vi deiectus à possessione rei hereditariæ fuisset. Idem ergo ius in hoc casu constitui debet quod in superiore, ut hic bonæ fidei possessor in hereditatis petitione victus debeat restituere etiam pœnam quam consecutus

est ab eo qui deiecit, id est quanti interest eius qui vim passus est. Hæc enim fuit olim pœna interdicti Vnde vi l. 1. §. quod vi deiectus & §. non solum in fin. De vi & vi armat. Hodie verò duplum ex constitutionibus §. sed ex constitutionibus Inst. de interd. Idemque dicendum videtur de pœna quam deiector promiserat si in iudicium non veniret: Nam nec huic pœnæ aut stipulandæ aut committendæ locus vllus fuisset, ut neque deici bonæ fidei possessor potuisset si hereditatis possessor non fuisset.



Vnde etiam est quod qui vi deiectus est non eo minus tenetur petitione hereditatis acti rem hereditariam adhuc possideret, cum pro re hereditaria interdictum habeat, quo possit cedere. *l. quod si 16. §. Iulianus scribit sup. l. libid. 40. §. actiones l. aut. Etia 15. inf. eod. vbi & de interdicto Vnde vi & de lege Aquilia agitur.*

Dec. Condemnatio quæ irrogatur ei qui vim fecit, siue ex edicto Prætoris, siue ex Imperatorum constitutionibus non alij prodesse potest quam illi ipsi qui vim passus est. *d. §. sed ex constitutionibus.* Atqui vim passus est bonæ fidei possessor quæ alius deiecit non petitor. Fieri ergo non potest ut hanc pœnam habere petitor debeat, & consequenter manere illam necesse est penes bonæ fidei possessorem qui solus ipse vim & iniuriã passus fuit. Denique accedit hæc condemnatio hereditari extrinsecus, nec tam hereditari quam personæ, & ideo nõ potest venire in petitionem hereditatis, ut scriptum est in *l. item veniunt 20. §. item non solum in fin. sup. hoc t. r.* Huic casui alius similis est si bonæ fidei possessor hereditatis acturus fortè contra debitorem aliquem hereditarium stipulatus ab eo sit iudicio fisci ut fieri olim solebat ex *T. r. si quis caution. & Qui satisf. cogant.* adeoque subiecta pœna certæ quantitatis in vicem eius quod interesset ex consilio Iureconsulti in *l. ult. De prætor. stipulat. &*

25. VLP IANVS libro 15. ad Edictum.

**S**ed & si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum: lucrum, quod sensit lege commissoria, præstaturum.

*Ad l. Sed et si lege commissoria 25.*

Ratio dubitandi, & decidendi. Eadem est quæ ad *§. ult. l. 13. sup.* Lucrum enim quod accessit bonæ fidei possessori ex lege commissoria fortè quod propter non solum sua die totum precium emptor aut arthas aut illaram iam & prorogam partem precii perdidit. *l. si fundus 4. vers. sed quod ait l. de lege 6. inf. De leg. commiss. videtur ei accessisse ex propria conventionione non ex causa hereditaria, ideoque nec restituendum esse heredi agenti petitione hereditatis: Non magis quam in duobus illis primis casibus de quibus in *leg. prox. preced.* Sed*

**I**tem si rem distraxit, & ex pretio aliam rem comparavit: veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum conuertit. Sed si res <sup>a</sup> minoris valet, quam comparata est: hæctenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.

*Ad §. 1. Item si rem distraxit.*

Ratio dubitandi. Non tantum precia rerum ex hereditate distractarum veniunt in petitionem hereditatis, sed etiam res aliæ ex precii illis comparata: *l. item veniunt 20. in princip. §. vt & in l. Imperator 70. §. ult. cum l. seq. inf. De leg. ar. 2.* vbi dicitur Eum qui rogatus est restituere quod ex hereditate supererit si quasdam res vendiderit, & ex earum pretio alias comparaverit, has quoque quas comparaverit restituere cogendũ esse, ut in vicem permutati domini restituantur.

Dec. Multum interest an bonæ fidei possessor rerum quas ex hereditate distraxit precia in aliarum rerum emptionem conuerterit suo nomine an hereditario, si hereditario nomine & ex pecunia hereditaria aut in locum rei hereditariæ subro-

eam pœnam consecutus sit ob id quod aduersarius in iudicium non venerit. Et si enim petitione hereditatis tenetur ut exactam debiti quantitatem restituat *l. prox. §. antep. inf.* non tamen tenetur pœnam illam reddere. Quippe qui eam sibi acquisierit ex propria stipulatione non ex hereditaria *l. venditor 21. De hered. vel aut. vendit. l. si heres 73. ad SC. Trebell. nec propter hereditatem, sed propter desertum vadimonium, Vnde & pœna desertionis dicitur in *l. si domino §. 1. si quis caution.* Idque est quod ait Vlp. in *d. l. item veniunt §. item non solum §.* In petitionem hereditatis non venire illa quæ extrinsecus accedunt, id est nõ tam hereditari quam personæ possessoris, & quæ sunt ad eod personalia ut personæ veri heredis accedere non poterint. Atqui, inquires, etiam pœna commissa ob tardius illatum precium reddenda est vero heredi à bonæ fidei possessore *§. ult. l. prox. sup. itemque lucrum quod ex lege commissoria accessit venditori l. prox. in princip. inf.* Sed sunt ista dissimilia, quia conventioniones illæ & stipulationes pœnales sunt veluti appendices precii quod habere petitor potest & debet, ut bene Cuiacius ad hanc legem tractat in Paulo ad Edictum, vbi omnium optimè & clarissimè locum hunc interpretatus est, si eius commentatio cum Accursii glossis conferatur.*

tamen verius est, ut à bonæ fidei quoque possessore restitui debeat, tanquã appendix precii quod venit in hanc actionem, ut proximè ex Cuiacio dicebamus. Verum enim est locupletioem factum esse venditorem in totum ob id quod siue ex pretio, siue ob non solum precium ex lege commissoria consecutus est. Quod vnum inspicere debet ut sciat quid & quantum restituere bonæ fidei possessor debeat. *l. eniã 18. inf.* Nisi quid specialiter personæ ipsius, non autem hereditati accesserit, ut in *d. l. prox.*

gata, qualis est pecunia precii, veniunt in hanc actionem etiam res huiusmodi ex pecunia hereditaria comparata. Secus est, si proprio nomine eas comparaverit, & res comparatas in proprium patrimonium conuerterit, quomodo hæc loquitur Vlp. In eo qui rogatus est restituere quicquid ex hereditate supererit, non eadem distinctio adhibetur. Nam ut maximè res hereditarias aliquas vendidisset, & ex earum precii alias suo nomine comparasset, non eo minus tamen restituere illas deberet, tanquam quæ in venditarum locum subrogata fuerint, ne alioqui rerum hereditariarum venditio dolo malo facta videatur, & in fraude fiduciæ commissi: quod non licet, cum supradicti fiduciæ commissi verbis in sit bona fides ex rescripto Diui Marci, De quo in *l. Titim 55. inf. ad SC. Trebell.*

<sup>a</sup> Sed

<sup>a</sup> *Sed et si res.* Ratio dubitandi. Res vnaquæque tanti esse intelligitur quanti vendi potest, neque potest bonæ fidei possessor dicere minoris valere quam ipse pluri emit. Ergo totum precium ex rei hereditariæ venditione redactum, & ad eam rem comparandum impensum restituere bonæ fidei possessor, debebit etiam nisi res comparata longè minoris sit, siue illam suo nomine comparauerit siue hereditario.

Dec. Estimatur plerumque res per stultitiam emptoris aut per fallaciam venditoris longè pluri quam sit *l. licet 11. §. ad leg. falcid.* Neque ob id reuera sit pluri quod pluri sit empta, quemadmodum neque cum propter inuenciam possessoris nolentis eam reddere estimator illa ultra iustum precium *l. inf. De in lit. iur.* Et consequenter non ob id solum potest videi bonæ fidei possessor factus locupletior quod pluri fundum à se emptum comparauerit quam quanti sit, sed in tā-

tum duntaxat quanti reuera fundus est. Proinde si fundum hereditarium pluri vendiderat ex cuius precio alium minoris valentem comparauit, tenebitur non ad restitutionem precii quod accepit, sed ad restitutionem rei quam emit, & in quam totum illud precium impendit. Tanquam eatenus duntaxat locupletior factus, Quomodo si partem accepti precii consumpsisset, ac dilapidasset. Quid enim refert, an ludendo consumpsisset, an per stultitiam emendo rem aliquam ex eo precio pluri quam sit? Neutro sanè casu potest dici factus locupletior, nec proinde teneri petitione hereditatis quæ nunquam datur contra bonæ fidei possessorem supra quam factus sit locupletior *§. confuluit inf. hac leg. l. 1. C. eod.* Planè si quid bonæ fidei possessor erogauerit in eam rem in quam de suo tantundem erogare debuit, non videbitur consumpsisse, ut bene hic notat Accursius *§. quod autem quis inf.*

**2** Quod ait Senatus, Eos qui bona inuassissent, quæ scirent ad se non pertinere, etiam si antelitem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: ita intelligendum, ut & dolo præteritis in petitionem hereditatis deducerentur, sed & culpa, & ideo ab eo, qui ab alio non exegerit <sup>b</sup>, vel à semetipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse, hoc utique, si exigere potuit.

*Ad §. 2. Quod ait Senatus.*

Hucusque tractatum est de bonæ fidei possessoribus à quibus hereditas petatur. Iam de p. condonibus & malæ fidei possessoribus tractare incipit Vlpianus relatis verbis Senatusconsulti ex quo totum ius hoc de hereditari petitionibus assumendum est.

<sup>a</sup> *Præteritis & dolo præteritis.* Ratio dubitandi. Ad officium iudicis non pertinet futuri temporis tractus, aut, ut alij legunt, tractatus etiam in bonæ fidei iudiciis *l. 1. §. 1. inf. de iur. iur.* Cur ergo magis præteriti.

Dec. De præterito dolo agi potest si non fuerit remissus, itemque de culpa præterita, quia vindicari potest & debet, ne alioqui impunè quis dolum aut culpam admittat. Futuri doli alia ratio est quia nec vllus adhuc est, nec malo omne sperari debet futurum ut intemniat. Neque rursum verba formulæ cui velut glebæ additus est iudex pedaneus ad futurum tempus vnaquam referuntur, nisi cum arbitrii mentio facienda est in actionibus arbitrariis, sed semper ad tempus præteritum, & ad facti non ad faciendi quæstionem. Præteritis autem dolo est qui ab herede falso admittus fuit ex quo cepit quidem hereditatem possidere, sed ante tamen quam hereditas ab eo peteretur. Non autem doli tantum nomine tenetur malæ fidei possessor sed etiam culpa si quam admiserit. Cum etiam bonæ fidei possessor de culpa teneatur *l. & non tantum 19. §. veniunt in fin. vbi dixi sub hoc tit.* Nec enim debet melioris conditionis esse prædo quam bonæ fidei possessor *l. non solum 13. inf. De noxal. act.*

<sup>b</sup> *Qui ab alio non exegerit.* Ratio dubitandi. Non potest prædo exigere à debitoribus hereditariis etiam si maximè velit cum aduersus eos nullam habuerit actionem *l. si quid 31. §. penult. inf.* Nemo enim sine actione agere contra alios potest *l. si pupilli 6. §. ult. sup. De negot. gest. l. quoties 12. §. & generaliter inf. de admitt. tutor.*

Dec. Semper supponendi sunt termini habitus ideoque ponendum est in hoc casu potuisse

prædonem agere, & exigere. Exactio enim præsupponit actionem & agendi facultatem *l. si deicommissa 11. §. ergo ut si nomen 1. De legat. 3.* Idque est quod Vlpianus hic subiicit *hoc utique si exigere potuit.* Potest autem quibusdam casibus fieri ut etiam prædo malæque fidei possessor agere poterit contra debitores hereditarios puta si mentiendo poterat obtendere titulum aliquem, puta dicere se heredem ex testamento de quo controuersiam nemo ei faciebat, cum tamen sciret testamentum non valere, Aut contendere se proximum agnatum, cum tamen non ignoraret alium esse & adhuc viuere proximiorè qui vulgo mortuus credebatur. Quid enim prohiberet impetrare hanc formulam à Præto aduersus debitorem, eumque condemnare, si debitor alium heredem verè esse nesciebat? Nec quod ex postfacto appareat alio herede vero existente, nullum agendi ius hunc habuisse, potest eum excusare quominus teneatur ob id quod non exegerit, cum factio iplo & agere & exigere poterit, atque ita impedire ne debitores tempore liberarentur. Aliud sanè est in eo, qui nullum possessionis suæ titulum allegare potest ne quidem per mendacium, qui non tam pro prædone dicitur possidere quam pro possessore *l. licet 11. §. ult. & l. seq. sup.* Prædonem enim dici etiam eum qui aliquem falsum titulum obtendat, nihil prohibet si modò reuera nullum habeat. Nam qui aliquem habet quamuis viciosum puta ab eo quem scit nõ fuisse dominum, quod euenit facile in rebus singularibus, hic non tam prædo quam malæ fidei possessor dicendus est. In hereditatis petitione non ita facile hæc separantur, quia hereditatis petitio non contra quemlibet malæ fidei possessorem cõpetit, id est aduersus eum qui hereditatem habeat ex aliquo titulo vicioso & mala fide subnixo, sed tantum aduersus eum qui nõ nisi pro herede possideat vel pro possessore *l. regulariter 10. §. l. cogi 11. C. eod.* Ita que non pugnat hæc nostra interpretatio cum eo quod scriptum est in *§. seq.* Prædones

eos esse qui bona inuaserunt cum scirent hereditatem ad se pertinere, nec ullam se possidendi causam habere. Aliud enim est causam nullam habere, Aliud causam nullam allegare: At idem omnino est, Causam nullam possidendi habere, Aliud vero falsam aliquam causam habere: quoniam que falsa est, nulla est. Exempla cetera que adfert Accursius non sunt accommodata. Nam qui possidet hereditatem ex eo testamento quod scit esse inofficiosum, habet titulum & quidem verum & iustum, Nec prius conueniri potest hereditatis petitione, quam testamentum pronuntiatum sit inofficiosum, ut per sententiam iudicis rescindatur, Neque enim testamentum vllum ipso iure nullius momenti est: sed id solum quod inofficiosum dicitur, sed inofficiosum pronuntiarum necesse est ut per sententiam rescindatur, Cum fieri possit ut pronuntietur non esse inofficiosum *l. si pars 10. & pass. sup. De inoffic. testam.* Interim igitur verè heres est, & habet iustam causam, ideoque debitorum hereditarios conueniri potest. Rursum qui non vindicauit necem defuncti licet indignus sit hereditate, quam idcirco fiscus ei aufert, non eo minus tamen interim heres est, adeoque heres manet etiam postquam hereditas ei ablata est. Cum is qui semel heres fuit non desinat esse heres *l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pupil. substit.* præterquam ex causa inofficij testamēti *l. in substitutione 3. cod. Quidni ergo ius habeat conueniendi debitorum hereditarios? Nam neque ab eo aufertur hereditas que dat ei ius agendi, sed bona hereditaria quod longè diuersum est. Quod autem addit Accur-*

3 ¶ Quod autem ait senatus, eos qui bona inuassent loquitur de prædonibus: id est, de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, inuaserunt bona: scilicet cum nullam causam haberent possidendi.

Ad §. 3. Quod autem ait.

Ratio dubitandi. Potest fieri ut quis bona inuadat aliena etiam cum titulo, Puta que ex stipulatione aut ex venditione aut qua alia iusta causa debeantur, nec tamen eo minus sit prædo *l. si ex stipulatione 5. infr. De acquir. poss.* Non est igitur bona hæc diffinitio prædonis ut prædo ille sit qui nullam possidendi causam habet. Imò & interdum prædonis nomine censetur etiam is qui rem iam factam suam propria autoritate occupat, ut in interdico Quod legatorum *l. 1. infr. quod legat.* aut cum quis iudicatum ipse exequitur *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic. l. creditores 3. C. de pignor. l. dotis actione 9. C. solut. matrim.*

Dec. In hoc differt hereditas à rebus singularibus quod in hereditate prædo nemo sit ob id solum quod bona hereditaria autoritate propria inuaserit, cum nemo sit per cuius manus rerum hereditarium possessionem nancisci heres de-

4 ¶ Sed & fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturus.

Ad §. 4. Sed & fructus.

Ratio dubitandi. Generaliter cum de fructibus æstimandis quaeritur constat antraduerti debere non tam vtrum malæ fidei possessor fructus sit aut fructus quam vtrum petitor ipse sui potuerit si ei

fius posse hunc locum intelligi de eo qui fuerit ex cognatis veri heredis, & qui ob eam causam potuerit agere tanquam coniuncta persona ex *l. sed & hæc 35. stip. de procurat.* adhuc absurdus est, Qui enim agit tanquam coniuncta persona non suo nomine agit, sed alieno, nec tanquam heres sed tanquam coniunctus: Neque quod eius ex edicto permittitur agere pro coniunctis personis facit eos procuratores, ut eleganter ait Vlp. in *l. 3. §. sed si forte infr. Rat. rem habet.* Aliæ interpretationes quas adfert Accursius sunt multo improbabiliores, ut ex ipsius glossa videre quis potest. Nec felicior est Accursio Bartolus qui duos casus conquirat in quibus potuerit etiam prædo exigere à debitoribus hereditariis. Vnus est, inquit, si prædo ipse hereditaria prædia colonis locauerit, Alter est si debitorum erant sub cura & administratione prædonis, à quibus proinde exigere poterat. Omnino malè, Nam primo casu non sunt debitorum hereditarij qui à prædone ipso conduxerunt licet prædia hereditaria conduxerint, & idcirco nihil causæ est cur non à prædone conueniri possint *l. si verba 55. De condic. indob.* Posteriore autem casu non competeret actio prædoni tanquam prædoni, sed tanquam curatori & administratori. Non ergo potest imputari ei tanquam prædoni cur à debitorum hereditario non exegisset. Sanè exigere à seipso quilibet etiam sine actione potest *d. l. quoties 12. §. generaliter De adm. iur. iuror.* quamuis interdum exultatione dignus sit etiam ille qui à seipso non exegit, ut in *l. duorio 35. vbi dixi supr. De negot. gesti.*

beat, cum fiat heres per legem, licet lex non faciat eum possessorem priusquam possessione ipse apprehenderit *l. cum heredes 23. De acq. poss. l. cum miles 30. sup. ex quibus caus. maior.* At in rebus singularibus adeoque in fideicommissis vniuersalibus, ut & in legatis aliud iuris est *l. facta 63. in princip. ad SC. Trebell.* ne cui scilicet permittatur sibi ius dicere in re propria *d. l. 1. infr. quod legat. l. si quis in tantum C. unde vi.* Ergo in hereditate non alius prædo esse aut dici potest quam qui bona hereditaria inuaserit nullo titulo, nullaque possidendi causa præcedente, licet falsa aliqua allegetur per mendacium, ut ad §. proximum iam explicauimus. Itaque quod Accursius hic interpretatur causam nullam, nec de facto nec de iure non satis probabile est. Illud sanè ad constituendum prædonem in causa hereditatis omnino requiritur, ut neque se purauerit heredem, neque precium vllū numerauerit. Nemo enim prædo est, qui precium numerauerit, ut habet iuris regula, & diximus in *l. nec vllam 13. §. si quis sciens supr. hoc tit.*

possidere licuisset *l. si nauis 62. §. 1. De rei vind.* Ergo non tantum ad eos fructus teneri debet prædo & qui mala fide possedit hereditatem quos ipse vel perceperit, vel percipere potuerit, sed illos etiam quos nec percipere potuerit, si modò tales sint quos

petitor percipere potuisset si possidisset. Dignus enim est prædo qui aliena bona vtrò inuaserit ut hac veluti pœna mulctetur, nec tantum lucro omni priuetur, sed etiam omni damno afficiatur.

Dec. Ita nimirum locus hic intelligi debet, ut credendus sit prædo & alius malæ fidei possessor quilibet eos fructus percepturus fuisse & percipere debuisset quos petitor percipere potuisset. Nec enim existimandum est alio iure ceteri hac parte petitionem hereditatis, Alio verò specialem in rem actionem, cum in vtraque actione idem sit odium siue prædonis, siue malæ fidei possessoris. Denique fructus omnes restituendi sunt qui percipi potuerunt, ut loquitur Paulus impersonaliter in *l. fructus 33. infr. De rei vindic.* vbi tamen bene ad-

5 ¶ De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente prædonis res hereditarias apprehendit. Quod si ab initio quidem iustam causam habuit apiscendæ possessionis: postea verò conscius ad se nihil hereditatem pertinere, prædonio more versari cœpit, nihil senatus loqui videtur. puto tamen, & ad eum mentem senatusconsulti pertinere. parui etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere cœpit.

Ad §. 5. De eo autem.

Ratio dubitandi. Minore odio dignus est qui ab initio titulum aliquem suæ possessionis habuit, quamuis ex postfacto cœperit esse prædo, quam qui nullum vquam habuit, vtex eo apparet quod scriptum est in *l. Iulianus 37. §. De rei vindic.* vbi permittitur ei qui bonæ fidei possessor primùm fuit, sed tamen iam sciens ædificauit in aliena area ut tollat ædificium quod posuit si modò sine detrimento rei id facere possit, Quod tamen ei qui ab initio malæ fidei possessor fuit non permittitur, quia impensam donasse intelligitur *l. adeo 7. §. certè 7. De acquir. rer. domini. l. si seruus 27. §. solitiam 7. ad leg. Aquil.*

Dec. Parum refert an quis ab initio dolose in hereditate versatus sit an postea id facere cœperit, quia posterior mala fides nocet, sicut de posteriore mora solemus dicere *l. qui decem 72. §. De solut.* Item de eo qui ab initio non fuit in dolo malo cū stipulatio interponeretur, nunc autem cum agit in dolo est. Perinde namque is doli mali exceptione repellitur, atque si dolo ab initio fecisset, *l. 2. §. circa 7. De doli mal. except.* Quamuis ergo Senatusconsultum quo iubetur prædo omnes fructus restituere non tantum quos perceperit, sed etiam qui percipi à quocunque potuerunt, non sit locutum de huiusmodi possessore qui ab initio causam aliquam possidendi habuit, postea verò conscius hereditatem ad se non pertinere prædonio more versari cœpit, sed de eo tantum qui iam inde ab initio prædo fuit, Attamen ad hunc quoque mens senatusconsulti pertinet ut non minus quam ille fructus omnes restituere teneatur. Aliud est si agatur de fato præstando rei petita que post litem contestatam perierit. Non enim debet is qui primùm bonæ fidei possessor fuit, huius periculi metu ius suum indefensum relinquere, *l. illud 40. infr. hoc tit.* Idem iuris est si de usufructione tractetur: quam scilicet superueniens mala fides non interruptit, si modò bona fides interuenierit initio traditionis & nanciscendæ possessionis, *l. si aliena 10. De usufructu.* Sic denique cum quaeritur de vicio possessionis puta an violenta sit aut clandestina, non ratio obtinendæ possessionis, sed origo

dit honestè. Quis enim probè imputer prædoni cur non eos fructus perceperit quos non nisi turpiter & inhonestè percipere potuerit? Nā nec fieri posse videtur quod honestè fieri nequit, *l. filius 15. cum l. præced. §. De condic. insti.* Planè si quos possessor inhonestos fructus perceperit etiā restituere, puta ex lupanariis ne alioquin inhonestæ interpretatio nõ honesto quæstu lucrum possessori adferat, ut eleganter scriptum est in *l. si possessor 52. & Lancillarum 27. §. h. t.* Aliud siquidem est de fructibus perceptis tractare, aliud de percipiendis, sicut & multa sunt inhonestè, quæ fieri nullo modo deberent. Sicque intelligi etiam debet quod scriptum est in *l. 1. C. b. tit. & in §. 1. Inst. de off. iudic. l. domum 5. C. de rei vind. Ex l. generaliter 78. de reg. iur.*

nanciscendæ exquirenda est, *l. clam possidere 67. De acq. poss.* Hinc est quod mitius agitur cum eo qui ædificauit in area aliena cuius possessor bonæ fidei ab initio fuit, licet iam alienam sciens ædificauerit, *d. l. Iulianus*, quia non potest videri impensam donasse is, qui non obstante mala fide illa superueniente potuit tamen usufructu capere propter bonam fidem quam cum titulo coniunctam ab initio habuit, *d. l. si aliena. vnic. §. hoc tantummodo C. de usufructu transform.* Sed & quod ad fructus atinet non semper eadem ratio est malæ fidei superuenientis eius quæ ab initio fuit. Nam si prior bona fides titulum adnexum habuit, superueniens mala fides non impedit acquisitionem fructuum antea bona fide perceptorum, nec obligat possessorem ad restitutionem aliorum fructuum quam quos perceperit ex quo tempore mala fidem habere cœpit, Secundum eam Pomponij sententiam quam Paulus refert & probat in *l. bona fidei 48. §. in contrarium. De acquir. rer. domini.* Iulianus enim contra sensisse videtur in *l. qui scit 2. §. vlt. De vjur.* vbi ait bonæ fidei emptorem intelligi quod ad percipiendos fructus quandiu fundus euictus non fuerit, Nimirum propter titulum præcedentem, ex quo putauit ille nasci ius acquirendorum fructuum nõ ex sola bonæ fidei possessione. Ideoque ait *bona fidei emptorem intelligi* non autem *bona fidei possessorem*, Pomponius verò & Paulus videntur existimasse acquisitionem fructuum habere pro causa proxima & immediata bonæ fidei possessionem potius quam titulum. Nemo autem dubitare potest quin bonæ fidei possessor esse desinat à quo tempore scit fundum esse alienum. Nec tamen ideo quicquam dixerit desinere illum esse emptorem bonæ fidei, cum emptor dicatur inspecto tempore emptionis, quo tempore bona fides adfuit. Desinit emptor esse eo tantum tempore quo fundus euicitur quia potestas euictionis tollit intellectum emptionis aut saltem traditionis, arg. *l. si parroni 55. §. vlt. §. ad SC. Treb.* Et ita explicari Paulus & Iulianus debent cum nullo modo conciliari possunt. At cum titulus nullus est, bona fides prior si qua fuit nihil prodest ad acquisitionem fructuum etiam illo tempore perceptorum si postea mala fides lu-





atur, is omnimodo malæ fidei possessor est. *quem admodum 7. C. de agric. & censu. lib. 11. nec enim iuris ignorantia excusat quia leges & constitutiones generales ignorare nemini permittitur, l. constitutiones 12. C. de iur. & fact. ignor.* Longèque diuersum est ignorare ius receptum & ignorare generales leges & constitutiones. Sicut & aliud est possidere aliquid eo iure quod putes tibi competere ex eo fortè testamento quod suspicaris valere, Aliud verò aliquid emere, aut aliter acquirere contra le-

7 ¶ *Si ante litem contestatam*, inquit, *fecerint*. hoc idè adiectum: quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse: quinimmo post controuersiam motam. quamquam enim litem contestatam mentio fiat in tenariu consilio, tamen & post motam controuersiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur. & hoc iure hodie utimur. cæpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. qui verò prædo est, & ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus præteritus.

*Ad §. 7. Si ante.*

Ratio dubitandi. Etiam post litem contestatam fieri potest vt possessor putet se iustam causam possidendi habere, nec de victoria litem desperet, Alioqui litem contestatio habenda esset pro condemnatione, & plerique cogentur ius suum indefensum relinquere eo metu ne per litem contestationem malæ fidei possessores efficerentur: quod non modò absurdum, sed etiam iniquum esset, *l. illud 40. j. hoc tit.* Multò igitur minùs dicendum est per simplicem denunciationem & post motam controuersiam possessores omnes fieri pares, id est prædones, quod tamen scriptum est in hoc §. & in *l. item veniunt 20. §. petram. supr. hoc tit.*

Dec. Mala fides inducitur ex eo quod possessor incipiat scire rem esse alienam, Quod porò contingit non modò per litem contestationem, sed etiam per simplicem denunciationem *d. §. petram.* Nec enim fraude carere potest qui etiam extra iudicium testatò conuentus perseverat rem possidere. *l. aut prator. §. si quis particeps. j. que in fraud. credit.* Nimirum si ex litem euentu appareat nullo iure litigasse possessorem qui tandem succubuerit. Sic enim hoc intelligendum & supplendum est, Alioqui si possessor vicerit, actore fortassis nihil probante, vt in *l. vltim. C. de rei vindic.* aut iusta aliqua exceptione subnixo possessore, quis dicat possessorem factum esse prædonem ob id solùm quod ei denunciatum fuerit ab actore, adeoque quoddam litem fuerit contestatus? Procedit autem hoc certius in petitione hereditatis, quia cum non detur illa nisi aduersus eum qui nullo titulo possideat, nullòque iure fieri certè nequit, vt qui hereditatis petitione conuenitur, vincat nisi per non ius actoris, siue pro herede ipse possideat, siue pro possessore. At in specialibus petitionibus & vindicationibus si quod plerunque accidit possessor titulum aliquem habeat suæ possessionis, facile potest euenire, vt vincat, nec tantùm per non ius actoris non probantis se dominum, sed etiam iure suo proprio, quòd se dominum prober. An ergo separabimus hac parte petitionem hereditatis à rei vindicatione? Sic Accursius, Bartolus & alij vulgò existimant quasi in vindicatione litem contestatam esse oportere ad constituendum possessorem in mala fide, nec sufficiat controuersiam motam esse, *Ex l. certum 22. C. de rei vindic. l. penult. j. pro empto.* Sed malè. Cum enim siue bona, siue ma-

ges. Qui enim contrahit cum alio scienti non debet ignorare esse conditionis eius cum quæ contrahit *l. qui cum alio 19. De regul. iur.* ita neque conditionum quas in emendo & acquirendo seruare ex legibus cogitur, hætenus saltem ne quid illicitum & prohibitum faciat. Dignus enim est qui puniatur is qui contra legis prohibitionem peccat, non etiam is qui simplici ac mera tantùm iuris imperitia labitur, quod & Bartolus benè vidit.

la fide possidere facti sit non iuris, *l. bonæ fidei 48. §. 1. j. de acquir. rer. domin.* non potest facilius aut difficilius bona fides induci aut mala fides ex vna actione quàm ex altera: nec minùs potest simplex denuntiatio per quam mouetur controuersia ad inducendam scientiam rei alienæ, quàm litem contestatio etiam ei facta qui vindicatione cõueniendus sit, non hereditatis petitione: Nec tamen potest denuntiatio ex actionis exercenda diuersitate alio atque alio iure censeri, cum fiat ante actionem propositam quæ nec nisi post litem contestatam proponi & exerceri potest. Neque obstat quod in *d. l. certum*, & aliis quàm plurimis locis mentio fit litem contestatam, cum de fructuum perceptorum restitutione agitur. Id enim fit quia non semper præcedit denuntiatio, At litem contestationem præcedere semper necesse est priusquam ad sententiam adeoque ad iudicem perueniri possit. Sic enim dicimus vsuras & fructus legatorum deberi ex die litem contestatam, *l. 1. & 101. ii. C. de vsur. & fruct. legat.* cum tamen certum sit deberi ex die moræ si qua mora contestationem præcesserit, *l. si quis seruo 84. l. Titia Scio 87. §. vsuras de legat. 2. l. 3. in princ. j. De vsur. l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in iudic. resit.* Ergo & si aliqua denuntiatio litem contestationem præcesserit, dicendam est exinde possessorem factum malæ fidei etiam ad fructuum omnium quos perceperit restitutionem cõdemnari oportere, vt apertè scriptum est in *l. si fundum 17. C. de rei vindic. iunct. d. l. aut prator. 10. §. si quis particeps que in fraud. cred.* Nec possum probare quod Accursius & Bartolus tradunt præsumptionem esse iuris & de iure quod per litem contestationem inducatur mala fides, Quasi verò non idem sit & in denunciatione extra iudicium ac testatò facta *d. §. si quis particeps.* Aut quasi non etiam facta litem contestatione distinguendum non sit in rei vindicatione an possessor ius aliquod habeat possidendi, necne. Neque illud etiam obstat nostræ sententiæ, quod Bartolus adducit ex *d. l. pen. Pro emptor.* vbi dicitur ex simplici denunciatione non interrumpi diuinam possessionem. Eo namque loco dixit Scævola, vel potius Tribonianus, vt solet, diuinam possessionem pro vsucapione, quæ nec per litem contestationem interrumpitur, *l. 2. §. vltim. cod.* quia scilicet mala fides superueniens eam non interrumpit, *l. si aliena 6. j. De vsucap. l. si post acceptum 18. De rei vindic.* quod tamen in longi temporis possessione aliud erat, *l. mora*

*l. nota litem 26. C. de rei vindic.* quousque ius hoc immutatum est per Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de transfor. vsucap.* Rursus quod Bartolus hac in re distinguit fructus restituendos à periculo præstando interitus rei, vt contestatio inducat malam fidem, quantum ad restituendos fructus, non etiam quod pertinet ad præstandum periculum mortalitatis ex *d. l. illud 40. j.* mihi etiam non probatur cum tractamus de petitione hereditatis. Quoniam illa distinctio quæ ponitur in *d. l. illud*, inter bonæ fidei possessores & prædonem ad speciales tantùm in rem actiones pertinet, non autem ad petitionem hereditatis, in qua non potest locum habere ratio qua mouetur Paulus quòd non debuerit bonæ fidei possessor eo metu ius suum indefensum relin-

8 ¶ *Perinde*, inquit, *condemnandos quasi possiderent*. meritò, nam is, qui dolo fecit. quo minus possideret vt possessor, condemnatur, accipies, siue dolo desierit possidere, siue dolo possessionem noluerit admittere. Siue autem ab alio res possideatur, siue in totum non exiter: locum habebit hæc clausula. Vnde si sit alius possessor, ab vtroque hereditas peti possit: & si per multos ambulauerit possessio, omnes tenebuntur.

*Ad §. 8. Perinde.*

Ratio dubitandi. Possessio facti est magis quàm iuris *l. 1. §. si vir uxori infr. De acquir. poss.* licet plurimum ex iure mutuetur *l. possessio 49. in princ. & §. 1. eod.* Atqui in iis quæ sunt facti fictio iuris locum habere non potest *l. denique 19. §. ex quib. caus. maior. l. in beuo 12. §. facta. infr. De capt. & postlim.* Ergo non potest fieri vt qui desit possidere etiam dolo malo, adhuc possidere fingatur.

Dec. Non aliter puniri potest dolus eius qui dolo malo desit possidere, quàm vt dolus eius pro possessione habeatur, *l. qui dolo 131. De reg. iur.* Alioqui fructum doli sui sentiret dolosus qui ob hoc solùm dolo desisset possidere, ne tanquam possessor conueniri possit. Atqui dolus numquam impunitus manere debet, ne tum quidem cum ei ipsi nocet qui dolum admisit *l. procurator 11. §. 1. De doli mal. except.* Pugnare enim non cum vno aut altero ex præceptis iuris, sed cum omnibus simul Honestè viuendi, Alterum non lædendi, & Ius suum cuique tribuendi contra quæ omnia peccat qui dolum admisit. Dolum igitur possidentis qui dolo malo desit possidere pro possessione haberi necesse est, Idque non tam per fictionem quàm in pœnam doli qui aliter, vt diximus, puniri non potest. Nec quod possessio facti est, impedit ne dolum pro possessione haberi possit, cum præsertim habeat etiam plurimum iuris, *d. l. possessio 49. in princ. & §. 1. De acquir. poss.*

*a. Siue dolo possessionem noluerit admittere.* Ratio dubitandi. Non potest videri dolo desuisse habere qui numquam habuit *l. non potest videri 208. De reg. iur.* Qui verò possessionem noluit admittere etiam dolo malo, numquam possessionem habuit. Ergo nec dolo malo desuisse videri potest.

Dec. In omni ferè iuris parte pro facto habendum est id quod per alium iteri ne fiat, *l. in iure civili 161. De reg. iur.* Nihil ergo interest an is qui possidebat dolo desierit possidere, an verò per eum factum sit ne incipiat possidere *l. 1. §. jand. o. infr. Si quis omiff. caus. restat. l. 2. §. sed et si quis d. De her. d. vel ab. vendit.*

*Siue in totum non ex. et.* Ratio dubitandi. Multò facilius est vt qui dolo malo desit rem aliquam possidere videatur adhuc possidere rem illam quam

quere, Cum is qui hereditatis petitione cõuenitur nullum ius habere possit quantumuis bonam fidem habeat, quia nec titulum vllum vnquam habet nec habere potest, Alioqui hereditatis petitione conueniri non possit. Quòd si nec bonam fidem habeat quia prædo est, nihil addet litem contestatio, cum is qui iam prædo est non possit magis fieri prædo. Et hoc est quod sequitur in hoc §. *qui verò prædo est & ante litem contestatam doli nomine tenebitur.* Hic est enim dolus præteritus, qui scilicet venit in petitionem hereditatis adeoque culpa §. *quod ait supr. hac leg. nec vllam 13. §. is autem litem veniunt 20. §. præter hæc supr. hoc titul.* Præteritus enim dolus est qui præcedit litem contestatam *l. 1. §. non tantum infr. Depositi.*

alius adhuc possidet, quàm vt possidere videatur eam rem quæ amplius in rerum natura non extat, & quæ proinde à nemine possidetur, nec possideri potest, cum non entis nullæ sint qualitates. Ergo qui dolo malo desit possidere rem quæ amplius non extat, non potest haberi pro possessore.

Dec. Dolus semel admissus durat, nec vnquam perit, quousque purgatus sit, Nec enim tempus modus est finiendi doli, quamuis actio ipsa de dolo quoniam famosa est anno finiatur ex ratione iuris veteris, hodie autem biennio ex *l. vlt. C. de dolo*, nec sicut exceptio doli sit perpetua *l. purè 5. §. vlt. De doli mal. exce.* Ergo cum dolus pro possessione sit, vt modò diximus, cõsequens est, vt quousque res extare desierit, nõ eo minùs tamè pro possessore haberi debeat, qui dolum admisit, cum dolus semper duret. *Ab vtroque hereditas peti possit.* Ratio dubitandi: litem fictiones debent respondere veritati ne plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero contra vulgare nostrorum brocardicum. Nam neque confessiones expressæ reorum aliter valent quàm si & ius & naturam recipiant *l. confessiones 13. §. vltim. & l. seq. j. De interrog. in iur. faciend. l. vlt. j. quod falsus autor. autor.* Atqui non potest fieri vt duo simul eandem rem possideant in solidum *l. 3. §. ex contrario j. De acquir. poss. l. duo in solidum 19. j. De precar.* Ergo nec vt à duobus aut pluribus simul hereditas petatur, quippe quæ non nisi à possessoribus peti potest.

Dec. Multum interest inter veram & fictam possessionem. Vera enim possessio quoniam facti est non potest esse penes duos pluresve in solidum eodem tempore, non magis quàm vt in quo loco ego sto, tu stare videaris *d. §. ex contrario.* Ne alioqui necesse esset dari penetrationem dimensionum, quod esset impossibile, At ficta possessio quæ ex dolo inducitur eius qui desit possidere penes duos pluresve esse potest si res per multorum personas ambulauerit, quia nec quicquam veteri plures in dolo esse, ac diuersis temporibus dolo malo desuisse eandem rem possidere. Benè tamen Accursius notat, Possessore rem restituentem liberari eum qui dolo malo desierat possidere, non contra *l. nec vllam 13. al. à l. etiam si §. penultim. sup. l. Scitum aut Pamphilum 91. §. dolo*



fecit. *J. D. de iur. Eccl.* Et cum si res quam aliquis dolo desit possidere non extet amplius in rerum natura, dolum haberi pro possessore quantum ad hoc ut in iure rei non sit liberatus, itaque ut si tunc res sit tunc teneatur, sed non etiam ut contra eum iurari in litem possit, Ex *lit. veniant* 20. aliis *l. si possessor* §. ult. ubi dixi *hoc tit.* Et ita debet

9 ¶ Sed vtrum is solus, qui possideat, fructus præstabit: an etiam is, qui dolo fecit, quominus possideret? & dicendum erit, post senatusconsultum, ambo teneri.

*Ad §. 9. Sed vtrum.*

Ratio dubitandi. Fructus qui ex rebus hereditariis percipiuntur non tam hereditati quam rebus hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria* 18. *J. ad S.C. Trebellian.* Ergo non ab alio præstari debent quàm ab eo qui possidet res hereditarias, non etiam ab illo qui eas dolo malo desit possidere.

Dec. Quemadmodum dolo pro possessione est in persona quoque illius, qui numquam possedit, sed dolo malo fecit quominus inciperet possidere, ut proxime diximus, Ita & fructus percipisse credi potest is quoque cuius dolo malo factum

10 ¶ Hæc verba senatusconsulti etiam aduersus eum, qui non possidet, iusiurandum inducunt. tam enim aduersus eum, qui dolo fecit, quo minus possideat, quàm aduersus possidentem in litem iuratur.

*Ad §. 10. Hæc verba.*

Ratio dubitandi. Verba senatusconsulti nihil expriment de iusiurando in litem aduersus eum dando qui dolo malo desit possidere, Nec bona est coniectura ut quisquis tenetur hereditatis petitione iusiurandum quoque in litem pati cogatur, cum possit fieri ut nisi nisi ad verum rei precium teneatur, puta si res hereditaria vel deperdita vel vscapta sit *l. item veniant* 20. aliis *l. si possessor* §. ult. *supr.* Præsertim cum ex ratione iuris non soleat nec debeat iusiurandum in litem contra alium dari quàm eum qui per contumaciam nolit rem alienam restituere cuius restituendæ habeat facultatem *l. 1. J. de in lit. iur. l. tutor* 8. *ead.* vel itaque inuito domino eam retinere *l. si filiusfamilias* 25. §. 1. *J. sol. matr. l. non enim* 9. *Rev. amat. l. nec quasi* 70. *J. de rei vindic.*

Dec. Ex verbis senatusconsulti is qui dolo fecit quominus possideret, siue possideret desierit, siue nunquam inceperit, perinde condemnandus est ac si adhuc possideret §. *perinde* §. *sup.* Atqui si possideret nec vellet restituere iurari aduersus eum in litem possit, quoniam in petitione hereditatis a-

11 ¶ Consuluit senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidauerunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant: non præstabunt, nec, si donauerint locupletiores facti videbuntur: quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligauerunt. Planè si *utrisque*, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.

*Ad §. 11. consuluit.*

Ratio dubitandi. Etiam bonæ fidei possessor qui hereditatis petitione conuenitur, nullum habet vnquam titulum. Quandoquidem petitio he-

intelligi quod sequitur in §. *hæc verba*, tam aduersus eum qui dolo fecit quominus possideat quam aduersus possidentem iurari posse in litem, scilicet si res adhuc extet in rerum natura nec vscapta sit, non etiam si vel deperdita vel vscapta sit, quia verum precium hoc casu præstari satis est, *d. §. ult.*

est ne illos percipere potuerit. Quamquam non tam ex mera iuris ratione fieri hoc videtur quàm ex verbis Senatusconsulti quod de hereditatis petitione factum est, quibus exæquatur prædoni etiam is, qui dolo malo desit possidere ut perinde & conueniri petitione hereditatis possit, & condemnari debeat ac si adhuc possideret §. *prox. §.* Idèq; est quod Vlpianus insinuat et videtur in hoc §. cum scribit dicendum esse *post Senatusconsultum ambo teneri*. Ratio enim iuris proculdubio faciebat, ut qui restituentæ rei facultatem haberet, is vel solus vel saltem prior conueniretur ea actione quæ non daretur nisi ad restitutionem.

gitur de causa dominij *d. l. item veniant* §. *ult.* Verum etiam ex hereditate alienatarum dummodo nec deperdita sint nec diminuta æstimatio fit in arbitrio petitionis, inquit Paulus *lib. 1. Sentent. Tit. 13.* §. 9. Ergo & idem obseruandum est contra eum qui quoquomodo fecit dolo malo quominus possideret. Quamquam enim maior contumacia fingi potest, quàm huius qui dolo suo præuenit quantum potest imperium magistratus aut iudicis, ob hoc ipsum solum ne contumax vnquam videri possit, & ne patere habeat necesse? Idèq; nimirum etiam in rei vindicatione iuratur in litem & quidem in infinitum contra eum qui dolo malo desit possidere, *l. qui restituere* 68. *De rei vindic.* Planè si res hereditariæ vel deperdita sint vel diminuta, id est, aut in rerum natura extare desierint, aut vscapta fuerint, non iurabitur in litem earum nomine, sed sufficit præstari verum precium *d. §. ult.* quia etiam si dolo possessoris nullus interuenisset, hodie tamen pro iis iurari in litem non possit, tantquam impedimento restitutioni allato non tam per dolum prædonis quàm fato naturæ aut facto vscapientis. Ne vterius extendatur dolo in re aliqua admissus quàm res ipsa.

reditatis non datur regulariter contra titulo possidentem, ut toties diximus *ex l. regulariter* 10. §. *hoc tit.* Ergo indignus est bonæ fidei possessor cui Senatusconsultum subuenire debuerit, cum nullo iure nitatur,

nitatur, nec tantum privilegium increatur bonafides quæ nullotitulo subnixæ est quàm si aliquo subnixæ esset. Læque alia ratio est bonæ fidei possessorum qui vindicatione conueniuntur, cum hos necesse sit habere titulum aliquem ut se tales possint dicere.

Dec. Auxilio & commiseratione digni sunt qui hereditatem ad alium pertinentem detinentes bona fide quod eam suam esse crederent, eam negligentius tractant, dilapidauerunt, perdidērunt, dum putant se rem suam negligere & abuti re sua. Non idem veritiliter facturi si alienam esse scissent. Quis enim dolus aut quænam culpa imputari huic potest, quousque aut per litis contestationem, aut per denunciationem rescuerit esse alienam. Bene igitur Senatus ipsis consuluit ut in hoc saltem melioris essent conditionis, quàm prædones quibus exæquari certè non debuerunt: Nec ideo tamen fit ut exæquari videantur bonæ fidei possessoribus titulum habentibus conuentis rei vindicatione. Nam bonæ fidei possessoribus hereditatis, hæcenus duntaxat Senatusconsulto subuenitum est, ne in totum, id est ut nullo modo damno adficiantur, non etiam ut lucrum aliquod sentiant. Siquidem omne id restituere debent ex quo locupletiores facti sunt, etiam fructus non modò extantes, sed etiam consumptos, aut vscaptos tanquam augmenta hereditatis *l. illud* 40. §. *1. infr.* At bonæ fidei possessor rei singularis facit fructus suos percipiendos & citra consumptionem quamvis eos restituere debeat nisi illos quasi vscaperit, idèq; nec vscapere debet. Restituit autem duntaxat extantes nò consumptos nec quasi vscaptos licet ex eorum consumptione aut vscapione locupletior factus sit *l. 4. §. Luna de vscap. l. 4. §. post litem* *Fin. regun.* quia nihil absurdum aut iniquum est talem bonæ fidei possessorem lucrum sentire ex fructibus, cum non modò bonam fidem habeat sed etiam titulum. Porro cum querimus an bonæ fidei possessor factus sit locupletior, siue in petitione hereditatis, siue in rei vindicatione, inspicendum est tempus rei vindicatæ *l. si a domino* 36. §. *quod tempore* ubi dicemus *J. hoc tit.* Iunge *l. 1. C. eod. l. 1. infr. J. de condit. indub.*

a *Cum re sua se abuti putant.* Ratio dubitandi. Publicè interest ne quis re sua abutatur §. *ult. Inst. De his qui sui vel alieni iur. sunt.*

Dec. Nulla tamen in eam rem actio prodita est dummodò scelus nullum interueniat, cum quilibet rei suæ moderator sit & arbiter *l. in re mandata* 21. *C. mand.* Denique non potest videri de damno

12 ¶ Si quis re sua lautius vsus sit cõtemplatione delatæ sibi hereditatis: Marcellus libro quinto Digestorum putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam nò attingit.

*Ad §. 12. Si quis re sua.*

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis quam putabat esse suam non tam lautè vtus fuisset re sua minùsq; expendisset in vsus proprios nisi se putasset factum locupletiozem ex causa delatæ sibi hereditatis. Non ergo debet ei nocere bona sua fides, quæ tamen noceret si non liceret ei impensas quas ob eam causam quanto maiores fecit, hereditariæ veròque heredi imputare.

Dec. Hæcenus consultum est, fuitque consulendum bonæ fidei possessori hereditatis ut non teneretur ex hereditate aliud restituere quàm

alteri inferendo cogitasse is qui re sua abuti se putauit, cum esset illa aliena. Nec vbi iustæ querelæ subiectus est, ut ait *l. si quid* 11. §. *sicut autem* 7.

b *Quamvis ad remunerandum.* Ratio dubitandi. Remuneratio species quædam est permutationis, ut sequitur in hoc §. Locupletior igitur factus videtur qui alium obligauit sibi ad remunerandum, siquidem species lucri est acquirere sibi ex alieno beneficij debitorem *l. si pignore* 54. §. 1. *Defurt.* Nec quod per donationem obligatur donatarius ad *utrisque* naturaliter tantum ad rem facit. Cum quis natura debet eum iure gentium dare oportet, quoniam eius fidè securi sumus *l. cum amplius* 84. §. *1. naturæ debet* *De regul. iur.* Et quamvis naturales obligationes nullam patiunt actionem, non tamen sunt sine effectu cum pariant exceptionem, deductionem, retentionem, & compensationem *l. naturales* 10. *de obli. & act. J. etiam* 6. *De cõpenjat.*

Dec. Donare est perdere *l. filiusfamilias* 7. *in princip. J. De donat.* Vnde illud elegans Martialis carmen,

Dimidium donare Lino quàm credere totum

Qui mauult, mauult perdere dimidium,

Et quamquam is qui donationem accipit hoc ipso si gratus est, obligat se ad *utrisque*. Dignus tamen est decipi, qui beneficium dat ut recipiat, quemadmodum scribit Seneca *lib. 1. De benef. cap. 1.* Neque obligatio hæc naturalis similis est ei quæ nascitur ex nudo pacto, de qua in *d. si natura debet, & aliis leg. jupradictis* ut bene Accursius notat, nec habet eodem effectus, nec alium denique vllū, nisi ut qui donationem accepit deuinctum se sentiat ad remunerandum, ne ingratus videatur. Nam & remuneratio quædam iterum donatio est, sed secunda non principalis *l. si vero non remunerandi* 12. *in princ. & §. unde Papin. j. mandat. l. Aquilius* 27. *infr. De donat.* Planè secuta remuneratione non potest dubitari quin locupletior factus sit is qui donauit, Nò quatenus donauit sed quatenus remunerationem accepit. Et hoc casu demum rectè dicimus, Remunerationem genus quoddam esse permutationis ut hîc subiicit Vlpianus. Fit enim hereditarium quod pro re donata in remunerationem datum est, sicuti precium ex venditione rei hereditariæ redactum quasi subrogatum in locum rei hereditariæ §. *1. supr. hæc leg. & l. si & rem* 22. *sup. hoc tit.* ut idem Accursius etiam bene. Alia ratio est operum quæ patrono debentur à liberto in remunerationem accepti tanti beneficij quantum est beneficium manumissionis, de quibus in *l. si non sortem* 26. §. *libertus in fin. J. De condit. indub.*

in quo factus esset locupletior. Qui autem nihil ex ipsa hereditate attingit aut consumpsit, quamvis ob eam causam lautius re sua vsus sit, nullam patitur iniuriam nullumque damnum ex hereditate, tamen si totam hereditatem sine vlla deductione restituere cogatur. Quidni enim totam hereditatem restituat cum totam intactam habeat, & illibatam? Quod enim pauperior factus sit lautius abutendo re sua occasione hereditatis quam putabat sibi delatam, quasi credens se ditiozem hoc facilitati & credulitati suæ debet imputare nò hereditati quæ etiam cum illibata reperitur, totaque ad verum

heredem pertinere. Denique ipse se deceperit, vt subiicit Vlpianus in §. seq.

13 ¶ Simili modo, & si mutuum pecuniam accepit, quasi diues se deceperit.

Ad §. 13. Simili modo.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. præced. Videbatur enim hic possessor bonæ fidei non fuisse accepturus mutua pecuniam adper-

dendam & profligandam nisi se ex hereditate quæ putabat sibi delatam credidisset factum ditiozem. Sed sibi imputet qui seipsum deceperit, vt & in l. nam si 26. j. De rei vindic.

14 ¶ Si tamen pignori res hereditarias dedit: videndum an vel sic attingatur hereditas. quod est difficile, cum ipse sit obligatus.

Ad §. 14. Si tamen pignori.

Ratio dubitandi. Per dationem pignoris transfertur possessio rei obligatæ quod ad omnia præterquam quod ad causam vscapionis, in eoque maxime differt pignus ab hypotheca l. si rem 9. §. propriè l. cum & sociis 35. §. 1. De pign. act. l. seruus 16. j. De vscap. Non potest igitur fieri vt bonæ fidei possessor hereditatis etiam mutua ipse pecuniam ab aliquo acceperit, non attingat hereditatem si rem aliquam hereditariam pignori dederit. Præsertim cum pignoris obligatio etiam rem afficiat. Vnde & pignoris persecutio in rem esse dicitur non in personam l. pignoris 17. j. De pignori. l. pignoris 15. C. cod.

Dec. Rei alienæ pignus non valet nisi detur ex domini voluntate. l. aliena res 20. j. De pignori. act. & tot. tit. C. si aliena res pignori. dat. fit. Proinde tamen bonæ fidei possessor hereditatis rem aliquam hereditariam pignori dederit pro pecunia quam contemplatione hereditatis tanquam sibi delatæ mutua accepit, non ideò videtur attingisse alienam hereditatem, id est ex ea hereditate aliquid consumpsisse aut diminuissse. Cum ipse sit obligatus & quidem solus, & obligatione personali quæ nunquam sequitur fundi possessorem l. vlt. §. 1. De cont. empt. l. 1. §. si res ad SC. Treb. non etiam res quæ pignori data est quam nec efficere potuit, nec obligare is qui dominus non fuit. Et ita ratio hæc explicanda est. Nec quod per dationem pignoris transfata sit ea saltem possessio quæ fuerat penes bonæ fidei possessorem ad rem facit, cum possit ea possessio auferri quocumque creditore per directam rei vindicationem nulla ei pecunia restituta. Nihil ergo videtur ob eam causam abesse vero heredi qui rem suam habere tam facile possit, quamuis non possit bonæ fidei possessor eam nisi solito debito recuperare l. si ab eo 18. j. De pignori. Non est simile aut contrarium quod scriptum est, in l. si id quod 28. §. illud constat j. De donat. int. vir. & vxor. Si mulier antequam à viro annum acciperet, ipsa de suo aut etiam mutua quid impederit

15 ¶ Ad eò autem, qui locupletior factus non est, non tenetur: vt si quis putans se esse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpsit: Marcellus libro quarto Digestorum tractat, num non teneatur, quasi id, quod erogauerit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat. sed ad coheredes. nam & si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non tenetur, quasi locupletior non factus. Sed in proposita quaestione, tribus visionibus relatis, vna prima, deinde alia, posse dici totum, quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumpsisset: tertia vtique quod consumptum est, decedere: ait vtique non nihil restituendum de illo dubitat, vt rùm totum, an partem restituendam dicat. puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partem eius dimidiam.

Ad §.

Ad §. 15. Ad eò autem.

Ratio dubitandi. Eadem solet ratio esse partis quæ totius, vult l. que de tota 78. j. De rei vindic. At qui si is qui nulla ex parte heres erat cum se ex parte heredem crederet, quicquid apud se fuerat consumpsisset, sine dubio nullo modo teneretur, quia nec in aliquo locupletior factus esset §. consuetudine sup. Ergo & qui se ex alie heredem credit cum pro dimidia tantum parte heres esset, si dimidiam partem hereditatis consumpsisset bona fide ac sine dolo malo, nihil ex sua parte erogasse credendus est, sed totum ex portione coheredis. Ideoque nihil ei debet restituere, sed partem hereditatis suam integram retinere.

Dec. Tres in hac specie sunt quaestiones, & consequenter totidem opiniones. Dubitari enim po-

test, An hic bonæ fidei possessor totum quod consumpsit, ex portione sola coheredis consumpsisse videri possit, vt nihil restituere debeat. Item an potius ex sua portione sola vt totam dimidiam nondum consumptam coheredi restituat. Denique an potius media sententia sequenda sit vt ex vtiusque portione decedat quod consumptum fuit, Tribonianus sub Vlpiani nomine hanc vltimam sententiam quasi æquior probat. Quæ tamen euidenter falsa & iniqua est, Ratio enim iuris & æquitaris omnino facit, vt quicquid heres consumpsit ex sola portione sua consumpsisse intelligatur ne alioquin eueniat vt ex coheredum damno locupletetur, vt pluribus docuimus lib. 18. Coniect. cap. 2. vbi totum hunc §. Triboniani esse & à iuris æquitate ratione abhorreere ostendimus. Nos hic non repetemus.

16 ¶ Quod autem quis ex hereditate erogauit, vt rùm totum decedat, an verò pro rata patrimonij eius: vt puta penum hereditarium ebibit: vt rùm totum hereditari expensum feratur an aliquid & patrimonio eius: vt in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem: vt si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in statutis verò suis sumptibus videatur factus locupletior: vtique enim, & si non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum cotidianum erogasset. Nam & Diuus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superuisset, ex hereditate reddere, decreuit, ea, quæ alienata erant non minuendi fideicommissi, nec pretium in corpus patrimonij Pythodori redisse, & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur statuti sumptus vt rùm ex hereditate decedent exemplo rescripti Diui Marci, an ex solo patrimonio videndum erit. Et verius est, vt ex suo patrimonio decedant ea, quæ, & si non hæres fuisset, erogasset.

Ad §. 16. Quod autem.

Hic quoque §. totus à Triboniano corruptus est, & malè concinnatus vt à nobis explicatum est eod. lib. 8. Coniect. cap. 3. vnde peti volumus, quæ nos hic congerere possemus.

17 ¶ Item si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior: an singulas res, si nondum vscapæ sint, vindicare petitor ab emptore possit: & si vindicet, an exceptione non repellatur, (quod præiudicium hereditati non fiat inter actorem, & eum qui venum dedit: quia non videtur venire in petitione hereditatis pretium earum) quanquam victi emptores reuersuri sunt ad eum qui distraxit. Et puto, posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent. Quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, vt periude, atque si possideret, conueniatur: incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.

Ad §. 17. Item si rem distraxit.

Difficilis creditur esse hic §. & variè ab interpretibus acceptus fuit, quia textum habet satis intricatum, & rationes satis obscuras. Sensus meo iudicio ille est, si bonæ fidei possessor hereditatis res aliquas hereditariè distraxerit, & pretium totum sine dolo malo consumpsit, ita vt ex eo locupletior factus non sit, Quæri posse an eas res singulas si nondum vscapæ sint, possit petitor idemque verus heres ab emptoribus vindicare. Contra quos hereditatis petitionem institui non posse certum est, tamen si res hereditarias possideant, cum iustum habeant titulum possidendi. Quæstio in eo esse videtur, An emptoribus vindicatione conuentis danda sit exceptio ex propria persona, Quod præiudicium hereditati non fiat inter actorem & eum qui vendidit. Quæ verba vlgaria sunt exceptionis cui locus esse solet quoties hereditatis petitio institui potest quamuis nondum fuerit in-

stituta l. 1. §. 1. j. famul. circi. l. vlt. in princip. C. hoc tit. vbi refert Iustinianus tale ius vetus fuisse, vt cum hereditatis petitioni locus erat, exceptio adfueret quæ petitionem tuebatur ne fieret ei præiudicium. Magnitudo etenim & authoritas inquit centumvralis iudicij, non patiebatur per alios tramites viam petitionis hereditatis infringi. Cum generale sit vt maiori quaestioni per minorem præiudicium fieri nunquã debeat l. fundum 16. l. rei maioris pecunia 21. j. De except. l. si quis libertatem 7. vbi dixi sup. hoc tit. Respondet autem Vlpianus non posse in hac specie repelli petitorum ab emptoribus huiusmodi exceptione, quamquam victi emptores (sic enim legendum est, vt in Pand. Florentinis quamquam non vt in vulgatis apud Accursium & Bartolum quoniam) regressum habituri sint aduersus eum qui distraxit, Nempe ratione illa quæ exprimit Vlpianus, quia nõ videtur in petitionem hereditatis venire pretium earum rerum quas hic



bonæ fidei possessor distraxit. Non quod precium hoc alij restituere possessor debeat, id est emptoribus, ut malè explicat Accursius (non enim ob id minus teneri debet petitione hereditatis quod suo contractu teneatur de euictione iis quibus ipse vltò vendidit) sed quia petitione hereditatis non alius teneretur quàm qui rem aliquam hereditariam aut quæ per subrogationem velut hereditaria facta sit vel possidet vel dolo malo desit possidere. Atqui bonæ fidei possessor de quo tractamus, neque res ipsas hereditarias possidet quas distraxit, neque ipsarum precia, quæ ponimus ab eo consumpta fuisse sine dolo malo nec factum illum ex iis locupletiolem. Ergo hereditatis petitione teneri non potest, nec magis pro precii rerum distractarum quàm pro rebus ipsis. Nec est proinde contrarium, quod scriptum est in *l. quod in diem* §. 6. §. 1. Eum quoque, qui rerum hereditariarum precia possidet petitione hereditatis conueniri potest, sicut & eum qui à debitore hereditario exegit. Tractamus enim hîc de venditore qui nec precia quidem rerum hereditariarum accepit aliquando, & habuit, sed hodie neque possidet, neque dolo malo desit possidere. Videbatur tamen etiam in hoc casu danda emptoribus exceptio illa *Quod præiudicium hereditatis non fiat*. Ratione illa dubitandi quam exprimit Vlpianus iis verbis *quamquam vlti emptores reuerti sunt ad eum qui distraxit* cum ob eam causam videretur maximè interesse venditoris petinde ac si precia rerum hereditariarum adhuc possideret. Nec enim aduersus emptores quibus ille vendidit prodesse quicquam ei potest quod ex precio locupletior factus non sit. Itaque propter emptores videtur adhuc retineri venditor in ea causa in qua reperiretur si precia consumpta non essent, sed tamen nihil habet ea res commune cum petitione hereditatis, quæ scilicet cum in rem sit, licet mixtas habeat præstationes personales §. *penult. l. hereditatis* §. 6. *Cod.* non aduersus alium dari potest, quàm aduersus eum qui vel adhuc possideat aliquid hereditarium, vel dolo malo desierit possidere, quorum neutrum in proposita specie de bonæ fidei possessore dici potest. Consequens igitur est ut non possit hic petitor repelli exceptione illa, *Quod præiudicium hereditatis non fiat* si velit res singulas ab emptoribus vindicare, ac proinde ut non sit ei vindicatio deneganda. An ergo absolute permittemus ei ut vindicet? Hoc verò est in quo præcipua huius loci difficultas consistit. Ait enim Vlpianus *Et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent*. Ergo, inquit Accursius, si habeant regressum aduersus venditorem non conuenientur emptores. Nec sanè mala consecutio est, si vera est Vlpiani sententia. Atquin vix vnus casus reperitur in quo is qui alienam rem emit non habeat regressum aduersus venditorem saltem de precio. Ille nimirum si fundum sciens alienum aut obligatum comparauerit, nec de euictione per stipulationem aut saltem per pactum incontinenti adiectum sibi cauerit *l. si fundum* §. 2. *C. de em. l. si fratres* §. 7. *in fi. C. comm. vtr. iud.* Nam extra hîc casum fieri certè nequit etiam per conuentionem expressam ut non teneatur saltem ad precij restitutionem is qui licet ignorans alienam rem vendidit quòd contra bonam fidem talis conuentione esse intelligitur nisi haecenus ut emptor ad id quod sua interest agere ob euictionem non pos-

sit *l. ex empto* §. 1. *§. qui auerit bonæ fides* §. 50. *De actio. empt.* Sed & excipitur is qui rem fideicommissa conditionali subiectam emittit pendente conditione cui saluam ad precium repetendum actionem reliquit Iustin. in *l. vlt. §. vtr. C. comm. de leg.* Idèd fortasè quòd emerit pendente conditione quæ poterat sicut existere, ita & non existere. Porro licet contingat plerumque ut quis sciens alienam vel obligatam rem emat, rarius tamen est ut eo potissimum casu non caueat sibi emptor per stipulationem expressam de euictione, quam scit tantò magis fore sibi necessarià ob malam suam fidem, Nec enim mala fides impedit potestatem expressæ conuentionis *l. 4. §. vtr. Labco* §. 9. *De doli mal. exce.* Sic igitur fiet ut vix villo casu permittatur vero hereditatis singulas res distractas ab emptoribus vindicare, si non alio casu permittatur, quemadmodum hîc Vlpianus ait, quàm quo emptores regressum nullum contra venditorem sint habituri. Ita eueniet ut in damno remaneat verus heres dum neque consultur & aduersus venditorem qui nec petitione hereditatis, nec alia vlla actione conueniri potest, neque contra emptores denegata contra eos vindicatio. Hoc verò sanè non modò absurdum sed etiam perimiquum est. Quid enim peccauit verus heres propter quod dominium rei suæ ab alio distractæ amittere debeat, aut si dominus remanet, à vindicatione tamen arceri quæ dominis omnibus iure communi conceditur *l. in rem* §. 2. *§. pass. de rei vindic.* Verus igitur est, omnimodò & omni casu competere vero heredi vindicationem, tum quoque, cum emptores regressum aduersus venditorem habent. Nec possum dubitare quin ita senserit & scripserit Vlpianus, quod facile assequemur si pro eo quod scriptum legitur nisi reponamus *est* toridem literis licet aliquibus immutatis. Eodem planè sensu quo paulò ante scriptum est *quamquam vlti emptores reuerti sunt ad eum qui rem distraxit*, ut quod positum erat in questione non prætermiserit Vlpianus in responsione ad propositam questionem. Nam & cum quis à bonæ fidei possessore vniuersam hereditatem emit, nec vero hereditatis aliqua de causa expedit agere petitione hereditatis directa aduersus venditorem, placet dandam vtilem hereditatis petitionem aduersus emptorem si hoc malit verus heres quàm pro singulis rebus vexare se iudiciis singularibus *l. nec vllam* §. 3. *§. quid si quis sup.* vbi nulla huiusmodi exceptio additur qualis in hoc §. nisi aduersus venditorem regressum emptores habeant. Et si quid de illius §. sententia nobis videatur, latius ad eum exposuimus. Me illud etiam mouet, quod in Pand. Flor. legitur *habent non habeant* quarum dictionum prior non bene responderet coniunctioni nisi quæ subiuunctionium regere solet non indicatiuum. Posterior verò minus etiam bene responderet articulo *est* qui indicatiuum regit elegantius quàm subiuunctiuum. Sed illa potissimum iuris ratio hanc nostram interpretationem iudicio meo suadet, quod nihil interit veri heredis an emptores à quibus vindicare vult singulas res hereditarias per bonæ fidei possessorem distractas regressum aliquem aduersus venditorem habituri sint, necne. Cum non eò minus verum sit esse illum heredem & dominum, & consequenter ei competere vindicationem. Nam quod interpretes nostri pro ratione adferunt, ita futurum ut bonæ fidei possessor hereditatis

ris teneatur supra quàm locupletior factus sit, contra mentem Senatuseonulati, eam precium quod ab emptoribus accepit perderit, omnino ad rem non pertinet. Neque enim Senatus id egit aut agere etiam potuit nisi quibus bonæ fidei possessor vendidit regressum aduersus eum haberent ex suo contractu, sed hoc tamen non sit tanquam heres conueniretur hereditatis petitione, quicquid præstare supra quàm locupletior factus esset teneretur. At cum aduersus eum emptores regressum habent non conuenitur ille tanquam heres, sed tanquam venditor nec petit ob hereditatis sed ex empto. Nihil igitur et Senatuseonulatum hac parte prodesse potest, Nisi forte vltimus Senatuseonulato factum esse ut bonæ fidei possessor qui res hereditarias vendidit pro eo habendus sit ac si non vendidisset, Quod longè iustius fuerit, Alioquin nec deneganda esset petitiō hereditatis contra eum post distractas eas res omnes hereditarias, tamen si ex eam precio locupletior factus non esset, nec dandas emptoribus aduersus eum regressus quem proculdubio non haberent si non ille vendidisset: quod vanumque in hoc §. negatur. Rursum quod addit Accursius intelligendum esse hunc §. de eo casu quo & iusto precio venditæ sint res hereditariæ & comparatæ venditor. Ut scilicet hunc locum conciliet eam *d. l. quid si quis*, quæ vanum est. Illa enim distinctio tunc obtinet, cum petitione hereditatis conueniri venditor potest, sed tamen aliqua de causa expedit petitori non agere contra venditorem, At nos eam causam tractamus quo nec si comparatæ nullus venditor, conueniri tamen possit hereditatis petitione, tanquam qui nihil penitus ex hereditate possideat, Non res ipsas hereditarias quoniam eas distraxit, Non earum precia, quoniam ea contumpserit, neque ex eorum consumptione locupletior factus sit ut possumus. Quid ergo interest, an compareat venditor an non? & an iusto precio an minus iusto? Sequitur apud Vlpianum, *Quod tamen si is qui vendidit paratus sit in defendenda, non recusat, ut petendo arguo si possideret conueniatur*. Incipit ex hoc loco habere ex persona emptorum. Hoc verò etiam est quod difficile mihi videtur licet Bartolus facile putauerit. Etenim quæuis paratus sit falsus heres idèmq; bonæ fidei possessor hereditatem defendere, perinde atque si hereditarias res aut earum precia possideret quid ea res nocere vero heredi debet quominus res singulas possit si hoc malit ab heredibus vindicare? Aut cur cogendus sit instituere petitionem hereditatis aduersus bonæ fidei possessorem, à quo nihil sit consecutus si nullo modo factus ille fuerit locupletior? Sed & me illud magis torquet, quod non possum videre quo iure possint singulares possessores rei vindicatione conueniri obiecte exceptionem illam de qua sola tractat totus hic §. *Quod præiudicium hereditatis petitori non fiat*. Cum ea exceptio non alij cõpetat quàm ei qui vel agit vel conuenitur aut saltem agere vel conueniri potest petitione hereditatis si forte interim speciali ac singulari aliquo iudicio ab illo inquietetur. Sic enim Iustinianus scribit in *d. l. vlt. C. hoc r. si quis hereditatis petitionem vel suscepit vel suscipere sperat vel mouere*, *Alius autem superueniens vlt. ex d.posito vel ex comodato, vel ex legato, vel ex si. au. omni i. §. vel ex aliis causis inquietare vel reum, vel agentem ex persona defuncti credidit sibi esse necessarium*. Cui non dissi-

militer Vlpianus in *l. si quis liberratem* §. 3. *sup.* in illis verbis, *Ditus Pius ait siquid possessor esset hereditatis Licinianus factus iudicium, cum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium sibi peritus*. Et in *d. l. §. 1. §. si am. er. §. Sed si is qui possidet agit ut cum sibi conueniret esse potest cum ex illis re per hunc excep. tionem si in ea re de qua agitur præiudicium hereditatis non fiat*. In proposita verò specie certum est emptores singulares reum hereditarium, cum possessionis suæ titulum aliquè habeant non magis conueniri posse quàm agere petitione hereditatis. Fieri ergo nequit ut si vindicatione conueniantur, habeant exceptionem illam *Quod præiudicium hereditatis non fiat*. Muldè minus ut eam habeat ex persona propria quod tamen Vlp. dicitur scribit illis verbis *ex persona emptorum*. Potius enim dicendum esset competere illa ex persona venditoris non aliam ob causam cõpetit emptoribus, quàm quod venditor petitione hereditatis conueniri se patitur. Quibus Accursius explicet ut possit emptores dicere petitori *Cum una venditorum qui vendidit tibi paratus est*, Quod facere, inquit licet. Ego verò admitto equidem posse hoc casu conueniri venditorem si petitor velit, sed nego posse hoc adimere petitori vindicationem aduersus emptores si eam exercere malit. Neque cõtrarium probatur ex *l. planè* §. 1. *in fi. D.amil. er. §. vbi* neque de hereditatis petitione agitur, neque de vindicatione. Rursum quid obsecro interest veri heredis, an falsus heres paratus sit hereditatem defendere an non, si nolit verus heres illum conuenire? Cur ponamus in arbitrio falsi heredis præsertim qui nihil iam ex hereditate possideat, an emptores conueniri petitione hereditatis possint? Maxime verò si ponatur paratum venditorem hereditatem defendere, ut non teneatur supra quàm locupletior factus esset si precium adhuc possideret. Quia enim prodesset vero heredi sic hereditatem defendi, ut non tamen ei satisficeret in solidum? Quamquam non de alio venditore hic locus accipi possit videtur, quam qui hereditatem velit in solidum defendere, cum ponamus nullo modo factum eum locupletiolem. Sed etsi velit hereditatem in solidum defendere, adeo quod solidum offerre petitori, nulla tamen ratio est cur prohibendus sit petitor singulas res ab emptoribus vindicare cum ipsius interit res singulas potius, quàm precia earum habere, etiam vera & integra. Denique quod paratus sit venditor hereditatem in solidum defendere, & quod amplius est, etiam solidum præstare, non potest dare emptoribus exceptionem *Quod præiudicium hereditatis non fiat* cum ipsi petitionem hereditatis neque mouere possint, neque suscipere. Quare ut dicam quod sentio probabilius mihi videtur, totum hunc §. non minus quàm duos superiores Triboniani esse potius quàm Vlpiani. Ipsa enim questio primùm inepta est, An non repellatur petitor hereditatis exceptione illa, *Quod præiudicium hereditatis non fiat* si res singulas ab emptoribus vindicare velit. Quandoquidem certissimi iuris est ut diximus non alij posse hanc exceptionem accommodari, quàm ei qui hereditatis petitione vel agere possit vel conueniri, quorum neutrum emptoribus conueniri reum singularum. Quod autem respondetur ad propositam questionem, Non esse in proposita specie locum huic exceptioni, etsi verum est, non illam tamen habet rationem quòd petitiō hereditatis exerceri

non possit aduersus eum qui nihil ex hereditate possidet, Sed hanc potius, quod talis exceptio dari nequeat iis qui hereditatis petitione nec agere nec conueniri possint, in quo numero sunt emptores isti qui nec agere possunt cum heredes non sint, possessores autem sint, nec conueniri quia cum titulo possident. Illud igitur ridiculum sit dicere quod subicitur, Si paratus sit venditor hereditatem defendere, magis esse ut emptoribus incipiat competere exceptio. Esset enim bona illatio si ratio deneganda exceptionis illa esset quod venditor hereditatis petitione conueniri non possit. Sed cum ratio non ex eo petenda sit at ex illo potius quod emptores ipsi nec mouere petitionem hereditatis possint nec suscipere, Apparet non ob id magis posse illam competere, quod paratus sit venditor pari ut contra iuris rationem conueniatur. Ideo fortassis tantum ut petitori noceat ne contra emptores possit instituire vindicationem qui aduersus venditorem ipsum habituri regressum essent. Suavis autem est Accursius qui negat iniquum esse ut venditore parato hereditatem defendere verus heres rem suam amittat. Ideo, inquit, quod duo hic de damno contendebant, Quasi vero ob eam causam potior debeat esse emptor aut venditor, qui nihil omnino iuris habet, quam verus heres qui dominus est. Addit, Precium succedere loco rei, ex eoque infert, Amisso igitur precio rem quoque amissam videri. Quod certe perinde nugatorium est, Nam amissio precij quod in locum rei hereditariae successit factumque est hereditarium, inducit quidem amissionem rei in

18 ¶ Si minori pretio res venierit, & pretium quodcumque illud actor sit consecutus: multo magis poterit dici, exceptione eum summoneri. Nam & si id quod a debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis soluit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit: siue bonae fidei possessor, siue praedo fuit, qui debitum ab his exegerat: & ipso iure eos liberari.

*Ad §. 18. Si minori.*

Connectit Tribonianus hunc §. cum superiore, ut facilius nobis persuadeat superiorem esse Vlpiani, Cum tamen species huius §. nihil commune aut simile habeat cum superiore. Tractat enim hoc loco Vlpianus de rebus hereditariis a bonae fidei possessore distractis, quarum precium petitor idemque verus heres ab ipso possessore sit potest consecutus, Et ait, Etiam si minore quam iusto precio res vendita sint, securos tamen esse emptores ut vindicatione conueniri non possint, aut si conueniantur habeant exceptionem doli mali contra heredem, qui precium exigendo a bonae fidei possessore videtur haud dubie venditionem adprobasse. Ratio dubitandi est, quia non potuit falsus heres quantumlibet possessor bonae fidei transferre in emptores dominium quod non habuit, quodque veri heredis fuit cui proinde salua manet vindicatio cum dominium ipsius manserit vulg. l. id quod nostrum 11. De regul. iur. l. in rem 23. & pass. j. De rei vindicat.

Dec. Mansit quidem dominium veri heredis, idemque fatendum est quicquid relictur Accursius non esse ipso iure securos nec liberatos emptores quominus ab eo conueniri possint directa rei vindicatione, Sed tamen nec illud negari potest quin verus heres accipiendo precium quod-

persona & ad vtilitatem bonae fidei possessoris qui hereditatis petitione conueniatur, Sed non quantum ad ipsius rei distractae & adhuc extantis emptores ac possessores si speciali actione in rem & vindicatione conueniantur. Idem Accursius quaerit, Si emptor idemque possessor cadat a sua possessione quae ad dominum reuertatur, An Publicianam ei contra dominum dari oporteat, Et bene respondet non esse dandam, quippe quae contra dominum non datur, Nisi in quibusdam casibus exceptis, in quorum numero hic non est l. pen. & ult. j. De Publician. in rem act. Ex quo sequitur, quod ille infert, In damno igitur moraturum bonae fidei possessorem cum de euictione ab emptoribus conuenitur. Quod cum negari non possit, Cur volumus deterioris conditionis esse dominum agentem vindicatione, quam si Publiciana conueniatur? Aut cur meliorem conditionem siue emptoris, siue venditoris cum aduersus emptorem agitur vindicatione, quam cum tractatur de Publiciana? Nimirum nihilque simile habent speciales haec actiones nihilque simile petitione hereditatis, cuius diuersum ius est propter auctoritatem Senatusconsulti quod in fauorem bonae fidei possessorum factum est. Non etiam in odium petitoris eiusdemque veri heredis ut vindicationem quae domino cuiuslibet conceditur, aduersus emptores eosdemque possessores exercere prohibeatur. Ex superioribus apparet quam grauiter & infeliciter Tribonianus totum hunc tit. corruperit.

cum tandem & quaecumque illud sit, venditionem adprobasse videatur, cum eiusmodi adprobatio ex sola precij petitione inducatur l. seruum Titij 49. j. mandat. Multo magis ex precij exactione & perceptione, Quae res exceptionem doli mali inducit si postea eadem res vindicando contra suum factum venire velit l. cum pater 77. §. qui dotale De leg. 2. Sibi namque imputet qui precium habere maluit quam rem ipsam, Ut euenit in eo qui post diem lege commissoria praestitutum maluit precium petere quam legem commissoriam exercere l. de lege 6. §. vi. & l. seq. j. De leg. commiss.

a Nam & si id. Confirmat his verbis Vlpianus quod proximè dixerat, Summonendum petitorē exceptione doli mali si velit ab emptoribus vindicare eas res quarum precium ab hereditatis possessore acceperit. Confirmat autem exemplo eius quod a debitoribus hereditariis possessor exegit, ac deinde heredi vero soluit. Hoc enim casu liberari debitores Iulianus scripsit & quidem ipso iure, adeoque quod magis est, non modo si bonae fidei possessor fuerit is qui a debitoribus exegit, sed etiam si praedo. Ratio dubitandi. Non aliter contingit liberatio debitori quamuis soluat id quod debet, quam si soluat vero creditori aut veri creditoris vero procuratori l. vero procuratori 11. l. soluta 49. &

49. & pass. inf. De solut. Atqui falsus heres neque fuit verus creditor neque mandatum habuit vllum a vero herede qui verus creditor fuit, siue proponas bonae fidei possessorem eum fuisse quia debitoribus exegit, huc praedonem. Fieri ergo nequit ut per solutionem falso heredi factam debitores liberentur.

Dec. Rati habitio aequiparatur mandato etiam quantum ad solutionem alij quam vero creditori factam, d. l. vero §. ult. & l. seq. & d. l. solutam l. mulier 41. j. ad SC. Trebell. l. vltim. C. ad SC. Maced. Proinde nihil interest an ex mandato veri heredis falso heredi & praedoni debitores solueantur, quo casu nemo dubitat quin ipso iure liberarentur, An vero solutionem falso heredi factam verus heres ratam habuerit. Nec ad rem pertinet, quod ea tantum possit quis rata habere, quae ipso nomine gesta sunt l. si pupilli 6. §. sed & si quis §. De negot. gest. Nam rati habitio facit ut negotium veri heredis, & ipso contemplatione gestum esse videatur, d. l. si pupilli §. item quaeritur & sequi. Carterum non est hic casus in omnibus similis superiori, in quo diximus, Etiam si verus heres precium rerum venditarum ab hereditatis possessore perceperit, non tamen liberari emptores ipso iure, quominus vindicatione directa conueniri possint, licet habituri sint exceptionem doli. Cum tamen in hac polteriori specie dicamus cum Iuliano & Vlpiano debitores ipso iure liberari, quod & scriptum est in

19 ¶ Petitio hereditatis, & si in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta: item pretiorum.

*Ad §. 19. Petitio.*

Ratio dubitandi. Nullae sunt actiones mixtae ex rebus & personalibus, cum implicet contradictionem ut eadem actio sit in rem simul & in personam, ut pluribus a nobis probatum est lib. Coniecturarum, ubi emendauimus Iustinianum in §. quaedam Infit. de action. qui contrarium probare videbatur. Ergo si petitio hereditatis est actio in rem, uti proculdubio est, neque personalis dici potest, neque mixta. Et è contrario si personalis est, in rem esse dici non potest. Porro esse illam personalem potius quam realem ex eo probari maxime videtur, quod non nisi longissimi temporis praescriptione excluditur, adeoque olim erat perpetua, l. hereditatis 7. C. hoc tit. Cum tamen omnes in rem actiones longi temporis spatio praescriberentur, l. 1. & tot. tit. C. de long. tempor. praescript.

20 ¶ Hoc Senatusconsultum ad petitionem hereditatis factum, etiam in familiae hereditate iudicio locum habere placet: ne res absurda sit, ut, quae peti possint, diuidi non possint.

*Ad §. 20. Hoc Senatusconsultum.*

Ratio dubitandi. Hoc Senatusconsultum locutum est duntaxat de petitionibus hereditatis, ut constat ex verbis Senatusconsulti relatis ab Vlpiano in l. item veniunt 20. §. prater haec §. hoc tit. Non etiam de iudicio familiae hereditatis, quod totum diuersum est a petitione hereditatis. Nec enim per iudicium familiae hereditatis petitur hereditas, sed de ea tantum diuidenda agitur, qui se fatentur esse coheredes. Alioquin hereditatis petitione prius a Tom. II.

l. si quid possessor 31. §. vltim. inf. Nimirum quia debitor qui soluit falso heredi quod debebat vero, aliud non soluit quam quod debet, sed illud ipsum quod debet, tamen soluat alij quam cui debet, Quod mendum solutionis corrigitur per rati habitioem a vero herede eodemque creditore factam: At cum emptor rerum hereditariarum soluit precium falso heredi licet soluat illud ipsum quod debet, non eo minus tamen tener rem alienam, quae etiam post rati habitioem remanet aliena cum semper verum sit a non domino traditam rem fuisse, a domino autem traditam numquam fuisse, Cum tamen non nisi per traditionem dominium transferri possit & quidem quae facta sit a domino, l. traditio 20. De acqu. rer. domin. Ergo non potest impedire rati habitio veri heredis facta per exactioem precij quominus superit ei vindicatio ipso iure contra emptores, Satisque esse debet emptoribus, quod indemnitati suae possint consulere per doli exceptionem. Denique facilius inducitur liberatio, quam amissio dominij. Amplius puto liberari debitores ipso iure tamen mala fide solueant possessori hereditatis, id est scientes non esse illum verum heredem siue bonae fidei possessor ille fuerit siue praedo. Rati habitio enim sicuti aequiparatur mandato, Ita malam fidem quae fuit purgat quae nulla esset si ex mandato veri heredis solutio facta fuisset.

Dec. Petitio hereditatis in rem quidem est, quoniam qui hanc actionem instituit vindicat hereditatem, eamque suam esse contendit, idque nomen ipsum petitionis demonstrat, quo non nisi actiones in rem & vindicationes significari solent, l. pericula 178. §. actionis De verbor. signific. Sed tamen habet pleraque praestationes personales, ut puta eorum quae a debitoribus sunt exacta, itemque preciorum, quae nemo dixerit posse vindicari cum eorum dominium numquam fuerit hereditatis aut veri heredis, Ideoque dicitur non quidem mixta esse actio, sed habere naturam mixtae actionis personalis, ut scriptum est in d. l. hereditatis 7. C. hoc tit. Neque vero nouum id aut mirum videri debet, cum actio sit vniuersalis, quae proinde admittere facile potest ut diuersis respectibus dicatur & in rem esse & in personam, quod in specialibus actionibus siue in rem, siue in personam sunt, non similiter potest contingere.

gendum est, aut repellendus actor exceptione illa Quod praedonem hereditati non fiat. l. 1. §. 1. inf. fam. l. ercisc. Ergo quod Senatusconsulto constitutum est De petitione hereditatis ad iudicium familiae hereditatis porrigi non debet cum separatorum separata sit & esse debeat ratio, vulg. l. Papinianus 20. iupr. De minor.

Dec. Absurdum esset dicere Ea quae possunt peti non posse diuidi, scilicet cum talia sunt quae diuisionem recipiant, aut diuisione corporum, ut fundi, aut numero, ut ferri, equi & bona DD



ferè omnia mobilia, aut denique per licitationem si res commodè diuidi non possint, §. quod si commodè inst. de offic. iudic. Nec enim cogendus quisquam est inuitus manere in communione l. vltim. C. commun. diuid. non magis quam ad communionem compelli, l. si non sortem 26. §. si centum inst. De condit. indeb. propter discordias, quas materia communionis excitare solet, l. in re communi 26. urban. pr. ed. l. cum pater 77. §. dulcissimis De legat. 2. Ergo quæ à Senatu constituta sunt circa actionem petitionis hereditatis eadem in Familia circuncun-

21 ¶ Augent hereditatem gregum, & pecorum partus.

Ad §. vlt. Augent.

Ratio dubitandi. Hereditas constituitur fictione & potestate iuris eo primo instanti quod sequitur immediatè mortem testatoris, Vnde est quod dicimus hereditatem repræsentare personam defuncti non heredis, l. hereditas 50. §. hoc tit. l. si alieum 49. §. 1. inst. De hered. inst. l. hereditas 31. inst. De acquir. rer. domin. Itemque fructus rerum hereditariarum non tam hereditati quam rebus hereditariis acceptò ferendos esse, l. in fideicommissaria 18. ad SC. T. r. bell. Ergo gregum & pecorum partus non possunt in hereditatis petitionem venire, cum de iis loquamur qui post patrisfamilias mortem accesserunt.

Dec. Hereditas quoniam in iure & quidem vniuersali consistit faciliè augmentum recipit & diminutionem quandiu manet hereditas, id est toto illo tempore quo iacet, à morte scilicet de-

26. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

Q uod si oues natæ sunt, deinde ex his aliæ hæ quoque, quasi augmentum, restitui debent.

Ad l. Quod si oues 26.

Ratio dubitandi. Oues quæ nascuntur ex ouibus natis post mortem testatoris licèt ante aditam hereditatem longius distant ab ouibus quæ fuerunt defuncti quam quæ ab ipsis ouibus defuncti proximè ac immediatè processerunt. Et solet effectus quilibet vt remotior est à sua causa

ita minùs ab ea pendere. Dec. Perinde tamen sunt hereditaria & hereditatem augent cum nascantur ex ouibus hereditariis. Nec quicquam interest an nascantur ex ouibus defuncti an ex ouibus hereditariis cum hereditas repræsentet personam defuncti, vt proximè diximus.

27. VLP IANVS libro 15. ad Edictum.

A ncellarum etiam partus: & partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temerè ancillæ eius rei causa comparantur, vt pariant, augent tamen hereditatem, quippe cum ea omnia sunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat, aut post petitam hereditatem dolo malo fecit, quominus possideret, debeat restituere.

Ad l. Ancillarum 27.

Ratio dubitandi. Ancillarum partus in fructu esse non existimantur, Non solum propter hominis dignitatem, l. inst. si 44. §. De adulter. edict. cum rerum natura fructus omnes hominum gratia comparauerit, l. in pecudum 28. De usur. l. vltim. 68. §. De usur. Sed etiam quia non temerè, id est non faciliè ancillæ ad hoc comparantur vt pariant, sed vt seruiant, vt hæc Vlpianus scribit. Ergo non possunt augere hereditatem nec proinde venire in petitionem hereditatis.

Dec. In fructu quidem non sunt ancillarum partus, sed non eo minùs sunt accessiones hereditatis, & hereditarij, adeoque etiam appellatione causæ continentur, l. praterea 20. §. De rei vindic. Quidni ergo venient in petitionem hereditatis cum augeant hereditatem non minùs quam si essent in fructu: Proinde venient etiam in restitutionem hereditatis siue reus eos partus possideat, siue dolo malo deserit eos possidere post litem contestatam, adeoque post motam controuersiam factamque denunciationem.

1 ¶ Sed & pensiones, quæ ex locationibus prædiorum vrbano- rum perceptæ sunt, venient, licèt

licèt à lupanario perceptæ sint. nam & in multorum honestorum virorum prædijs lupanaria exerceantur.

Ad §. 1. Sed & pensiones.

Ratio dubitandi. Pensiones quæ ex locationibus prædiorum vrbano- rum percipiuntur, non tam ex ipsis prædijs hereditatis percipi videntur, quam ex negotiatione locatoris, quemadmodum de precis rerum venditarum scribitur in l. venditor 21. D. hered. vlt. act. vendit. & de iuris. Iure illas percipi non natura in l. si nauis 62. §. De rei vindic. In eoque differunt à fructibus etiam industrialibus, qui ex prædio percipiuntur, qui licèt ex cultura potissimam proueniant, tamen naturaliter & iure soli percipiuntur, leg. qui scit 25. §. 1. inst. De usur. Ergo non possunt augere hereditatem nec venire in restitutionem cum non tam hereditati quam negotiationi possessoris accepto ferri debeant, vnde etiam est quod si vrbana prædia locauerit prædo id quod mercedis nomine acceperit, ab eo qui soluit non repetitur, l. si vrbana 55. inst. De condit. indeb. tanquam quod ipsi prædioni ex proprio contractu debitum fuerit.

Dec. Pensiones prædiorum vrbano- rum, sicut & mercedes à colonis acceptæ loco fructuum sunt, l. merces 29. inst. quia non tantam ex negotiatione, sed ex ipsis quoque prædijs aut saltem eorum occasione recedunt. Nec debet possessor hereditatis lucrum aliquod facere ex hereditate, nec occasione hereditatis, vt subicitur in leg. sequi. Nec valdè refert an quid percipiatur occasione hereditatis, an ex ipsa hereditate, l. g. debitor 59. §. vltim. inst. ad SC. T. r. bell.

a Licèt à lupanario perceptæ sint. Ratio dubitandi. Non creditur cuiusquam interesse si non ex honesta causa interest, l. 3. §. si necum inst. Ad exhib. l. tum 15. inst. De furt. Ne alioqui primum illud præceptum iuris violeatur quod est honestè viuere, l. iustitia 10. §. 1. inst. De iustit. & iur. quod ne vnam fiat solet civilis legislator omnia referre ad publicam honestatem, adeò vt potioris eius rationem semper habeat quam publicæ utilita-

ris, nec tam inspicere velit quid liceat, id est quid iustum & licitum quam quid honestum sit, quia non omne quod licet honestum est, vt habetur in regula in l. non omne 14. §. De reg. iur. Atquin inhonestum est lucrum quod à lupanario percipitur. Ego nãc in petitionem hereditatis venire debet. Nec sanè bono viro cõuenit ad hanc rem illud referre quod Imperator solebat dicere Bonum esse odorem lucri ex te qualibet.

Dec. Honestæ interpretatio non debet ex inhonesto quæstu lucrum aliquod asserere possessori, l. si possessor 12. inst. hoc tit. quia omne lucrum auferendum est possessori, vt subicitur in l. seq. Neque nouum est vt lupanaria exerceantur etiam in multorum virorum honestorum prædijs. Ita ferente siue malitia & nequitia hominum, siue humanæ vitæ miseria & condicione, vt etiam in republica bene constituta tolerari ita oporteat quæ adprobare permittitque nulla ratione possunt. Et verò si quod meretrici datur, honestè ab ea percipi dicitur licet turpiter & inhonestè detur, turpiterque illa faciat cum corpore quantum facit, l. 4. §. sed quod meretrici inst. De condit. ob turp. caus. quidni honestum etiam erit aut saltem non turpe ex lupanario commodum aliquod pensionis percipere? Quamuis multò sit honestius quod Imperator Iustinianus tandem constituit in Nouell. De lenonib. vt eiusmodi ædes tam turpibus vrbibus deserta. entes publicentur, Quod tamen neque olim obtinuit, neque etiamnum obtinet, Nec huic legi repugnat quod scriptum est in l. generalit. r. §. de v. fur. Generaliter ita obseruari vt bonæ fidei iudicium nullam recipiat præstationem quæ contra bonos mores desideretur. Est enim petitio hereditatis bonæ fidei iudicium est sicut hodie post Iustiniani constitutionem in l. vltim. in fin. C. hoc tit. non est tamen hæc præstatio contra bonos mores, quia nihil contra bonos mores sit cum verus heres bonæ fidei possessori eripit lucrum ex lupanario perceptum.

28. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

P ost senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonæ fidei possessori, quam prædioni dicendum est.

Ad l. Post senatusconsultum 28.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessoris condicio melior esse debet, quam prædionis, In præmium se licet bonæ fidei quæ tantundem præstare solet possidenti quantum veritas vbi lex impedimento non est l. bonæ fidei 36. De regul. iur. Nam & inde fit vt bonæ fidei possessor lucretur fructus etiam naturales si modò eos consumpserit quod in prædione diuersum est, l. 4. §. si possit litem §. Fin. regul. l. 4. §. si lana. De v. fur. l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin. Non potest igitur bona esse comparatio prædionis & bonæ fidei possessoris vt quemadmodum prædioni, sic & bonæ fidei possessori omne lucrum eripi debeat.

Dec. Absurdum quidem esset meliorem esse prædionis condicionem quam bonæ fidei posses-

foris, vt scriptum est in l. non solum §. De noxal. actio. Sed non est absurdum vt æqua sit vtriusque condicio hætenus vt neuter ex hereditate aliena lucrum vllum sentiat aut retineat, cum vtrique commune illud sit quod neuter titulum vllum habet aut habere potest suæ possessionis, propter quem debeat lucrari quicquam ex alieno. Est enim bonæ fidei possessor in eo antecellit quod bonam fidem habet, At tamen bona illa fides non est iusta sed nuda cum nullo iure subnixæ sit, ideoque non potest tanto gaudere priuilegio, quanto gaudet illa quæ est bonæ fidei emptoris, Quem iam supra non vno loco monuimus lucrari fructus quos consumpsit, adeoque fructus omnes suos facere quos percipit, non tam quasi bonæ fidei possessorem, quam quasi bonæ fidei emptorem, id est propter titulum cum bona fide

coniunctam potius quam propter nudam ac simplicem illam bonam fidem, Satisque consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus in eo ut nullum

penitus ex alienæ hereditatis retentione ac fructuione damnium sentiant, *l. sed et si 25. §. consuluit supra.*

29. VLPPIANVS libro 15. ad Edictum.

**M**ercedes planè à colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque seruorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturæ nauium, & iumentorum.

*Ad l. Mercedes 29.*

Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad *lancillarum 27. §. 1. sup.* Nisi quod mercedes quæ percipiuntur à colonis ex locatione prædiorum rusticorum de quibus in hac lege agitur, iustius dici possunt esse loco fructuum quam pensiones quæ ex locatione prædiorum vrbanoium, de quibus in *dict. §. 1.* Quoniam ex prædiis rusticis fructus aliqui & varij tam naturales quam industriales percipiuntur, Ex vrbanis verò nulli nisi ex industria & negotiatione possessoris. Idemque iuris est in operis seruorum, & in vecturis nauium ac iumentorum. Nec enim a-

lius fructus ex seruis percipi potest, quam ve feruiant, Nec nauium aut iumentorum nisi vt vehant, & per vecturas lucrum possessori suo adferant: quod etsi sit maximè per negotiationem, attamen sit per vsum nauium ac iumentorum, quæ cum in hereditate fuerint, non potest negari quin per occasionem hereditatis commodum quod perceptum est ex operis seruorum & ex vecturis nauium ac iumentorum ad bonæ fidei possessorem peruenerit, idèoque restituere illud debeat heredi. Iunge *l. si vrbana 55. inf. De condic. indeb. l. si nauis 62. inf. De rei vindic.*

30. PAVELVS libro 20. ad Edictum.

**I**ulianus scribit, actorem eligere debere, vtrum fortem tantum, an & vsuras vellet cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non obseruabimus, quod senatus voluit, bonæ fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit, quid enim, si pecuniam eliget actor, qua seruari non potest? Dicendum itaque est in bonæ fidei possessore, hæc tantummodo cum præstare debere: id est, vel fortem, & vsuras eius, & si casus percipit, vel nomina cum eorum cessione in id faciendâ, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

*Ad l. Iulianus 30.*

Ratio dubitandi. Non potest verus heres qui agit petitione hereditatis eligere vsuras fortis, id est, vt præstentur sibi etiam vsuræ quantitatis hereditati debitæ quin periculum nominum cogatur agnoscere, vt qui dulcedine vsurarum nolit forte nuda contentus esse, sustineat periculum nominis, & amittendæ fortis si forte contingat inopem fieri debitorem. Inanis enim sit actio quam debitoris excludit inopia, vulg. *leg. nam is 6. supra De dolo.* Bene igitur Iulianus dicebat eligere actorem debere vtrum fortem tantum sine vsuris, an verò etiam vsuras cum periculo nominum velit agnoscere, vt qui vtrumque petere non potest, alterutrum eligere debeat.

Dec. Senatusconsultum quod bonæ fidei possessoribus consuluit, non patitur vt bonæ fidei possessor teneatur supra quam locupletior factus sit, *leg. sed et si 25. §. consuluit supra.* Atqui teneretur bonæ fidei possessor supra quam factus esset locupletior si Iuliani sententiæ locus es-

31. VLPPIANVS libro 15. ad Edictum.

**S**i quid possessor soluit creditoribus, reputabit, quanquam ipso iure non liberauerit peritorem hereditatis. nam quod quis suo nomine soluit, non debitoris, debitorem non liberat. Et idè Iulianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si cauerit se petitorum defensum iri. Sed, an & bonæ fidei possessor debeat defenden-

sendendum cauere, videndum erit: quia in eo, quod soluit, non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem, & hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere. Iunge enim cum, dum se heredem putat, soluisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo prædone, vt caueat, se nisse, non etiam de bonæ fidei possessore, conditionem tamen præstare debet. Sed & petitor, si à creditoribus conueniatur, exceptione vti debet.

*Ad l. Si quid possessor 31.*

Ratio dubitandi. Quod quis suo nomine soluit non debitoris, non liberat debitorem *l. Papinianus 28. inf. manda.* Ac qui quod possessor hereditatis soluit creditoribus hereditatis, siue bonæ fidei possessor fuerit, sine prædo, non debitoris nomine soluit, sed suo. Ergo non liberat debitorem eundemque verum heredem, & per consequens non potest repetere vero heredi quod soluit, cum neque pro eo soluerit, neque ipsum liberauerit, Nec si ex pecunia sua soluisse probetur. Nam si ex hereditaria soluerit, nulla omnino subest ratio faciendæ repetitionis.

Dec. Parum interest quantum ad effectum rei petiti, an possessor hereditatis soluedo creditoribus hereditatis liberauerit verum heredem ipso iure, an verò acquisierit ei exceptionem doli per quam consequatur ne conueniatur amplius efficaciter à creditoribus possit, *l. nihil in eo 112. De reg. iur.* Atqui habiturus est petitor hereditatis exceptionem doli aduersus creditores hereditatis quibus à bonæ fidei possessore solutum est si ab iis conueniatur, vt scriptum est in hac ipsa lege. Dolo enim facit qui bis idem vult consequi licet à diueris, *l. si quis dolo 5. in fin. De rei vindic.* Ergo perinde pati debet reputationem acti per solutionem creditoribus factam à bonæ fidei possessore liberatus ab iis fuisset. Nec obstat quod Accursius obiicit, Non posse verum heredem liberari, ne quidem per exceptionem cum falso heredi competat repetitio & conditio ex *l. si pona 19. §. 1. 7. De condic. indeb.* Non possit autem ex eadem solutione contingere liberatio & repetitio, *l. cum is 432. §. 1. eo.* Nā respondendum est, Eo demdem casu condictionem competere, quo possessor hereditatis soluerit suo tantum nomine non hereditario, vt Africanus tractat in *l. cum quis 38. §. de peculio in fin. De solut.* Et rursum eo casu quo non competit liberatio nisi per exceptionem, non impeditur condictionem quæ scilicet vel ipso iure competit vel nullomodo. Sed si soluerit nomine hereditario, tunc demum dici potest repetitionem nullam esse ab eo qui suum accepit, licet alius soluerit, quam qui debuit, *l. repetitio 4. 7. De condic. indeb. l. de hereditate 5. hoc tit. l. pure 5. §. penult. 7. De doli mal. except.* & consequenter competet hoc casu liberatio ipso iure non per exceptionem. Sed & si ponas possessorem hereditatis soluisse suo nomine, licet competat ei conditio, si tamen ea cedere paratus sit, aut quod effectum idem est si eam præstiterit, fatendum est dandam vero heredi exceptionem si à creditoribus hereditariis conueniatur, vt hic Vlpianus subiicit, in illis verbis *condictionem tamen præstare debet, sed & petitor si a creditoribus conueniatur exceptione vti debet.* Quo verborum contextu non obscure significat ei ita demum exceptionem vero heredi dandam esse si à falso herede conditio ei iam præstita sit, Ne alioqui iniuria fiat creditoribus si ex vna parte agentes cum vero herede

repellantur exceptione, Ex alia verò conueniantur per condictionem indebiti à falso herede. At è contrario cum à falso herede præstita est conditio heredi vero, nihil habent creditores quod vereantur, etiam si doli exceptione à vero herede tamen moueantur cum nullo casu conditio sit competitura ei qui debitor ipse sit, nec possit denegari exceptio ei qui actionem & condictionem habet, si debitor non ipse esset. Ergo ante præstitam condictionem non liberabitur verus heres per solutionem à possessore suo nomine factam, nec ipso iure, nec per exceptionem. Non valde dissimilis species est, quam Africanus tractat in *dict. l. cum quis 38. §. 1. De solut. de deb. tore* qui alij soluit quam vero creditori. Hic enim licet habeat condictionem aduersus eum cui soluit, si tamen à vero creditore conueniatur, exceptione adiutuandus est, si modò paratus sit ei præstare condictionem, vt ibi Africanus ait. Planè si poneres falsum heredem soluisse vero creditori & ex pecunia hereditaria & nomine hereditario dubiandum non esset quin liberatio contingeret ipso iure vero heredi ex cuius pecunia, & cuius nomine solutam esset quamuis ab alio, *dict. l. de hereditate,* quod & Accursius noster fatetur. Quid ergo si ex pecunia quidem hereditaria soluerit possessor, sed suo nomine? Non liberabit verum heredem ipso iure, sed liberabit tamen per exceptionem, cum habeat creditor pecuniam veri heredis, quæ si extaret, nec liberandus esset heres per exceptionem, vtique vindicari per ipsum heredem possit, *l. si creditor 37. §. 1. inf. de pecul.* Sin consumpra esset, etiam conditio ei dari deberet. Quidni igitur pro vindicatione, aut condictione demus illi exceptionem? Nam neque hoc casu potest falsus heres qui soluit habere aut vindicationem pecuniæ, quæ sit aliena, aut condictionem eius pecuniæ cuius numquam fuerit dominus, Nisi ponas consumptam fuisse pecuniam. Hoc enim casu cum dominium amittatur vero heredi, necesse est dari hereditatis possessori condictionem & repetitionem pecuniæ etiam hereditariæ, quam soluit suo nomine, cum neque liberauerit debitorem, neque possit recusare quominus eius pecuniæ nomine verò heredi per hereditatis petitionem teneatur, Tametsi bonæ fidei possessor proponatur: quia locupletior factus videtur hoc ipso quo habet condictionem, potestque repetere, vt hæc lex ait. Nam si prædo sit atque ita sciens se heredem non esse debitum hereditarium soluerit, non potest condicere, cum sciens soluat indebitum. Idèoque bene Iulianus dicebat in persona prædonis, de quo solo sentite potuit, non alter posse eum reputare vero heredi quod soluit suo nomine quam si caueat petitori, à se defensum cum iri, vt ea cautio sit pro cessione & præstatione condictionis quam præstare nullam potest. In bonæ fidei autem possessore diuersa sunt omnia. Cum enim habeat condictionem omni casu, quo verum



heredem ipso iure non liberantur, & consequenter eam præstare possit, non est cogendus cauere, ne supra quam locupletior factus est, teneatur contra Senatufconsultum quod de hereditatis petitionibus factum est. Non enim potest videri factus locupletior soluendo debitum hereditarium cuius onus ad eum non spectabat nisi quatenus ex ea solutione acquisiuit sibi conditionem. Eatenus igitur duntaxat teneri debet, quoniam qui actionem habet ad rem aliquam, rem ipsam habere videtur, *ulq. l. is qui actionem 15. De regul. iur.* & quisquis ob hoc solum tenetur, quod actionem habeat, eam præstando liberatur *l. quod debetur 51. in fin. de pecul. quod in diem 16. §. ult. l. item veniunt 20. §. ait Senatus supr. hoc tit.* Certè si possessor soluerit heredis nomine, siue bonæ fidei possessor fuerit, siue prædo, & siue ex pecunia sua soluerit, siue ex hereditaria, constat liberari heredem ipso iure etiam inuitum, ac multò magis ignorantem, *l. soluendo 39. supr. De negot. gest. l. vlt. §. in auem. C. hoc tit. l. solutione 23. §. De solut.* Cumque ex hac causa competat, etiam negotiorum gestorum actio nisi pro inuito & prohibere solum sit *d. l. vlt.* mirum non est si liceat possessori pecuniam hanc solum reputare vero heredi & ex hereditate deducere. Officio scilicet iudicis, & ex æquitate iudicij petitionis hereditatis, quod est bonæ fidei, ad eò ut non sit necesse ad actionem Negotiorum gestorum confugere, (quamuis ea competat quoties vnus pecunia alius liberatus est, *l. qui seruum 41. l. vlt. supr. de negot. gest.* quod intellige siue ipso iure liberatio contigerit, siue per exceptionem tantum, ) cum sola iudicij æquitas & officium iudicis possit sufficere, *l. quia tantundem 7. supr. de neg. gest.* Qui enim

¶ Sed ipsi, aliquid prædoni debebatur, hoc deducere non debebit: maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen, si expediebat a petitori, id debitum esse dissolutum propter pœnam, vel aliam causam? potest dici, ipsum sibi vel soluisse, vel debuisse soluere. Iustus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur.

Ad §. 1. Sed si ipsi.

Ratio dubitandi. Naturalis obligatio parit retentionem tum quoque cum actionem parere nullam potest, *l. naturales 10. §. De oblig. & action. l. si pœna 19. in princip. l. Iulianus 60. infr. De cond. indeb.* Et vnus hic est ex effectibus obligationis naturalis vt pariat deductionem *l. frater à fratre 38. in princ. & §. 1. eo. tit. l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. præterea. §. De pecul.* Ergo etiam quod ipsi prædoni debetur potest ab eo deduci non solum si debeatur ciuilitè & naturaliter, sed etiam si naturaliter tantum: Quid enim commune habet mala fides possessionis cum vero debito vt ratiocinatur licet in specie dissimili Vlpianus in *l. Papinianus 20. supr. De minor.*

Dec. Non est permittendum prædoni vt sibi soluat etiam ciuile debitum, multò minus id quod sit tantum naturale ex ea hereditate quam scit ad alium pertinere, Cum nec bonæ fidei possessor videri possit sibi quicquam soluisse à quo hereditas euincitur, vt scribit Papin. in *l. Strichum aut Pamphilum 95. §. si creditor debitoris 8. §. De solut.* Aliud est cum pecunia debita peruenit ad manus creditoris cognoscentis obligationem siue ciuilem, siue tantum naturalem. Tum enim retineri à creditore potest vi & potestate obligationis etiam solius

potest sibi consulere per retentionem, non est necesse vt ei demus actionem, Quia ipse interest non soluere potius quam solum repetere *ulq. l. 3. infr. De compensat. l. si stipulatus 15. §. 1. infr. De fideiuss.* Quæ etiam ratio facit, vt non ob id minus possit bonæ fidei possessor imputare vero heredi, id quod soluit creditoribus hereditatis quod habere possit conditionem. Nemo enim ob id soluere cogendus est ob id solum quod ab alio possit repetitionem habere, *l. nemo id eò 171. De regul. iur.* Placet autem Accursio, videri possit solum soluisse nomine heredis si soluerit post litem contestatam, aut saltem post mortem controuersiam, non item si antè, Quod tamen mihi suspectum est: Qui enim non erubescit litigare cum vero herede, ac de iure hereditatis contendere cur veri heredis nomine potius quam suo soluere præsumatur? Præsumendus igitur est omni casu soluisse suo nomine, licet sciat debitum esse hereditarium cum se heredem esse putet, & consequenter ad se proprio nomine soluendi necessitatem spectare. Non enim quod soluat pecuniam quam à se deberi putat quasi hereditariam & à se quasi herede, facere potest vt videatur eam soluere nomine hereditario. Quandoquidem sicuti hereditas post aditionem nulla est tanquam facta iam patrimonium heredis, Ita & quisquis bona fide adit hereditatem alienam, cum eam putet ad se pertinere, debitum vtique suum esse putat quod tamen re vera est hereditarium, Sanè post litem contestatam cum habeat possessor iustam causam dubitandi de iure suo, faciet multò prudentius si non suo nomine soluat, sed hereditario vt exoneret hereditatem, & per consequens eum qui verus heres reperietur.

naturalis. Quam vtiq; intelligit hinc Vlpian. cum ait maxime si id fuit debitum quod natura debebatur, acti scriptum esset quod natura tantum. Nam & reus interdum dicitur duntaxat obligatus cum natura tantum obligatus est, vt *d. l. Strichum §. quod vulgo.* Propterea quod naturalis obligatio stet in puris finibus obligationis, nec pergat ad iudicij & actionis, multò minus ad executionis vigorem, vt de precaria possessione loquitur Vlpianus in *l. communi 7. §. inter prædones §. Commun. diuid.*

a Quid tamen si expediebat. Ratio dubitandi. Non est quis audiendus petens id cuius contrarium nõ fuerat in contrarium euentum postulaturus, *l. pen. C. de solut. l. si pater 12. C. de inoffic. testam.* Atqui nolisset petitor pati vt prædo sibi soluisse ex hereditate quod ei debebatur, si non expedisset ipsi petitori. Ergo nec si ei expediat permittendum ipsi est vt imputet prædoni cur non sibi soluerit.

Dec. Quod dicitur non posse prædonem deducere & retinere ex hereditate id quod sibi aut naturaliter tantum aut etiam ciuilitè debetur, non nisi fauore veri heredis constitutum est & odio prædonis. Ergo si expediat & vult in vero heredi vt contra fiat, id est vt quod prædo ex hereditate percepit imputari ei debeat quasi ex eo sibi ipse soluerit aliud probandum est, Ne aliqui quod in fa-

in fauorem veri heredis constitutum est retorqueretur in eius odium aut & conuersio quod in odio prædonis constitutum est retorqueretur in eius fauorem. Contra *l. meli. 25. supr. De legib. l. quod fauore 6. C. od. l. pen. C. ad SC. Trib. Nec rursus debet melior esse condicio prædonis quam bonæ fidei possessoris *l. non soluit 33. De noxal. act.* Bonæ autem fidei possessor sicuti potest deducere id quod sibi naturaliter debetur, ac multò magis quod ciuilitè, Ita non potest recusare quominus sibi soluisse videri debeat si expediebat petitori. Potest*

¶ Sicut autem sumptum, quem fecit, deducit: ita si facere debuit, nec fecit, culpæ huius reddat rationem nisi bonæ fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subiectus est ante peritâ hereditatè: postea verò & ipse prædo est.

Ad §. 2. Sicut autem.

Ratio dubitandi. Mala fidei possessor de quo solo initium huius §. loquitur imputare sibi debet cur sumptus fecerit in eam hereditatem quam sciebat esse alienam, videreturque eos donasse §. certè *Instit. de rer. diuis. l. si seruus 27. §. si soluiam §. ad leg. Aquil. l. qui alienam 24. infr. de donat.* Ergo si conueniatur petitione hereditatis non est epermittendum vt sumptum quem fecit deducat, Cum ea deductio non sit nisi ex æquitate que nunquam facit pro eo qui est in dolo & mala fide *l. pen. in fin. ad SC. Trebel.*

Dec. Sumptum hinc intelligere debemus quem etiam petitori expediret facere aut querendorum & conseruandorum fructuum gratia, vt Accursius nolter interpretatur, aut etiam ad res hereditarias meliorandas si impensa fuerint necessarie adeoque viles *l. si à domino 31. §. vlt. cum trib. leg. ib. seq. §. hoc 1.* Extra has causas non habetur ratio sumptuum in persona mala fidei possessoris, Non tam quod eos donasse videatur, (nec enim donandi animus præsumi potest in prædone quandoquidem nihil tam contrarium est animo donandi, quam animus depradandi) quam quod imputari ipsi possit cur eos fecerit.

a Culpæ huius reddat rationem Ratio dubitandi, Prædo nullum ius habet faciendi quicquam in re hereditatis quæ ad eum non pertinet. Ergo non ei potest imputari cur non fecerit id quod iure facere non potuit. Nam nec facere posse ei edimur quod iure facere non possumus *l. filius 15. cum leg. præced. §. De condic. Instit.*

Dec. Culpæ est immiscere se rei ad se non pertinenti *l. culpa est 36. de reg. iur.* Prima igitur culpa prædonis in eo est, quod alienam hereditatem possideret quam scit ad se non pertinere. Hoc autem supposito, consequens etiam fit, vt non possit dici carere culpa si sumptum quem in res hereditarias facere debuit ad eas scilicet conseruandas non fecerit. Culpæ igitur huius rationem reddere debet, vt de herede rogato hereditatem restituere scriptum est in *l. mulier 22. §. sed enim inf. ad SC. Trebel.*

b Nisi bona fidei possessor est. Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis venit non tantum dolus sed etiam culpa *l. sed et si 25. §. quod ait 2. supr. l. ei qui 54. §. vlt. §. hoc tit.* Atqui etiam bonæ fidei possessor tenetur petitione hereditatis non minus quam prædones, licet cum iis agatur mitius ha-

autem interesse petitoris, fortè propter pœnam promissam si ad diem pecunia non solueretur, Næ & pœna promitti & committi potest, ob non solutam pecuniam etiam quæ naturaliter tantum debeatur, & quæ nulla exigii actione possit *l. iudæa pollicitatione §. C. de cont. & comm. stipul. l. 2. §. vlt. De eo quod cert. loc.* Item si pecunia debebatur sub pignoribus aut fideiussoribus, vt in *d. §. vlt. nec enim solutio naturalis debiti donatio est. sed debiti solutio l. hoc iure 19. §. si quis ieruo §. De donat.*

tenus vt non teneantur supra quam locupletiores facti sunt, vt toties diximus. Ergo non minus bonæ fidei possessor, quam prædo culpæ rationem reddere debet, Neque enim damnum vllam sentire videretur, quod ex culpa sua sentiret *ulq. l. quod quis 203. De regul. iur.*

Dec. Nulli querelæ subiectus est qui rem suam aut rem alienam quam suam esse putat quasi suam negligit, Quia licet publicè interit ne quis re sua abutatur §. *Instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Et iura omnia excitent ciues ad diligentiam cum diligentibus tantum & vigilantibus scripta sint, non etiam negligentibus & dormientibus *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior l. pupillus 24. §. que in fran. credit.* qui tamen in re sua negligens est, sibi tantum nocet primò & principaliter, Reipublica verò non nisi per consequentiam, Non solent autem attendi quæ non accidunt nisi per consequentias *l. l. quod dicitur 7. §. de author. tutor.* Idque est quod iactari vulgo solet, Vnumquemque rei suæ moderatorem esse & arbitrum *ulq. l. in re madata 21. C. mandat.* Nulla ergo culpa imputari potest bonæ fidei possessori hereditatis alienæ, qui rem suam negligere se putauit, cum hereditariam neglexit *l. sed et si 25. §. consulti & seq. supr. hoc 1.* Et generaliter nulla culpa exigenda est à quoquam in re ipsius administratione, vt ait Pomponius in *l. etiam 18. §. 1. §. solut. marr.* Planè si non tantum per simplicem & quemlibet negligentiam, sed etiam per culpam (non enim quælibet negligentia, sed magna tantum culpa est *l. magna negligentia 226. De verb. sign.*) possessor rem al. quam hereditariam amiserit, non est dubium quin huius quoque culpæ nomine teneri debeat *l. si culpa 63. §. De rei vindic.* Puta si seruuum aut equum hereditarium vltro præcipitauerit aut debilitatum reddiderit, vel vulneraui, vt in *l. non solum 13. eod. l. si eo tempore §. 8. §. ad leg. Aqu. per nimiam fortassis scruitiâ. Scruitiâ enim tanta etiam in propriis rebus culpanda est. In alienis verò hand dubiè coercenda *l. si constante 24. §. si maritus §. solut. marr.* hactenus saltem vt eo nomine possessor teneatur ad indemnitate petitori præstantdam, licet ex eo damno non sit ipse factus locupletior. Atque ita separanda est negligentia quæ contingit in administratione à culpa quæ in amissione rei hereditariæ *l. & non tantum 19. §. veniunt vbi dixi supr. hoc tit.* quamuis quod scriptum est in *d. l. non solum* malè Bartolus post Accurs. hinc restringat ad malæ fidei possessorem, vt constat ex coniunctione *d. l. cum l. 1. præced. quæ est ex eodem Vlpiani li-**

bro sumpta, nec nisi de bona fidei possessore loquitur.  
 c. *Postea vero & ipse prado est.* Ratio dubitandi. Nō est cogendus bona fidei possessor hereditatis ut huius periculi metu ius suum, aut quod se habere putat, inde sensum temerē relinquat. *l. illud 30 in fine principij. l. hoc tit.* Ergo non ob id agendum est durius cum eo quod licum fuerit contestatus, si se optimo iure uti existat.

3 § Illud planē pradoni imputari non potest. cur passus est debitores liberari, & pauperiores fieri, & non eos convenit: cum actionem non habuerit.

*Ad §. 2. Illud planē.*

Ratio dubitandi. Male fidei possessor tenetur non de eo tantum quod ipse percepit aut percipere potuit. *l. sed et si 25. §. quod autem sup. hoc tit.* Sed etiam de eo quod percipere non potuit si modo fuerat percepturus peritor si ei fieri licuisset. *l. si natis 62. §. 1. §. De vi et vindic.* Ergo quamvis prado non potuerit debitores hereditarios convenire. ob idque liberari eos passus sit. Non eō minus tamen debet teneri ut indemnitatem præstet peritori, qui si hereditatem possedisset, debitores hereditarios convenire potuisset.

Dec. Nemini potest imputari cur non fecerit id quod etiā maxime voluisset facere tamen non potuisset. *l. cum quidam 17. §. si pupillo. §. de testur.* At qui nō potuisset prado agere contra debitores hereditarios, tamen maxime voluisset. Cum nemo agere sine actione possit. *l. si pupilli 6. §. vii. sup. de negot. 2. et l. quoties 9. §. 11. m. si temporali. §. De administr. & peric. tit.* Ergo nihil potest ei imputari cur debitores hereditarios liberari passus sit. Aliud iuris est

4 § Quod autem possessori solutum est an restituere debeat videamus. & si bonæ fidei possessor fuit, siue non, debere restituere placet. & quidem si restituerit, ( ut Cassius scribit, & Iulianus libro sex: o) liberari ipso iure debitores.

*Ad §. 1. Quod autem.*

Ratio dubitandi. In pradone quidem nulla dubitatio est, quin restituere debeat quod exegit à debitoribus hereditariis nec dolus ei suus proficit cum sciat se alienam hereditatem possidere, Sed in bonæ fidei possessore aliud esse videtur cum nullam causam habuerit existimāti se ius habere accipiendæ solutionis, & debitor iustam quoque causam ei solvendi quem heredem esse existimabat. Et proinde eum solutio fiat utrimque bona fide perinde haberi debet acti facta esset vero creditori, ut bona fides tantum possidenti præstet quantum veritas ubi lex impedimento non est. *l. bona fides 136. De reg. iur.* Neque verò novum est ut propter bonam fidem contingat solventi debitori liberatio. quæ aliis non contingeret. *l. qui hominem 34. §. si Titium. l. si in 58. §. de solut.*

Dec. Eadem solutio liberationem parit, quæ fit vero creditori, non quæ alij. Nisi cum ipsius veri creditoris factum causam erroris & bonæ fidei præbet solvendi debitori, ut in d. §. si Titium. At qui bonæ fidei possessor hereditatis sicuti non est verus heres, ita nec verus creditor dici potest. debetque sibi debitor imputare cur non diligentius exquisiverit an esset heres verus ille cui solvatur. Mirum igitur non est non liberari debitorem si

Dec. Possitorem contestatam omnes possessores sunt potes, id est pradones. *l. sed et si 25. §. si ante sup. l. an in l. 2. C. ad hoc tit.* Nullo igitur favore dignus est bonæ fidei possessor postlitam contestatam, Nec magis quod pertinet ad negligentiam necdum culpam non præstandem, quam quod ad lucrandos fructus, Sed in hoc solo ne fatum humanæ sortis præstare teneatur. *l. illud.*

in percipiendis fructibus, quorum scilicet perceptio non iuris sed facti est. *l. si usufructus 58. §. De rer. dot. ac proinde non tam iure, quam facto impeditur.* Plus potest prohibitio iuris quam facti. Quodiure fieri non potest nec fieri posse creditur, & quodammodo impossibile existimatur. Quod autem ab uno non fit, ab alio tamen fieri plerumque potest & quod vix fit, tamen fit. Proinde imputari potest pradoni, cur non fecerit id quoque quod facere potuit alius, si potuisset etiam ipse iure hoc facere. Sed imputari ei non potest, cur non fecerit, quod iure facere non potuit. Nec replicari potest. Inò verò potuisset conveniri debitores hereditarios dato bonis curatore, cui scilicet permissum est exercere actus omnes tempore perituras. *l. et dicitur 14. §. De reb. auct. iudic. possid.* Ideoque posse imputari pradoni, cur non petierit eiusmodi curatorem bonis dari. Quia ut bene Accursus notat, esset sibi contrarius prado si & se heredem diceret & curatorem bonis dari postulari, qui dari nec potest, nec debet nisi abiente domino.

solvat bonæ fidei possessori. Et consequenter debet etiam bonæ fidei possessor vero heredi restituere quod accepit à debitore, Alioqui lucrum ferret ex damno alieno, contra *l. nam hoc natura 14. De condit. ind. b. l. iure natura 206. De regul. iur.* Porro lucrum omne possessori quantumvis bonæ fidei eripiendum est etiam post Senatusconsultum. *l. post Senatusconsultum 28. sup.* Dices, Tam pradone quam bonæ fidei possessore teneri conditione, ut debitori hereditario reddant quod ab eo acceperunt. Solutio enim quæ non parit liberationem parit semper conditionem. *§. qui hominem l. cum quis 38. §. de solut. l. cum is 32. §. 1. De condit. ind. b.* Equum autem non esse ut qui unam duntaxat solutionem accepit, duobus eandem pecuniam restituere teneatur. Sed facilis responso est, Non ideo posse siue pradonem siue etiam bonæ fidei possessorem recusare, quominus acceptam pecuniam vero heredi restituatur, Cum ea restitutione consecuturus sit ut à metu conditionis liberetur, quia & debitores ipsi per eam restitutionem à vero herede liberabuntur & quidem ipso iure, ut sequitur in textu, & scriptum est in *l. id et si 25. §. si minor sup. hoc tit. d. l. qui hominem 34. §. si prado. §. De solut.* In perpetuum enim quoties id quod tibi debeo ad te pervenit, & tibi nihil abest, nec quod solutum est repeti

repeti potest, competit liberatio. *l. in perpetuum 61. eod. tit. l. si in bonis 37. De condit. ind. b.*  
 a. Liberari ipso iure debitores. Ratio dubitandi. Solutio facta non vero creditori licet ab eo qui putavit se solvere vero creditori aut eius vero procuratori non liberat debitorem ipso iure. *l. qui hominem 34. §. si in bonis & si quis. De sol. Nec enim bona fides tantum præstare hoc casu potest quantum veritas. Ex reg. l. bona fides 136. de reg. iur.* Cum lex impedimento sit ne contingere possit liberatio per solutionem alij factam quam vero creditori siquidem liberatio species quædam est alienationis ex parte liberantis. *§. ut ex contrario Inst. quib. alien. licet vel non.* Sicut & species acquisitionis est ex illius parte qui liberatur. *l. si pupilli 66. de sol. l. species 11. §. de accept.* Alienatio autem ab alio fieri quam à vero domino nulla potest, cum nihil aliud sit alienatio quam actus per quem dominium transfertur. *l.*

*1. Ceterum dotal.* Atqui solutio quæ fit solido heredi quantumlibet bona fide aliena hereditatem possidenti non fit vero domino, neque illi qui habeat mandatum à vero domino. Ergo non potest acquirere solventi liberationem.

Dec. Non per solutionem ipsam acquiritur hæc liberatio, sed ex eo potius quod soluta hæc pecunia tandem pervenerit ad verum heredem per restitutionem ei factam à possessore hereditatis siue prado ille fuerit, siue bonæ fidei possessor. Ex regula. *l. in perpetuum 61. De sol.* Ad quod enim solutionem à debitore aut ab alio debitoris nomine creditori vero factam fuisse requirimus inducendæ liberationis gratia. Nisi ut debita pecunia perveniat ad creditorem? Quid vero interest an statim per ipsius debitoris manus, an verò per mediam alterius personam tandem perveniat, dum ne ab eo auocari unquam possit?

4. PAULVS libro vicensimo ad Edictum.

Per servum adquisita res heredi restituenda sunt, quod procedit in hereditate liberari, & cum de inofficio agitur, cum interim in bonis est heredis.

*Ad l. Per servum 32.*

Ratio dubitandi. Quod servus alienus bona fide possessus acquirit siue ex operis suis, siue ex re bonæ fidei possessoris acquirit bona fidei possessori. Nam eadem dicendum esset in homine libero bona fide possessore. *l. qui bona fide 23. De acqui. rer. domini.* Ergo quod per servum hereditarium acquiritur apud bonæ fidei possessorem siue ex operis, siue ex re possessoris acquiritur bonæ fidei possessori, nec venire debet in hereditatis restitutionem, siue ponamus tractari de hereditate ab intestato delata quo casu nulla actio alia quam petitionis hereditatis exercenda est, siue præcedere necesse sit querelam inofficiosi testamenti ut rescissio post testamentum hereditas postmodum ab intestato peti possit. Nec enim querela inofficiosi testamenti aut successio est aut petitio hereditatis sed tantum preparatoria ad petitionem hereditatis, Cum possit competere iis quoque qui tamen ab intestato succedere non possunt. *l. l. posthumus 6. §. tibi dixi sup. tit. prox.*

Dec. Multum interest an de bonæ fidei possessore loquamur qui aliquem titulum habeat, ut puta emptionis, aut donationis, aut alium similem in quo demum procedit quod diximus, Acquiri ei per servum alienam ex duabus illis supradictis causis, An verò de bonæ fidei possessore hereditatis qui possessionis suæ titulum nullum habeat, qualis ille est qui hereditatis petitione convenitur, quem necesse est nullam possessionis suæ titulum habere ut actione ista conveniri possit, quippe quæ ut tam sepe inculcavimus non datur contra titulo possidentem. *l. regulariter 9. sup. hoc tit.* Huic enim possessori quantumvis in bona fide sit nihil acquirit potest per servum hereditarium ne quidem ex operis servi aut ex re possessoris, Non magis

quam fructus quos ex rebus hereditariis perceperit, qui tamen bonæ fidei emptori interim acquirere iuribus. *l. bona fidei 48. De acqui. rer. dom.* Potest scilicet tituli cum bona fide contenti. Non enim fructus acquiruntur interim bonæ fidei emptori tanquam bonæ fidei possessori, sed tanquam bonæ fidei emptori, ut in præcedentibus docuimus. Ergo quod per huiusmodi servum acquiritur cum non possit acquiri possessori necesse est ut acquiratur hereditari, atque ita hereditatem augeat, & consequenter veniat in restitutionem hereditatis. Nec est contrarium, quod possessor ex testamento postea rescisso per querelam inofficiosi testamenti habet interim titulum testamenti, adeoque non tantum bonæ fidei possessor est hereditatis sed etiam verus heres verusque dominus quoad usque testamentum rescissum sit. Quamquam enim ita est, rescisso tamen quodcumque per querelam testamenti, titulus ille reducit ad non titulum, & desinit heres esse is qui antea fuit, ita ut locum faciat successioni intestati. *l. circa 24. sup. tit. prox. l. in substitutione 33. §. de vulg. & pupil. subst.* Proinde redigitur ad causam nudi bonæ fidei possessoris, cui omne lucrum auferendum est quantumvis licitè ac bona fide acquiritum. *l. post Senatusconsultum 28. sup. hoc tit.* Et hoc est quod hic Paulus noster insinuat iis verbis cum interim in bonis essent heredis. Dixit enim cum pro quantumvis, ut bene Ioannes adnotavit. Et heredis nomine verum heredem intelligit qui in querela vicerit, non scriptum qui victus sit & heres esse desierit. Et ob hanc nimirum causam querela inofficiosi testamenti necessariò proponenda est antequam hereditatis petitio instituat ut testamenti titulus quo possessor subnixus est evertatur, & ad non titulum redigatur ad hoc ut hereditatis petitioni locus fieri ex regula iuris possit.

26. ULPIANVS libro quintodecimo ad Edictum.

Nisi ex re heredis scripti stipulatus sit.

*Ad l. Nisi ex re 23.*

Ratio dubitandi. Omne lucrum possessori etiam

qui in bona fide fuerit auferendum est, satisque ei esse debet quod post Senatusconsultum in damno



morari nequeat *l. sed et si 25. §. cōsultus & l. post Sempronius consilium 28. sup. hoc tit.* Ergo etiam id quod ex re possessoris seruus hereditarius acquisierit à possessore restituendum est.

Dec. Non potest videri ex hereditate quæsitum esse vt hereditatem augere debeat id quod ex re possessoris eiusdemque scripti heredis acquisitum est, quamuis per seruum hereditarium. Cùm hic seruus interim fuerit heredis nec alij quam ei qui tùm verus dominus erat acquirere potuerit. Absurdumq; sanè fuerit augeri hereditatē ex re possessoris qui non tantum possessor sed etiam dominus fuerit, vt id quoque quod ex ea causa perceperit vero heredi restituere teneatur. Alia causa est eorū qui hic seruus hereditarius ex operis suis acquisierit. Et enim dici solet Ex re bonæ fidei possessoris acquisitum videri quod ex serui operis acquisitum est. *l. quod fructuaris 49. de acqu. rer. dom. l. quæsitum 40. in fi. eod.* Id tamen non aliam rationem habet quam quia bonæ fidei possessori operas seruus debet, nimirum si non tantum bona fide, sed etiam ex iusto aliquo titulo possideatur. Quod hīc non euenit, vbi titulus reducitur ad non titulum per querelam inofficiosi testamenti quemadmodum in præcedenti lege diximus: Ne-

**I**ulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium præstaturum: imputaretur enim ei si non distraxisset: quod si necessarium hereditati, si quidem viuit, ipsum præstandum: si decesserit, fortassis nec pretium: sed non passurum iudicem<sup>b</sup>, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari scribit. & verius est.

*Ad §. i. Iulianus.*

Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis veniunt res ipsæ hereditariæ, non earum diuitiarum præcia, quippe quæ propriè non sunt hereditaria sed tantum per fictionem quandam, & iure subrogationis, vt toties diximus in præcedentibus. Præsertim ad *l. si & rem 22. sup.* Ergo si possessor hereditatis vendiderit seruum hereditarium quamuis hereditati non necessarium, potest eo nomine conueniri non tantum vt precium quod accepit restituat, sed vt quod amplius est in vera serui æstimatione, scilicet si proponas male fidei possessorem & prædonem cui non sit æquum vlla in re subueniri. Nam de hoc solo possessore intelligi Iustinianum debere ex eo cõstat quod in bonæ fidei possessore qui seruum hereditariū vendidit eiusmodi distinctio adhibenda non est an seruum necessarium vendiderit an non necessarium, cum rem suā se tractare crederet *l. sed et si 25. §. cōsultus & seq. sup.* Nec potest in eo locum habere ratio quæ hīc adfertur quod imputaretur ei si seruum hereditariū non distraxisset. Nulli enim querelæ subiectus est bonæ fidei possessor pro iis quæ gessit vel non gessit ante peritam hereditatem *l. si quid possessor 31. §. si autem sup. eod.*

Dec. Et si indignus est prædo cui faueatur, non tamè vsq; adeo durè ac inhumanè cum eo agendū est, vt eorum quoque nomine teneri debeat quæ bene gessit & quæ prudēs ac diligens paterfamilias perinde gere debuerit, adeoq; quæ si non gessisset, tantò magis foret quod ei imputaretur. At qui esset quod imputaretur si seruum non necessarium tenuisset quem potius expediebat venderè. Satis igitur abundèq; vero heredi esse debet quod præ-

que hoc nouum est cum eadem etiam distinctio adhibeatur in seruo redhibito in *l. & generaliter dicitur 27. §. De adit. adit.* Dices eandem rationes quas attulimus pro bonæ fidei possessore in quod ex re ipsius seruus hereditarius acquisierit, vt ro heredi restituere teneatur, etiam in iis locum habere quæ ex operis serui quæ sita sunt. Et vicissim non magis relinquendum esse possessori quod ex re ipsius quam quod ex operis serui acquisitū est cum nihil lucri ex aliena hereditate penes eum remanere debeat. Neque rursus distinguendum est heredem scriptum in eo testamento quod inofficiosum postea pronunciatum sit à bonæ fidei possessore qui ab initio possessionis suæ titulum nullum habuerit. Quid enim refert an titulus possessionis ab initio nullus fuerit, an aliquis, sed qui postea ad non titulum sit redactus: Verum respōde longè maiorem esse rationem, vt non restituatur quod ex re possessoris quam quod ex operis serui acquisitum est. Quod enim ex operis serui acquisitum fuit perinde acquiri potuisset, etiam si alius serui possessor fuisset, quia perinde operas suas alij præstitisset. At non etiam quod ex re ipsius possessoris. Neque enim ex re illa potuisset acquirere si alium bonæ fidei possessorem habuisset.

cium venditionis à possessore consequatur, nec amplius quicquā hoc nomine petere ab eo debet. *l. si quidem viuit, ipsum præstandum.* Ratio dubitandi. Non potest hereditatis possessor venditum seruum præstare ac restituere cum vendiderit, nec eius vindicandi ius habeat quia dominus non est. Cùm & aduersus venditorem vindicantem eam rem cuius dominium ex postfacto nactus est, danda sit exceptio rei venditæ & traditæ *l. i. §. tor. ill. r. De except. rei venditæ & traditæ.* Ergo non est virgendus vt hominem ipsum præstet, ne ad impossibile adigi videatur.

Dec. Imputatur prædoni cum seruum necessarium distraxerit, quia non expediebat distrahere, & quia non debebat se immiscere hereditati quam sciebat ad alium pertinere. Ergo quamuis vendiderit atque ita desit possidere, quia tamen dolo malo vendidit sciens alienum atque ita dolo malo desit possidere pro possessore condemnandus est, ad hominem ipsum præstandum si quo modo recuperare illum possit. Aut quāti actor in litem iurauerit in infinitum & sine vllatatione si hominem ipsum restituere non possit, vt in *l. item veniunt 10. §. vlt. d. l. sed et si 25. §. hac verba sup.* Nec cogendus petitor est hoc casu vt superiore, precium accipere quod ex venditione redactum est, & eo contentus esse.

**Sed non possorum iudicem.** Ratio dubitandi. Etiam si seruus hic hereditarius quem à malæ fidei possessore distractum ponimus, distractus non fuisset, quæ tamen hereditati perisset ac vero heredi, Adde vt neq; precium eius præstari debuisset, quoniam non possit imputari prædoni cur seruum necessarium hereditati non distraxisset quem retinere expediebat.

expediebat. Ergo quamuis distrazerit, non eo magis condemnandus est vt precium restituat ne id quidem quod accepit, quasi nihil interfit petitoris qui equè non venditum seruum fuerat amissurus *arg. l. si alius 7. §. et alia vers. quoniam nullam inf. quod vi aut clam.*

Dec. Omne lucrum ex aliena hereditate perceptum eripiendum est etiam bonæ fidei possessori *l. post Sempronius consilium 28. sup. hoc tit.* Ergo multò minus pati iudex bonus debet vt lucrum huius

precij remaneat penes prædonem, quod nec penes bonæ fidei possessorem remanere deberet. Licet enim ex negotiatione magis quam ex hereditario seruo perceptum videri possit *l. vlt. d. De hered. vel act. vend. l. i. §. i. ad leg. falc.* negari tamen non potest quin habuerit per occasionem hereditatis quod sufficit vt restitui debeat. Nec rursus quin subrogatum sit in locum hominis venditi vt perinde ac homo ipse possit venire in hoc iudiciū petitionis hereditatis quod est vniuersale.

34. PAVLVS libro vicensimo ad Edictum.

**F**ilij familias militis puto peti posse hereditatem ex testamento nobis obueniens.

*Ad l. Filij familias 34.*

Ratio dubitandi. Filiusfamilias heredem ex testamento habere non potest, Cùm lex 12. tabul. quæ prima iustestandi indixit de solo patre familias locuta sit iis verbis *Paterfamilias vi sua rei legasset, i. t. ius esse,* sic relatus ab auctore ad Herennium iunct. *l. verbis legis 120. De verb. signif. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. sub. j. i. l. filiusfamilias 18. §. ad leg. falc.* Filiusfamilias autem non eo minus est filiusfamilias, quòd sit etiam miles, quandoquidem militia non est modus soluendæ patriæ potestatis *§. filiusfamilias Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* vt neque acquisitio bonorum castrensiū *l. vlt. c. de inoff. test.* Ergo fieri non potest vt filiusfamilias petatur hereditas, nec magis ex testamento quam ab intestato. Hereditatem enim aliquam esse oportet & quidè testamentariam, vt ex testamento peti possit.

Dec. Filiusfamilias miles vice patrisfamilias fungitur quantum ad ea bona quæ in castris quæsit *l. 2. c. de SC. Macced.* Nimirum si de eo peculio castrensi testatus sit *l. vlt. in princ. j. ad SC. Terryll.* Alioqui si moriatur intestatus occupat pater bona omnia castrensia non tanquam heres & iure hereditario sed tanquam pater iure peculij *l. i. §. 2. j. de cast. pec.* Potest igitur miles etiam filiusfamilias &

hereditatē & heredē ex testamento habere sed in peculio castrensi tantum & in quasi castrensi, de quo in *d. l. vlt. c. de inoff. testam.* sed non etiam in bonis cæteris. Ab intestato autem habere heredem non potest, iure scilicet veteri inspecto. Nam, vt bene Accursius notat, hodie aliud est post Nouellam Iustiniani constitutionem n. 8. *De heredib. ab intestato venient.* quæ filiofamilias cuiuslibet ius habendi etiam ab intestato heredis concessit. Nimirum in peculio aduentitio, non etiam vt puto in castrensi. In quo, ni fallor, Iustinianus nihil innouauit, non magis quam in peculio præfectorio, quemadmodum pluribus à nobis comprobatum est aduersus omnes omnium interpretum opiniones in Error. pragmat. Quod tamen Accursius noster ad hunc locum neque sentisse neque percepisse videtur. Facit enim eandem rationem militis & alterius cuiuslibet filiusfamilias ab intestato, Quæ tamen alia & meo iudicio deterior est in eo quod heredem peculij castrensis habere non potest, quia & melior est in eo quod heredem ex testamento habere possit si vellet. Planè in peculio aduentitio eadem ratio est filiusfamilias militis quæ cæterorum, quia de eo non magis testari potest quam cæteri.

**I** Si seruus, vel filiusfamilias res hereditarias teneat, & patri dominove peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certè si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio serui habeat, & Iulianus existimat posse à domino, quasi à iuris possessore, hereditatem peti.

*Ad §. i. Si seruus.*

Ratio dubitandi. Tenere aliquem est facti meri *l. stipulatio i. §. 38. §. hac quoque stipulatio vers. planè si tenere. j. De verb. obligat.* Quæ autem sunt facti non transeunt à filiofamilias aut à seruo ad patrem vel dominum *l. qui heredi 44. in princ. de cond. & demonstr.* Ergo cum is qui rem aliquam tenet eius demum restituendæ habeat facultatem nec alius petitione hereditatis conueniri possit quam qui restituendæ rei facultatem habet, vt euenit in cæteris omnibus in rem actionibus *l. officium 9. §. qui restitueret 68. inf. De rei vind. consequens videtur vt quamuis seruus petitione hereditatis conueniri non possit quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 107. De regul. iur.* in filiofamilias tamen aliud dicendum esse videatur, cum filiusfamilias ex omnibus penè causis & agere & conueniri possit, *l. filiusfamilias 39. De oblig. & actio.**

Dec. Petitio hereditatis cum sit actio in rem datur contra possessorem *l. regulariter 9. §. pass. sup. hoc tit.* Possessor autem est non qui rem tenet aut

qui in possessione est, sed is cuius nomine res tenetur aut possidetur *l. quod mo i. §. j. De acquir. poss.* Ergo pater vel dominus non filiusfamilias aut seruus, Nam & per filiumfamilias possessio patri acquiritur, vt & domino per seruum *l. i. §. item adquirimus l. 4. eod. tit.* quoniam vera & propria possessio licet facti sit, tamè etiam iuris est ac plurimum ex iure mutuatur *l. possessio 49. in princ. §. i. eod.* Non igitur ob id minus hereditatis petitione conueniri pater vel dominus potest quod filius aut seruus rem teneat, cum non minus restituendæ rei habeat facultatem quam si eam ipse teneret. Hoc verò sufficit vt contra eum actio in rem quælibet exerceri possit. Sic dicimus interdicto De tabulis exhibendis conueniri posse patrem vel dominum si penes filium vel seruum sint tabulæ, Nimirum quia earum exhibendarum facultatem pater, vel dominus habet *l. locum c. §. si penes. infr. De tabul. exhib.* Non tamen omnimodo per filium aut seruum acquiritur possessio patri vel domino, sed scienti tantum extra causas peculiare ex quibus

placuit acquiri possessionem patri vel domino etiam ignotanti *l. peregrè §. 1. j. De acquir. poss. l. quem admodum 46. §. 1. j. de iur. dot.*

**a** *Certe si precium.* Ratio dubitandi. Quod haber filiusfamilias aut seruus in peculio non videtur à domino vel à patre possideri, quia peculium quasi patrimonium quoddam est filiusfamilias vel serui separatum à rationibus dominicis *l. depositi §. 5. pen. & ult. l. peculium 39. iunct. l. hinc queritur 19. §. 1. j. De pecul. Ergo non potest ex ea causa pater vel dominus petitione hereditatis conveniri.*

**Dec.** Ut quis petitione hereditatis conveniri possit sufficit esse illum iuris possessorem *l. nec ullam 13. §. vl. sup.* Hic autem pater vel dominus possessor iuris est, id est ut Accursius explicat peculij,

35. GAIUS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

**I**dem Iulianus ait, etiam si nondum pretia rerum consecutus sit seruus, posse à domino quasi à iuris possessore, hereditatem peti: quia habet actionem, quia eam pecuniam consequatur, quæ quidem actio etiam ignoranti acquirere.

*Ad l. Idem Iulianus 35.*

Ratio dubitandi. Cum filiusfamilias vel seruus qui res hereditarias possidebat, eas distraxit, nec precium earum adhuc consecutus est, non potest videri pater aut dominus quicquam hereditarium possidere corpore filiusfamilias aut serui. Non res ipsas hereditarias, quas ponimus fuisse distractas, Non earum pretia quæ necdum fuere soluta, Nihil igitur causæ est cur hereditatis petitione conveniri possit. Aliquam enim rem possideri oportet saltem minimam, ut hæc actio proponi possit *l. licet minimam 10. iunct. l. preced. sup.*

**Dec.** Etiam quasi possessor iuris actione ista conveniri potest, ut diximus ad fin. legis precedentis ex *l. nec ullam 13. §. vl. sup.* Atqui hoc casu pater vel dominus quasi possessor est iuris hereditarij, id est actionis ex vendito, quam habet ex contractu filij vel serui quæsitam etiam ignoranti cum ex causa peculiari acquisita sit *l. 3. §. ceterum l. peregrè 44. §. 1. De acquir. poss.* Videtur enim lex hæc refe-

36. PAVLVS libro vicensimo ad Edictum.

**S**i à domino, vel à patre, qui pretia possidet, hereditas petatur: an filio, vel seruo, meo, vel seruo manumisso, vel emancipato filio, intra annum agi debeat? & an debi sibi dominus vel pater deducere potest? Iulianus verus esse ait id, quod Proculus qui que respondit, perpetuò actionem dandam: nec deduci oportere id, quod ipsi debent quia non de pecunia agatur, sed hereditas petatur, hæc rectè, quòd pretia habeat serui vel filiusfamilias. si propterea <sup>a</sup> hereditas petatur domino, quod seruus debitor su perinde haberi debebit, atque si de peculio ageretur. Idem dicendum <sup>b</sup>. Maurician ait, etiam si pecuniam ex pretio perceptam seruus, vel filius consumpserit. sed aliàs peculio eius solui potest.

*Ad l. Si à Domino 36.*

Ratio dubitandi. Cum pater vel dominus qui pretia rerum hereditarium possidet per filiumfamilias aut per seruum convenitur petitione hereditatis, Apparet conveniri eum, ex persona quoddammodo filiusfamilias aut serui, Quo demùm casu prodita est à prætoribus actio de peculio contra patrem vel dominum, Ex qua actione constat non teneri patrem vel dominum nisi quatenus est in peculio, nec rursus nisi deducto eo quod per filiumfamilias aut seruum ipsi patri vel domino debent *l. depositi §. 5. vl. j. de pecul.* Ergo & in petiti-

quia peculium licet sit filiusfamilias vel serui iure, tamen est patris & domini *l. 3. §. sed utrum & l. pati 27. sup. de minor.* cum possit pater vel dominus pr iure & arbitrio suo peculium adimere aut ex parte aut etiam in totum dum ne in fraudem eorum qui cum filiofamilias vel seruo contraxerunt *l. peculium nascitur 40. in fi. j. de pecul. l. quando. act. de pecul. e annual.* Quamquam si quis cum Cuiacio *lib. 13. O ser. cap. 3.* velit hæc verba quasi iuris possessore expungere, tanquam quæ irreperirent *ex l. seq. non vale repugnabo.* Pater enim itemque dominus verè: propriè possidet ipsa etiam corpora quæ sunt in peculio, Nec est necesse ut quasi iuris possessor conveniatur, qui tanquam ipsorum possessor corporum conveniri potest.

renda ad posteriorem speciem §. precedentis, v eiu(dem Iuliani sententia proponitur de domini qui pretia rerum hereditarium à seruo venditorum in peculio serui habuit: Quamquam si pon ea pretia non fuisse in peculio, perinde verum e hereditatem à patre vel à domino tanquam in possessore peti posse, quoniam æquè actionem habet ex vendito aduersus emptores rerum hereditarium, qui nondum soluerunt pretium, N minus similiter dici poterit actionem hanc etiam ignoranti patri vel domino quæsitam esse, Et si nim acquiri non potui nisi scienti aut ratum habenti possessio rerum hereditarium ex alia causa quam peculij *l. peregrè 44. §. 1. De acquir. poss quemadmodum 46. §. 1. De iur. dot.* Attamen ex stip lationibus & aliis contractibus seruorum personales actiones dominis non tantum ignorantibus sed etiam inuitis acquiruntur. *l. seruus vetante 7. De verb. oblig.*

ne hereditatis quæ contra patrem vel dominum ex persona filiusfamilias aut serui proponitur, id probandum est siue quis hanc actionem petiit nisi hereditatis sumere velit pro actione de peculio siue pro actione saltem subrogata in locum actionis de peculio, cuius proinde naturam & conditionem repræsentare debeat arg. *l. si quis cum §. qui iniuriar. sup. si quis caution.*

**Dec.** Petitiio hereditatis & actio de peculio conferunt toto genere, Illa enim actio in rem est *l. est 25. §. pen. sup. hoc tit.* hæc in personam, Illa civilis, hæc prætoribus, Illa competit contra patrem dominum

dominum, non tamen ex persona filiusfamilias aut serui quàm ex propria, quoniam quod filiusfamilias aut seruus ex aliena hereditate possidet, pater ipse aut dominus siue ab initio sciuerit, siue ex postea. Sed ratum habuerit possidere intelligitur, leg. quemadmodum 46. §. 1. De iur. dotat. perindeque habet restituendi facultatem acti proprio suo corpore possideret, leg. 3. §. 1. sup. hoc titul. Actio autem de peculio non datur contra patrem vel dominum nisi ex contractu filiusfamilias aut serui, *l. 3. §. sed si filius & ser. & pass. De pecul. l. 1. §. si filiusfamilias infir. De his qui ecc. vel effud.* Non quasi quod à filiofamilias aut à seruo contractum est, à patre ipso vel domino contractum videatur (hæc enim ratio patrem vel dominum obligaret in solidum, non ad finem dantaxat peculij) sed ne decipiatur is qui contrahendo cum filiofamilias vel seruo peculium eius intutus est tanquam proprium ipsius patrimonium, leg. hinc queritur 19. §. 1. vl. que quæsitio infir. De pecul. Nulla igitur ratio est, ut petitiio hereditatis quæ contra patrem vel dominum exercetur pro ea re quam alteruter corpore filiusfamilias aut serui possidet eodem iure censetur, quo actio de peculio, siue quantum ad hoc, ut dantaxat ad finem vique peculij pater vel dominus teneatur, siue quantum ad hoc ut quod patri vel domino debetur, ex condemnatione deducatur, siue denique ut filiusfamilias vel seruo mortuo, aut seruo manumisso, aut emancipato filio intra annum peti hereditatem oporteat, quemadmodum intra annum de peculio agi oportere, Et Tit. *Quand. act. de pecul. est annual.* Sed his omnibus casibus dicendum est petitionem hereditatis retinere suam vim ac potestatem, ut & perpetua sit, & in solidum detur, dum ne tamen supra quàm pater aut dominus factus sit locupletior, alterius cuiuslibet exemplo, nec deducatur quod ipsi patri vel domino debetur. Verum hæc ita si pater aut dominus idem conveniatur petitione hereditatis quod filiusfamilias aut seruus pretia rerum hereditarium possideat, quoniam hoc casu hereditas ab initio petitur non de peculio agitur, quandoquidem neque contrahit, neque quasi contrahit filiusfamilias aut seruus qui hereditarium aliquid possidet, quomodo quasi contrahere intelligitur, qui hereditatem sibi delatam adit, leg. 3. §. vnum. & l. sequenti. infir. quib. ex caus. in possess. ear. lege 5. §. hères De obligat. & action. Nam nec delatam sibi hereditatem posset adire filiusfamilias aut seruus nisi præcedente iussu domini, ne per filiam aut seruum pater aut dominus inuitus ari alieno obligetur, *l. qui in aliena 6. infir. De acquir. hered.*

**a** *Quod si propterea.* Ratio dubitandi. Etiam cum hereditas petitur à patre vel à domino, ob id solum quod filius vel seruus debitor fuerit, verum tamen est perinde teneri patrem vel dominum ex propria persona tanquam iuris possessorem non ex persona filiusfamilias vel serui atque si venditatum rerum hereditarium pretia filiusfamilias aut seruus possideret. Ergo non aliud ius hoc casu debet constitui, quàm superius.

**Dec.** Petitiio hereditatis in rem quidem actio est, sed tamen pleræque habet præstationes personales, *dist. l. sed est 25. §. consultit & §. ad id supra.*

Tom. II.

sonales, *dist. l. sed est 25. §. aut peculium. sup.* Inter quas tamen multum interest: Nam si ex contractu nascantur, filiusfamilias vel serui non alterius conditionis esse possunt cum agitur petitione hereditatis, quàm si ageretur de peculio: quæ actio non nisi ob contractum filiusfamilias vel serui competit. Si verò nascantur ex alia causa puta quod seruus aut filiusfamilias exegerit debita aliqua hereditaria vel pretia hereditarium rerum quas vendidit retinet petitiio hereditatis suam naturam nec quicquam simile aut commune habet cum actione de peculio, quia hoc casu non ex contractu nascitur, sed ex præsentia alicuius iuris quasi possessione. Quemadmodum de rei vindicatione scriptum est in *l. non alias 24. §. sed si postulat sup. de iudic.* Cum enim pater aut dominus actione ista convenitur ob id quod filiusfamilias aut seruus aliquid hereditati debuit convenitur quidem tanquam possessor passivè alicuius iuris hereditarij, Sed tamen ex contractu eius quem habet in potestate, Quæ res sicut actionem de peculio induceret, Ita & petitioni hereditatis novam quandam tribuit naturam similem actioni de peculio. Ad id verum est quod noster Accursius notat, originalem causam inspicere, Ex *l. qui id quod 33. infir. De donat.* Non perinde verum est quod Barrolus nimis generaliter hic notat, Petitionem hereditatis quæ datur contra patrem vel dominum habere naturam actionis de peculio quatenus datur ad præstationes personales. Debuerat enim hoc restringere ad personales præstationes quæ ex contractu nascuntur. Nam & cum petuntur pecuniæ exactæ à debitoribus aut pretia rerum venditarum à filiofamilias aut seruo, sunt istæ præstationes personales *dist. §. petitiio.* Nec tamen hoc casu petitiio hereditatis est similis actioni de peculio ut constat ex hoc §.

**b** *Idem dicendum.* Ratio dubitandi. Cum seruus vel filiusfamilias pecuniam consumpsit, quam ex rerum hereditarium venditione redegerat, perinde haberi debet atque si pater vel dominus consumpsisset, Quo tamen casu non simpliciter & absolute danda esset in eum petitiio hereditatis, sed cum hac distinctione si ex ea consumptione locupletior factus esset, Puta si alioqui tantundem de suo fuerat erogaturus, ut in *leg. sed est 25. §. quod autem quis sup. hoc titul.* Ergo & eadem distinctio adh. benda est. Itemque illa quæ in toto hoc contractu semper necessaria est, An bonæ fidei possessor fuerit is qui consumpsit, an malæ fidei: quarum tamen distinctionum neutra hic adhibetur. Quamquam vix est ut hæc distinctio cadat in filiumfamilias vel seruum qui nihil possidere ipsi possunt: cum per eos possessio patri vel domino acquiratur. Multò minus fieri potest ut putent se heredes cum delatam sibi ex testamento hereditatem non aliter possint adire quàm si pater vel dominus iubeat, Quod ubi factum est, non de filiusfamilias aut serui, sed de patris aut domini bona malæ fide querendum est. Contra quàm Accursio videatur qui distinguendum putat, an bonæ fidei possessor seruus fuerit, necne. Ut si bonæ fidei possessor fuerit in nihilum teneatur, quamvis pecuniam consumpsisset, quia is re sua uti se putavit ex *dist. l. lege sed est 25. §. consultit & §. ad id supra.*

EE



Quasi verò possit seruus putare abuti re sua qui nec quicquam suum putare potest, cum non sit ipse suus. Itemque de filiofamilias tractari potest, qui perinde incapax est acquisitionis nisi cum pater non vult sibi per filium acquiri, *leg. placet 79. De acquirend. hered. leg. 1. infr. si quis a parent. manum. sit.* Ergo si filiusfamilias vel seruus consumpserit precia rerum hereditariarum siue bona siue mala fide consumpserit, non potest conueniri pater aut dominus petitione hereditatis, cum neque corporis, neque iuris vllius hereditarij possessor inueniatur. Nec quod ex peculio filij familias vel serui tantundem solui possit quantum consumptum est, facere debet vt petitiō hereditatis eo magis locum habeat, cum de petitione hereditatis agamus non de actione de peculio.

Dec. Quod debet filiusfamilias aut seruus ex

1 ¶ Sed & à filiofamilias peti hereditatem posse non est dubium : quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum. Multo magis dicimus " posse peti hereditatem à filiofamilias, qui, cum paterfamilias esset, & possideret hereditatem, adrogandum se præstabit.

Ad §. 1. Sed & à filiofamilias.

Ratio dubitandi. Is demum tenetur petitione hereditatis, qui rem aliquam hereditariam possidet, siue bona, siue mala fide, *leg. regulariter 9. supr.* Atqui filiusfamilias non possidet cum per eum possessio acquiratur patri saltem scienti aut ratum habenti, *leg. 1. §. ceterum De acquirend. poss. leg. quemadmodum 46. §. 1. De iur. dot.* Ergo non potest hereditas peti à filiofamilias, non magis quam à seruo, cui filiusfamilias in multis comparatur : maxime verò in iis omnibus, de quibus supra diximus circa petitionem hereditatis.

Dec. Petitiō hereditatis cum in rem actio sit, datur contra omnes eos qui restituendi facultatem habent, Sicut & actio Ad exhibendum contra omnes qui facultatem exhibendi habent: quam porro habent non illi tantum qui possident verè ac propriè, id est qui sibi habent & animo domini, vt Theophilus diffinit in *Tit. De liberis*, quia res in filiumfamilias aut seruum cadere non potest, Sed illi etiam qui possident tantum naturaliter, & de facto, id est qui rem tenent, quemadmodum de rei vindicatione scriptum est quæ specialis est in rem actio in *leg. Officium 9. De rei vindic.* & in actione Ad exhibendum, quæ licet in rem directa sit, non tamen contra alios datur quam qui rem aut ciuilitè aut naturaliter possident, vt eius restituendæ habeant facultatem, In *leg. 3. §. vltim. & ll. seqq. infr. ad exhib.* Atqui filiusfamilias licet propriè non possideat quia propriè dicta possessio non tantum facti sed etiam iuris est, plurimumque ex iure mutuatur, *leg. possessio 49. in princip. & §. 1. infr. De acquirend. poss. & consequenter patri per filium acquirunt, vt cætera quæ iuris sunt omnia si modò animus patris concurrat: dicit. §. ceterum dicit. leg. 1. si quis à parent. manum. sit.* Naturaliter tamen & minus propriè possidet, quia corporaliter rem tenet, quo verbo me-

venditione rerum hereditariarum debet ex contractu suo : Potest igitur ea res inducere actionem de peculio, sicut & si defuncto aliquid filiusfamilias aut seruus debuisset. Quid enim refertan debitor fuerit defuncti, an verò factus sit debitor hereditatis, verique heredis per venditionem rerum hereditariarum? Neque rursum quod pecunia cuius erat debitor consumpta fuerit, siue bona, siue mala fide, potest tollere actionem de peculio semel natam, quæ tandiu durat, quandiu in peculio aliquid superest. Ergo & hereditatis petitiō perinde locum habere potest, dummodò non agatur eo nomine durius cum patre vel domino quam si de peculio ageretur, sed intra annum duntaxat post mortem vel emancipationem, vel manumissionem, & ad finem vsque peculij non in solidum.

rum corporis factum significamus cuius non minus capax est filiusfamilias, adeoque seruus quam pater aut dominus, *leg. stipulatio ista 3. §. hac quoque versic. planè infr. De verb. obligat.* Ergo nihil vetat filiumfamilias etiam proprio nomine quasi naturaliter possidentem petitione hereditatis conueniri sicut ex aliis omnibus penè cautis, *leg. filiusfamilias 59. infr. De obligationib. & actionib.* Non idem est in seruo cum quo scilicet nulla actio, neque in rem, neque in personam esse potest, *leg. cum seruo 07. De regulis iuris, leg. seruus 7. Cod. de iudic.* quia cum iure ciuili pro nullo habeatur, *leg. quod attinet 32. De regulis iuris*, eorum omnium quæ sunt iuris ciuillis omnino incapaces sunt, tam actiue quam passiuè, ac proinde actionum omnium siue exercendarum, siue excipiendarum, Etiam prætoriarum quia & ius prætorium in iure ciuili generaliter sumpto continetur, §. *constat autem. Instit. de iur. natural. gent. & ciuili.* nec magis prætorij iuris quam ciuilis consortionem vllam serui habent, *leg. qui testamento 20. §. seruus quoque infr. qui testam. facer. poss.*

a Multo magis diximus. Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad sententiam præcedentem, nisi quod cum paterfamilias præstitit se adrogandum, & ex patrefamilias factus est filiusfamilias, minor dubitatio est quin possit contra eum peragi iudicium quod iam fuit inchoatum. Et si enim qui se dat adrogandum, transfert cum capite suo fortunam etiam omnes in domum & familiam adrogatoris, *leg. ex liberis 11. §. 1. De bonor. possess. secund. tabul.* non ideo tamen transfertur iudicium in adrogationem quod in adrogati personam potest consistere, sed ipso tantum mortuo, *leg. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* Neque hic casus vnus est ex iis in quibus iudicium soluitur quos Paulus recenset in *leg. iudicium soluitur 58. eodem*, quia res peruenit ad eum casum à quo etiam incipere potuit.

2 ¶ Si possessor

2 ¶ Si possessor hereditarium seruum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, vtrum velit, sibi eum condemnari, vt caueat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omnia eius rei æstimatione à iudice, Quæ electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit seruus : nam si postea ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

Ad §. 2. Si possessor.

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis si seruum hereditarium occiderit siue dolo malo, siue culpa, & siue ante, siue post aditam hereditatem tenetur eo nomine actione legis Aquiliae vt & ceteri omnes qui damnus aliquod per iniuriam alij intulerunt, *leg. 1. & tot. tit. infr. ad leg. Aquil.* Frustra ergo quis dicat competere ex hac causa etiam petitionem hereditatis. Cum actio legis Aquiliae sit plenior quia pœnalis est §. *his autem verbis. Inst. cod. ill. tit.*

Dec. Quod vna actio competat quamuis plenior & pœnalis non efficit quin alia etiam minus plena possit competere adeoque ex eodem facto, vt possit saltem actor alterutram & quam velit eligere. Solumque de illo quari potest an vna electa aliam amiserit, Aut potius an quod minus per primam consecutus est per aliam consequi possit vt in *l. qui seruum 34. infr. De oblig. & actio.* Ergo si possessor hereditatis seruum hereditarium per dolum aut per culpam occiderit, nihil prohibet quominus & lege Aquilia teneatur quatenus occidit alienum, & petitione hereditatis, quatenus occidit hereditarium. Nec enim eo minus plena debet esse petitiō hereditatis, quod possessio seruum hunc occiderit, Cum nemo facto suo præsertim malo & improbo suam obligationem tollere possit aut minuire, *leg. si seruum 91. §. sequitur vers. videamus. infr. De verb. obligat.* Nec video qua ratione Bartolus hæc distinguat bonæ fidei possessorem à prædone. Quasi possit bonæ fidei possessor impune seruum hereditarium occidere, Quod certe non ita est. Quamuis enim nulli querelæ subiectus sit ob ea quæ neglexit ante litem contestatam, ob ea tamen quæ improbè admisit & siue dolo malo siue per culpam quid fecerit in rebus hereditariis teneri debet, vt scripsimus ad *l. si quid possessor 31. §. sicut supr. hoc tit.* quia grauius peccatur in admittendo quam in mittendo, Vnde & Papinianus noster delicta vocat *admissa* in *leg. Stichum aut Pamphilum 65. §. 1. infr. De solut.* Planè debet petitor eligere an malit petitionem hereditatis hoc nomine exercere, an actionem legis Aquiliae, quoniam electa vna redire ad aliam non potest, multo minus vtramque exercere, *leg. quod in heredem 9. §. eligere De tribut. act.* Proinde si petitionem hereditatis instituat, cauere debet vt possessori se lege Aquilia non acturum. Quod si malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, Poterit quidem nihilominus agere petitione hereditatis, si quid aliud possideatur hereditarium. Sed ita vt in eam actionem non veniat hominis huius occisi æstimatio, Quæ veniret, si canisset petitor se non acturum lege Aquilia : Semper autem plenior est æstimatio quæ fit in actione legis Aquiliae, quia continet Quam plurimum seruus fuit eo anno rectorum computato, *l. 2. §. quasirum infr. de priuat.*

delict. In petitione autem hereditatis, quanti fuit tempore mortis, Non quidem præcisè, sed latius & *in m. d. t. e.*, ne alioquid exiguam summam deducatur, Vt in conditione triticaria scriptum est in *lege penultim. infr. De condit. tritic.* Porro hanc electionem petitor habet ita demum, si ante aditam hereditatem seruus occisus sit. Nam si post aditam & eo tempore quo delierat esse hereditarius, factusque iam fuerat heredis, non potest eo nomine petitiō hereditatis competere, sed tantum actio legis Aquiliae, tanquam propria ipsius non quasi heredis, sed quasi domini cuiuslibet. Nimirum si æstimatio petatur, quæ per legem Aquiliam semper petitur. Nam quin seruus ipse etiam occisus post aditam hereditatem venire debeat in petitionem hereditatis contra eum ipsum qui occidit, dubitari non oportet, si Bartolo credimus, ac si adhuc in rerum natura extaret, quia pro adhuc extante habetur, *leg. si ex legati 23. leg. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infr. De verb. obligat.* Idque significant fortè huius §. verba illa *Omissa eius rei æstimatione à iudice*, Scilicet in petitionem hereditatis hunc quoque seruum venire qui occisus est, sed eius æstimationem non venire debere, sed omitti à iudice qui de hereditatis petitione cognoscit. Verius tamen mihi videtur & Pauli verbis conuenientius, non magis seruum hunc occisum quam ipsius æstimationem venire in petitionem hereditatis cum post aditam hereditatem occisus est etiam à prædone. Tunc enim habetur pro adhuc extante in odium & pœnam occisionis cum alioqui fieret vt debitor suo facto liberaretur à personali obligatione qua sola tenebatur ad dandum, puta cum de seruo agitur debito ex causa legati vel stipulationis, vt in *dicit. leg. si ex legati & dicit. leg. si seruum. §. sequitur & §. vltim.* At in specie quam nos tractamus, id est, cum seruus qui fuerat hereditarius occisus est post aditam hereditatem, nil necesse est fingere eum adhuc extare ad perpetuandam occisoris obligationem, cum ab eo tempore cœperit debitor teneri vero heredi propria actione legis Aquiliae, tanquam domino facto per aditionem, *leg. cum heredes 23. infr. De acquirend. poss.* quod superioribus casibus non contingit, quia legis Aquiliae actio soli domino datur, non etiam creditori, *leg. liber homo 13. §. si seruus hereditarius & pass. infr. ad leg. Aquil.* Vtroque igitur casu, id est siue ante, siue post aditam hereditatem seruus occisus sit, competet actio legis Aquiliae vero heredi quia vtroque casu heres dominus est, sed diuerso iure. Nam si ante aditam hereditatem, ipsi competet legis Aquiliae actio tanquam ei quæ sita per hereditatem, Si verò post aditam, tanquam ipsi proprio iure ac immediatè quæ sita ex propria ipsius persona.

3 ¶ Si prædo dolo defisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, & si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba senatusconsulti, melior est causa prædonis, quam bonæ fidei possessoris: quia prædo, si dolo defierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, *Seres interierit*. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis, quam bonæ fidei possessor. Itaque & si plures venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucratur aliquid prædo.

*Ad §. 3. Si prædo.*

Ratio dubitandi. Ex Senatusconsulto quod de hereditatum petitionibus factum est, is qui dolo malo defuit possidere aliquid hereditarium perinde tenetur atque si possideret, *leg. item veniunt 20. §. item eos qui bona supr. hoc tit.* Nec enim maior aut congruentior pœna esse potest eius qui dolo defuit possidere quam ut dolus ipsius pro possessione sit, *l. qui dolo 131. De regul. iur.* Atqui si prædo possideret adhuc rem hereditariam quam supra iustum precium vendidit, ut eam dolo malo defineret possidere, & ea hodie periret naturali interitu & suo fato utique liberaretur præstando petitori verum rei deperditæ precium, nec ad quicquam amplius teneretur, *dict. l. item veniunt aliàs l. si possessor §. ultim. supr.* Ergo secundum verba senatusconsulti perempta re suo fato apud emptorem cui cariore precio distracta fuerat liberabitur prædo verum reddendo precium, nec dici potest ex Senatusconsulto cogendum eum reddere totum quod accepit, id est ultra iustum precium.

Dec. Ex verbis quidem Senatusconsulti ita est, sed non ex mente ac sententia Senatus. Quis enim credat Senatum voluisse vlla in re meliorem facere conditionem prædonis, quam bonæ fidei possessoris? *l. non solum 13. infr. De noxal. act.* Atqui melioris esset conditionis prædo in hac specie quam bonæ fidei possessor si non totum precium quod accepit sed verum duntaxat restituere teneretur. Quod enim amplius esset in precio accepto quam in iusto lucraretur: Quod tamen in bonæ fidei possessoris persona non æquè posset contingere, quippe qui Senatusconsultum eripit omne lucrum sola ei relicta indemnitate, *leg. post senatusconsultum 28. supr.* Ergo hic casus quo res carius à prædone vendita perierit fa-

4 ¶ Quo tempore locupletior esse debeat bonæ fidei possessor dubitatur. Sed magis est, rei iudicatæ tempus spectandum esse.

*Ad §. 1. Quo tempore.*

Ratio dubitandi. In iudiciis quasi contrahitur per litem contestationem, *leg. 3. §. idem scribit infr. De pecul.* quæ idem nouacionis & delegacionis instar habere dicitur, *leg. delegare 11. §. 1. & leg. aliam 29. infr. De noxal.* Et ob eam nimirum causam spectari solet ferè in omnibus tempus litem contestatæ, ut cum queritur de ineunda rei debitorum æstimatione in contractibus strictis, *leg. vinum 22. De rebus creditis, leg. hominem 37. infr. mandat. §. ultim. De condict. tritic. leg. 3. §. in hac infr. commod. l. fundum 28. infr. de noxal.* quia quale quid est cum peritur tale dari debet, *leg. 2. infr. De usur.* Peti autem res intelligitur, cum demum cum litem contestatio fit, *l. amplius 15. Rat. rem haber.* Et quod ad

to suo penes emptorem cum sit ommissus verbis Senatusconsulti (nec enim adiecit Senatusconsultum ut perinde condemnatur prædo qui dolo defuit possidere acsi perpetuo possedisset cum res interit) ita supplendus & interpretandus est ex mente Senatus, ut non tamen leuibus condemnatur quam si bonæ fidei possessor esset, id est, ut nihil lucri ex hereditate retineat, & consequenter ut totum precium quod accepit, restituere teneatur. Itaque nihil commune habet hic tractatus cum quaestione illa inter veteres iuris interpretes apud Accursium tam sæpe agitata, Vtrum naturalis rei interitus post moram contingens ad dominum pertineat, an verò ad bonæ vel malæ fidei possessorem. Nam quemadmodum in persona prædonis moram nullam exigimus, cum mala fides ipsius satis pro mora sit, ita & in bonæ fidei possessore etiam qui moram adhuc nullam contraxerit & cui nondum mota sit de hereditate controuersia, perinde dicimus debere illum restituere totum precium quod accepit rei postea suo fato peremptæ, atque si post moram interitus contigisset: Non ergo propter moram, sed ne quid lucri ex hereditate penes eum remaneat. Quid ergo si res vendita perierit penes emptorem, At non eo modo quo fuerat peritura si vendita non fuisset, id est non naturali interitu nec suo facto? Hunc enim casum Paulus hic prætermisit, sed tamen non obscure innuere videtur idem hoc casu multò magis dicendum esse, Cum multò magis possit imputari prædoni cur distraxerit rem hereditariam quæ si distracta non esset, non æquè fuerat peritura, Nec quicquam causæ est, cur hoc casu potius quam superiore lucrum aliquod retinere prædo debeat ex hereditate, aut quod idem est per occasionem hereditatis ex precio rei venditæ.

tractatum nostrum magis pertinet, per litem contestationem omnes possessores fiunt pares, id est prædones, *leg. sed etsi 25. §. si ante supr. hoc titul.* Ergo & cum queritur de bonæ fidei possessore an factus sit locupletior, tempus litem contestatæ inspiciendum est non rei iudicandæ.

Dec. Bonæ fidei possessor propter suam bonam fidem ex Senatusconsulto indemnitas omnino seruandus est ne vllum ex alienæ hereditatis possessione damnum sentiat, *dict. leg. sed etsi §. consuluit.* Damnum autem patieretur, si supra quam factus esset locupletior condemnaretur, quod tamen facile contingeret si tempus litem contestatæ inspiceremus, cum ab eo tempore possit fieri ut bonæ fidei possessor

amittat aliquid ex iis quæ antea habebat. Condemnationis igitur tempus omnimodo & præcisè spectandum est: Alioqui facile accideret etiam è contrario ut lucri aliquid remaneret penes bonæ fidei possessorem, puta si is qui tempore litem contestatæ nondum erat factus locupletior, postea factus esset ante condemnationem. Hoc verò perinde iniquum esset ac contra mentem Senatusconsulti, quod sicut bonæ fidei possessorem in damno morari non patitur, ita neque in lucro versari, *l. post Senatusconsultum 28. supr.* Nec ad rem facit, quod post litem contestatam possessores omnes fiunt pares, In prædonibus autem non distinguimus, an aut quo tempore facti sunt locupletiores, cum omnimodo teneantur, etiam si locupletiores facti non sint, Non enim debet bonæ fidei possessor huius periculi metu ius suum indefensum relinquere, ut scriptum est in *l. illud 40. infr.* Non igitur contestationis sed condemnationis tempus spectandum est, cum queritur an bonæ fidei possessor locupletior factus sit, Vel ob hoc ipsum ut sciatur ad quid bonæ fidei possessor condemnari debeat. Simile est quod scribitur in *l. quasi in 30. in princip. infr. de pecul.* In actione de peculio cum queritur quid & quantum sit in peculio, tempus rei iudicatæ spectandum esse non litem contestatæ, quoniam, ut lex ait, rectè intenditur deberi etiam si nihil sit in peculio, Non autem rectè condemnatur quis in actione de peculio, si in peculio vel nihil, vel minus sit. Hoc autem non bene percepit Azo, qui creditit Bonæ fidei possessorem si tempore litem contestatæ reperitur factus locupletior, licet postea defuerit esse locupletior, nihilominus teneri ex *dict. §. si ante*, quod utique falsum est. Ita enim fieret ut inspiceretur tempus

litem contestatæ non rei iudicatæ, Aut si dicas cum eodem Azone ad hoc spectari tempus rei iudicatæ ut quamuis tempore litem contestatæ non fuerit locupletior tamen teneatur. Debuerat Paulus scribere, Non quomodo simpliciter scripsit Rei iudicatæ tempus spectandum esse, Sed potius Vtro tempore aut litem contestatæ aut rei iudicatæ possessor locupletior fuerit, inspicere oportere, Ut in *l. 3. §. si venditor infr. De action. empt.* Dissimile est quod de pupillo dici solet, Cum aduersus eum agitur tanquam locupletiozem factum, & queritur, Quomam tempore locupletior esse debeat, ut ex rescripto Diui Pij teneatur, inspicendum esse tempus quo agitur, id est quo litem contestatio fit, *l. 4. infr. De except. l. in pupillo 47. infr. De solut.* Id enim propriam rationem habet, quia actio nulla comperit aduersus pupillum nisi factum locupletiozem, & quatenus locupletior factus est. Ut ergo actio possit competere, necesse est ut locupletior inueniatur eo tempore quo agitur. Alioqui censeretur actor egisse sine actione quod fieri non potest, *l. si pupilli 6. §. ultim. De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. De admin. tuor.* At cum tractamus de bonæ fidei possessore an & quando locupletior sit, non ad actionem contra eum dandam respicimus, sed ad condemnationem in eum faciendam. Teneatur enim bonæ fidei possessor petitione hereditatis in solidum etiam si non sit factus locupletior, si nihil nisi vim & potestatem actionis intueamur. Sed non condemnatur nisi quantum & quatenus locupletior factus est, propter Senatusconsulti auctoritatem. Denique Diui Pij rescriptum de actione locutum est Senatusconsultum de condemnatione.

5 ¶ Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conseruandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus: sicut Sabino quoque placuit.

*Ad §. 5. Fructus.*

Ratio dubitandi. In persona quidem bonæ fidei possessoris facile hoc admitti potest, ut fructus intelligantur deductis impensis quæ eorum quærendorum aut colligendorum, aut conseruandorum gratia fiunt, quoniam parcendum est bonæ fidei possessori ne damno villo afficiatur, nec nisi in quantum locupletior factus est condemnatur. Non potest autem videri factus locupletior ex fructibus quos percepit, deductis sumptibus quos eorum percipiendorum causa fieri necesse fuit, Qui sumptus eò tandem omnes rediguntur ut nant vel fructuum quærendorum gratia priusquam fructus nati collectiue sint, Aut eorum colligendorum, cum percipiuntur & à solo separantur, Aut denique conseruandorum postquam collecti, percepti, & à solo separati sunt. At in persona prædonis aliud respondendum videbatur, quia indignus est cui benigna vlla interpretatione subueniamus, Nec absurdum aut iniquum est morari eum in damno, Cum non modò conueniri possit, sed etiam condemnari debeat. supra quam locupletior factus sit, ad restitutionem omnium eorum quæ

ex hereditate percepit.

Dec. Naturalis ratio non tantum in bonæ fidei possessoribus, sed etiam in prædonibus hoc expostulat, ut fructus intelligi non possint nisi qui supersunt deductis sumptibus ad fructus quærendos, colligendos, & conseruandos factis, Non ut prædonum eandem quam bonæ fidei possessorum rationem constituamus, Sed quia cum huiusmodi omnes impensæ sint necessariæ tantò minus fructuum nomine perceptum videtur quantum ad eos percipiendos impendi & erogari necesse fuit, *leg. penultim. & ultim. infr. De impens. in reb. dotal. fact.* Aliud verò est dicere Prædonem minus restituere quam percepit. quod numquam ferendum est: Aliud minus eum percepisse fructuum, propter sumptus necessarios percipiendorum fructuum causa erogatos: quod non tam fauori aut æquitati adscribendum est, quam naturali rationi, quæ generalis semper & tam hominibus quam rebus omnibus communis est, *leg. 4. §. 1. & leg. 6. in fin. infr. De oper. seruor. l. fundus qui 31. in fine princip. infr. famil. ercisc.* vbi hæc ob causam dicitur nullum posse casum interuenire qui hoc deductionis genus impediatur. Ex quo intelligimus non esse hac parte



distinguedos fructus ante litem contestatam perceptos ab aliis post perceptis. Cum nihil grauius possit adferre litem contestatio, quam vt ex bonæ fidei possessore faciat prædonem: In eo tantum distinctio illa fructuum ante vel post litem contestatam perceptorum, adhibenda est, vt qui ante litem contestatam percepti sunt, si consumpti sint bona fide, nullo modo sint restituendi ne quidem officio iudicis, sed illi tantum qui post litem contestatam, quippe qui mala fide & percepti sint & consumpti: Aut qui ante litem quidem contestatam etiam à

bonæ fidei possessore percepti sunt, sed extantes adhuc nec consumpti aut vlcapti §. 1. *Institur. de offic. iudic. l. certum 21. C. de rei vindic. l. 2. C. de fructib. & lit. expens.* Caterum bene hic Accurtius notat non eandem esse rationem decimarum realium, vt exemplo fructuum necessariorum impensarum ex eis deducantur. Id enim obtinet duntaxat in personilibus *Ex cap. pastoralis Extr. De decim. Iunge d. leg. fundus qui si. in fin. prin. infr. famil. ercisc. l. fructus 7. infr. solut. matr. l. quod infructus 46. de vsur. l. heres 51. infr. hoc titul. l. idemque 10. ad eam Labeo infr. mandat.*

37. V L P I A N V S libro 15. ad Edictum.

**Q**uod si sumptum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit: æquissimum erit, rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi.

*Ad l. Quod si sumptus 37.*

Ratio dubitandi. Cum possessor hereditatis sumptus fecit percipiendorum fructuum gratia, nihil potest ei imputari cum id fecerit quod naturali non tantum ratione, sed etiam necessitate fieri oportuit. Ad eod vt nullus casus sit in quo non debeat fieri deductio huiusmodi sumptuum ad percipiendos fructus factorum, vt proximè diximus *ex l. fundus qui si. in fine princip. infr. famil. ercisc.* Ergo etiam si postea contingat nullos fructus percipi, non debet ea res deteriore facere conditionem prædonis quominus in eius quoque non minus quam in bonæ fidei possessoris persona eiusmodi sumptuum ratio habeatur: Imò tantò meliorem quantò dignior est cui succurratur is qui post falsas impensas nullos tamen fructus perceperit. Alioqui imputarem illi euentum, quem tamen præstare nullo modo potest.

Dec. Quod dicimus in prædonis quoque persona rationem habendam esse sumptuum in perci-

piendos fructus erogatorum, non sit aliqua ratione equitatis, quasi æquū sit villo casu prædoni quoque subueniri, sed ratione merè naturali & necessaria, quòd sumptus illi non minus in prædonis quam in bonæ fidei possessoris persona sunt necessarii ad fructus percipiendos, quòdque non tam ex fructibus deduci quam deductis iis fructibus percipi & æstimari videantur, *ex d. l. pen. & ult. De impens. in reb. dot. fact.* At qui cum nulli percepti sunt fructus aut minores quam vt sumptibus in eos factis respondeant, nihil est ex quo possit ea deductio fieri, aut quòd deductis sumptibus, nomine fructuum perceptum videatur. Consequens igitur est vt eo nomine à damno prædonem morari necesse sit, quomodo & bonæ fidei possessor in damno moraretur si non hoc etiam in casu ratio sumptuum in eius persona non haberetur. Sed hoc iniquum esset in bonæ fidei possessore, & contra mentem Senatūs, qui omnimodo indemnem eum præstari voluit, non etiam prædonem. *l. sed et si 15. §. consiluit. supr. hoc tit.*

38. P A V L V S libro 20. ad Edictum.

**P**lanè in ceteris necessariis, & vtilibus impensis posse separari: vt bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in huius quoque persona haberi rationem impensarum. non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere, & id ipsum officio iudicis continebitur. nam nec exceptio doli mali desideratur. Planè potest in eo differentia esse: vt bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducet, licet res non extet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator consequuntur: prædo autem non aliter quam si res melior sit.

*Ad l. Planè 38.*

Ratio dubitandi. Eriam quod pertinet ad ceteras impensas, id est alias quam de quibus proximè dictum est, & in rem ipsam alienam factas non in fructus percipiendos, si modò sint necessariae aut vtilis, nulla videtur constituenda esse differentia inter bonæ fidei possessorem & prædonem, quia licet prædo videatur de se queri deberi quòd sciens in alienam rem impenderit. At tamen non magis æquum est locupletari petitorum ex iactura prædonis quam ex iactura bonæ fidei possessoris, cum id æquè futurum sit contra naturalem rationem adeoque contra ips nature. *l. nam hoc natura 14. infr. De condict. ind. b. l. iure natura 206. De reg. iur.* Ergo in prædonis quoque persona impen-

sarum huiusmodi omnium ratio haberi debet, & quidem officio iudicis, ita vt nec doli exceptio aut alia vlla necessaria sit. Atque ita vulgo interpretes ratio cinantur, quoniam sic à Paulo scriptum vident in hac lege, quæ si non esset, omnes contra sentirent. Illa enim ratio certè fortissima est quæ contra prædonem facit, quòd imputare sibi debeat qui sciens ac temerè in alienam rem impenderit, quòdque ea ratione impensas donasse videatur, *leg. adeo 7. §. ex diuerso vers. certè infr. De acquir. rer. domin. l. si seruus 27. §. si olimam 7. ad leg. Aquil. l. qui alienum 14. De donat.* Contra verò nõ videtur vgeri pro prædone ratio illa quæ Paulus adfert quod non debeat petitor ex alieno damno locupletari. Nullum enim damnum videtur

videtur sentire prædo quod ex culpa sua sentit ex *reg. l. quod quis 202. De regul. iur.* Sed neque verum videtur eandem in prædone & alio quolibet malæ fidei possessore rationem constituendam esse sumptuum necessariorum & vtilium. Cum pro necessariis sumptibus possit res retineri, vtilis verò tantum tolli possint si modò id fiat sine rei in quam facti sunt detrimento *l. domum 5. C. de rei vindic.* Sunt qui hæc in questione vt & in aliis penè innumeris distinguant summum ius ab æquitate, quasi summum ius fiat contra prædonem, æquitas autem pro prædone. Pro qua sententia facit quod Paulus hic ita scribit *Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum.* At in contrariū tamè illud facit quod nullo æquitatis aut benignitatis favore dignus videri potest prædo qui prædandi animo ac dolo malo hereditatem alienam inuasit *l. penult. in fin. ad S. C. Trebell.* Aliis placet nõ modò separandum esse hæc parte bonæ fidei possessorem à prædone, sed etiam petitionem hereditatis à vindicatione ac speciali in rem actione, vt in petitione tantum hereditatis obtineat quod in hac lege scribitur, Tam vtilium quam necessariorum impensarum rationem habendam esse etiam in prædone, nec vllam esse inter hæc duo impensarum genera differentiam, sicut neque inter bonæ fidei possessorem & prædonem: Secus verò in rei vindicatione *Ex d. l. domum & d. §. & ex diuerso l. adeo 7. De acquir. rer. domin.* Qua in sententia noster est Accurtius, nulla tamen inter petitionem hereditatis & vindicationem specialem allata dissimilitudinis ratio. Alij denique nullam agnoscunt in hac questione differentiam inter petitionem hereditatis & vindicationem non magis quam inter prædonem & bonæ fidei possessorem, sed tantum inter ius summum & æquitatem. Ad eod vt non solum dent retentionem prædoni, sed etiam actionem vtilem negotiorum gestorum ex æquitate. Quæ fuit iam olim Azonis & Martini opinio à veteribus omnibus explosa, sed à recentioribus plerisque renouata præsertim à Parisiensi, & quod magis minor à Iacobo Cuiacio *lib. 10. Obseruat. c. 1.* Omnium tamen improbabillissima, cum faciat prædonis condicionem non modò æquè bonam sed longè meliorem quam bonæ fidei possessoris, quem proditum est innumeris iuris locis impensarum nomine quas fecerit nullam omnino repetitionem habere per viam actionis, sed tantum per viam retentionis *l. si in area 33. De condict. indeb.* Nèpe quia neminem sibi obligare voluit cum in rem alienam quasi in suam impendit, vt ratiocinatur Paulus in *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cum 29. j. Commun. distid. l. Paulus 14. j. De doli mal. except.* Et quod in *d. l. domum 5. C. de rei vindic.* contra scriptum videtur, Etiam prædonem habere repetitionem sumptuum quos fecerunt si necessarios fecerint, sic proculdubio accipi debet vt eos repetat: per retentionem tantum, non etiam per actionem. Ad differentiam impensarum vtilium quas eadem lex neget repeti aut retineri posse, sed tantum tolli posse vult, si sine læsione prioris status rei auferri possint. Neque rursus propositio legis est affirmatiua, Prædonem posse necessarios sumptus repetere (esset enim affirmatiua propositio falsa) sed negatiua, Non posse illum repetere sumptus quos fecit, Sed addita exceptione nisi necessarios sumptus fecerim. Quæ exceptio vt bonum & vtilem sensum

habeat, non est necesse vt includat ius agendi pro sumptibus necessariis, sed sufficit vt includat ius retinendi. Perinde enim hoc modo satisfit æquitati quæ neminem ex alterius iactura locupletari patitur, nec tamen violatur ratio iuris, quæ non permittit vt propter impensas melior sit condicio prædonis quam bonæ fidei possessoris, qui porrò nullam actionem habere potest pro impensis quas in rem alienam quasi in suam fecit, cum neminem sibi obligare voluerit. Itaque supradicta exceptio sic accipi debet ac si in lege scriptum esset, Malæ fidei possessorem nullam sumptuum à se in rem alienam factorum habere repetitionem, Nisi sumptus necessarios fecerint: Quo casu scilicet quamuis repetere illos per actionem non possit, saluos tamen facere per retentionem potest. Nobis aliquando videbatur separandum quidem esse bonæ fidei possessorem à malæ fidei possessore quolibet. Sed non esse distinguendam petitionem hereditatis à rei vindicatione, vt ex iis videre est quæ scriptimus *lib. 2. Coniect. cap. 1.* Mouebamur ex eo quod eadem rationes siue iuris siue æquitatis quæ pro malæ fidei possessore aut contra eum vigere existimantur, non minus in speciali quam in vniuersali in rem actione, aut contra locum habere videantur. Quis enim facilius ferat vt in iudicio vindicationis, quam in petitione hereditatis petitor ex aliena iactura locupletetur? Aut cur melior malæ fidei possessoris condicio esse debeat in petitione hereditatis, quam in rei vindicatione? Postea obseruauimus, quod in Error. pragmat. docuimus & necessariò fatendum est, Non modò separandum esse in hac questione possessorem bonæ fidei à malæ fidei possessore quolibet, sed etiam malæ fidei possessorem quem simplicem vocare libet, à prædone. Quamquam enim quisquis prædo est etiam malæ fidei possessor est, non tamen è cõtrario quisquis malæ fidei possessor est, etiam prædo dici potest. Prædo enim dicitur ille demum qui deprædandi animo ac sine villo titulo res alienas occupat & inuadit, Malæ autem fidei possessor non etiam prædo est qui titulum aliquem habet, sed cum mala fide coniunctum & ab eo quem scit non esse dominum. Inde namque est quod ait iuris regula, Neminem prædonem esse qui precium numerauit *l. nemo prædo est 126. De regul. iur. l. nec vllam 13. §. si quis sciens sup. hoc tit.* Dicimus simplicem bonæ fidei possessorem, qui prædo non est, cum impendit de suo aliquid in fundum alienum videri totum id donare, & repetendi spem omnè abiicere. *d. l. adeo 7. §. ex diuerso De acquir. rer. domin. l. si seruus 27. §. si olimam 25. D. ad leg. Aquil. vt non malè comparandus videatur ei qui donationis gratia fundum alienum excollit, de quo in *leg. qui alienum 14. D. de donat. vbi dicitur res ab eo iniectas cõtinuè effici eius ad quem dominium fundi pertinet: At in prædone non eadem donationis sumptio capi potest. Quid enim animo donandi tam contrarium, quam animus deprædandi? Prædonis igitur condicio hæc parte melior esse debet quam simplicis malæ fidei possessoris quamuis prædo sit malæ fidei possessor improbius, quem admodum dicimus raptorem esse fure improbiore *l. 2. §. ceterum D. vi bonor. rapt. l. ite si cum 14. §. qui vim intulit D. quod met. caus.* In eo sanè conueniunt, quod neuter habet animum obligandi eum cuius fundus est in quem sit impensa. Ac proinde multò**

magis obstat his eadem ratio quæ obstat bonæ fidei possessoribus ne pro repetitione impensarum quas fecerunt vllam actionem vllò casu habere possint qui nec retentionem quidem habere summo iure deberent, nec denique potestatem tollendi sumptus ne tùm quidem cum sine læsione prioris status rei tolli possent, nisi pro iis aliqua æquitatis ratio hoc suadere videretur. Nec sanè vllus iuris locus est qui malæ fidei possessori simplici retentionem impensarum nomine concedat aut earum tollendarum facultatem. Nam hæc lex, vt apparet, loquitur tantùm de prædone, Imperator autem in *d. l. domum 5. C. de rei vindic.* de eo qui per iniuriam domum alienam occupauit. Quod ipsum quid aliud est, quàm prædono more eam inuasisse? Quod verò in *l. 2. eod. tit.* scriptum est, Dissoluto ædificio, quod in alieno solo ex aliena materia constructum fuerat, ædificii materiam ad pristinum dominum redire, siue bona siue mala fide ædificium extructum sit, De eo proculdubio intelligi debet qui ex aliena materia in alieno solo ædificauit, vt bene Accursius interpretatus est, Ne alioqui obster ex diametro quod scriptum est in *d. §. ex diuerso*, Eum qui in solo quod alienum esse sciebat, ædificauit ex sua materia, vsque adeò sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligi vt nec diruto quidem ædificio cõpetat ei vindicatio eius materiæ. Quid verò aliud est, Amisisse eum intelligi sua voluntate proprietatem rei suæ quàm videri eam donasse? Quare & exceptionem illam quæ subiicitur in *d. l. 2. §. non donandi animo ædificia alieno solo imposta sunt*, ad hunc maximè casum referre soleo quo quis in alieno solo ex materia sua ædificauerit. Hic enim verè donandi animo ædificium alieno solo imposuisse credendus est, qui voluntate sua proprietatem materiæ suæ, vt modò diximus, amisisse intelligitur: Scilicet si malæ fidei possessor simplex non etiam prædo proponatur. Nam in prædone, vt docuimus, mandati animus præsumi non potest, Licet nõ minùs possit culpa imputari prædoni, quàm alii cuiilibet malæ fidei possessori cur sciens in alieno solo ædificauerit. Sed aliud est culpam ei obiicere, Aliud præsumptionem donationis. Qui donauit, vtrique materiam vindicare non potest cuius dominium sua voluntate amisit, multo quæ minùs eius materiæ tollendæ potestatem habere debet, quamuis possit id fieri absque prioris status detrimento. Quid enim hoc aliud esset, quàm donationem factam, perfectam quæ reuocare? Sed neque exceptionem doli habere potest, quæ nimirum nunquam nisi ex æquitate datur *l. 1. §. pass. De doli excep.* Æquitas autem nulla patrocinari potest ei cui aut dolus, aut culpa obiici potest, vt ratiocinatur Claudius in *l. pen. in fin. D. ad SC. Trebell.* Quæ ratio perinde in prædone locum habet, vt doli exceptionem habere nunquam debeat, Sed non etiam, vt deneganda ei sit potestas tollendorum omnium quæ sine rei detrimento tolli possunt, quoniam in eam rem nullo exceptionis doli auxilio est opus, Sufficiente arbitrio & officio iudicis, cuius est adhibere temperamentum hoc æquitatis ne petitor ex aliena iactura locupletetur, cum donandi animus prædo nunquam habuerit *d. l. domum in fin.* Nec est contrarium, quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *l. Iulianus 37. j. De rei vindic.* Etiam ei qui sciens & mala fide in alieno solo ædificauit, permittendum esse vt tollat quæ sine detrimento rei tolli possunt. Nam vt bene Accursius

& alii obseruauerunt, loquitur ea lex de possessore qui bonæ fidei emptor ab initio fuerat, quamuis non nisi post adeptam alienæ rei scientiam, & consequenter mala fide ædificasset. Quem sanè æquissimum est melioris conditionis esse quàm ceteros malæ fidei ædificatores, hoc ipso quod bonæ fidei emptor non solum fuit ab initio, sed etiam esse adhuc & durare videtur postea quoque quàm refert fundam alienum esse, quandiu fundus euictus non fuit, saltem secundum eiusdem Iuliani sententiam quæ extat in *l. qui scit 25. §. vlt. D. de vsur.* Esti verò tam ex ratione iuris quàm ex æquitate magis ei nocere debere videtur quod mala fide ædificauerit, quàm prodesse quod bona fide emerit, cum quaeritur de impensis ad ædificandum in alieno solo factis, præsertim cum dici soleat non multum ferre an prædo qui nullum possessionis vnquam suæ titulum habuit in dolo fuerit ab initio, an ex postfacto *l. fid. et si 25. §. de eo autem §. hoc tit.* Negari tamen non potest quin maior quædam æquitas pro eo urgeat, qui bonæ fidei emptor fuit, quàm pro eo qui nullam vnquam nisi viciosum titulum habuit. Nec tã facile potest donationis præsuppositio sumi in eius persona quibus bonæ fidei titulum ab initio habuit adhuc subsistētē quàm in eo qui malæ fidei cõsciens sibi ab initio fuit. Non enim superueniens mala fides extinguit titulum bonæ fidei licet sit bona fidei ipsam extinguat, Vnde est quod ex prædicta Iuliani sententia nihilominus lucratur emptor bonæ fidei fructus quos percipit ex fundo alieno etiam à quo tempore sciuit fundum esse alienum *d. l. qui scit §. vlt.* quamuis aliter Pomponius sensisse videatur quem Paulus refert probatque in *l. bona fides 48. §. 1. De acquir. rer. domin.* Quod si non admittit lucrum fructuum etiam post superuenientem malam fidem perceptorum, Quidni etiam in illud saltem retinebit ob fidem bonam quam initio habuit, & emptionis tempore, vt impensas quas fecit in ædificando licet mala fide possit tollere, t modò id fieri possit sine prioris status læsione? Plane non vsque adeò primordialis, vt ita dicam, bona fides illa ei proderit, vt propter impensas quas fecit retentionem habere debeat. Cum enim possit ei culpa obiici, quod iam sciens in alieno ædificauerit, non est æquum vt habeat doli exceptionem quæ tamen in eam rem necessaria est etiam bonæ fidei possessori *d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. comm. diuid. l. Paulus respondit 14. D. dol. mal. excep.* Medi itaque sententiam sequimur vt huius bonæ quidem fidei emptoris, sed malæ fidei ædificatoris melior sit condicio quàm eius qui malæ fidei emptor est, hæctenus vt impensas quas fecit possit tollere. Deterior autem quàm bonæ fidei possessoris vt exceptionem doli habere nequeat contra dominum rem suam sine refusione sumptuum vindicantem nec proinde ius vllum retentionis. Ea quæ & sententia & ratio est *d. l. Iulianus*, Si nihil eorum probare velis quæ nos in illa lege à Triboniano aut alio interprete, immutata scribemus ad illum locum. Nec enim possum facile mihi temperare qui credam multa in plerisque iuris locis qui ad hanc quæstionem pertinent corrupta fuisse à Triboniano, inde quæ factam penè inexplicabilem rotat hanc quæstionem. Quid ergo si non vtilis, sed vt luprarios tantum sumptus hic bonæ fidei emptor idemque malæ fidei ædificator fecerit? Minor æquitas est vt licere illi debeat auferre, cum possit duplex culpa imputari cur & sciens in aliena re

sum ptu

sumptus fecerit & ad suam duntaxat voluptatem potius quàm ad ipsius rei vtilitatem. Tanti enim videtur æstimasse voluptatem, vt pecunia sua carere maluerit, quàm ea non frui voluptate, arg. *l. 4. §. 1. sup. De alien. indic. nunt. caus. fact.* Neque obstat quod in sine legis proximæ scriptum est, Etiam si prædoni obiici probè possit non debuisse illum in rem alienam superuacuas impensas facere, Potestatem ei tamen fieri debere tollendorum eorum quæ posuit, quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt. Nam præter id quod is locus est de prædone non de simplici malæ fidei possessore, oblerandū etiam est pertinere illum ad petitionem hereditariis cuius diuersa ratio est, vt postea dicemus. Non enim prædoni magis quàm simplici cuiilibet possessori malæ fidei permittum est superuacuos sumptus tollere sed vtilis tantum, de quibus solis idè loquitur Imp. in *d. l. domum 5. C. de rei vindic.* in postremis illis verbis *sin autè vtilis licetia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre.* Cur enim de vtilibus tantum sumptibus loqueretur si in voluptariis quoque & superuacuis idè admitteret? Quid rursus si necessarii sumptus à malæ fidei emptore facti proponerentur? Prædo repetit, non quidem per actionem, vt iam explicauimus, sed per retentionem *d. l. domum* in supradictis illis verbis *nisi necessarii sumptus fecerint.* Fur verò non repetit *l. 1. C. de infant. expos.* Idè fortasse quod fures clā delinquant, & rem furtiuam quæ semper mobilis est, occultant facilius, Prædonis verò palam, & rem iniuria quidem occupatam sed omnium oculis expositam detinent, idè quæ mitius cum iis agi æquum est arg. *l. vlt. D. de rei nupt.* In malæ fidei possessore simplici nulla inter necessarios & vtilis sumptus differentia est, quoniam æquè hos atque illos donare intelligitur. *d. §. soluiam & d. §. ex diuerso.* At prædo neque hos neque illos donare vult, qui potius id agit vt rem alienam quam inuasit, deprædetur, Et idcirco iacturam huiusmodi sumptuum facere non debet, quamuis non magis ad necessarios quàm ad vtilis seruandos exceptionem doli habere possit, quoniam potest ei perinde obiici, cur necessarios quoque sumptus temerè fecerit in eam rem quam sciebat alienam: Quæ ratio facere debet vt non aliud iuris constituendum esset in necessariis impensis quàm in vtilibus: idem temperamentum abhiberi possit in necessariis quod adhibetur in vtilibus vt fieret prædoni potestas tollendorum eorum quæ impendisset dummodò sine læsione prioris status rei tolli possent, At quoniam impensas necessarias illæ demum dicuntur, quæ si factæ non essent, res aut peritura, aut deterior futura erat, vt Paulus diffinit in *l. impensa 79. De verb. signific.* Apparet fieri nullo casu posse vt impensas necessarias tollantur sine læsione prioris status, Quo casu, cum nec vtilium ablatio sit permittenda, neque necessariorum permittenda esse debet. Verum quoniam per ipsam qualitatem & naturam eiusmodi impensarum sit vt tolli nunquam possint, in quo differunt maximè ab vtilibus in genere sumptus, Meliorem in eo necessariorum impensarum conditionem esse necesse est vt in prædonis quoque persona earum rationem aliquam haberi necesse sit, vt earum iacturam prædo pati non cogatur: Sed earum restitutio faciendâ ei sit non tantum in petitione hereditatis, vt in hac lege scriptum est, sed etiam in iudicio vindicationis *is d. l. domum*, Non quidem opposita doli exceptione, quæ vt iam toties

diximus, prædoni nunquam patrocinatur: neque rursus æquitate iudicii vindicationis quod bonæ fidei iudicium non est, sed arbitrarium, An potius æquitate fortassis quadam arbitrii iudicis iudicantis rem vindicantem restitui domino, quia eiusmodi arbitrium semper tale est & esse debet quale boni viri: Vir enim bonus non arbitrabitur debere prædonem restituere eam rem in quam impensas fecit necessarias quas tollere, & auferre nullo modo possit, quin restituatur ei omnes impensas necessarias, quippe quas si non fecisset prædo, res peritura domino fuerat aut deterior futura: nisi possit imputari prædoni cur in iis faciendis cessasset. An non verò absurdum & iniquum est dominum prædoni imputare cur id fecerit ex quo lucrum ipse sentiat, arg. *l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quod si mulier de sur. dot.* & quo non factò tantò magis fuisset ipsi imputaturus cur non fecisset? *l. nisi ex re 33. §. 1.* in illis verbis *imputaretur enim ei si non distulisset sup. hoc tit.* Est quæ adeò potens hæc ratio vt nec in malæ fidei possessoris simplici personâ aliud probandum esset, si non eius conditionem deteriore quàm prædonis illud faceret, quod omnes impensas, nec minùs eas quæ necessariae fuerunt, quàm ceteras donasse intelligitur. Vtilium impensarum longè alia vt apparet ratio est, quippe quas etiam si prædo non fecisset, nihil tamen ei hodie imputaretur. Idè quæ si quando tales sint quæ sine prioris status rei detrimento tolli nequeant, iacturam earum patitur prædo. Non quasi eas donauerit vt plerique putant, sed quia nulla eo casu subit ratio æquitatis quæ suadeat prædoni succurrî ad eas seruandas expensas, quas per ablationis remedium seruare non possit, Cum imputare sibi magis debeat cur eas fecerit quas facere ne quid imputaretur ei nullo modo cogebatur, Nec quod ita fiat, vt ex ipsius iactura petitor locupletetur, mouere quicquid potest, Siue quod damnum nulla pati videatur, qui ex culpa sua patitur *d. l. quod quis 203. De regul. iur.* Siue quod ex regula iuris alia, quoties nihil sine captione & iniquitate aliqua inuestigari potest, id semper eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties nihil 200. cod. tit.* Est autem multò iniquius cogi dominum propter huiusmodi vtilis impensas re sua carere quàm locupletari ex damno prædonis cui semper obiici probè potest cur tales impensas non necessarias fecerit in eam rem quam sciebat esse alienam, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *l. sin autem 27. §. vlt. in fin. De rei vindic.* quod in necessariis impensis dici non similiter potest: Quarum nomine si quis licet aucter tenter, quod hucusque dicere ausi non fuimus, etiam doli exceptionem ad eas seruandas prædoni quoque dandam esse, is fortasse quod verius est dixerit. Est enim prædo absque dolo esse nemo potest, quia semper dolo malo facit prædo hoc ipso quo prædo est, adeoque quod magis est cum impensas vtilis in rem alienam si faciat animo repetendi, Vt scilicet earum restitutione dominum oneret *l. si seruos 25. De pignor. act.* Quatenus tamen facit impensas necessarias non est in dolo cum id faciat quo non factò dolus aut saltem culpa ei obiiceretur *d. l. si seruos*, Et sicuti de meretrice solemus dicere, turpiter quidem eam facere quod sit meretrix, sed tamen turpiter pecuniam pro corporis prostitutione accipere cum sit meretrix, vt eleganter Vlpianus ait in *l. 4. §. sed quæ od meretrici De codit. ob turp. caus.* Ita de prædone dicitur



non male potest, Dolo quidem eum facere quod praeo sit, sed non quod impensas necessarias in eam rem faciat quam scit esse alienam. Nec ob id rursus quod eas per retentionem seruare velit. Cum non possit ei obici cur impensas necessarias fecerit quibus non factis iustus imputari posset ei cur illas non fecisset, & quae si facta non fuisset res ipsa aut omnino petisset, aut deterior hodie esset: Longeque magis in dolo est dominus qui ut contra naturalem aequitatem lucrum capret ex damno praedonis, culpam ei minorem obicit quod necessarias impensas sciens in alienam rem fecerit, cui si non fecisset maiorem nunc imputaret. Hoc vero si ita est, ut esse arbitrator, nulla erit inter bonae fidei possessorem & praedonem differentia quantum ad impensas necessarias, quippe quarum nomine tam huic quam illi danda sit ad eas seruandas doli exceptio, Erit tamen quantum ad impensas utiles, quia nullo penitus casu doli exceptio danda est praedoni pro impensis utilibus, quae datur bonae fidei possessori, Nec enim villo casu posset imputari praedoni, qui utiles impensas non fecisset, cur non fecisset, Ac proinde imputari e contrario illi potest cur sciens in alienam rem eas fecerit vltro, quas facere non cogebatur. Et ideo satis ipsi esse debet quod possit eas tollere si modo sine prioris status detrimento tolli possint. Erit rursus inter praedonem & simplicem male fidei possessorem differentia tam quod ad necessarias impensas pertinet, quam quod ad utiles, ut quamuis praedo necessarias impensas per doli exceptionem possit deducere, utiles vero auferre, alius tamen quilibet male fidei possessor neque illas deducere possit neque has tollere, quoniam vtrisque donasse videtur. Cuius enim per errorem dari repetitio est eius consulto dari donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* donatiue videtur quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 81. eod. l. donari 29. De donat.* Atque haec quidem quae diximus, in vindicatione haud dubie obtinent. Sed an erit aliqua etiam hac parte inter petitionem hereditatis & vindicationem differentia? Erit sane, non solum in praedonis sed etiam in male fidei possessoris cuiuslibet, adeoque in bonae fidei possessoris persona, siue de necessariis, siue de utilibus, siue de superuacuis sumptibus tractemus, Nam in rei vindicatione indiget possessor quoque bonae fidei exceptione doli ad omnis generis impensas seruandas, etiam necessarias: In rei vero vindicatione nulla indiget exceptione ne quidem pro voluptariis. Sufficiente nimirum aequitate iudicii quod est bonae fidei *l. vltim. in fin. C. hoc tit.* & apud Iustin. in *§. actionum De action.* Iudicium enim omnibus bonae fidei exceptiones doli insunt *l. sed si id. 21. in fr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum De leg. ar. d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. j. Commun. diuid.* Idque est quod haec lex ait *na nec doli exceptio desideratur.* Quasi dicat, si doli exceptio desideraretur futurum ut in praedonis persona non posset haberi ratio utilium impensarum, quippe quarum nomine doli exceptio ei accommodari nunquam possit. Sed quoniam doli exceptio non desideratur in iudiciis bonae fidei quale est iudicium petitionis hereditatis, latiusque patet aequitas iudicii bonae fidei, quam exceptio doli, Tanquam continens eo, quod continetur. Non ob id minus habenda est ratio impensarum utilium etiam in persona praedonis, quod exceptionem doli habe-

re nullam possit cum aequitas iudicii sufficiat, quae bonae fidei iudicio agenti deesse nunquam potest. Sed & voluptariarum expensarum ratio in eisdem praedonis persona perinde habenda est, at non eodem tamen modo. Nam utiles impensas etiam praedo in hereditatis petitione deducit, ut aequitas iudicii bonae fidei tantum ei proferat quantum exceptio doli prodesset. Quae poro nunquam necessaria est aut utilis ad tollendas impensas, sed tantum ad eas per retentionem seruandas *d. l. Iulianum.* Voluptarias vero & superuacuas nunquam praedo deducit, ut earum nomine habeat retentionem, Sed tantum tollendarum earum potestatem habet, ut scriptum est in *l. prox. seq.* quia scilicet nihil est quod minus concedi ei possit cum illas non donauerit, & aequitas iudicii eum adiuuet. Nam si vindicationis iudicio conueniatur, licet non eo magis donasse videatur, quoniam tamen aequitate iudicii non adiuuatur utiles tantum praedo non potest sed tollere. Voluptarias vero nec deducere nec tollere *d. l. domum in fin.* At male fidei possessor simplex, nec si bonae fidei iudicio, id est petitione hereditatis conueniatur, vllas tamen impensas aut deducit aut tollit, nec magis aequitate iudicii quam opposita exceptione doli, quoniam omnes donasse intelligitur, extra casu *d. l. Iulianum,* id est, cum bonae fidei emptor ab initio fuit. Atque ita totam hanc quaestionem De impensis in alienam rem factis decidendam esse arbitramur. Clarius certe ac subtilius, fortassis etiam melius, quam in Coniecturis adeoque in Chiliade a nobis factum sit.

*a. Et id ipsum officio iudicis continebitur.* Nempe quoniam petitio hereditatis iam olim numerabatur inter iudicia bonae fidei quibusdam licet Iureconsultis dubitantibus quod sui natura esset in rem actio *§. actionem Inst. de action.* quorum dubitationem sustulit Iustinianus in *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* Ergo in rei vindicatione quae specialis in rem actio est nec bonae fidei sed arbitraria probandum aliud est ut officium iudicis neque pro bonae fidei possessore locum habere debeat, neque pro praedone, sed bonae fidei possessori necessaria sit exceptio doli pro impensis omnibus. Praedoni vero pro necessariis retinendis, non etiam pro utilibus tollendis secundum ea quae proxime diximus. Male fidei vero possessori, qui etiam praedo non sit, nulla penitus doli exceptio, nullumque iuris auxilium competat, ne quidem pro impensis necessariis, quas perinde amittit atque ceteras tanquam donatas. Pessime igitur Accursius locum hunc sic interpretatur, ut sensus sit doli exceptionem non desiderari a male fidei possessore quae desideraretur, inquit, a bonae fidei possessore: Quasi vero melior hac parte debeat esse condicio male fidei possessoris, quam bonae fidei possessoris: quod sane per absurdum esset *l. non solum 13. in fr. De noxal. act. l. si domino 36. §. si praedo §. hoc tit.* Debit Accursius scribere, Neque a bonae fidei possessore neque a praedone desiderari exceptionem doli in hereditatis petitione alioue villo bonae fidei iudicio quae tamen in rei vindicatione esset necessaria tam bonae fidei possessori pro omni genere impensarum, quam praedoni pro impensis necessariis ad rem earum nomine retinendam. Male fidei vero possessori neque necessariam villo casu esse, neque vilem, cum nullo casu impensarum quas donasse intelli-

gitur, aut retentionem habeat, aut etiam tollendarum earum potestatem. Ex hoc autem loco intelligimus quod scriptum est in *l. sumptus 48. in fr. De rei vindic.* Sumptus in alienam rem quae vindicatur bona fide factos opposita doli exceptione per officium iudicis ratione aequitatis seruari mendo sum esse, & delenda verba illa *per officium iudicis* tanquam quae irrepserint ex glossa imperiti interpretis & quem hic locus fecerit, cum differentiam quae est inter petitionem hereditatis & vindicationem non obseruaret. Nam quemadmodum in petitione hereditatis quia bonae fidei est, multa doli exceptio desideratur sufficiente officio iudicis & aequitate ipsius iudicii *d. l. 14. §. 1. in fr. Commun. diuid.* Ita in rei vindicatione quae non bonae fidei sed arbitraria est, officio iudicis locus esse nullus potest, sed exceptio doli omnino necessaria est, quae poro cum est opposita, officium iudicis excludit. Non enim ex officio facere videri potest iudex, quod ex necessitate & praescripto formulae facere cogitur.

*b. Plane potest.* Hic versiculum mihi semper suspectus fuit. Nulla enim aut iuris aut aequitatis ratio patitur ut bonae fidei possessor impensas a se factas possit deducere quamuis necessarias, si ea res in quam facta sunt extare desierit. Cum hoc casu verendum non sit ne peritor ex aliena iactura locupletetur: quae sola ratio doli exceptionem inducit, Nec rursus aequum videri debeat, ut pro ea re quae extare desierit, petitor quicquam praestet, siquidem nec si res extet, praestare tamen bonae fidei possessor cogitur, quicquid impensum est, sed tantum usquequod res preciosior facta est, ut Celsus ait in *l. in fundo 38. in fr. De rei vindic.* Eoque passim iure vtitur, ut quantalcumque expensas a bonae fidei possessore factas non plures aestimari aduersus vindicantem oporteat, quam quanti sunt eo tempore quo res vindicatur, & ut pragmatici loquuntur, secundum praesentem rei statum. Quis enim aequum putet, si impensa ad centum vsqueque facta sint, & iis per continuos viginti annos possessor vsus fuerit tantum reddi possessori quantum si nullum ex iis impensis commodum percepisset? Proinde expensas quoque licet bona fide factas extare oportet eo tempore quo earum restitutio postulat, ut eatenus duntaxat restituantur quatenus extant, praesentemque utilitatem adferre petitori possunt. Multo magis rem ipsam in quam impensa facta sunt, extare necesse est, quoniam re perempta nec fieri potest ut impensa extent quae in rem ipsam factae fuerunt. Comparatio autem quae hic adfertur de tutore aut curatore qui in pupilli vel adulti sui rem aliquid impenderit, prorsus ridicula est. Nam quod isti ex officio sui necessitate vtiliter impenderunt, necessario iis sarcendum est contrario iudicio tutelae vel negotiorum gestorum. Quando & alij cuiuslibet negotiorum gestoribus idem concederetur, si ab initio negotium vtiliter gessissent quamuis postea res periisset, aut gestio bonum euentum non habuisset *l. sed an vltro 10. §. 1. in fr. de negot. gest.* Sed in bonae fidei possessore aliud omnino est, qui nec re extante aliter tamen quam per rei retentionem seruare impensas potest *d. l. sumptus d. l. si in area 33. j. De condic. indeb.* Quomodo autem possit ea rem retinere quae extare desierit? Aut si bonam volumus esse compa-

rationem tutoris aut curatoris cum bonae fidei possessore, quidni damus etiam bonae fidei possessori actionem vltro ad repetendas impensas, quam haberet tutor vel curator? Et tamen, quod magis mirari quis possit, non habet tutor vel curator retentionem bonorum pupillarum pro impensis in ea factis non magis quam tacitam hypothecam quomodo pupillus habet in bonis tutoris vel curatoris *l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act. l. pro officio 20. C. de adm. tutor.* Ideo fortasse quod incidat pupillus in tutorem, non tutor in pupillum *l. vlt. in fr. in pupil. solut. for.* Satisque tutori vel curatori esse possit, quod habeat contractum iudicium *l. 1. in fr. De contr. iud. tut.* Quomodo Iustinianus argumentatur in *d. l. vnic. §. j. ed. nec ob res amotas,* ut pro rebus amotis auferat marito retentionem itemque pro impensis utilibus ex mulieris voluntate in res dotales factis, quod sufficere illi debeat iudicium rerum amotarum & actio mandati. Bonae vero fidei possessor danda necessario est retentio per beneficii exceptionis doli vel ob hoc ipsum quod actionem nullam habet, Adeo ut si retentionem sibi competentem omitteret nullo ei remedio succurri posset *d. l. si in area l. heres 21. j. ad S. C. T. rebell.* Est igitur loci huius sententia perabsurda siue imperito alicui interpreti tribuere eam velis, siue quod magis crediderim Tribonianae iurisprudenciae cui familiaris est ut comparationes istas & similitudines conquirat, ex is quae simile nihil omnino habeant. Facit autem haec coniectura ut facile mihi persuadeam reliquum totius legis huius, itemque sequentis contextum ab eodem Triboniano corruptum esse, in eo saltem quod vtilium quoque impensarum etiam in praedonis persona rationem haberi vult ut possit praedo eas non tantum tollere sed etiam deducere, sibi que eo nomine consulere per retentionem ex officio iudicis, nulla etiam opposita doli exceptione, Itemque, quod d subicitur in *l. seq.* ut possit etiam voluptarias tollere. Nam si hi duo loci non essent, omnes faterentur, quod nos quoque libenter admitteremus, Nunquam esse permittendum praedoni nec magis in petitione hereditatis quam in rei vindicatione ut impensas utiles a se factas possit deducere, sed tantum tollere. Voluptarias vero tollere quidem, Ex *d. l. domum §. C. de rei vindic. §. d. l. Iulianum 37. j. eod. tit.* Nam vtrum conueniatur praedo rei vindicatione speciali an hereditatis petitione, parui referre videtur, nisi haec verum ut conuentus rei vindicatione non indigeat hereditatis petitione, qua indigeret si speciali in re actione conueniretur. Ceterum quo casu exceptio doli habere locum non possit in speciali iudicio, vix est ut aequitas iudicii vniuersalis, ut neque alterius cuiuslibet quod sit bonae fidei prodesse debeat praedoni, Ne maior alioqui sit vis tacitae exceptionis doli quae ipso iure inest formulae iudiciorum bonae fidei propter illa verba *ex bona fide* quam expressit *d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. in fr. commun. diuid. l. Paulus respondit 14. j. De doli mal. except.* Nos tamen quasi haec duae leges Pauli & Caij essent, nec in iis quicquam a Triboniano immutatum fuisset sic totam quaestionem hanc explicauimus, ut quantum minus fieri potuit a principiis iuris recederemus. Nihil certe aut ab aliis aut a nobis hucusque circa hanc quaestionem traditum fuit, quod nobis aut aequius aut probabilius videatur.

39. G A I V S libro sexto ad Edictum Provinciale.

Vtiles autem, necessarizque sunt: veluti quæ sunt reficiendorum ædificiorum gratia, aut in nouellata, aut cum feruorum gratia litis æstimatio soluitur, cum id vtilius sit, quam ipsos dedi. Denique alias complures eiusdem generis esse impensas, manifestum est.

Ad l. Vitiles 39.

Cave ne hanc legem sic intelligas quasi eadem sint impensa necessaria & vitiles, Differunt enim specie cum aliæ sint impensa necessaria, aliæ vitiles, aliæ voluptariæ, *lege impensa 79. De verborum signific. l. l. impensa 14. Et pass. De impens. in reb. dot. fact.* Nec omnes vitiles sunt necessariae quamuis è conuerso omnes necessariae sint multò magis vitiles, quoniam in eo quod plus est, etiam quod est minus vtiq; continetur. Sed de impensis necessariis & vitilibus promiscuè Caius hic loquitur, aut potius sub Caij nomine Tribonianus, quia in lege precedente dictum fuerat in prædonis quoque

¶ Videamus tamen, hæc & ad picturarum quoque, & marmorum, & cæterarum voluptariarum rerum impensas æquè proficiat nobis doli exceptio, si modò bonæ fidei possessores sumus. Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere: vt tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt.

Ad §. 1. Videamus tamen.

¶ Videamus tamen. Ratio dubitandi, pro prædone est, quia non magis debet petitor ex aliena iactura lucrum facere pro impensis voluptariis quam pro necessariis & vitilibus. Est enim generalis regula iuris & naturalis & gentiû & civilis, Neminem ex alterius damno fieri debere locupletiorē. *l. nã hoc natura 14. De cõdit. indob. l. iure natura 206. De reg. iur.* Atque ratio illa facit etiam in prædone vt nõ tantum necessarias sed etiã vitiles impensas possit deducere, non tantum tollere, adeoque etiam per officium iudicis citra vllam exceptionem doli seruare, vt scriptum est in lege precedente. Quidni ergo etiam voluptarias seruabit æquitate sola iudicii quod bonæ fidei est, Petitionis hereditatis.

Dec. Satis esse debet prædoni, quod possit voluptarias illas impensas tollere quas mero iure amittere deberet, cum ei possit imputari cur in alienam rem non modò sciens, sed etiam superuacuas impensas fecerit. Cum enim permittatur ei tollere, vt vtiq; eo modo ne ex prædonis iactura petitor locupletetur: quod sufficit vt nulla iniuritas occurrat in prædone, tamen si neque ob impensas voluptarias nullam ei exceptionem demus quã supra dedimus ob necessarias, neque iudicii quod

40. P A V L V S libro 20. ad Edictum.

Illud quoque, quod in oratione Diui Hadriani, vt, post acceptum iudicium, id auctori præsteretur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdu durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut iumenta, aut pecora deperierint: damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit in prædonis persona Proculus rectè existimat, in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè indefensum ius suum relinquere.

Ad l. Illud quoque 40.

Ratio dubitandi. Oratio Diui Hadriani quæ constituit vt post acceptum iudicium id auctori præ-

persona non modò necessarium, sed etiam vitilium impensarum rationem habendam esse, vt scilicet possit eas non tantum tollere, verum etiam deducere, & per officium iudicis retinere in hereditatis petitione exemplo bonæ fidei possessoris. Adfert autem Caius exempla & necessarium impensarum & vitilium. Necessarium quidem in illis verbis *Vtuti que sunt ædificiorum reficiendorum gratia.* Vitilium verò in cæteris omnibus quæ sequuntur, aut in nouelle, aut cum feruorum gratia litis æstimatio soluitur, cum id vtilius sit, quam ipsos dedi. Iunge *l. ult. in fin. in fr. De termin. mot. l. situa cædua 30. §. noualis. De verb. signific. l. prætor ait 9. §. his verbis 7. De reb. auct. indic. possid.*

bonæ fidei est æquitatem, vt ob vitiles, per rei retentionem seruandas. At contra prædonem vt non ei permittendum esset ne quidem impensas tollere, illa ratio dubitandi vrgere videbatur, quod possit illi imputari cur sciens in alienam rem superuacuas impensas fecisset. Verum pro eo fortior illa decidendi ratio est, quod non debeat petitor ex aliena iactura locupletari cum donandi animo prædo non habuerit. Aliud ergo probandum esse in alio quolibet simplici malæ fidei possessore, qui, vt toties diximus impensas omnes quas in rem alienam facit etiam necessarias, nedum vitiles & voluptarias atque superuacuas donate intelligitur, nisi vno illo casu quo bonæ fidei emptor ab initio fuit. Quo casu tantum tollere illas permittitur, non etiam deducere aut per exceptionem doli rem retinere *d. l. Iulianus 37. in fr. De rei vindic.* Benè tamen Accursius notat hoc quod dicimus, permittendum esse prædoni vt tollat impensas voluptarias, sic intelligi debere, si non paratus sit dominus tantum dare quantum abrais illis haberi ab alio possit, ne alioqui malitiis indulgeatur, si permittatur ei tollere tantum vt officiat, quemadmodum eleganter scriptum est in *l. in fundo 38. in fr. eod. ill. tit. ad vlt. que 10. §. idem ait in fr. mandat.*

stetur quod habiturus esset si eo tempore quæ sita est hereditas fuisset restituta, Optimam rationem habet, quia quale quid est cum petitur, tale dari

dari debet, *leg. 2. in fr. De esur. Vt scilicet omnis causa rest. totius leg. prætoris 20. in fr. De rei vindic. Peti autem res intelligitur, tum demum cum litis contestatio sit, leg. amplius non p. 115. in fr. Rat. rem habet.* Ergo in ea oratione nihil hac parte darum est, sed totum vere iuris rationi contentaneum.

Dec. Secundum verba orationis D. Hadriani dicendum esset si post litem contestatam mancipia vel iumenta vel pecora hereditaria deperissent, nihilominus condemnandum esse possessorem quantumuis bonæ fidei, ad eorum æstimationem præstandam, quia potuisset petitor distrahere, atque ita se liberare à periculo etiam naturalis interitus rei, vt in *l. item si verborum 15. §. ult. in fr. De rei vindic. l. cum res 47. De legat. 1. Atqui hoc esset sane durum, quia namque positò iure hereditatis vt huius periculi metu possessor bonæ fidei ius suum indefensum temerè relinquere cogere: quod non est ferendum. Etenim dicitur, post litem contestatam possessores omnes esse pares, id est prædones, adeoque post motam controuersiam, *leg. sed et si 25. §. si ante sup. hoc tit.* id tamen eò pertinet, vt ex die litis contestatæ, aut motæ controuersiæ nullam ex priore sua bona fidelitatem sentire ille possit, non autem vt eovsq; malæ fidei possessor videri debeat & similis prædoni, vt ne villa in re melior scriptis condicio sit ab eo tempore, quam si malæ fidei possessor aut prædo fuisset. Non enim ob id solum quod quis cum auctore litem contestatus est, statim sit certus de iure auctoris, sed tum demum cum instrumenta litis producta, & testationes publicatæ atque apertæ sunt: interim verò sit tantum dubius de iure suo quoniam sicuti sola ipsius negatio facit auctoris ius dubium, propter incertam aleam & euentum iudiciorum, *l. vltim. C. quib. ad lib. proclam. non licet.* Ita & adfertor auctoris non potest dubium non facere ius possessoris. Sed quemadmodum dabitur sine facti sine iuris sit, ignorantiam semper comitem inducit, ita neque scientiam absolute vquam inducit, nec proinde malam fidem nisi secundum quid, & quodammodo per bonæ fidei negationem, quam per malæ fidei absolutam & simplicem introductionem. Quamquam autem Proculus olim existimauit, in specialibus quidem petitionibus iustum id esse, vt petitor post litem contestatam etiam fatum & mortalitatem præstare cogendus sit. Cassius tamen qui diuersa scholæ Doctores fuit contra sensit, Non magis in specialibus in rem actionibus quam in vniuersalibus id est in petitionibus hereditatis id admittendum esse, quod permittendum sit cuiilibet ius suum in iudicio impune defendere. Nec enim qui suum ius tuetur, iniuriam vllam communiscitur. *l. iniuriarum 15. §. 1. in fr. De iniur. l. 1. §. 1. in fr. quod vi aut clam.* Quod autem duo illi magni ac ferè precipui iuris nostri auctores in eo consenserunt vt separanda sint actiones in rem speciales ab vniuersalibus rationem illam habere videtur, quod in petitione hereditatis non res ipsæ singulæ petuntur, quamuis sint hereditariæ, sed hereditas sola & tota, & quidem tanquam hereditas, *l. licet minimam 11. sup. l. 2. C. eod.* Non autem tam facile capi præsumptio potest, quod is qui hereditatem petit eam distraurus fuerit periculi huius metu ne periret. Cum hereditas tanquam*

Tom. II.

consistens in iure ac in genere, numquam perire possit. *l. hereditas 50. in fr. hoc tit. in fr. l. nec d. m. 11. C. si cert. petat.* Nec rursum probabile est, si qui hereditatem petit si ea statim restituta fuisset in ipso tempore litis contestatæ, vtiq; distracturam continuè fuisse singulas res omnes hereditarias, nec denique cur hanc rem singularem quæ petit, potius quam cæteras quæ non perierunt. Nam quemadmodum in vna eademque hereditate multæ res sunt quarum aliis pereuntibus alia augeri faciliè, & fructuum incrementum aliquid adferre possunt. Ita damnum quod ex vna parte sentitur cum lucro, quod ex alia parte percipitur compensari faciliè potest, indeque moueri possessor hereditatis ne rem vllam distrahat dum nescit quam potius distrahere expediat, Quod in speciali in rem actione diuersum est, quæ cum de vna re tantum sit, facilius hanc interpretationem admittit & præsumptionem quod petitam rem si statim fuisset restituta, fuerat etiam petitor statim distracturus metu periculi mortalitatis, quod cum alterius lucti æqualis spe compensari non faciliè possit. In eo necigitur Proculus & Cassius consenserunt, vt in vniuersali iudicio petitionis hereditatis data sit futura oratio D. Hadriani si sic intelligatur vt bonæ malæ fidei possessor factum & mortalitatem rerum hereditarum præstare teneatur? Ego certè non puto. Cur enim faucamus prædoni & malæ fidei possessori in petitione hereditatis potius quam in speciali rei vindicatione? Aut cur vereamur ne periculi huius metu indefensum ius suum relinquere cogatur possessor qui se nullum ius habere satis sciat? Dicendum potius est, Sicuti oratio D. Hadriani qua parte constituit, vt post petitam hereditatem eadem sit causa petitionis quæ esset si restituta ei fuisset hereditas de solo bonæ fidei possessore intelligi potest, quippe qui solus per litis contestationem sit malæ fidei possessor, non etiam is qui iam ante contestationem talis erat. Ita & de solo bonæ fidei possessore Proculus & Cassius sensit, cum disputantur An post litem contestatam possessor mortalitatem præstare debeat: Neque dubitasse illos quin præstare non deberet, quoniam hereditatis petitione conueniretur. Cum id egert & Hadrianus Imperator, & Senatus quantum potuit, ne vilo damno & incommodo bonæ fidei possessor afficeretur. Quomodo certè afficeretur necessario, si aut mortalitatem præstare, aut huius periculi metu suum ius temerè indefensum relinquere cogere. Dubitandi tamen causa aliqua erat Proculo, qui in specialibus in rem actionibus de quibus nullum Senatusconsultum factum est iustum esse putabat, vt etiam bonæ fidei possessor post litem contestatam fatum præstaret, quod poterat petitor eam rem quam petebat, si restituta fuisset distraxisse. Sed Cassio nulla, qui nec in specialibus in rem actionibus iustum hoc esse arbitrabatur. Paulus verò licet alioquin Cassianus & Sabinianus, hac tamen parte magis Erciscundus adhibita distinctione contrarias aliorum sententias sic diuidit & temperat, Vt in prædonis persona rectè Proculus senserit non minus in rei vindicatione, quam in petitione hereditatis, In persona verò bonæ fidei possessoris Cassius, ratione illa quod æquum non sit bonæ fidei possessorem aut præstare mortalitatem quæ

FF





Ad l. Si quo tempore 41.

Rationes dubitandi & decidendi quæ ad hanc legem afferri possunt, iam attulimus ad l. 4. *supr. hoc titul.* ubi eadem omnino sententia ex Paulo proponitur quæ hinc ex Caio Iunge l. *sin autem* 27. §. 1. *infr. De rei vindic. & l. i. gni* 7. §. *si quis non possideat & §. seq. infr. ad exhib. a. Et si fideiussores.* Ratio dubitandi. Qui semel fideiussit idonee non est arctandus, ut iterum fideiubeat, *leg. sciendum* 15. §. *ultim. sup. qui satisd. cogant.* ubi dicitur cum quis fideiussit cautionis tempus spectandum esse. Nec rursus cautione superuacua quisquam onerandus est, *leg. huc stipulatio* 14. *in fin. infr. ut legat. causi. caueat.* Ergo etiam si fideiussores quos quis ad litem dedit non sufficiant, nihilomagus iubendus est reus caucere. Sibi enim ac suæ facilitati acceptum ferre actor debet quod tales & egenos fideiussores admisit, Neque enim oportet per singula momenta onerari eum à quo satis petitur ex *leg. 3. §. ult. infr. ut in poss. legat. causi.*

Dec. Ea quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio, *leg. de arate* 11. §. *ex causa infr. De interrog. in iur. fac.* Potest autem noua & iusta causa interdum emergere propter quam æquum sit iterum caueri, ut puta si fideiussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortuna impetu amiserit, *leg. planè* 4. *eodem titul.* Aut denique quod ad rem nostram propius accedit, si ob id non sufficiant fideiussores iam dari quod petitio creuerit ex eo quod reus pleraque res alias possidere cœperit, quas ab initio & litis contestatæ tempore non possidebat. Planè eum quæritur an quis satisfacere debeat iudicio fitti, cum illud maximè inspicendum sit an eo tempore quo satis petitur

I § Fructus computandos etiam earum rerum, quas defunctus pignori accepit, Iulianus ait.

Ad §. 1. Fructus.

Ratio dubitandi. Res quas defunctus pignori acceperat non sunt hereditariæ cum sunt alienæ. Ergo earum fructus in petitionem hereditatis venire non possunt, in quam scilicet non veniunt, nisi ea quæ ad hereditatem vel ad hereditariam causam pertinent. *l. si a domino* 36. §. *si possessor. sup. hoc titul.*

Dec. Non tantum hereditaria corpora in here-

ditatis petitionem veniunt, sed & quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem spectat, ut res pignori datæ defuncto, vel commodatæ depositæ, *leg. & non tantum* 19. *in princip. sup. hoc tit.* Hæc namque res licet in bonis defuncti non fuerint propriæ, id est in eius dominio bonitatis, ex bonis tamen ipsius fuerunt, ut eleganter Vlpianus distinguit in l. 2. §. *in hac actione infr. Vi bon. rapr.*

debitor quis sit ex delicto an ex contractu, *l. sed vtrum* 14. *supr.*

Ratio dubitandi. Debitor hereditarius semper & omni casu alicuius iuris hereditarij possessor est. Ergo peti ab eo semper & omni casu hereditas potest tanquam à iuris possessore, *l. nec vllam* 13. §. *ultim. sup. hoc titul.* Non adhibita illa distinctione an contendat se heredem an non contendat, quæ tamen in hac lege adhibetur. Item nec illa quam adhibendam putat Accursius, An

Dec. Is demum tenetur petitione hereditatis qui rem aliquam hereditariam vel etiam ius aliquod hereditarium possidet aut quasi possidet pro heredem vel pro possessore. *l. regulariter* 9. *supr.* At qui debitor hereditarius qui non se contendit heredem, sed negat tantum hereditatem ad actorem pertinere, aut de eo dubitare se dicit, non potest videri possidere quicquam pro heredem

herede. Nec rursus pro possessore cum sit iustus ueniri non potest. De illa verò distinctione Accursius debitor hereditarius sit ex contractu debitor, an ex delicto iam scripsimus ad d. l. *sed vtrum*.

43. PAULVS libro 2. ad Plautium.

Postquam legatum à te accipi, hereditatem peto, Attilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi aduersus te dandam petitionem, quam si legatum redderem. Videmus tamen, ne non aliter petitoris hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caueatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum quod soluerit, retinere: & maximè si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit aduersarius. Idque & Lælius probat. Imperator autem Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse: scilicet si manifesta calumnia sit.

Ad l. Postquam legatum 43.

Ratio dubitandi. Qui legatum accepit ab aliquo tanquam ab herede testamentario, hoc ipso videtur testamentum adprobasse, cum legata non nisi in testamento, aut quod effectum idem est in codicillis testamentariis relinqui possint, *l. illud* 13. §. 1. & *l. vlt. infr. De iur. codicil.* Ergo testamentum postea impugnare ac se heredem dicere non potest: cum allegans contraria non sit audiendus, vulg. *l. i. C. de iur. sibi que debeat* imputare, qui ex testamento, siue nullo, siue falso, siue in officioso consequi legatum maluit. Numquam enim volenti sit iniuria, quem etiam sufficit aliquando voluisse licet nunc nolit, *l. in diem* 9. §. *1. infr. de aqua & aqua pluuiarum. arcend. cap. quod semel placuit. De reg. iur. in 6.*

Dec. Quemadmodum testamenti factio est iuris publici, id est ex legibus præsertim 12. tabul. sine quibus non posse homo testari, *l. 3. infr. qui testam. facer. poss. l. v. vrbis legis* 120. *l. lege obtinere* 130. *De verb. significat.* Ita & validitas testamentorum non aliunde quam à legibus pendere potest, *l. illa institutio* 32. *infr. De hered. instit.* Et consequenter sicuti nemo potest facere quin leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest* 55. *de leg. 1. neque mutandæ voluntatis facultatem sibi præripere. l. si quis in prin. 22. de leg. 3.* Ita nec in potestate & arbitrio cuiusquam legatarij aut alterius esse potest facere ut valeat testamentum quod non valet aut è contratio ut non valeat quod valet, Ne alioquin eueniat ut priuatorum voluntates legum auctoritate censeantur, *l. vltim. infr. De suis & legit.* Cum igitur fieri possit, ut quis siue per iuris, siue per facti imperitiam consecutus sit legatum aliquod ex eo testamento quod postea falsum vel iniustum & aliqua de causa non iure factum fuisse appareat, Non ideo prohibendus est hereditatem petere ab intestato si forte vel filius sit, vel proximus agnatus, vel alius denique qui ab intestato succedere possit. Nam quemadmodum ex iusto & valido testamento lex defert hereditatem scripto heredi etiam inuito, licet non eam acquirat inuito extra causam necessariorum heredum & suorum qui etiam sunt necessarii. Ita & siue nullum, siue non iure factum sit testamentum eadem lex defert hereditatem legitimam si situs heres nullus sit, agnato proximo, & quidem inuito, licet non cogat inuitum eum aut agnoscere, aut agnitam petere hereditatem. Quidni ergo

liceat ei hereditatem legitimam petere, licet ex eo testamento quod ad eum valere dicebatur legatum acceperit? Alia ratio est eius qui petiit legatum ex eo testamento quod postea velut in officiosum dicere. Non enim permittendum est ut furorem & insaniam obiciat ei cuius voluntatem perceptione legati agnouerit, *leg. si pars* 10. §. *vlt. l. penultim. §. amersum & l. vltim. sup. De inoffic. testam.* Falsum tamen testamentum dicere aut non iure factum contendere non prohibetur, *l. post legatum* 5. *in princip. & §. 1. De his que ut indig. infr.* Sicut & qui testamentum non iure factum dixit nihilominus voluntatem defuncti retinet, quia de iure disputauit, non iudicium impugnauit, ut eleganter Papinianus ait in *l. penultim. eod. tit.* Secus est in eo qui percepto legato testamentum falsum dixit. Nam sicuti non repellitur à falsa accusatione, ita si succumbat legatum etiam perceptum amittit, quod hodie non haberet si sententia secundum eum dicta esset, *d. l. 5. §. 1. iud. et. l. cum tabulis* 26. *in fine principij. eod. tit. l. alia causa est* 8. *C. eod.* An ergo petitorem huc admitemus, ut & ab intestato hereditatem petat, & legatum ex testamento perceptum retineat? Minimè verò, cum implicet contradictionem, ut eodem tempore testamentum & adprobet & improbet. Ergo non aliter audiendus erit, quam si legatum reddat. Nec rursus tamen aliter cogendus est reddere quam si caueatur ei de reddendo legato si contra hunc petitorum eundemque legatarium fuerit pronunciatum pro testamento, Nimirum eo casu quo possit legatum nihilominus consequi etiam post petitam ab intestato hereditatem, id est, ut explicauimus cum de iure tantum disputauit, nec etiam iudicium impugnauit. Sic enim omnino intelligi hic locus debet, & ad hunc casum restringi, ut & Accursius tandem admittit. Esset namque periniquum possessorem hereditatis eo casu quo in hereditatis lite obtinisset retinere legatum quod iam soluisset ac cuius repetitionem nullam habuisset si non fuisset ei reddendum ab actore petitionem hereditatis instituturo. Maximè verò, ut subiicit Paulus si non per calumniam, sed per errorem petierit hereditatem aduersarius. In quo Accursius notat dictionem *maximè*, abundare, quod eo casu quo calumnia petitoris interuenisse probetur non sit ei permittendum ut legatum retineat. Quasi hoc illud sit quod sequitur apud Paulum, Imperatorem Antoninum rescripsisse,



Ei qui legatum ex testamento abstulisset, denegandam esse causam cognita hereditatis petitionem scilicet si manifesta eius calumnia sit. Sed nemo non videt quam sint ista diuersa & separata. Est enim aliud Cogi petitorum legatum reddere ob institutam petitionem hereditatis per calumniam, Aliud vero arceri à petitione hereditatis. Non est permittendum calumnianti agere ut petat hereditatem quam sciat ad se non pertinere, & qui de testamento vitibus non dubitauit, cum ex eo legatum percepit, Sed quòd maior calumnia est eius qui nullo iure petit hereditatem ab intestato, Tandem maior ratio est ut legatum ex testamento debeat, & præstitum solumque semel, postea vero sub cautione restitutum ad instituendam petitionem hereditatis, iterum restituatur. Calumnia enim fuit in hereditatis petitione instituenda, non

etiam in legato percipiendo. Calumniam autem puniri oportet in eo tantum in quo quis calumniatus est non in quo calumnia nulla interuenit, arg. l. ex factis 43, §. ult. De vulg. & pup. subst. l. referri- primum 6. infr. de his que ut indigni. l. iuliana 24. aliàs l. Paulus infr. ad leg. falc. Igitur quemadmodum non aliter admittendus est is qui legatum ex testamento percepit, ut hereditatem ab intestato petat etiam si non calumniatur, quam si hereditatis possessori legatum reddat, Ita nec aliter reddere cogendus est quam si caueatur ei de legato restituendo in eum casum, quo contra ipsum pro testamento pronuncietur. Omnimodo enim illo casu legatum restituendum est quod fuerat solum, quòdque reperi numquam potuisset si non ab intestato hereditatem petere vel per calumniam legatarius maluisset.

## 44. I A V O L E N V S libro primo ex Plautio.

**C**um is, qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit: si legatum quoque modo redditum non sit, iudicis officio continetur, ut victori, deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas.

## Ad l. Cum is qui legatum 44.

Est lex hæc veluti appendix præcedentis. Nam cum in lege præcedente scriptum esset, Eum qui legatum ex testamento percepisset non aliter admittendum esse ad hereditatem ab intestato petendam quam si legatum redderet, Dubitari poterat, Quid ergo iuris esset si legatum redditum non fuisset, Subiicitur ex Iauoleno, Cum is qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit si legatum quocumque modo, id est quacumque de causa redditum non sit, officio iudicis contineri ut victori, deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas, id est, ut in id quod ex hereditate restituendum est imputetur id quod ex causa legati solum fuit. Ratio dubitandi est quia videtur imputari

posse hereditatis possessori cur non petierit & curauerit ut sibi legatum redderet ante quam petitor ad hereditatis petitionem admittetur. Non videtur autem damnum sentire quod ex culpa sua sentiat ut habet iuris regula. Sed decidendi ratio est, quia bona fides non patitur ut idem bis exigatur, vulg. l. bona fides 57. De reg. iur. Improbabile est qui bis idem velit consequi, l. si quis dolo 51. infr. de re iudic. aut ex aliena iactura locupletari, l. nam hoc natura 14. De condit. ind. eb. l. iure natura 206. De reg. iur. quæ omnia in persona huius legatarij, eiusdemque petitoris contingerent si & hereditatem totam habere, & nihilominus legatum acceptum retinere ipsi concederetur. Simile aliquid est in l. ancillarum 27. §. in venditor em infr. De pecul.

## 45. C E L S V S libro 4. Digestorum.

**Q**ui se liti obrulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si euidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere quippe isto modo non est deceptus, & qui se hereditatis petitioni obrulit, ex doli clausula tenetur æstimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.

## Ad l. Qui se liti 45.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis est in rem, licet mixtas habeat plerasque præstationes personales, l. sed et si 25. §. penultim. sup. Actiones autem in rem dari non possunt nisi contra possessorem aut qui saltem dolo malo deserit possidere, ut dolo malus pro possessione sit, §. 1. Instit. de actio. Ergo nec petitio hereditatis dari potest cum effectu, ut sequatur condemnatio aduersus eum, qui nullam rem hereditariam possidet, ne quidem minimam l. regulariter 9. & sequ. sup. quamuis se liti obrulit & per mendacium dixerit se possessorem. Possidere si quidem facti est magis, quam iuris l. denique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir uxori infr. De acquir. poss. Facta verò & omnia quæ facti sunt, ex rei veritate æstimantur, sicut è contrario mendacia ex non facto. Neque enim affirmatio cuiusquam vel negatio ponit aliquid in re, aut mutat rei veritatem & substantiam.

Dec. Dolus semper pro possessione est non so-

lum si quis dolo deserit possidere, l. qui dolo 131. de regul. iur. sed est is qui non possidet mentiat se dolo malo possessorem, & se offerat liti tanquam possessor cum tamen non possideat. Nec enim debet impunè illudere Prætori, qui contra eum non daret actionem in rem si non diceret se possidere. Idque nimirum est quod dici solet, Non posse quemquam intuitum cogi excipere actionem in rem cum sit liberum cuiilibet dicere se non possidere, l. ult. infr. De rei vind. Quisquis ergo se liti obrulit tanquam possessor hereditatis cum nihil hereditarium possideret dignus est qui petitione hereditatis condemnetur perinde ac si possideret: quia mendacium suum & propriam turpitudinem allegare ipse non potest, leg. rem alienam 41. in fin. infr. De pignor. act. l. qui ex parte 18. infr. De inter. rog. in iur. fac. vbi dicitur, quod ad huius legis interpretationem valde pertinet, si is qui se mentitus est possessorem, cum non esset, fuerit quidem condemnatus, sed soluendo non sit, ita ut

ita ut contra eum iudicati executio effectum habere non possit, Non eo minus impetere actionem contra verum possessorem, sed ita tamen ut prius iudicium rescindat oporteat quia tenuit, & mendacium illius qui tanquam possessor liti se obrulit, ipsi tantum mentienti, non etiam petitori nocere debet.

a Nisi euidentissimis. Ratio dubitandi. Etiam si euidentissimis probationibus ostendatur actorem ab initio litis, hoc est ipso iam tempore contestationis (unde namque bis incipit l. sed et si 25. §. si ante sup. hoc tit.) scivisse reum nihil ex hereditate possidere non eo minus tamen verum esse mentium illum fuisse Prætori cum in iure, id est apud Prætorum vbi contestatio fit, dixit se possessorem cum sciret se nihil possidere. Igitur non eo minus puniri debet, ut tanquam possessor condemnatur, Ne alioquin Prætori impunè illuserit.

Dec. Pœna illa est doli & fraudis ut dolus pro possessione habeatur, & is qui non possidet pro possessore condemnatur. Atqui non est deceptus qui scivisse reum non possidere & qui mentientem mentiri non ignoravit, aut si deceptus sit non ab alio quam à seipso deceptum se conqueri potest l. nam si actor 16. iun. et l. præced. j. De rei vindic. Ergo condemnari prætextu doli non debet. Nemo enim decipere aut deceptus dici potest si nemo sit qui decipiatur. Proinde impunitum est hoc casu

## 46. M O D E S T I N V S libro sexto Differentiarum.

**P**rædonis loco intellegendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restituere hereditatem.

## Ad l. Prædonis 46.

Ratio dubitandi. Non est prædo qui titulum aliquid verum habet suæ possessionis, sed is demum qui interrogatus quare possideat nihil aliud respondere potest quam quia possidet l. pro herede 11. §. 1. iun. et l. seq. §. hoc tit. Atqui is qui tacitam fidem accommodauit defuncto ut non capienti restituere hereditatem, non eo minus verè sit heres per aditionem, Aded ut quamuis hereditas ei tanquam indigno auferatur per fiscum, nihilominus etiam post amissam hereditatem remaneat heres quia semel fuit l. ex factis 43, §. ult. De vulg. & pup. subst. Ergo prædonis loco & iure censerit non potest, siue ponas errare eum in iure, ut ponit Azo, puta quod ignoraret prohibitum esse ne quis tacitam fidem in fraudem legum accommodet, siue ponas nec in iure errorem vllum interuenire.

Dec. Prædo quidem hic non est, sed prædonis tamen loco esse intelligitur, quia bona fide se heredem dicere non potest qui contra ius fidem suam in fraudem legum accommodauit l. eum qui 18. in princip. j. De his que ut indigni. l. 1. c. eod. Et quamuis & nomine & re sit heres ante quam hereditas fisco vindicata sit, Nomine autem nec sine aliquo effectu etiam posteaquam fisco hereditatem vindicauit, ut constat ex d. l. ex factis §. ult. Id tamen sit non tam quòd eo honore dignus existimetur, quam ex mera iuris necessitate quod is qui semel heres fuit nunquam possit desinere esse heres, Nisi vel in seruitutem redactus sit vel succubuerit in querela inofficiosi testamenti d. §. ult. l. in substitutione 31. eod. tit. l. ait prator 7. aliàs l. et si sine §. sed quod Papinianus §. De minor. l. ei qui soluen. l. 88. de hered. infr. Cæterum indignus est beneficio Senatufconsulti quod de

mendacium illius qui se liti obrulit, etiam si perstiterit in mendacio usque ad sententiam, sicut & eo casu quo ignorauerit actor mendacium si modò reum perstiterit sui mendacii ante licem contestatam l. is qui 25. vbi dicemus infr. ill. tit. De rei vindic.

b Ex doli clausula. Rectè Accursius doli clausulam interpretatur, non actionem De dolo, quæ scilicet competere non potest cum alia competit actio, ut puta petitio hereditatis l. 1. & pass. §. De dolo, Sed vnam ex tribus clausulis quæ stipulatione iudicatum solui continentur, de quibus in l. iudicatum solui 6. infr. iudic. solui. Cui tamen non aliter locus sit quam si is qui satisfactionem præstitit, perster in suo mendacio post satisfactionem. Nam dolo ante satisfactionem admissus non potest ea stipulatione vindicari, nec rursus dolo admissus postquam reus mendacii pœnitentia ductus à lite discesserit. De dolo igitur actio duobus illis casibus necessaria erit si quid ex eo dolo damni ac detrimenti aduersarius senserit l. penult. sup. De dolo. Porro in omni casu quo quis ob dolum suum conuenitur siue actione De dolo, siue ex doli clausula tanti condemnandus est reus quanti actoris interest non fuisse deceptum, Nec aliud est si officio iudicis condènatio fiat ut in hereditatis petitione, quemadmodum scribitur in hac lege, & in l. arbitrio 18. vbi dixi, & ad d. l. pen. sup. De dolo.

hereditatum petitionibus factum est in fauorem bonæ fidei possessorum qui contra Senatufconsultum Plancianum tacitam fidem interposuit in fraudem legum l. heres qui tacitam 15. j. De his que ut indigni. l. beneficio 19. §. 1. ad leg. falcid. iun. et l. auxilium 37. in fin. sup. de minor. Et quamuis plusquam bonæ fidei possessor esse videatur qui re vera, ut diximus, heres ac dominus est, Bonæ fidei tamen possessor dici non potest eius hereditatis quam contra leges possidet, & quam ex SC. Planciano totam amittere debeat d. l. eum qui 18. De his que ut indigni. j. l. 1. c. eod. Ut enenit in iis omnibus qui contra leges mercari probantur l. quemadmodum 7. in fin. C. de agric. & censu. Tamen si emerit à vero domino l. si ab eò emas 12. infr. De usucap. Omnia igitur quæ ex Senatufconsulto quod de hereditatum petitionibus factum est in prædonis persona locum habere diximus, in hoc quoque obtinebunt qui tacitam fidem contra SC. Plancianum accommodauit ut hereditatem non capienti restituere. Excepto eo, quòd ad vsuras rerum hereditariarum venditarum aut fructuum venditorum non tenetur, ne quidem ex die litis cõtestata, post rescriptum Severi quod in eam rem benignè factum est, ut Papin. refert in l. eum qui 18. De his que ut indigni. ad quas tamè vsuras etiam bonæ fidei possessor tenetur l. heres furiosus 51. §. 1. infr. hoc tit. itemque is cui tanquam indigno hereditas ablata est ob non vindicatam necem defuncti d. l. 1. c. de his que ut indigni. De quorum locorum interpretatione dicemus latius ad d. l. §. 1. infr. Aded autem is qui tacitam fidem accommodauit in mala fide esse intelligitur, ut nec in conscientia possit hereditatem retinere quin eam fisco etiam non petenti vltro deferre teneatur, si cre-

diuus Bartolo ad l. ult. m. 9. De his que vt indig. Li-  
cēt contra fentiat D. dac. Couarr. in Epitome De

ffonfal. & matrim. in 2. part. c. 7. §. 5. m. 5. De quo ta-  
men Theologorum esto, non nostrum iudicium.

## 47. IDEM libro octauo Responsorum.

**L**ucius Ticius cū in falsi testamenti propinqui accusacione non obtinuerit: quæro, an de non iure factō, nec signato testamento querella illi competere possit. Respondit, non idēo repelli ab intentione non iure facti testamenti, quod in falsi accusacione non obtinuerit.

## Ad l. Lucius 47.

Ratio dubitandi. Qui agit de falso testamento præsupponit testamentum valere. Quid enim attingere falsum dicere testamentum, quod etiam si verum esset, attamen non valeret? Ergo non est audiendus tanquam sibi contrarius si postea velit dicere idem testamētum non iure factum aut non signatum esse. Exemplo eius quod scriptum est in l. si patronus ex minore 19. inf. de bon. libert. Patronum ex minore quā legitima parte institutum si testamentum liberti falsum dixerit, & succubuerit, bonorum possessionem contra tabulas petere postea non posse quod factō suo perdidit hereditatem cū temerē falsum testamētum dixerit. Nam & idem contingeret si legatum aliquod ille sibi in testamento adscripsisset, atque ita in Senatusconsultum quod ad legem Corneliam de falsis factum est incidisset tamen veniam criminis impetrasset l. si quis legatum 6. §. ult. D. ad leg. Cornel. de fals.

Dec. Qui negat valere testamentum, quod falsum dixit, non pugnat secum. Nam neque valet testamentum quod falsum est. At quod per bonorum possessionem contra tabulas rescinditur, necessariō valuisse supponitur, & tale esse vt ex eo vel adiri hereditas, vel bonorum possessio secundum tabulas & quidem cū re peti potuerit l. quod vulgo 19. §. De bonor. poss. con. tabul. Sanē qui falsum testa-

mentum dixit, indignus est qui ex eo testamento quicquam consequatur, vt dixi ad l. postquam legatum 43. sup. hoc tit. Sed non idēo repellendus est à iure dicendi testamentum nullum, quia non est bona consecutio vt ob id solum valeat testamentum tanquam iure factum & signatum quod non sit falsum. Potest enim vtrumque verē dici, Et non iure factum esse testamentum, & tamen falsum nō esse. Quamquam fatendum est parum cautē actorem facere qui aduersus testamentum non iure factum falsi accusacionem instituit, quæ cū facti quæstionem semper aliquam implicitam habeat, dubii quoque euentus semper est, vt & probationum exitus, Cū tamen disputatio de iure aut non iure testamēti tota sit iuris, quod certum semper & finitum est l. 2. inf. De iur. & fact. ignor. Interdum planē accidit vt qui in priore accusacione succubuit à posteriore arceri debeat, puta si tanquam calumniator succubeat in priore. Qui enim semel & in vna accusacione calumniatus est, facile præsumi debet in alia calumniaturus si ad eam admittetur l. si cui 7. §. si idem criminibus vers. si tamē inf. De accusat. Vbi additur hoc obtinere etiam si de alio crimine posteriori accusatio instituat. Nimirum quia, vt vulgari tractatur brocardico semel malus semper præsumitur malus in eodem genere mali quod omnium optimē locus ille probat.

## 48. IAVOLENVS libro tertio ex Cassio.

**I**n æstimationibus hereditatis ita venit pretium venditæ hereditatis, vt id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit: sin autem ex fideicommissi causa nihil ampliùs, quā quod bona fide accepit.

## Ad l. In æstimationibus 48.

Ratio dubitandi. Non potest huius legis sententia procedere neque in bonæ fidei, neque in malæ fidei possessore. Non in bonæ fidei possessore, quem constat non ad aliud conueniri & condemnari posse quā in quo locupletior factus est l. sed et si 25. §. consuluit sup. Proinde si fortē res hereditarias aut omnes aut quasdam distraxerit viliori precio, neque res ipsas venditas quamuis extrantes cogitur restituere, neque vera carum precia sed tantum id quod precij nomine bona fide accepit. Non adhibita distinctione illa, quæ in hac lege adhibetur, An ex causa negotiationis, an ex necessitate vendiderit. Rursum in malæ fidei possessore non potest dici liberandum eum præstatione veri precij cū res ipsas si extēnt, cogatur reddere, aut pati vt eo nomine per iusiurandum in litem æstimentur. l. item veniunt 20. aliās l. si possessor §. ult. sup.

Dec. Intelligenda omnimodo est lex hæc de bonæ fidei possessore, vt postrema illa verba probant, nihil amplius quā quod bona fide accepit. Sed separanda est mala fides in quā incidit bonæ fidei possessor per litem contestationem ab ea, quam ab

initio malæ fidei possessor ac prædo habuit. Est enim dici solet post litem contestatam omnes bonæ fidei possessores esse pares & prædones l. sed et si 25. §. si ante sup. Dignus tamen est is qui ante litem contestatam bonæ fidei possessor erat, cum quo etiam post litem contestatam mitius agatur, Non quidem quantum ad fructus, sed quantum ad res ipsas hereditarias, aut quantum ad earum precia, Ne alioquin huius periculi metu cogatur ius suum indefensum relinquere l. illud 40. vbi dixi sup. Itaque cū sit partim bonæ fidei possessor initio scilicet possessionis inspecto, arg. l. 3. §. scio in fin. sup. De minor. l. cum filius 76. §. heres meus De legat. 2. partim prædo propter superuenientem scientiam rei alienæ, Temperamentum hoc sequendum erit vt qui ex venditione ante litem contestatam facta non posset teneri petitione hereditatis supra quā factus esset locupletior, teneatur tamen ob res post litem contestatam venditas supra quā precij nomine bona fide acceperit, id est ad vera rerum venditarum precia, Quæ scilicet credibile est consecutum fuisse petitorum si litem contestatæ tempore restituta ei hereditas fuisset d. l. item veniunt §. ult. Est enim certē aliquid quod ei imputetur cur post contesta-

contestationem distraxerit res hereditarias, quas exinde scilicet posse ad actorem pertinere: quod non similiter imputari potest ei qui res hereditarias quasi suas bona fide distraxit ante litem contestatam. Est igitur hæc lex restringenda non tantum ad bonæ fidei possessorem, sed etiam ad eum solum qui post litem contestatam res hereditarias vendiderit, adeoque vt lex ait, qui voluntariē & ex negotiationis causa vendiderit, Ne ad eum protrahatur qui vendiderit ex necessitate, Vt puta qui testamento ex quo tanquam valido possidebat hereditatem iussus fuerit à testatore certo precio res aliquas hereditarias vendere, quod plerumque fit animo dāli fideicommissi l. si fideicommissi 11. §. cum esset de legat. 3. l. in ratione 30. §. tamen si ad leg. falcid. §. Quo casu non tam conditionis implendæ causa, quā iure hereditario percipi pecunia videtur d. §. tamen si, quia vt subtiliter ratiocinatur Accursius venditio ipsa censetur hoc casu esse in fideicommissi & pecunia quæ pro precio accipitur succedit in locum rei hereditariæ, & fit hereditarium l. si & rem 21. sup. quod non ita est cū qui accepta pecunia rem aliquam hereditariam restituere iussus est d. et §. planē. Ex quo petenda est responsio ad quod obiicit Accurs. ex Laveo vll. 13. aliās l. etiam §.

planē si accepta. sup. hoc t. Ratio autē huius distinctionis illa est, quia ei qui aliquid facit ex necessitate, adeoque ex necessitatis suspicione succurri se per debet l. nouissime 7. §. quod falsus. auhor. Quidni enim cogere bonæ fidei possessor tale fide commissum solvere ex testamento quod valere putabatur? Aut quid iniquius, quā impunē non solvere illum, quem Prætor possit cogere ad solutionem l. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraud. cred. l. ait prætor 7. §. a. vers. permittitur. sup. de minor. l. sancimus 25. C. de admin. tutor. Igitur mala fides quæ per contestationem litem ex postfacto inducitur minus potest quā quæ ab initio vera fuit, Nempe quoniam facta est, vt bene hic Bartolus, non vera cū nihil veret bonæ fidei possessorem qui ante litem contestatam bona fide possedit etiā post litem contestatam bona fide litigare d. l. illud 40. sup. eod. Cū autem ponamus in hac specie viduum heredem qui accepto certo precio hereditarias res quasdam vendide iussus erat, apparet de eo herede nos loqui, qui hereditatem possidebat bona fide ex testamento, quod valere putabatur. Sed quod tamen ex post facto apparuerit, vel nullum, vel ruptum, del. irritum factum, aut etiam rescisum fuisse quod & Accursius noster bene notat.

## 49. PAPIANVS libro tertio Questionum.

**S**i bonæ fidei possessor hereditatis velit cū debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupauerint, consistere: audietur, vtrique si periculum erit, ne inter moras actiones intercedant. Petitor autem hereditatis, citra metum exceptionis, in re agere poterit. quid enim, si possessor hereditatis negligat: quid, si nihil iuris habere se sciat?

## Ad l. Si bona fidei 49.

Ratio dubitandi. Quantum ad primam huius legis partem quæ est de dandis possessori hereditatis actionibus personalibus contra debitores hereditarios, Nemo agere potest actione personali contra debitores hereditarios sine actione l. si pupilli 6. §. ult. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. De admin. & peric. tutor. §. Atqui falsus heres quātumuis bona fide hereditatem possideat, nullam tamē actionem habere potest contra hereditarios debitores: quoniam actiones quæ defuncto competebant non possunt transire in heredem, nisi vi & potestate legis duodecim tabularum, quæ potest de vero tantum herede, non etiam de falso locuta est l. ult. §. pass. C. de hered. act. l. 1. C. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. Ergo non potest bonæ fidei possessor hereditatis actionibus personalibus experiri quas non debet. Quod verō pertinet ad actiones in re de quibus etiā hæc lex loquitur: Certum est non dari vindicationem nisi ei qui sit dominus iure gentium vel ciuili l. in rem 23. inf. De rei vindic. Atqui bonæ fidei possessor hereditatis sicuti verus heres non est, ita neque dominus dici potest. Quo igitur iure actionem in rem habere potest? Augentur verō hæc dubitandi rationes ex eo, quod lex hæc loquitur & intelligēda est de eo tantum bonæ fidei possessore qui post litem contestatam actiones istas mouere velit. Opponit enim possessorem petitori qui ante litem contestatam nullus est l. amplius 15. §. Rat. rem haber. Nec rursus possit aut possessor aut petitor agere qui exceptione illa repelleretur, Quod præiudicium hereditati non fiat l. si post litem 13. inf. De except. vbi dicitur exceptionem illam futuri dūtaxat non etiam facti iudicii nomine comparatam esse. Atqui post

litem contestatam omnes possessores sunt pares, id est prædones l. sed et si 25. §. si ante sup. hoc tit. Nulla igitur ratio est cur bonæ fidei possessorem de quo solo hæc lex loquitur distinguamus à prædone, Cui non permittitur vt actiones vllas etiam tempore perituras exercent, adeoque nec ei imputatur quare debitores tempore liberari passus sit cū actionem aduersus eos nullā instituere potuerit l. si quid possessor 31. §. sicut autem sup.

Dec. Bonæ fidei possessor qui se heredem probabiliter & bona fide contendit non ob id solum quod lis cum eo contestata sit cogendus est ius suum indefensum relinquere. l. illud 40. sup. Nec proinde inhibendus est quominus & cum debitoribus hereditariis, & cum possessoribus rerum hereditariarum consistat. Eo scilicet tantum casu quo periculum subest ne alioqui inter iudicij moras intercedant. Semper enim res in tuto collocanda est quantum fieri potest ne pereat, ob eamque causam permitti multa solent etiam contra iuris regulas, quæ alioqui nō permittentur l. Diuus §. vers. causa autē cognita sup. hoc tit. l. 1. sup. De fer. l. sed etiam 12. sup. De procurat. Prodest enim ea res non tantum bonæ fidei possessori si casu obtinuerit, vt loquitur l. posthumus 6. §. 1. sup. sit. prox. cū iudiciorum exitus sit incertus l. quod debetur 31. inf. De pecul. l. & ex diuerso 35. inf. De rei vind. l. si per imprudenciam 31. inf. De emic. l. exceptione 67. De fideiuss. Sed etiam vero heredi qui certius victoriam sperare potest. In eoque fatendum est meliorem esse debe, e conditionem bonæ fidei possessoris etiam post litem contestatam quā prædonis, vt ei proficit quod ab initio bonæ fidei possessor fuit l. qui scit 25. §. ult. inf. De vsur. & secundum ea quæ tractauimus ad legem præcedentem. Qui enim ab initio prædo fuit indi-



gnus est cui vlla in re fauatur, sicut nec ei imputatur quare debitores liberari passus sit *d. §. si. quomodo imputaretur bonæ fidei possessori, qui cum se bonæ fidei possessorem dicat, potest & debet vltique ad sententiam & condemnationem omnia perinde agere atque si verus heres esset: Alioquin non caret culpa quam vti que præstare debet post litem contestatam* *l. si homo 45. inf. de rei vindicat.* Quod si lis contestata non sit non puto condemnari debere possessorem bonæ fidei ob id solum quod actionem tempore perire passus sit, Cum post Senatufconsultum nō possit tenei supra quam locupletior factus sit *d. l. sed et si 25. §. consuluit sup.* Nemo autē locupletior fiat, ob id solum quod actionē alienā temporalem perire passus sit, quāuis nec fiat pauperior. Et quod dicimus Malæ fidei possessorem eo nomine non teneri, facere non debet vt tantō magis bonæ fidei possessorem teneri debere admittamus, sed vt tantō minus. Nam quod etiam in prædonis persona non vindicatur, Cur in bonæ fidei possessore vindicatur? Indulgentia ista dicenda est potius quā necessitas vt bonæ fidei possessor cū debitoribus hereditariis consistere possit si velit, non vt cogatur si nolit. Cæterum nulla potest negligentia imputari bonæ fidei possessori non magis quā si in re sua propria negligens fuisset *d. §. si. cum.* Planè extra hunc casum quo actio hereditaria siue realis siue personalis tempore peritura sit non magis permittendum est bonæ fidei possessori quā prædoni vt debitores hereditarios vel possessores inquietet, cū in vtroque ratio illa sit communis & generalis quod neutri a-ctio cōpetit, neuterque sine actione agere potest. Neque aliud hodiè obtinere putandum est post *l. vlt. C. hoc tit.* in qua Iustinianus induxit quidem vt bonæ fidei possessor hereditatis, perinde ac verus heres actionibus omnibus hereditariis conueniri possit, At non etiam vt actiones quascunque hereditarias exercere, vt benè Accursius contra Azonem disputat. Itaque non ait Papinianus posse bonæ fidei possessore agere, ne cū quidem cū actio tempore peritura est, sed tantum posse cum debitoribus hereditariis aut cum possessoribus rerum hereditariarum consistere quod longè diuersum est, vt infra explicabimus.

*a Petitor autem.* Ratio dubitandi, Non debet fieri præiudicium petitioni hereditatis, quia maius & centumuirale iudicium est, Cætera verò quibus vel singulæ res petuntur, vel agitur contra debitores hereditarios sunt singularia, ideoque minoris momenti & autoritatis *l. si quis libertatem 7. sup. hoc tit. l. vlt. C. eod.* Ergo non est permittendum actori qui iam cœpit petere hereditatem de qua litem contestatus est vt agat interim siue contra possessorem rerum hereditariarum Actione in rem, siue contra hereditarios debitores actione in personam, sed differenda sunt iudicia singularia quouſque terminatum sit vniuersale.

Dec. Exceptio illa *Quod præiudicium hereditati non fiat* non habet locum quoties post litem de hereditate contestatam singulæ res petuntur, Quia futuri iudicii non facti nomine huiusmodi exceptiones comparate sunt *l. si post litē 13. §. De except.* Potest igitur verus heres qui hereditatem petit ab vno, res singulas ab alio vindicare, Cū hoc ipso quo heredem verum se dicit & probat ius agendi habeat & in rem & in personam. Nec enim quod

controuersiam hereditatis patitur à possessore siue bonæ fidei possessor, si e prædo ille sit facere potest vt ob id minùs iuris habeat cōtra singulos aut possessores aut debitores, à quibus etiam hereditatem petere possit tanquam ab alicuius iuris rei hereditariæ possessoribus, si nullam illi possessionis suæ titulum haberent *l. regulari 9. & 19. sup. hoc tit. l. 2. vers. scriptor autem C. eod.* Nec potest defendi quod docet Cuiacius *lib. 9. obseruat. cap. 27.* Exceptionē de qua loquimur *Quod præiudicium hereditati non fiat* habere locum etiam post litem de hereditate contestatam si nondum lis finita sit. Quasi quod euidenter contra scriptum est in *d. l. si post litem,* intelligi debeat de lite non tantum contestata sed etiam finita, & de iudicio finito per sententiam iudicis non facto per contestationem apud Prætorē. Longè namque aliud est loqui de lite contestata, Aliud de finita, cū litis principium non finis sit contestatio *d. l. sed et si 25. §. si ante sup. l. tenique alium iudicium fieri aliud finiri.* Fit enim iudicium cū inchoatur, & vt loquitur cum Vlpiano in *d. l. si quis libertatem* cū inducitur: quod sit per litis contestationem, Vnde est quod nostri prudentes passim dicunt tempus accipiendi aut accepti iudicii pro tempore litis contestata. Finitur autem iudicium per sententiam & rem iudicatam *l. 1. inf. de re iudicat.* Nec aliter factum iudicium dixit Paulus pro idem Cuiac. *d. cap. 27.* Nam imò verò factum ibi dixit pro inducto & constituto, tam in illis verbis *sed si prius de furto iudicium factum esset* quā in illis sequentibus *de ind. de ipso nomine secundum petitorum iudicium factum esset,* vt ex eo apparet, quod ponit hominem noxæ deditum fuisse, de cuius furto iudicium factum erat. Potest enim deditio fieri ante non minùs quā post condemnationem pecuniariam *l. non solum 29. l. noxali 33. inf. De noxal. act. iun. l. miles. 6. §. 1. inf. De re iudic.* Item ex eo quod Paulus ait, si de ipso homine secundum petitorum iudicium factum esset non debere iudicem ob eam rem quod hominem possessor non traderet, litem æstimare. Nec enim iudicium vindicationis finitur per pronuntiationem iudicis qua pronuntiat rem petitoris esse, sed per abſolutionem vel condemnationem quam sequi necesse est si possessor hominem peticum non tradiderit *l. qui restituere 68. iun. l. eius rei 46. & seq. eod. tit.* Distinguit igitur illa lex, Non vtrum iudicium prius finitum sit vt interpretatur Cuiacius sed verū prius factum, id est prius inchoatum inductum & constitutum, vt idem Papin. loquitur in *l. Scia 42. inf. De mort. caus. donat.* Nam & in cæteris omnibus iuris partibus accepti & inchoati non finiti iudicii tempus inspiciendum est, Ratione illa quā adfert Papinianus valde generalem in *l. 2. inf. de vsur.* quod quale quid est cū petitur tale dari debeat *l. si post acceptum 18. §. De rei vindic.* Nec rursus verā est alia eiusdem Cuiacii interpretatio, quā adferre dicit *cap. 27.* vt post litem quidem contestatam cesset exceptio *Quod præiudicium hereditati non fiat,* sed tamen differenda sit pronuntiatio de vindicatione rerum singularium in id vsque tempus quo de hereditatis petitione pronuntiatum sit ex *d. l. si quis libertatem.* Nam præter id quod lex illa non ponit litem de hereditate contestatam fuisse at potius non fuisse, vt probat verba illa *ne præiudicium de testamento cognisuro faciat.* Illud etiam obseruandum est

est tractari eo loco de suspendenda sententia: que pro libertate ferri petebatur in iudicio liberali, non etiam de rebus cæteris. Quarum sanè diuersa à libertate ratio est, quia libertas semel datur præterit ex autoritate iudicis retractari postea & reuocari non possit, tamen postea contra testamentum pronuntietur ex quo libertas petebatur. At in cæteris rebus non idem est, de quibus licet pronuntiatum sit esse illas petitoris, non eo minùs tamen peti postea poterunt per hereditaris possessorem si contingat cum in petitione hereditatis vincere. Nec enim sententia inter alios dicta alijs nocere debet. Ob eamque causam Iustinianus quoque in *l. vlt. C. hoc tit.* diuertum ius & separatam constituit in libertatibus *vers. si autem libertates.* Atque ita esse vt volumus ex eo quoque apparet, quod in *d. l. si post litem* Iulianus opponit factum iudicium futuro. Futurum enim dicitur quod nondum inchoatum & constitutum est, non quod nondum finitum. Cæterum cū iure veterē ita obtineret vt exceptio illa non posset opponi post litem iam de hereditate contestatam, quia scilicet verendum non erat ne præiudicium fieret petitioni hereditatis iam contestata, cū nihil ex postfacto superuenire possit quod deteriorē queat facere causam eius qui litem iam contestatus est *d. l. 2. De vsur. d. l. si post acceptum 18. §. De rei vindic.* (Contestatio enim semper ponit rem in tuto vt diximus in præcedentibus) Iustinianus totam hanc Iurispudentiam veterem conturbauit suo more ac peruenit, Inducendo vt siue petitor siue possessor hereditatis conueniatur, & siue ante siue post litē de hereditate contestatam, cesset exceptio illa, *Quod præiudicium hereditati non fiat,* sed creditoribus & legatariis respondere interim & satisfacere teneatur is qui se testamentum heredem dicit, & hereditatem possidet, Creditoribus verò etiam petitor salua ei qui satisfecerit si postea victus sit aut aduersus victorem, aut aduersus legatarios & fideicommissarios repetitio. Et in hoc demum Iustinianus correxerat ius verus, non etiam in eo vt vel petitor vel possessor hereditatis possit agere contra debitores hereditarios aut contra occupatores rerum hereditariarum post litem de hereditate contestatam. Neque enim hunc casum attingit Iustiniani constitutio, Neque fuit necesse cū in petitore iam olim hoc obtineret, In possessore verò non potuerit hoc induci quin nimis aperta vis fieret rationi iuris, Cū possessor quantumuis bonæ fidei nullam penitus actionem habeat quā exercere possit, neque realem neque personale, sed hæc tantum indulgeatur ei vt possit cum debitoribus hereditariis aut iis qui rem aliquam hereditariam occupauerunt consistere vt litem contestentur, ne actio intercidat, quemadmodum eleganter Papinianus in hac lege scribit.

*b Circa impedimentum exceptionis.* Sed cur non addidit Papinianus hæc verba in priore illa specie quam tractauit, De possessore hereditatis agente contra debitores hereditarios, aut aduersus rerum hereditariarum possessores? Nimirum quia exceptioni locus nullus esse potest quin prius sit locus actioni. Cū exceptiones non ad aliud sint comparatæ quā vt actionem excludant & elidant *l. 1. & pass. inf. De except.* In priore autem specie nulla actio competit bonæ fidei possessori quæ per exceptionem elidi possit aut debeat. Ideoque non sic Papinianus loquitur vt dicat, Possit illum agere

ne quidem hæc saltem vt litem contestetur ad conseruandam & in tuto collocandam actionē, quemadmodum supra monuimus. Sed ait audiendum eum esse si velit cum debitoribus hereditariis aut cum his qui res hereditarias occupauerant consistere. Quo verbo vt solent Iureconsulti, cū significare volunt, actionem quidem nullam competere, sed tamen Prædonis cognitionem implorari quæ cognitio vice actionis esse possit, vt in *l. vix certis ex causis 53. sup. de indic. l. 3. §. sed vtrum iun. l. 1. quod si minor 24. §. vlt. 3. de minor. l. mulier 22. §. non est dubitatum* ad *SC. Trebell.* Quod tamen neque Accursius noster, neque alius quisquam interpretum obseruat. Multò minùs verò Cuiacius qui *lib. 20. Obseruat. cap. 35.* legem hanc omnium pessimè interpretatur. Sic namque intelligit vt bonæ fidei possessor possit agere ipso iure contra debitores hereditarios aut aduersus possessores rerum hereditariarum, adeoque agendo repelli exceptione illa *Quod præiudicium hereditati non fiat* nisi vno illo casu, quo periculum sit ne actiones intercidant, Quasi Papinianus quærat an hoc casu obtare talis exceptio debeat, De qua tamen nec loquitur nec cogitat, nisi cū posteriorem speciem tacitè de petitore agente. Quomodo enim possit queri de exceptione contra agentem danda si nemo agat? Aut quomodo agat possessor sine actione? Nam & in eo alius eiusdem viri doctissimi error est, quod bonæ fidei possessorem hac parte distinguit à malæ fidei possessore, Quasi bonæ fidei possessori actio aliqua hereditaria possit competere, nulla prædoni. Quod æquè ridiculum est. Cū bonæ fidei possessor non magis verus heres sit quā prædo, Actiones autem hereditariæ non alii quā vero heredi competere possint. Tertius Cuiacii error est quod putat eum casum à Papiniano tractari quo lis nondum esset contestata de hereditate, sed tantum mora bonæ fidei possessori controuersia. Quod etiam conuincitur ex illis verbis *inter moras* quæ non de aliis moris accipi possunt quā de moris iudicii, vt constat ex iis ipsis prudentum & Quintilianii locis quos pro se vir doctissimus in contrarium adducit, quibus addere potuit & debuit *l. etiam 15. §. quand. dies leg. ced.* Moræ autem accipiendi iudicii nullæ sunt, sed accepti tantum & quod exercetur. Iudicii enim exercitio illa est, quæ moras habet *d. l. etiam.* Conuincitur etiam ex verbo *petitor,* quo Papinianus vtitur. Non enim petitor est qui litem contestari vult, si nondum contestetur, quia non petit, sed tantum petere vult vt supra diximus ex *d. l. amplius 15. §. rat. rem habet.* Denique errat etiam in eo Cuiacius, quod addit Post motam controuersiam bonæ fidei possessorem & prædonem pares esse vno tantum casu, scilicet si desinant possidere. Post litem verò contestatam quā plurimis. Nam imò verò statim post motam controuersiam pares sunt licet non desinant possidere, cū ab eo tempore fructus omnes quos exinde perceperunt restituere teneantur *d. §. si ante.* Post litē verò contestatam et si sunt pares in quā plurimis *l. si homo 45. inf. de rei vindic.* non tamen in omnibus puta quantum ad naturalem rei petitæ interitum contingentem post litem contestatam *l. illud 40. sup.* vbi generaliter de bonæ fidei possessore Paulus loquitur, nō per modum exceptionis vt Cuiacius, nec adhibita illa distinctione, quā idem Cuiacius adhibet, Vtrum bonæ fidei possessor putet se habere iustam causam

litigandi & an iuraverit de calumnia nec ne. Nam quod ad iuramentum de calumnia pertinet, constat fuisse illud incognitum Pauli temporibus nisi uno illo casu quo vellet quis iurandum aduersario deferre. Deferens enim non aliter audiendus erit quam si prius iurasset de calumnia. *l. iurandum 34. §. qui iurandum & seqq. d. si non fuerit 34. j. De iur. primusque Iustinianus induxit ut hoc iurandum in omnibus causis praestari oporteat, neque aut ab aduersario aut ab ipso etiam iudice vel compromissario remitti possit. *l. 1. & 2. c. de iur. iur. prop. calumn. d. and.* Opinio autem litigantis putatur se bonam habere causam non tam inspicenda est ut ei proferat quam verum re vera probabilem litigandi causam habuerit. *l. qui solidum 78. §. etiam De leg. 2.**

*c. In rem agere poterit.* Ergo aduersus eos tantum qui res hereditarias occuparunt. Nam aduersus debitores hereditarios speciali actione in rem agi non potest sed personalitatem. Dixi speciali, quoniam certum est aduersus debitores hereditarios tanquam iuris possessores agi posse petitione hereditatis. *l. nec vllam 13. aliis l. ut in §. ult. sup. quae ipsa tamen in rem est licet mixta habeat naturam personalis actionis propter personales praestaciones. *l. sed et si 25. §. ant. sup. §. l. hereditatis 7. C. de her. ed. pet. Et tamen quamvis obiecto diuersitatis ratio reddi potest, cur petitori hereditatis permittendum sit agere & speciali & vniuersali in rem actione non etiam speciali in personam? Neque verò aut Accursius id negat, aut Cuiacius dissimulat. Nam Accursius ad haec verba notat, peritorem hereditatis non tantum in rem agere posse contra rerum hereditarium possessores, sed etiam in personam aduersus debitores hereditarios, Itemque petitione hereditatis contra vtrumque. Cuiacius verò fatetur, Ex causa, ut ipse loquitur, dandam petitori personalem quoque actionem contra debitores, *Ex l. Paula 27. §. ult. De legat. 3.* ubi ponitur condemnatus debitor ut pecuniam solueret fisco hereditatem petenti: quod nisi actionis personalis vi & potestate fieri non potest. Itaque ut dicam quod sentio puto in his verbis subesse mendam & pro *in rem* legendum iure facti certè, ac lubrico errore, nec valde dissimili ei quem aliàs obseruauimus *lib. 1. Coniect. cap. 2. in l. §. de impens. in reb. dot. fact. vbi legendum esse monuimus ipsa in re pro eo quod vulgo legitur ipso iure. Sensus enim Papiniani proculdubio ille est, ut in hac quaestione separandum sit petitor hereditatis à bonae fidei possessore. Nimirum ut possessor nullo casu possit agere, ne quidem si periculum sit ne inter moras intercidat actiones cum hereditariam actionem habere nullam possit is qui verus heres non est, sed tantum permittatur ei ut cum hereditariis debitoribus, aut cum possessoribus rerum hereditarium possit apud Praetorem consistere, id est Praetoris cognitionem implorare, ut in *d. l. vix certis ex causis 53. §. de iudic. d. l. 3. §. sed vtrū. & l. quod si minor 24. §. ult. sup. De minor. l. mulier 22. §. non est dubitatum j. ad SC. Trebell. Ob idque nihil possit tractari de exceptione quae locum habere, ut diximus, non potest antequam actio locum habere possit. Petitor verò possit iure agere,****

Tanquam cui hereditariae omnes actiones competant siue in rem siue in personam & siue vniuersales, siue singulares quas male ac barbarè Bartolus particulares vocat: Nec tantum iure sed etiam cum effectu hoc est circa impedimenta cum exceptionis. De quo solo dubitari poterat, Non etiam de eo an iure possit agere. Quis enim possit dubitare? Ideo autem dicendum est eum non tantum iure hereditate contestatam exceptio illa *Quod praesentium hereditari non sit* opponi nunquam potest ut probauimus *ex d. l. si post litem 13. j. De except.* Et si aliam rationem hinc Papinianus adfert ijs verbis, *Quid enim si possessor hereditatis negligat?* Sensus non eo minus posse peritorem iure agere, quod possessori permittatur cum debitoribus hereditariis, & cum possessoribus consistere. Nec enim bona est consecutio, ut quod vni licet ob id minus debeat alii licere, Alioqui sequeretur negligentiam possessoris nocituram petitori si forte possessor in persequutione iurium hereditarium negligentius versari velle. Suam porro cuique negligentiam nocere oportet non alteri, Et quamuis post litem contestatam bonae fidei possessor etiam culpae nomine teneatur tanquam praedo *d. l. si homo 4. inf. De rei vindic.* Non autem careat culpa possessor bonae fidei si post litem contestatam non fecerit quod facere potuit & debuit ut res hereditaria in tuto esset, quemadmodum supra diximus, non idcirco tamen repellitur petitor debet quominus agat ipse si malit ius suum exequi. Quoniam melius est intacta ipsius iura seruare quam post vulneratam causam remedium quaerere. *l. vtr. C. in quib. causis non est nec. ff. in integr. restit. Prater id quod fieri potest ut possessor non sit soluendo ad praestandam petitori indentitatem. Et haec magis germana videtur ratio dubitandi & decidendi ad posteriorem hanc legis partem, Quae tantò magis ostendit ponendum esse cum Accursio, contra quam Cuiacius sentiat litem de hereditate in hac specie fuisse contestatam.*

*d. Quid si nihil iuris habere se sciat?* Haec quoque verba peperam Cuiacius Graecos secutus ita interpretatur acti scriptum esset, *Quid si bona fidei possessor hereditatis negat se quasi lib. redem in sa res* Aliud enim est, Bonae fidei possessore scire se nihil iuris habere, ut Papinianus loquitur, Aliud verò nescire se quicquam iuris habere, & longè alius sensus huius, & illius propositionis, ut nemo non videt. Qui scit se nihil iuris habere, habet omnino malam fidem, tantòque prudentius facit si nolit cum debitoribus hereditariis aut cum possessoribus rerum hereditarium consistere ne vexet se sumptibus inaniibus cum obtinendi spem non habeat *arg. l. i. sup. tit. prox.* Qui verò nescit se ius habere, is neque bonam, neque malam fidem in ea re habet. Sed non id agit Papinianus his verbis ut tractet de bonae fidei possessore vel de praedone, Sed tantum ut casum aliquem conquirat, in quo non sit expectandum ut possessor hereditatis velit consistere cum debitoribus hereditariis, aut cum possessoribus, ad denegandam petitori eo praetextu actionem hereditariam cum effectu, & quae nulla exceptione repellatur.

50. P A P I N I A N V S libro sexto Quaestionum.

**H**ereditas etiam, sine vlllo corpore iuris intellectum habet.

*Ad l. Hereditas 50.*

Ratio dubitandi. Hereditas cum sit nomen iuris, & quid vniuersale non videtur posse fingi aut intelligi nisi tanquam vniuersalia caetera quae sunt per operationem intellectus, & per abstractionem à singularibus, Quae si nulla essent concreta, nulla quoque essent abstracta, inquam Logici. Neque enim posset considerari homo si nulla esset indiuidua hominis, nec albedo si nullum esset album. Ergo neque potest hereditas esse si nullum sit corpus hereditarium. Quò alludere videtur Iulianus in *l. lex Cornelia 28. ad fin. inf. De vulg. & pupill. substitut.* ubi ait non posse fieri per legem Cornelianam de captiuis, ut qui nulla bona in ciuitate reliquit, heredem quoque vllum habere videatur, proinde nec hereditatem, cum immediate fiat heres per hereditatem, sicut & hereditas per legem, *l. filiusfamilias 28. inf. ad legem falcidiam.*

Dec. Hereditas fictio iuris est & inducta per legem tanquam persona quaedam ficta ad personam defuncti quae fuit vera representanda, *l. hereditas 34. iunct. §. vltim. leg. is praecedens inf. De acquir. rer. domin.* Idque ex necessitate, Ne toto illo tempore quod intercedit à die mortis defuncti vique ad aditionem hereditatis per heredem siue scriptum, siue legitimum bona viderentur iacere & vacare sine domino, ideòque fierent ut primi occupantis tanquam quae essent, vt reuera sunt nullius *leg. 1. §. 1. sup. De rer. diuis.* Et ob eam nimirum causam eadem iuris fictione inductum est, ut hereditas non tantum personae, sed etiam dominae vicem repraesentet, *aut. l. hereditas & leg. non minus 31. §. 1. inf. De her. d. instit.* Ut scilicet continuari posset in heredem dominium quod fuerat defuncti, & quod vique continuari nuncquam posset si vel minimo vno instanti ea continuatio interrupteretur. Noua enim esset acquisitio illa & noui dominij non continuatio, ac proinde nouus aliquis titulus & alius quam hereditatis requireretur, ut heres fieri dominus posset. Quandoquidem dominium quod semel interruptum atque ita amissum est, non nisi certis & legitimis modis acquiri postea potest, tum quoque cum à nemine fuit occupatum, ut puta si quis rem quam semel pro derelicto habuit iterum velit suam facere antequam ab alio occupata sit. Necessè enim est ut iterum eam occupet ad hoc ut fiat nouus dominus. Itaque inducit lex fictionem hereditatis primo instanti non quo moritur paterfamilias (instans enim illud vitae non morti adscribitur, quia mortuus non moritur sed viuis, *leg. qui duos 18. §. 1. inf. de manum. restam. leg. vltim. inf. D. condit. institut.*) sed cum mortuus est, eamque fictionem inductam retinet quousque heredem aliquem nacta sit hereditas, quod fit in extraneis per aditionem (nam in suis heredibus fit ea continuatio ipso iure ac circa vllam aditionem, ita ut nec hereditas vllam fuisse videatur, *leg. in suis 11. inf. De liber. & posthum. leg. in suis 14. De suis & legit.*) An nulla superstiti spes habendi heredis. Quo casu definit esse hereditas, tanquam cuius fictio non nisi frustra exinde retineretur, quippe quae nullum effectum habere amplius poliet. Ius enim ciuile sicuti fictiones nullas inducit nisi ex mera necessitate, & ad effectum aliquem iuris inducendum qui & necessarius est & magni momenti (omnis enim fictio re vera mendacium est,) ita nec fictionem vllam inductam retinet nisi ex necessitate & quando iuris effectum aliquem praestare potest. Itaque patrimonium quod fuerat defuncti, & quod si adiretur hereditas fieret patrimonium heredis, *leg. 1. infra, De separat. leg. sed si plures 10. §. filio inf. De vulg. & pupill. substitut.* incipit fieri in bonis nullius, & transit in bona vacantia, cum neque heres vllus est, neque habendi heredis spes vlla superest, Nisi cum aliquis reperitur qui à Praetore bonorum possessor fieri possit, quo casu transit quidem hereditas in bona, sed quae non prius vacantia dici possunt, quam abscessa sit spes omnis habendi successoris siue ciuilis, siue honorarij, ut in *leg. 1. §. idem Pomponius 14. inf. Depos. leg. habere licere 7. inf. De cuius, leg. 1. in princip. De succ. ff. edict.* Vbi verò vacantia esse coeperunt, prorinus & ipso iure vadunt ad fiscum, si modò sint soluendo, Alioqui vendenda sunt per creditores, *leg. 1. §. an bona leg. non possunt 11. inf. De iur. fisc.* Ita fit ut neque inter instans mortis defuncti & instans constituta hereditatis, neque inter instans quo hereditas esse definit ut faciat heredem, & instans quo fit heres per aditionem, vllum intermedium sit instans quo dominij continuatio interrupta dici possit, & ut continuetur dominium à defuncto in heredem, Quae sententia & ratio est, *leg. omnis hereditas 138. & leg. omnia 193. De regulis iuris.* Nam heres quandoocunque hereditatem adeat, eam ex die mortis defuncti adiuille retrofingitur, *leg. heres quandoocunque 45. De acquir. hereditatis.* Nempe quoniam à quo tempore adest vera persona heredis cessat & euanescit fictio hereditatis, cum persona defuncti quae vera fuit multò melius & commodius repraesentetur per veram personam heredis, quam per fictam hereditatis, Cessante verò & euanescente fictione hereditatis, quae sola impediatur ne dominium quod defuncti fuerat interruptum videri posset, quia tamen necesse est continuationem illius dominij, sine vlla interruptione durare, aut saltem durasse retrofingi, Consequens est ut in locum & vicem eiusmodi primae fictionis succedat alia fictio, quae non aliquid in praesens fingat, sed in praeteritum, & quam ideò retrofitionem appellamus, ut in *l. de hereditate 19. §. pater vtrū. quod si in pendenti inf. De capt. & postlim. leg. si tibi homo 86. §. cum seruus De legat. 1. leg. quaedam 15. inf. De reb. dub.* Ut scilicet hereditas quandoocunque adita retrofingatur adita ex die mortis. Sic enim fit ut inter instans mortis & instans adita hereditatis nullum sit instans intermedium quo possit videri iacuisse dominium, quod fuerat defuncti. Hoc igitur est, quod haec lex ait, Hereditatem esse nomen iuris scilicet ciuile, nec nisi ciuilem habens significationem, quia si ius ciuile nullum esset, nec hereditatis nomen aliquod, aut significationem vllam haberemus. In quo sicuti appellatio ita & significatio alia est hereditatis, alia bonorum. Cum enim bona à beando dicta sint non possunt proprie & naturaliter bona dici quae plus habent incommodi quam commodi, *leg. proprie 83. iunct. leg. subsignatam 39. §. 1. De verb. signific.* Nempe quae



bonorum appellatio naturalis est, *leg. bonorum 49.* licet possit etiam civilis esse quatenus ius honorarium partem constituit iuris civilis, & bonorum possessores loco heredum esse dicuntur, & bonorum possessio pro hereditate, *dict. l. bonorum l. hereditatis 119. l. hereditatis 138. l. heredis 170. l. bonorum 208. eod. leg. 1. 2. & 3. De bonor. possess.* Unde fit ut bona proprie non dicantur nisi quæ super sunt deducto ære alieno, *dict. l. sub signatum §. 1. l. non possunt 11. De iur. fisci. l. mulier bona 72. infr. De iur. dnr.* Hereditas verò etiam æs alienum comprehendit, ideoque dicimus legitimam esse quotam bonorum non hereditatis, quia eius ratio non ponitur nisi deducto ære alieno, *l. Papinianus §. §. quoniam supra tit. prox.* Illud sane appellatiōi bonorum & hereditatis commune est quod utroque nomine non tantum res corporales, sed etiam incorporeales, id est iura & actiones continentur, *dict. l. bonorum l. in corum 91. l. rei appellatiōe 13. De verbor. significat.* Proinde facilius est ut hereditas sine vilo corpore quam sine vllis bonis esse intelligatur. Quam enim multi sunt qui non alia bona habent quam quæ in iuribus & actionibus consistant? Sed tamen non minus verum est, licet Accursius reluctari videatur, posse hereditatem sine bonis vllis quam sine vilo corpore intelligi. Non solum si ponas quod plerumque accidit plus esse in ære alieno, quam in defuncti facultatibus, sed etiam si neque æs alienum vllum sit, neque quicquam in bonis mobilibus aut immobilibus, aut iuribus & actionibus. Non enim hereditas dicitur nomen iuris quod iura quoque contineat, sed quia iuris intellectum habet per se, tunc quoque cum neque corpora, neque iura vlla continet. Sufficit enim ut contineat potentia & aptitudine licet non actu. Nam is quoque qui nulla bona habet, potest tamen habere. Cum possit quitque vel ultimo vitæ suæ momento fieri locupletior siue per seipsum puta ex causâ legati aut fideicommissi singularis, quod sicut ignorantis & dormientis, ita & morientis acquiri potest, *leg. cum pater 77. §. surdo De legat. 2. leg. filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui testam. facer. poss. siue per seruos alibi & peregrè agentes, dict. leg.*

¶ Si defuncto monumentum, condicionis implendæ gratia, bonæ fidei possessor fecerit: potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc seruanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit: non excedat, cum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorū repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. quamuis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali, vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.

*Ad §. 1. Si defuncto.*

Ratio dubitandi. Stricto iure nulla competit actio contra heredem qui à testatore suo iustus est monumentum facere. Cui enim competeret cum nullius alterius interesset, nemo autem siue agendo siue excipiendo audiendus sit nisi cuius interesset, *leg. 3. §. 1. stipulatio ista 38. §. alteri infr. De verbor. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell.* Nimirum si quis solus heres sit. Nam si sint plures quorum vnus iustus sit monumentum extruere non condicionis implendæ causa,

de hereditate 19. in princip. De capt. & possim. Quod si nulla bona habeat, neque habere possit, qualis est filiusfamilias qui omnia sic acquirit patri, ut ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij, *leg. placet 79. infr. de acquirend. heredit. l. 1. infr. si quis a parent. manum. sit. ex ter. infr. ad SC. Trebell.* aut acquisitione indignus fiat ut in specie, *leg. imperator 30. eodem titul.* Tum verò dicendum est nullam posse intelligi hereditatem quia nec heres quitquam esse potest eius qui bona nulla neque habuit, neque habere potuit. Atque ita accipiendum est quod scribitur in *dict. leg. lex Cornelia 28. ad fin. De vulg. & pupill. substitum.* non posse fieri per legem Corneliam ut heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit, scilicet neque actu, neque potentia. Cuius exemplum non aliud melius aut accommodatius afferri potest, imò absolute, nec aliud vllum fortassis quam in filiofamilias. Carteri enim omnes aut bona aliqua possunt habere, tamen nulla habeant, aut ideo neque habent, neque habere possunt quod sint serui. In quos non cadit questio, An heredem aliquem habere possint, eum incapaces sint eorum omnium quæ sunt iuris civilis. In quo numero maximè est ius habendi heredis siue testamentarij, siue legitimi *l. leg. obuenire 130. De verbor. significat. iunct. l. quod attinet 32. De regulis iuris.* Ex quo intelligimus hæc omnia quæ per fictionem iuris fiunt, & in iure consistere dicuntur, non bene vniuersalibus illis philosophicis comparari. Quæ scilicet habent fundamentum in re, Quodnam enim fundamentum in re habet hereditas in qua nulla sunt corpora? Neque tamen posse rursus dici *entia rationis*, ut loquantur Logici; quia licet hoc simile habeant quod constituuntur per operationem intellectus, nec fundamentum vllum in re habent, Non tamen sunt sine effectu & quidem maximo, cum ex huiusmodi iuribus omnia ferè pendeant, quæ iure nostro constituta sunt ad omnes ferè controuersias quæ citra hominum vel vltimas voluntates, vel negotia occurrunt dirimendas.

sed quo alio modo, puta quod testator ei præceperit, ne tamen ille paruerit voluntati constat posse coheredes eo nomine cum illo agere iudicio Familias eriscundæ. Adeoque quod magis est si omnes iussi sint id facere posse illos inuicem agere, *leg. Quintus Mucius 7. versicul. Pomponius*, vbi est textus elegans *infr. de ann. legat. intermque præscriptis verbis*, quia ipsorum interesset, ut scribit Vlpianus in *lege his conseruenter 18. §. idem querit, Versicul. Sed & cum monumentum, infra famul. eriscund.* Sed cum vnus tantum

tantum heres est, nemo reperitur, qui contra eum possit agere, quia nec cuiusquam interesset. Sed & cum plures sint heredes, si tamen non nisi per modum condicionis iussi sint monumentum facere, ut in huius legis specie Papinianus ponit, nulla potest inuicem actio iis competere si quis eorum condicionem implere nolit. Non solum quod nemo inuitus cogatur implere condicionem promissionem & potestatiuam, cum si non impleat satis puniatur in eo quod priuatur commodo hereditatis quam acquirere sibi potuisset si condicionem impleuisset, *l. si heredi §. l. ei qui 13. & pass. De condic. infr. l. factu 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Trebell.* Verum etiam quia quod condicionis implendæ causa dari fieri debet, iure testamenti nec debetur nec præstatur, sed ex voluntate eius qui condicionem implet potius quam ex iudicio testatoris, *leg. §. quis sub condicione 7. infr. si quis omisit, etiam l. ad aut em 76. infr. ad leg. falcid.* Indèque potissima dubitandi ratio apud Papinianum iamebatur. Nam bonæ fidei possessor de quo consultebatur, testamento quod postea vel nullum, vel falsum vel noxtiosum vel quo alio modo irritum factum apparuit, heres scriptus fuerat sub ea condicione, si testatori monumentum extruxerat, atque ita ut hereditatem sibi posset acquirere monumentum condicionis implendæ causa extruxerat, cum tamen ad extructionem illam cogi non posset, nisi eam ipse sibi necessitatem imposuisset ad hereditatem acquirendam. Proinde non tam hereditarium, quam tuum negotium gessisse videbatur, & sibi magis quam hereditati consultuisset. Cur ergo postea hereditatis petitione victus repetitionem haberet eius quantitatē quam ad monumentum faciendum extruxisset, contra heredes legitimos qui neque condicionis implendæ causa, neque alio vilo modo extruere monumentum iussi essent? Quare nec illud valde curandum videbatur, an faciendi monumenti probabilem modum aut quantum testator iusserat sumptus excederet necne cum nihil penitus eo nomine à legitimis heredibus deberetur. Præsertim cum monumenti causa non sit tam necessaria quam est causa funeris & sepulture, *l. 1. §. vit. ad leg. falc.* vbi additur Etiam illud cui pecunia legata sit ad faciendum monumentum falcidiam pari debere quam certè non poteretur is cui legatum esset ad causam funeris, & sepulture, nisi sumptum probabilem aut ipse faciendum monumentum aut testator iubendo excessisset *l. & si quis 14. §. hac actio vers. quid ergo infr. De relig. & sumpt. funer.* Deducitur enim ante omnia funeris impensa tanquam æs alienum, & simul cum ære alieno *l. Papinianus 8. §. quarta autem sup. tit. pr. l. impensa 18. infr. De relig. & sumpt. funer.* adeoque tolet & debet creditum omne præcedere *l. pen. eod.* scilicet chirographarium quod aut nullam aut non nisi tacitam hypothecam habeat, *d. l. ceteri quis §. 1. non etiã quod expressam ut ad eum locum scribemus.* Cum neque hypothecam vllam tacitam habeat funeraria, *d. §. 1. sed tantum priuilegium inter actiones personales, l. quis situm 17. infr. De reb. aut or. iud. possid. alias l. 2. De priuileg. credit.* licet alio iure vtamur ut cum bona soluendo non sunt causa funeris omnibus creditoribus, expressam quoque hypothecam habentibus præferatur. Cæterum sumptus monumenti non sunt sumptus funeris in eo quo excedunt vel modicam speciem monumenti, *leg. funeris 37.*

*in fin. De relig. & sumpt. fun. l. 2. ad leg. falcid.* Quamuis Papinianus in hac lege videatur innuere, Testatorem in præscribenda summa quam ad faciendum monumentum impendi velit, posse etiam probabilem modum exercere cum ponit ista tanquam diuersa, & ait nihil posse imputari bonæ fidei possessori si aut probabilem modum faciendi monumenti aut quantum testator iusserat, non excesserit. Quod Accursius sic accipiendum putat si modo non in magna quantitate excesserit. Ne pugnet quod scriptum est in *dict. §. hac actio vers. quid ergo*, non esse voluntatem testatoris sequendam si res egrediat iustam sumptuum rationem, sed pro modo facultatum defuncti sumptum ab herede fieri debere. Nec sane possit videri hic bonæ fidei possessor de quo loquimur negotium hereditarium gessisse, quod Papinianus supponit ut ei der actionem negotiorum gestorū, si quid supra iustam & probabilem modum impendisset. Tamen negari non possit quin is qui heres scriptus est sub ea condicione si monumentum fecerit præscripta per testatorem ea quantitate quæ modum etiam iustum & probabilem excedat, non aliter hereditatem adire possit quam si condicionem præcisè impleat, tantumque eroget, quantum testator erogari iussit. Cum in ipsius arbitrio & potestate sit nihil omnino erogare si malit hereditatem omittere, atque ita de seipso queri debeat potius quam de testatore si quid supra modum probabilem impenderit, Quid enim interest, an talem impensam superuacua in iustus sit condicionis implendæ gratia, an in mare proicere? Inquit Vlpianus in *leg. Manius 55. infr. De condic. & demonstr.* Vbi bene Bartolus notat Condicionem dandi etiam quæ de iure impleri non potest, de facto tamen implendam esse.

Dec. Voluntas defuncti iusta cum in omnibus sequenda est tunc in hoc maximè quod de monumento sibi faciendū præscripsit. Est enim iustum & honestum desiderium hominis id imperantis ad nominis sui memoriam non tantum durius conseruandam, sed etiam feliciter propagandam. Quamuis non absurde quidam olim dixerit de monumentis tractans, *Nimirum hoc decet curiositati humane, et eorum quoque cura susciperetur quæ nec viuus nec mortuus essent profuturæ.* Est autem nulla in eam rem actio competit quoniam iustum hoc testatoris ad auctoritatem scribentis potius quam ad alterius utilitatem pertinet, ut eleganter ratiocinatur IC. in *dict. l. Quintus 7. De ann. leg.* Principali tamen adeoque Pontificali auctoritate cogi potest heres ut defuncti supremæ voluntati etiam hac in re obsequatur. Principalem auctoritatem dicit Papinianus pro auctoritate Principis, cuius vice fungitur in prouincia Præses prouinciæ quæ sub nomine iudicis significasse videtur IC. in *dict. lege Quintus in fin.* Nec enim potest de iudice pedaneo sensisse in ea re quæ non per viam actionis sed per cognitionem Præsidialem expediri debeat. Ideo autem pertinet hoc ad cognitionem Principis & Præsidis, quoniam publicè interest supremas defunctorum voluntates impleri & exitum habere, *leg. vel negare 6. infr. testam. quem adm. aper.* Ad Pontificem tamen hoc quoque spectat, quia pertinet ad causam religionis, *leg. vltim. infr. De mort. infr. l. nulli 28. versicul. quod situm*

vico & §. ultim. Cod. de episcop. & cleric. Ergo si bono fidei possessor licet implenda conditionis causa monumentum extruxerit, quia vtiliter negotium gessit, non tam heredis veri de quo non cogitabat, quam hereditarium danda est ei etiam negotiorum gestorum actio ad repetendas impensas quas fecit dummodo probabilem sumptum non

excedant, aut quantum testator praescripserit, siue minus praescripserit, siue non longè plus, quam probabilis modus ferat, vt diximus. Multò magis danda est ei retentio hereditatis per doli exceptionem quousq; indemnitate sit consecutus, quoniam cui damus actionem multò magis damus exceptionem ex iuris regula.

51. P A P I N I A N V S libro 2. Responforum.

**H**eres furiosi substituto, vel sequentis gradus cognato, fructus medij temporis, quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur, praestabit: exceptis videlicet impensis, quæ circa eandem substantiam tam necessariè quam vtiliter factæ sunt. Sed & si quid circa furiosum necessariè fuerit expensum, & hoc excipitur: nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.

Ad l. Heres furiosus 51.

Malè ac omnino infeliciter hanc legem interpretatus est Accursius, Putat enim loqui Papinianum de furioso, cui pater substituerit exemplariter ex l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis subst. quod ridiculum est, vt bene ad Papinianum in hanc legem noster docuit Cuiacius. Nam quod primum est noua illa species substitutionis quam veteres exemplarem, recentiores elegantius quasi pupillarem vocant à Iustiniano primùm inducta est, totique veteri Iurisprudentiæ fuit incognita. Nisi hæcenus vt pater eam licentiam à Principe imperaret substituendi filio furioso in eum casum quo perseveraret in furore ac moreretur. Nec tantùm in furioso id obtinebat, sed etiam in muto, furdo, prodigo & aliis si qui erant qui testamentum sibi facere ipsi non possent, vt constat ex l. ex facto 43. inf. De vulg. & pupill. subst. Hodie verò factum illud est ordinarij iuris à Iustiniano in d. l. humanitatis, quæ ius hoc nouum induxit, eamque directò substituendi potestatem concessit non tantùm patri & aucto paterno qui furiosum in potestate habeat, in quo miror hallucinatum virum doctissimum, Sed generaliter parentibus omnibus vtriusque sexus, nec minùs matri si sola superbit prædefuncto patre, an si de suis tantùm bonis velit illa disponere, sicuti à plerisque accepta ea constitutio est, quamvis mater nullo casu liberos suos habeat in potestate. Nec enim matris potestas vlla est, sed tantùm patriæ. Et hoc sanè verba nouæ constitutionis euincunt. Non igitur debuit Accursius Papiniani responsam interpretari ex ea constitutione quæ tot post Papinianum seculis lata sit. Deinde cum Papinianus de furioso herede loquatur qui hereditatem restituere debeat substituto, Qui fieri potest vt furiosus habeat heredem aliquem legitimum eo casu quo habeat substitutum exemplarem? An non substitutus hic exemplaris, aut meliùs quasi pupillaris heres furiosi non minùs testamentarius est, quam substitutus pupillaris testamentarius est heres impubertis? Ponendum igitur est cum Cuiacio institutum fuisse heredem furiosum siue à patre siue ab alio quolibet, eique datum substitutum vulgarem si is heres non esset. Quo casu quandiu furiosus in eo statu furoris perseveraret certum est hereditatem ei iure civili non deferri, at neque bonorù possessione edictalem iure prætorio. Delata namque hereditas illa demùm dicitur, quam quis adeundo consequi possit, leg. delata 15. De verbor. signific. & similiter delata bonorum

possessio quam quis agnoscendo possit sibi acquirere siue per se siue per procuratorem, l. c. qui admitt. ad bonor. poss. l. 1. §. acquirere inf. De bon. poss. Furiosus autem neque hereditatem adire potest neque bonorum possessionem edictalem petere siue per se siue per procuratorem quia nihil omnino agere potest quod mentem aut animum ne dicam iudicium requirit: quibus omnibus profectus caret. Proinde inutile omnino esset ac superuacuum deferri ei hereditatem vel bonorum possessionem, cuius delatio sine effectu foret, l. 2. §. si quis ex liberis inf. ad SC. Trebell. C. de success. adit. l. 1. §. furiosus inf. eo. ill. i. vbi dicitur furiosus curatorem non posse ipsius nomine bonorù possessione repudiare, quia nondum delata est quandiu scilicet furor durat. Inde est quod tempus petendæ bonorum possessionis edictæ prætoris constitutum non solum furioso non cedit, sed nec eius substituto, quia prius est vt delata sit bonorum possessio quam vt eius agnoscendæ dies possit cedere, l. omnia inf. De bon. poss. §. furiosus inf. Excipitur hereditas tantùm paternam, quæ quoniam neque acquisitione indiget neque aditione vt acquiratur, perinde furioso acquirita intelligitur ipso iure, atque alij cuiuslibet suo heredi, l. vlt. §. si vero perpetuo C. de curat. furiosus inf. l. in suis v. inf. De liber. & post. l. in suis 14. De suis & legit. Excipit etiam Cuiacius alium casum si hereditas obuenierit furioso per seruum aut filium quem habeat in potestate, Ex l. furiosus 63. alias l. Antifusus 62. §. vltim. inf. de acquir. hered. vbi postquam scriptum est ex Marcello Furiosum acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non posse nisi si necessarius patri aut domino heres existat, Subiicitur Per alium autem acquiri ei potest, veluti per seruum vel eum quem in potestate habet. Ego tamen exceptionem hanc probate non possum. Nam quod ad furiosum seruum pertinet, certum est hereditatem non magis ei deferri posse quam ipsi furioso licet diuersa ratione. Ideo namque furioso non deferatur, vt diximus, quia caret animo qui omnino necessarius est ad acquirendam vel omittendam hereditatem, In seruo autem furioso ea ratio impedit delationem quod propria sua condicione impeditur, ne quid omnino possit sibi acquirere aut proprium habere, Cum iure civili & prætorio habeatur non tam pro mortuo quam pro nullo, leg. quod attinet 32. De regulis iuris, leg. qui testamento 20. §. seruus inf. Qui testam. facer. poss. Delatio autem quæ fit à lege iuris est, quamuis ea quæ fit ab homine sit facti, De qua sola

sola proculdubio accipi debet quod scriptum est in l. legatum 7. De legat. Possè dominum repudiare legatum siue delatum à testatore scilicet non à lege. Nam quod restator seruo meo defert, id mihi lex dedit, idemque possam illud etiam seruo inuito veragere vt repudiare: quod vtiq; facere non possim à seruo meo non mihi lex derulisset, Eius liquidem est repudiare qui potest sibi acquirere, l. s. potest, 18. inf. De acquir. hered. Vnde sit, vt cum seruus aliquis institutus est qui habeat plures domos aut dominum vnum fructuarium, alterum, distingui oporteat cuius contemplatione institutus fuerit, vt sciat cui lex derulerit hereditatem & cuius iussu adire illam debeat, l. §. si quis 21. & §. qui inf. De testat. Item, vt quod filiofamilias relictum est, neque pater repudiare possit sine filio neque filius sine patre, l. is qui heres 13. §. ultim. cod. Nempe quia delatio fit à lege etiam filiofamilias cum sit ipse acquisitionis capax saltem vno casu, quo pater nolit sibi per filium acquiri, l. 4. §. sed & filiusfamilias sup. De edend. l. cogi 16. §. si pater ad SC. Trebell. Frustra ergo lex deferret seruo legatum quod ei acquiri nullo casu posset, Lex autem nihil agit frustra, Vt neque natura quam lex in omnibus imitatur quantum facere potest. Quod si legatum non deferret seruo à lege, multò minùs deferret hereditas, quia legatum quidem acquiritur per seruum etiam ignorantem domino etiam ignorantem si non à domino repudietur. Nec minùs domino furioso quam domino sane inuent si perinde ac si furioso ipsi legatum esset, §. §. iussum l. 16. §. 1. inf. qui testam. facer. poss. l. cum pater 77. §. furdo. De legat. 2. Multò minùs poterit seruo cuiusquam deferri hereditas, quæ extra causam necessarium heredum nec per ignorantem vnquam acquiritur, cum aditio requirat factum & voluntatem aduentis, Neque ignorantem per alium, cum requiratur iussus & voluntas illius cui acquirenda est, ne is alioqui vel inuito vel ignorans ari alieno obligetur, l. qui in aliena 6. in princ. De acquir. hered. Atqui furiosus non potest habere seruo instituto vt adeat. Quomodo igitur fieri potest, vt furioso per seruum hereditas acquiratur? Quis pro furioso imperare poterit aditionem, An fortè curator furiosus? vt Cuiacius existimat duce Bartolo. Minimè verò. Illius enim est, alteri mandare vt adeat, qui posset ipse adire si esset institutus. Atqui curator furiosus nō posset ipse adire pro furioso, quamuis herede instituto, nec etiam hodie potest, dicit. l. vltim. §. si autem ex alia. versic. nos itaque Cod. de curat. furiosus. Ergo neque furiosi nomine mandare seruo potest vt adeat. Multò difficilior potest furiosus seruum dominum heredem facere nullo furiosi aut alterius cuiusquam mandato præcedente. Consequens ergo est vt nullo casu acquiri hereditas furioso per seruum possit. Et hoc est quod solemus dicere Eum qui per se acquirere hereditatem non potest neque per alium posse, leg. neque 10. Cod. de hered. instit. Licet Accursius tentet dicere, Non habere hanc regulam locum in furioso speciali quodam iure ac priuilegio furiosi propter fati, vt ipse loquitur infelicitatem, quod stultum est. Quod autem ad filiumfamilias spectat etiam quem furiosus in potestate habeat (nec enim soluitur patria potestas per furorem superuenientem, Vt neque iustum matrimonium ex quo ius potestatis proficitur, leg. patre furioso 8.

supr. De his qui sui vel aliorum iur. sunt) certum est non posse per eum acquiri hereditatem parti furioso, Eadem penitus ratione qua nec per seruum, quia scilicet neque furiosus potest filiofamilias imperare aditionem, neque curator aut alius quilibet nomine furiosi, Nec denique filiofamilias adire hereditatem sibi delatam nisi præcedente iussu alicuius qui iubendi & imperandi ius habeat. Ob eamque nimirum causam cum heres institutus filius qui habeat patrem furiosum in cuius erat potestate, Refert Marcianus in l. cum heres 52. De acquir. hered. Diuum Piuma rescriptisse, Interponere se benevolentiam suam vt si filiofamilias adiret, perinde haberetur atque si paterfamilias adisset, liceretque ei seruos hereditarios manumittere. In quo obseruandum est optimum Imperatorem eundemque iuris religiosissimum non in eo benevolentiam suam interposuisse, vt filiofamilias furiosi posset delatam sibi hereditatem parti acquirere, Sed hæcenus tantùm vt posset ipse adire tanquam paterfamilias nullo patris iussu præcedente ad acquirendam hereditatem sibi non patri. Quem textum à Cuiacio non fuisse obseruatum miror, Et illud magis quod Bartolus putat rescriptum hoc Imperatoris non tam ad filij quam ad patris fauorem pertinere, contra quam ferant aperta rescripti verba. Quid ergo respondebimus ad dicit. l. furiosus. Is enim solus est iuris locus quidodiosissimum virum & omnes alios fecellit. Facilis responsio est non ita scribere Marcellum, vt dicat Furioso per alium acquiri posse hereditatem, vt supponit Cuiacius, sed simpliciter per alium acquiri ei posse, quod proculdubio sic accipiendum est vt per alium acquiri ei possint omnia cætera quæ nec factum, nec voluntatem furiosi requirunt, vt ex causa legati quod seruo vel filiofamilias furiosi relictum sit, aut ex stipulatione quæ per eos interposita sit. At non ex causa hereditatis, dicit. l. cum heres. Alioquin eueniret vt melior esset causa furiosi cuius seruus vel filiofamilias, quam qui ipse heres institutus fuisset: quod non nisi per absurdum dici posset, dicit. l. g. neque 10. Cod. de hered. instit. Verùm hæc obiter dicta sint ne quem in posterum auctoritas viri doctissimi decipiat, & cæterorum interpretum qui idem sentiunt quod Cuiacius eadem lege decepti, & quidem sola. Nam quod adducit Accursius ex l. si per epistolam 50. cod. titul. ad rem sanè non pertinet. Loquitur enim ea lex non de furioso nec de curatore furiosi, sed de pupilli tutore mandante seruo pupilli, vt adeat hereditatem quod non similiter curatori furiosi permittitur. Etsi enim tam hic quam ille datur personæ, In eo tamen differunt, quod curator furiosi neque mandare seruo furiosi potest vt adeat, neque ipse petere bonorum possessionem edictalem nomine furiosi: quæ tamen omnia potest facere tutor pupilli, leg. seruus 7. §. impubes & l. sequi inf. De bonor. poss. Nam & seruus etiam alienus, & alius quilibet petere posset etiam absenti & ignorantem, dicit. leg. seruus, quia nimirum sufficit lequi rati habitationem intra tempus constitutum, leg. 3. §. acquirere eodem. Pupillus autem potest ratum habere cum tutoris auctoritate, Dummodo non sit infans, lege potuit §. leg. si infans 18. Cod. de iur. deliber. Furiosus autem ratum habere non potest ne quidem auctore curatore,



*in negotiis* 3. *De regul. iur.* in eoque absentis loco non est, *l. 2. §. 1. sup. De procura.* Denique bonorum possessio defertur pupillo siue ipse siue seruus ipsius heres institutus sit, At furioso nulla defertur. Et curatori furioso haecenus indulgetur, vt possit decretalem bonorum possessionem agnoscere nomine furiosi, vt & tutor nomine infantis ante *d. l. si infans* que nouimus in eam rem fecit *l. vnic. De bon. poss. furiosi infans. vni.* Vbi dicitur Curatorem qui nomine furiosi hanc decretalem bonorum possessionem obtinuerit, aut si is obtinere noluerit proximum alium quemlibet qui eam agnouerit. Itemque exemplo proximi agnati substitutum si quis sit cautionem praestare cogendum, Scilicet omnibus quibus restitui bona debent si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. Nam & fieri potest, inquit ibidem Papinianus noster vt vno furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obiter ceteris si prius & ipse decesserit quam hereditatem acquireret. Ex quo intelligimus, bonorum illam possessionem decretalem qua curatori furiosi datur, nullum ius nullumque dominium tribuere furioso ne quidem bonitarium, quod agnata edictalis tribueret, *l. 1. inf. De bonor. poss. ff.* sed tantum facere vt furiosus interim sit in possessione temporis causa, vt loquitur Cuiacius quandiu furiosus in ea condicione fuerit, Vt scilicet interim fruatur bonis, & ex fructibus se alar, quoadmodum euenit in bonorum possessione Carboniana qua perinde decretalis & temporaria est *l. vni. C. de Carbon. vaict.* Ergo si furiosus nunquam resipuerit, sed in eodem furore decesserit, aut post resipiscenciam quidem, sed antequam hereditatem adierit aut bonorum possessionem edictalem agnouerit, hereditas pertinet directo iure ad vulgarem substitutum, aut si substitutus vel nullus vnquam fuerit, vel ipse quoque prior & ante furiosum decesserit, ad agnatum vel cognatum proximum, id est ad eum qui licet sequatur furiosum in gradu, nihilominus tamen proximus esse adeo que semper fuisse intelligitur, tanquam qui furiosus nunquam obliterit, quia scilicet furioso delata hereditas, aut bonorum possessio nunquam fuit. Cum enim lex 12. tabul. defert hereditatem agnato proximo de eo demum agnato intelligit qui hereditatem possit sibi acquirere vel per se vel per alium, non de eo, qui neque per se neque per alium fieri heres possit, vt semper praesupponantur termini habiles; nec delatio a lege frustra fieri videatur. Itemque obtinet iure pratorio, cum ad exemplum legitimae successione Prator deferat bonorum possessionem edictalem ex capite Vnde legitimi. Hoc igitur est quod in hac lege Papin. scribit, Heredem legitimam furiosi posse conueniri hereditatis petitione civili a substituto vulgari, aut possessoria peragnatum vel cognatum proximum qui bonorum possessionem acceperit cum furiosus decesserit ante resipiscenciam, Non enim ob id minus extitit condicio vulgaris substitutionis quod furiosi nomine curator eius bonorum possessionem decretalem acceperit, cum non idem heres fuerit. Sola enim bonorum possessio edictalis, non etiam decretalis temporaria facit vt bonorum possessor pro herede habeatur, & vt condicio illa vulgaris substitutionis si heres non erit defecisse existimetur, *l. in condicione-*

*bus 19. §. si patronus inf. De condic. & demonst.* Neque hoc vllam apud Papinianum habet dubitationem. Sed quaerit tantum Papinianus de fructibus quos furiosus curator percepit ex decretali illa bonorum possessione in tempus vitae mortis furiosi, An heres furiosus eos restituere debeat. Et ait debere restitui fructus omnes medij temporis quibus videtur furiosus locupletior factus. Ratio dubitandi est, quia bonae fidei possessor conuenitur petitione hereditatis siue civili siue possessoria, quam quos ipse perceperit, & ex quorum perceptione locupletior factus sit. Omnia enim haec Senatusconsultum quod de hereditatis petitione factum est coniunctum requirit. Acqui furiosus neque possessor verè vnquam fuit, nec proinde bonae fidei possessor, cum nec possidendi animum habuerit, nec decretalis ista possessio faciat verum possesorem, sed tantum tribuat ei vt sit in possessione, quod longè diuersum est, *leg. si quis ante 10. §. 1. inf. De acquirend. poss. ff.* Nec tantum fructus vllos percepit, sed curator, Nec denique locupletior factus videtur ex illa perceptione fructuum, cum de iis restituendis curator nomine furiosi cauent. Non enim videtur quis cepisse id quod alij debeat restituere, *l. aliud. ff. de pec. 71. De verbos. significat.* Adde quod nec locupletior factus dici potest is, qui neque scit, neque scire potest factum se locupletior, Quis est furiosus qui non tantum iudicio, sed etiam mente carere creditur. Quemadmodum si quis in agro suo haberet thesaurum reconditum quem nesciret. Ergo non videatur hi fructus venire in petitionem hereditatis, Praesertim cum iuste ac Pratore ipso auctore percepti sint, arg. *leg. iustè 11. De acquirend. poss. ff. l. qui auctore 131. De reg. iur.* Sed decidendi ratio illa est, quod negari non possit quin ex huiusmodi fructuum perceptione furiosus per curatorem locupletior factus videatur, Quod vnum sufficit, vt teneatur ad eorum restitutionem, cum ex postfacto appareat locupletatum cum fuisse ex hereditate aliena quod pugnat semper cum naturali aequitate, vulg. *l. nam hoc natura 4. De condic. indeb. l. iure nature 206. D. de reg. iur.* Et quod furiosi nomine curator cauit de bonis omnibus substituto aut etiam cognato proximo restituendis tantum magis facere debet, vt in petitionem hereditatis fructus illi venire debeant, siue in restituendorum bonorum stipulatione comprehendi eos quis dixerit, siue non comprehendi. Cum non idcirco fiat vt bis praestentur. Nec quod auctore Pratore fructus illi percepti sint ad rem facit, cum non id egerit prator vt furiosum dominum faceret, aut possesorem. Neque rursus interest an furiosus per se, an per curatorem suum factus sit locupletior. Non alij tamen fructus in hac actionem venient quam ex quibus locupletior factus est, quia licet bonae fidei possessor fuisse dici non possit qui ne quidem possessor fuit, bona fide tamen fructus percepit cum eos pratore auctore percepit, *d. l. qui auctore*, neque ratio vlla est cur praedoni potius comparari debeat ob id quod nunquam probabilem causam habuerit, aut ipse, aut curator ipsius existimandi eam hereditatem ad se pertinere quam constabat nec delatam ei adhuc fuisse, nec vnquam delatum iri quandiu furor perseveraret. Ex quo potissimum bona fides estimari solet, vt constat ex verbis illis Senatusconsulti *Is qui se heredes*

*heredes existimauerit, lege item veniant 20. §. prater hac, & §. sine aduocato sup.* Sufficit enim ad bonam fidem hac parte pro furioso inducendam vt spes aliqua fuerit quae nunquam omnino intercidit futuram resipiscenciam, & de ferenda furioso in eum casum hereditatis, vtque spem illam Prator probabilem habuerit cum curatori furiosi decretalem & temporariam possessionem interim dedit. Sequitur apud Papinianum

*a. Exceptis videlicet impensis.* Totum hunc versiculam Triboniani esse non Papiniani scribit & ex stylo agnoscit Cuiacius cum quo & ego sentio. Nec tamen nego hanc Triboniani adiectionem bonum habere sensum. Ita enim restituenti sunt fructus ab here de furioso vt tamen sumptuum quos furiosus curator in res hereditarias aut necessarias aut viliter fecit ratio habeatur *l. plane 38. vbi diximus sup. hoc tit.* Illud tamen non abs re mirari quis possit Cur de necessariis tantum & vilibus impensis Tribonianus locutus sit, non etiam de voluptariis, Cum proximè dixerimus furiosum hunc pro bonae fidei possesore habendum, Possessor autem bonae fidei etiam voluptarios sumptus deducit & per doli exceptionem retinet *d. l. plane.* Soli enim praedoni solet imputari cur in res quas sciebat alienas superuacuos sumptus fecerit. Sed tamen etiam curatori furiosi potest similiter imputari cur tales sumptus fecerit in eam rem quam sciebat posse aliquo casu inueniri alienam. Est enim hac parte minus quam bonae fidei possessor, quia nunquam existimauit absolute rem esse furiosam, Et ita etiam bene Cuiacius. Sumpsit autem Tribonia-

nus occasionem emendandae huius legis ex noue Iustiniani constitutione qua extat in *d. l. vlt. C. de iur. furios.* vbi sublata illa decretali bonorum possessione qua olim erat necessaria, Itemque cautione illa & satisfactione quam Papinianus nosse exigit in *d. l. vnic. De bonor. poss. furios. infans.* constituit quod obseruari velit in hereditate delata furioso siue is in furore decesserit siue resipuerit: & siue substitutus aliquis sit siue legitimus heres. Quae omnia tam aperte Constitutionis verbis explicantur, vt non sint hic pluribus explicanda. Illud amplius hic ad Papinianum Tribonianus addidit. Non tantum impensas necessarias & viles a furioso curatore factas deduci ex fructibus restituendis debere, sed etiam eas quae ad alendum furiosum sub hac tamen adiectione, si non potuit curator aliunde & ex ipsius furiosi substantia ea alimenta praestare: Nam si potuit, nulla ratio est cur ex alienis bonis alij debuerit qui potuit ex suis, si non potuit igitur sumptus illi non repetuntur quod & ad Carbonianam bonorum possessionem trahit Cuiacius ex *d. l. l. vlt. Cod. de Carbon. edict.* quae tamen nec de alimentis, nec de eorum repetitione standanda vel deneganda quicquam adiicit. Fateor tamen vtroque casu eandem vrgere rationem aequitatis, sed maiorem in furioso, quam in filio qui suppositus dicitur & probatur, Nempe quia furioso deferri aliquo casu potuit hereditas & bonorum possessio, scilicet si resipiscere illum contingeret, At filio supposito neque delata est, neque deferri vnquam potuit.

**¶** Fructuum post hereditatem petitam perceptorum vsurae non praestantur. Diuersa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auerunt.

#### Ad §. 1. Fructuum.

Ratio dubitandi. Hereditas cum sit nomen iuris & quidem vniuersalis, recipit semper augmentum & diminutionem, & potissimum augetur fructibus etiam perceptis ante litem contestatam *l. item veniant 20. §. Fructus sup. hoc tit.* Quanto magis fructibus post litem contestatam perceptis? Non ergo debet adhiberi distinctio inter fructus perceptos ante & post litem contestatam. Praesertim quantum ad hoc vt fructuum ante litem contestatam perceptorum etiam vsurae debeantur, aliorum non debeantur, Cum litis contestatio meliorem facere debeat condicionem petitoris non deteriore, Possessoris verò deteriore, non meliorem *l. aliam 19. inf. De nouat. l. non solet 86. & seq. De regul. iur.*

Dec. Differentia haec est inter fructus perceptos ante litem contestatam, & eos qui post litem contestatam percepti sunt quod qui ante, auget hereditatem & partem eius constituunt, ideoque cum hereditas petitur hi quoque fructus petuntur non tanquam quid accessorium, sed tanquam pars hereditatis, & consequenter tanquam hereditas, quia quilibet pars hereditatis est hereditas, cum partes omnes hereditatis sint homogeneae & in iure consistant sicuti hereditas ipsa iuris est *l. prox. in princip. sup.* Vnde fit vt possint recipere accessiones vsurarum, scilicet si contingat eos vendi, Alioquin si eos fructus possessor in vsu habuit, eorum precia sine vsuris restitui satis erit, vt Papinianus ra-

tiocinatur in *lege cum qui 18. inf. De his qua vt indig.* Et cum tractamus de vsuris fructuum semper ponendum est fructus venditos fuisse: Nec enim vsurae sunt fundorum aut fructuum ex fundis collectorum, sed pecuniae tantum ex fundorum aut fructuum venditionibus *l. 1. C. hoc tit.* Nec potest dici hoc casu fructuum vsuras esse accessiones accessionum quae omni iure prohibita sunt non minus quam vsurarum vsurae ne fiat anatocismus *l. vlt. C. de vsur. l. 2. §. si indemnitas 7. De admin. rer. ad ciuili. pert.* Nam fructus isti ante litem contestatam percepti non sunt accessiones cum sint pars hereditatis. Et quauis accedant bonis defuncti quae is mortis tempore reliquerat, (soli enim fructus qui in hereditate inuenti sunt mortis tempore in bonis defuncti computantur *l. centurio 15. in fin. De vulg. & pupill. substit.*) non tamen accedunt hereditati sed hereditatis partem nouam constituunt quoniam hereditas eadem est numero quae per legem inducitur primo instanti post mortem patrisfamilias, & ea quae proximo ante adiectionem instanti reperitur, nisi quod potest vel aucta esse vel diminuta, Quid ergo prohibet quominus fructus isti etiam a bonae fidei possessore percepti & venditi vsuras pariant. Sed hoc tamen cum aliquo temperamento intelligi debet. Nam cum bonae fidei possessor non ad aliorum fructuum ante litem contestatam perceptorum teneatur quam ex quibus locupletior factus sit, *d. l. 1. l. sed etsi 25. §. consuluit sup. hoc tit.* con-

sentaneum est ut nec ad fructuum omnium quos percepit ac vendidit usus teneatur, sed ad eorum duntaxat ex quorum perceptione ac distractione locupletatus inueniatur, licet non etiam illud exigamus, ut ex usuris quoque fructuum locupletior factus sit. Nimirum quia nec ad huiusmodi usuras fructuum eum condemnamus à quo tempore fructus ipsos percepit & vendiderit, adeoque nec si à die venditionis locupletior factus proponatur. Sed tantum ex eo die quo litem de hereditatis petitione contestatus fuit quod summopere notandum est ex *d.l.1. C. hoc tit. à quo tempore cum mala fidei possessor factus sit, incipit amittere privilegium quod habuit antea ne supra quam locupletior exinde factus est, condemnatur d.l. sed et si 25. §. si ante iur. l. si homo 45. inf. De rei vindic. At fructus qui post litem contestatam percepti, licet ab eo quoque qui bonae fidei possessor ante fuit perinde atque ab alio quolibet malae fidei possessore restituendi sunt, cum à die contestationis, ut modò diximus malae fidei possessor factus sit *l. neque 15. j. De usur. in illis verbis quae si mala fidei possessori. In eo tamen diuersae conditiones sunt ab illis quos vel prae ante litem contestatam percepit, quod accessiones sunt petita hereditatis. Cum semel petita hereditas à quo tempore petita fuit nec augmentum recipere possit, nec diminutionem, quantum scilicet ad actionem propositam vel augendam vel minuendam, quia quale quid est in petita tale dari debet *l. 2. inf. De usur. neque haec formula actionis in rem per quam petitur hereditas Hanc Titii hereditatem meam esse aio fructus qui post petitionem percepti sunt potest comprehendere, qui scilicet cum eo tempore nondum percepti essent, demonstrari pronomine illo demonstratio non potuerunt. Itaque quamvis negari non possit quin hereditatem augeant cum tantò plus in restitutionem hereditatis venturum sit, quantum plures fructus possessor post litem contestatam percepit. Illud tamen fatendum est non augeri per eos hereditatem illam quae petita fuit quatenus petita est, & sub illa, ut ita dixerim, formalitate petita hereditatis. Et quod veniunt in quoque in restitutione non fit vi petitionis & actionis propositae quod malè ad huc locum sentit Accursius, sed officio tantum iudicis ut dixerit scriptum est in *d.l. neque & in l. Aediles 25. §. si item sciendum est j. De aedil. edict. Atque ita intelligi debet quod Papinianus scribit de fructibus ante contestatam litem perceptis qui hereditatem auerunt, Petitam scilicet, & quatenus petita fuit, Ad differentiam nimirum fructuum post litem contestatam perceptorum qui augent quidem condemnationem sed non petitionem hereditatis, nec proinde petitam hereditatem, ut fiat conuersio propositionis abstractae in concretam. Et id est quod dici solet non posse videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset *l. non potest 26. sup. De iudic. Quae res etiam facit ut omnia quae post litem contestatam accidunt ad officium iudicis pertineant & ipsi committantur d. §. si item sciendum. Nempe quia ad ius ipsum actionis iam antea propositae & per litem contestationem constitutae pertinere nullo modo possunt. Cum igitur hi fructus post litem contestatam percepti non nisi tanquam accessiones nec rursus nisi officio iudicis praestentur §. *Inst. De offic. iudic. Consequens omnino est ut accessiones alias admittere nullas******

possint, ne accessiones accessionum dentur & cetero. da commodorum, ut loquitur *d. §. si in demittas. Neque existimandum est deteriori ob id fieri conditionem actoris per contestationem aduersus iuris regulas. Cum ante litem contestatam fructus qui nondum percepti erant, nullo iure deberentur neque tanquam pars hereditatis, neque tanquam accessio. Ita demum enim fieret deterior si ante contestationem debiti desinerent esse debiti per contestationem quod non ita est *l. 3. in princip. l. l. 35. inf. De usur. Imò sit melior condicio huius petitoris per contestationem in eo quod fructuum ante litem contestatam perceptorum usurae quae ante litem contestatam non debebantur, incipiunt deberi ex die contestationis, ut diximus ex *d.l. 1. C. hoc tit. Nemo siquidem dixerit sicuti fructibus ante litem contestatam perceptis augetur hereditas, ita augeri eam usuris, quas bonae fidei possessor nunquam percepit. Nam si percepisset utique non dubitarem, quin eas quoque restituere deberet tamen usurae non tam natura quam iure percipiuntur, ut loquitur Papinianus noster in *l. si natus 62. inf. De rei vindic. id est ex possessoris negotiatione magis quam ex hereditate ipsa aut ex rebus hereditariis. Etenim omne lucrum bonae fidei possessori auferendum est post Senatusconsultum *l. post Senatusconsultum 28. sup. Adeoque quod magis est usurarum illarum usurae quoque aliae fortassis deberentur post litem contestatam, quod ab eo tempore aequum sit possessorem quasi factum malae fidei praestare usuras eorum omnium quae veniunt in petitionem hereditatis, Nec possent videri hoc casu eiusmodi usurae accessiones esse quando & hereditatem & hereditatis petitionem auxissent. Exemplo fructuum, qui perinde atque usurae accessionum loco haberi solent, Non alia differentia nisi quòd fructus accessiones sunt naturales, Usurae verò accessiones sunt civiles *d.l. si natus. Alioquin dicendum esset nec usurarum quas possessor bonae fidei ex pecunia hereditaria conuerterat ante litem contestatam percepit, usuras villas ex contestationis die deberi, Quod sanè falsò diceretur cum negari non possit quin iis usuris licet accessiones fuerint, aucta sit hereditas, cuius emolumentum totum quantum est petitori post litem contestatam ad debitorem qui usuras soluit, Sed non sunt accessiones quantum ad possessorem hereditatis qui eas percepit, quique alio iure & ex propria persona hereditatis petitione postea conuenitur. Nec superioribus obstant quod scriptum est in *l. in fidei commissaria 18. inf. ad SC. Trebell. In fideicommissaria hereditatis restitutione fructus non venire nisi ex die morae propterea quod quoties rogatur quis hereditatem restituere, id tantum videatur rogatus reddere quod fuit hereditatis: Fructus autem non hereditari, sed rebus hereditariis accepto ferantur. Nam respondemus pertinere sententiam illam ad fructus ab herede rogato perceptos post aditam hereditatem, qui utique partem hereditatis constituerent hereditatem augere non possunt, cum hereditas desinat esse hereditas per additionem fiatque patrimonium heredis *l. 1. inf. De separat. Ac nos hic tractamus de fructibus perceptis ab eo qui hereditatem vel nunquam adiit, vel adire saltem iure nunquam potuit, eum verus heres nunquam fuerit, at nec delata ei nunquam sit hereditas quae********

proinde

proinde nunquam conuersa est in eius patrimonium, sed magis semper hereditas, augmentum recipiens & diminutionem. Aliud igitur est tractare de fideicommissariae hereditatis restitutione, Aliud verò de hereditatis petitione etiam fideicommissaria. De qua in *Tit. ult. huius libri De fidei. hered. petit. quae ut in eo titulo scriptum est eisdem omnino praestationes recipit quas & civilis & possessoria petitio hereditatis. Restitutio sit hereditatis ita adita per heredem rogatum contra quem restitutio ex SC. Trebelliano postulat. Petitio autem fideicommissaria sit hereditatis & adita & restitutio à vero herede, ideoque non instituitur nisi contra falsum heredem, qui heres neque unquam fuit neque esse potuit. Et haec quidem obtinent in persona bonae fidei possessoris, de quo solo haec lex loquitur, ut bene Accursius sentit: Non ut Cuiacius putat, de possessore simpliciter, ut etiam male fidei possessor in aliquibus comprehendatur. Nam in malae fidei possessore omnia ferè sunt diuersa, Nisi in eo quod hic respondetur contra bonae fidei possessorem tanquam factum malae fidei possessorem, ut scilicet ex die litem contestatae ad usuras teneatur fructuum ante litem contestatam perceptorum. Nam cum non alia ratione id fiat quam quòd is qui bonae fidei possessor ab initio fuit ex eo tempore malae fidei possessor effectus videatur. Nulla ratio est cur melior debeat esse causa praedonis quae tamen esset melior si in hoc esset diuersa. Est sanè in eo quòd est deterior. Nam usuras fructuum ante litem contestatam perceptorum debet praedonem etiam ex die perceptionis, & pro toto eo tempore quod praecedit contestationem, quia non est expectandum ut contestatio in mala fide constituat eum, qui ab initio fuit praedonem *l. cum qui 18. j. De his quae ut indign. vbi Papinianus ita respondet ex iuris ratione generali, & quae conueniat omnibus praedonibus, & male fidei possessoribus: Excipit tamen casum illum quo heres tacitam fidem in fraudem legum accommodauerit. Hic enim est praedonis loco est *l. praedonis 46. sup. quia bonae fidei possessor videri non potest qui possidet bona fisco vindicanda, non magis quam si iam vindicata essent *d.l. cum qui in illis verbis exemplo bonorum fisco vindicatori. Ut & ille qui restatoris sui necem inultam reliquit, de quo in *l. 1. C. eod. tit. De his quib. ut indign. Attamen ex rescripto Seueri non tenetur ad usuras preciorum redactorum ex fructibus ante litem contestatam perceptis. At neque quod magis est ad usuras fructuum post contestationem perceptorum, & venditorum, ad quas tamen teneretur etiam is qui bonae fidei possessor ab initio fuisset, Sed ad ipsos fructus duntaxat, id est ad veram fructuum quos vendidit aestimationem non ad precium quod ex eorum venditione rededit. In quo deterior quidem est condicio huius heredis quam si bonae fidei possessor ab initio fuisset, quoniam eo casu fructus, quos ante litem contestatam percepisset ac vendidisset bona fide non cogere reddere, sed tantum illa ipsa praecia quae rededit si modò illud etiam concurreret ut ex iis locupletior factus esset. Melior tamen est in eo quod nec post litem contestatam tenetur ad usuras illorum fructuum ante contestationem perceptorum. Id enim est quod Papin. ait in *dit. l. cum qui sine distinctione temporis Nec enim distinctio temporis in eo esse potest an fructus percepti sint******

ante litem contestatam an post eam nec male fidei possessor alius quilibet teneatur ad usuras fructuum post litem contestatam perceptorum & venditorum, Ne accessionis accessio deret ut diximus. Sed est distinctio temporis quantum ad ceteros in eo, quod alii etiam bonae fidei possessores tenentur ex die contestationis ad usuras fructuum ante litem contestatam perceptorum quali malae fidei exinde possessores. Hic verò quamvis ab initio malae fidei possessor, ad eas usuras non tenetur, ne quidem post litem contestatam. Quod Papinianus à Seuero ita decretum fuisse ait *b. magne, id est ex mera aequitate contra meram iuris communis rationem. Sed cur benigne? An quia odium fisco hoc ius ab optimo Imperatore non tam extorsisse, quam impetrasse videatur? Ita putat Cuiacius, solent enim & debent Principes optimi longè minus auaritia notam incurrant, quam incurtere poteret etiam villos, qui auaritiam colunt. Sed si melior alia ratio adferri nulla posset, sequeretur idem ius obseruari debere in eo quoque qui testatoris sui necem vltus non fuisset, nam & hic perinde malae fidei possessor est, nec bonae fidei possessoris defensionem habet si non ignorantia facti deceptus sit, ut idem Papin. loquitur in *dit. l. herede: quia non videtur etiam ante illam contumeliam bonae fidei possessor fuisse is qui debitum officium pietatis sciens omisit *d.l. 1. C. de his quib. ut indign. Et tamen hunc quoque teneri ex die motae litem ad usuras non tantum preciorum ex bonis venditis redactorum, sed etiam fructuum aut in hereditate inuentorum, aut exinde perceptorum ante litem scilicet contestatam si venditi proponantur, rescripsit idem Imp. Seuerus cum Antonio in *d.l. 1. Non igitur odio fisco solo aliud constituisse videtur in eo qui tacitam fidem accommodauit, sed alia quadam ratione, cum & huic tanquam indigno hereditas auferatur, & fisco perinde vindicetur. Mihi probabilius aliquando videbatur separandum esse illum qui tacitam fidem in fraudem legum accommodauit, à praedonibus haecenus saltem ut melioris sit conditionis nec ad usuras vllas fructuum vltimo tempore condemnatur, Non solum quia praedonem non est, sed tantum praedonis loco *d.l. praedonis sup. quod diuersum & longè minus est, sicut & minus est heredis loco esse quam heredem esse *§. restitutio Inst. de action. Verum etiam quia hic qui tacitam fidem accommodauit defuncto ut ei qui ex legibus capere non poterat hereditatem restitueret, tantum abest ut praedonem sit ut imò verò sit plus quam bonae fidei possessor qui etiam dominus est cum sit verè heres, quo nomine nihil nisi dominum significamus *§. 1. Inst. de hered. qualitat. & diff. l. de hereditate 19. §. pater. j. De castrens. pecul. Nec enim possit ei hereditas auferri, quam non ipse prius sibi acquisiuisset. Qui autem semel heres fuit postea desinere heres esse nunquam potest *l. ei qui soluendo 88. j. De hered. instit. l. ex facto. 43. §. ult. j. De vulg. & pupil. subst. vbi additur ob hanc causam hunc ipsum de quo nunc agimus heredem manere tum quoque cum iam ablata ei est per fisco hereditas. Cum itaque per additionem fiat heres & dominus, Negari non potest quin fructus quos percipit ex hereditate suos faciat etiam quos percipit post litem contestatam tanquam quos percipiat iure non modo feminis sed etiam soli & dominii *l. qui scit 25. §.*********



1. *inf. de usur.* quod in prædonibus diuersum est. *illud* 40. §. *prædo* *supr. hoc tit.* adeoque in bonæ fidei possessoribus à quibus peti hereditas potest cum titulum possessionis suæ verum nullum habeant, sed nudam bonam fidem ex eo natam quod se heredes existimant cum non sint, Alioquin si possessionis suæ titulum vel minimum haberent conueniri hereditatis petitione non possent *l. regulariter* 9. & *seqq. sup. hoc tit.* Minor igitur ratio est ut ad fructuum quos suos fecerint vsuras teneantur, quam si ex aliena hereditate percepissent. Tantiq̄ue momenti sanè hæc ratio est ut neque ex rigore iuris vsurarum condemnatio huic irroganda vlla videretur, nisi fraus quam aduersus leges commentus est hanc pœnam à legibus mereretur qui fraudem legibus facere voluit: Cæterum neque bonæ fidei neque malæ fidei possessor dici propriè potest, qui plus quam bonæ fidei possessor est cum interim sit verò dominus quousque bona ipsi ablata sint, Atque ita iam scripsimus ad *l. i. veniunt* 20. §. *hæc aduersus sup. hoc tit.* Sed ille mihi adhuc scrupulus superest quod video eadem omnia tractari posse in eo qui defuncti vindictam sciens insuper habuit & neglexit de quo in *d. l. herede* & *d. l. i.* Is enim perinde & heres sit per aditionem, & heres manet postquam bona eriam fisco vindicata sunt. Quod respicere videtur Papinianus noster in *d. l. herede* in illis verbis *Decepti autè ignorantiam facti bonæ fidei possessoris defensionem habituri.* Non ait herede hunc deceptum ignorantiam facti futurum bonæ fidei possessorem, quia bonæ fidei possessor dici nemo potest, nisi qui possessor tantum est, & quidem bona fide, non is qui etiam verus heres & dominus est, solemusque bonæ fidei possessorem eum dicere qui possessor tantum est, non autem dominus & ad differentiam domini, licet eum qui dominus est possessorem quoque esse nihil prohibeat. Sed ait *habiturum eum defensionem possessoris bonæ fidei*, ut significet eleganter suo more, Aliud esse Bonæ fidei possessorem esse aut dominum, Aliud verò bonæ fidei possessoris defensionem habere: Prior locutio exprimit ius tantum possessoris, Posterior verò effectum iuris: Nec nouum est ut ei quoque qui ius aliquod habeat, effectus tamen iuris ex iusta aliqua causa denegetur: Iusta verò causa in proposito illa est propter quam heres qui in viciscenda defuncti necesse fuit negligens, quamuis dominus sit, bonæ tamen fidei possessoris defensionem habere non debeat quia debitum pietatis officium sciens omisit, exindeque sciuit aut scire debuit possidere se hereditatem suam quidem, sed quam tamen fisco ei auferre quancumque possit, & quam idem habere debeat pro iam ablata & vindicata cum ipse in mora sit qui seipsum deferre vltro deberet, ut fraudis sue pœnam aliqua ex parte evitaret, essetque erranti medicina confessio, Imò verò haberet præmium, quod ex edicto Diui Traiani datum est omnibus qui vel se, vel alium deferunt *l. i. l. edicto* 13. & *pass. j. De iur. fisco.* Atque quod dicimus Heredem qui in viciscenda defuncti necesse cessauit bonæ fidei possessorem non esse, nec bonæ fidei possessoris defensionem habere, Idem scriptum est à Papiniano in *d. l. eum qui* de herede qui tacitam fidem defuncto accommodauit, Non esse illum bonæ fidei possessorem, Cum tamen sit perinde verus heres & dominus. Quænam igitur diuersitatis ratio reddi potest, Cur hic non debeat à die litis contestatæ vsuras fructuum ante litem contestatam percepto-

rum, ille verò debeat? Hoc enim est quod explicandum fuit, & quod tamen nemo explicat. Puto dissimilitudinis rationem illam adferri posse, quod longè odiosior videatur is qui negligens est in vindicanda defuncti necesse, quia sciens omittit debitum officium pietatis, quam qui tacitam fidem defuncto accommodat de restituenda hereditate ei qui capere non potest, cum hic fidem suam tacitam præstando pietatis, & charitatis officium quoddam potius impleat, & commiserationis, licet malo illo consilio, ut fraudem legibus faciat quarum salua & sancta semper autoritas esse debet. Dignior igitur est hic cui contra fisco faueatur ne ad fructuum vsuras teneatur, quam qui defuncti necem non vindicauit. Is enim & leges ostendit, & præterea pietatem. Addi etiam potest, quod impunitum ei est qui necem defuncti vltus non fuit, atque ita fisco locum aperuit non seipsum prior detulerit ut & fisco consulere & sibi, quemadmodum diximus ex *d. l. i. & d. l. edicto de iur. fisco.* quod tamen non perinde imputari potest ei qui tacitum fideicommissum alij restituendum suscepit. Delationis namque præmium edicto Diui Traiani datum is est qui aut seipsum aut alios deferunt. Hic verò nec seipsum deserit, nec alium. Non seipsum, quia nunciat se non capere, non autem quod faciunt alii, se capere non posse *d. l. i. & d. l. edicto in princip. & pass.* atque ita de suo iure confitetur tantum. Nec rursus videri potest alium deferre qui potius id tantum agit, ut de iure suo confiteatur, ut eleganter & subtiliter ratiocinatur Paulus in *d. l. edicto* §. *cum ante.* Quod tamen Accursius ad eum locum non videtur bene percepisse, cum ait ad consequendum delationis præmium nihil referre an qui rogatus est de tacito fideicommissio, an verò fideicommissarius ipse, an denique extraneus detulerit dummodo & prior, & post apertas demum tabulas. Nam cum tractet ibi Paulus eum casum quo is qui rogatus erat incapaci hereditatem restituere hoc ipsum fisco nunciauerat ante apertum testamentum. Ait tamen nullo præmio dignam esse ipsius delationem, Non illa solam ratione quæ solam ponderat Accursius, quod ante apertas tabulas facta esset ac nimis præcipiti festinatione, Sed illa etiã quæ ab Accursio pretermittitur, quod qui nunciat se non capere potius de iure suo confiteri quam alium deferre videatur. Is verò qui se capere non posse profiteretur, & seipsum deserit, quoniam alioqui caperet quod capere non posset, ac præterea deserit alium qui tacitam fidem accommodauit ut incapaci hereditatem restitueret. Proinde non videtur edicto Traiani comprehensus ille qui tacitum fideicommissum suscepit, ut suæ delationis præmium aliquod consequatur. Tantoque minus imputari ei potest cur non detulerit, Et satis in eo quod contra leges fecit punitur, cum ei tanquam indigno hereditas auferatur, quam alioqui ob id lucraretur quod fideicommissarius illam ab eo petere nunquam posset, Nec præterea in eo quoque plectendus est ut si quas res hereditarias aut earum fructus vendiderit, etiam preciorum vsuras cõuentus à fisco petitione hereditatis præstare teneatur, si benignitatis maiorem quam stricti iuris rationem habere cum Seuero quis velit. Nam stricti iuris ratio ei proculdubio nocet, non minus quam illi qui necem defuncti non vindicauit. Sed illud magis mirum est, quod Seuerus in illa epistola quæ extat in *d. l. i. C. de his quib. ut indign.* (epistola enim

enim vocat Vlpian. in *l. i. veniunt* 20. §. *hæc aduersus sup. j.* parem fecerit conditionem illius cui tanquam indigno auferatur hereditas quod necem defuncti vltus non sit, & cuiuslibet bonæ fidei possessoris, ut Vlpianus obseruat in *d. §. hæc aduersus j.* Meliorem verò etiam quam bonæ fidei possessoris conditionem illius fecerit qui fidem suam tacitam accommodauit. Aded enim non modò mitum sed etiam absurdum Vlpiano videtur in *d. §. hæc aduersus j.* ut coactus sit epistolâ Seueri restringere ad eum casum quo malæ fidei possessor distraxerit ex hereditate res tantum steriles & inutiles quæ magis hereditatem onerabant quam ut ei prodesent. Quæ tamen interpretatio, pace Vlpiani dixerim, datur sepe mihi visa est, quam ut admitti à quoquam possit, Non solum quod sit planè commentaria cum in tota lege nullum de rebus sterilibus verbum extet, sed etiam quod in contrarium vigeant verba illa indefinita quæ vniuersalibus æquipollent *ex hereditate autem verum distractarum* sine distinctione illa rerum sterilibus & fructuosis. Deinde quod sequitur *vel à debitoribus acceptæ pecunie,* potènt obsecro distinctionem illâ recipere de pecunia sterili & fructuosa? An fortè aliqua potènt esse pecunia à debitoribus hereditariis exacta quæ sit hereditati onerosa, & magis onerosa quam vtilis? Et tamen etiam pecuniæ à debitoribus acceptæ aut exactæ vsuras deberi nõ vult Seuerus ab herede cui tanquam indigno hereditas ob inultam defuncti necem ablata est, nisi à tempore litis contestatæ: quod ius commune est omnium bonæ fidei possessorum. Idemque tractari potest de fructibus tam qui in hereditate inuenti quam qui exinde percepti sunt quorum vsuras quoque præstari vult Seuerus ex die tantum litis contestatæ. Nam neque fructus etiam in sterilibus & hereditari onerosis rebus collecti onerosi possunt esse hereditati sed habent suam propriam vtilitatem ab omnibus hereditariis oneribus separatam *l. si fundus* 13. *inst. De reb. cor. qui sub tutel.* Nec eo minus tamen ad eiusmodi fructuum vsuras condemnandus est is qui necis defuncti vindictam prosecutus non est. Itaque probabilius arbitror ut dicamus Tribonianum esse potius quam Vlpiani totam illam adiectionem *dict. §. hæc aduersus j.* ab illis verbis *Sed Imperator Seuerus* vsque ad finem §. *Soler enim Tribonianus* rescripta Principum anteriorum ad certos & speciales casus restricta pro generalibus habere & ad alios omnes casus extendere: quod in proposito specie ab eo factum est. Nam cum Seuerus illa ad Celerem epistola locutus esset de eo tantum herede, cui tanquam indigno fisco hereditatem abstulisset, sic accepit eam Tribonianus acsi de quolibet malæ fidei possessore locuta esset. Eo præterea quod heres ille indignus bonæ fidei possessor dici non possit, Nec animaduertit multò minus posse illum propriè dici malæ fidei possessorem cum hoc plus iuris habeat quam is etiam qui bonæ fidei possessor sit quod verus heres est & dominus qui proinde fructus omnes quos percepit suos fecerit iure domini quod nec bonæ fidei possessoribus concessum est. Multò minus possessoribus hereditatis à quibus hereditas petitur qui possessionis suæ titulum, ut diximus, nullum habent: Magisque comparandus videtur hic here-

di rogato hereditatem restituere qui tamen in restituenda ea moram fecerit & interim fructus percepit. Nam neque is heres malæ fidei possessor dici potest ut neque bonæ fidei possessor cum verus heres sit & dominus, Nec eo minus tamen ad fructuum quos percepit restitutionem teneatur ex die moræ *l. in fideicommissaria* 18. *j. ad SC. Trebell.* Nempe quod licet dominus fuerit, non alia tamen quam mala fide potest videri percepisse fructus ex ea re, & hereditate quam sciebat alii se restituere debere, Ut solemus dicere in quolibet bonæ fidei possessore de fructibus post litem contestatam perceptis, quoniam in actione ex testamento qualis illa est per quam fideicommissum petitur, tantum potest mora ad inducendam accessionum præstationem ut & in omnibus bonæ fidei iudiciis quantum litis contestatio in fructibus *l. in minorum* 3. *C. in quib. causis non est nec. ff. in integr. restit.* Unde etiã est quod eorum fructuum vsuras nullas fideicommissario heres præstat, non magis quam fructuum post litem de hereditate contestatam perceptorum, quia debentur illi fructus tanquam accessiones non tanquam pars aliqua fideicommissi. Ergo in alio quolibet malæ fidei possessore qui præterea dominus non fuerit nihil Seuerus innouauit, Nec minus post epistolam illam quam antea obtinet ut deterioris conditionis sit quam bonæ fidei possessor, in hoc etiam ut teneatur ad vsuras preciorum ex die non litis contestatæ, ut bonæ fidei possessor, sed venditionis rerum, aut fructuum si petitor precia malit eligere quam res ipsas venditas & ipsos fructus venditos petere, tamen antè litem contestatam facta venditio sit, Cùm tamen hoc casu bonæ fidei possessor, neque ad corpora ipsarum & fructuum præstanda conueniri vnquam possit quæ bona fide vendidit, neque ad vsuras preciorum ex die venditionis sed tantum ex die contestationis. In quo ipso est eadem ipsius condicio est quæ heredis indigni qui necem defuncti vltus non fuit, deterior verò quam illius qui tacitam fidem accommodauit, quem diximus vsuras preciorum nullas debere ne quidem ex die contestationis, Nihil tamen in hoc absurdi est, cum in herede indigno cætera non sint paria, quoniam verus heres & dominus est. Hactenus tamen ei non parcimus ut emolumentum omne quod ex hereditate consecutus est ei auferatur & fisco præstetur *l. cum quidam* 17. §. *in tacito* *inst. De usur.* sed non ut quisquam præterea de suo id est fructuum vsuras præstare teneatur, quas ipse prius non percepit: Quod igitur circa epistolam Seueri ad Celerem commentus est Tribonianus ut restringi debeat ad res steriles venditas, non similiter aptari potest ad aliud rescriptum locuta esset. Eo præterea quod heres ille indignus bonæ fidei possessor dici non possit, Nec animaduertit multò minus posse illum propriè dici malæ fidei possessorem cum hoc plus iuris habeat quam is etiam qui bonæ fidei possessor sit quod verus heres est & dominus qui proinde fructus omnes quos percepit suos fecerit iure domini quod nec bonæ fidei possessoribus concessum est. Multò minus possessoribus hereditatis à quibus hereditas petitur qui possessionis suæ titulum, ut diximus, nullum habent: Magisque comparandus videtur hic here-

52. HERMOGENIANVS libro secundo Iuris Epitomarum.

SI possessor ex hereditate inhonestos habuerit quæstus, hos etiam restituere cogetur: ne

honestam interpretationem non honesto quaestui lucrum possessori faciat.

*Ad l. Si possessor 52.*

Ratio dubitandi. Iudicium bonae fidei nullam potest recipere praestationem quae sit contra bonos mores *l. generaliter 5. infr. De usur.* Atqui petitio hereditatis bonae fidei est *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* Est autem inhonesta praestatio & contra bonos mores quicquid ex inhonesto quaestu pendet, puta si quid ex furto vel ex alio maleficio quaestum est *l. quod autem 53. infr. pro socio*, ubi ob hanc causam dicitur si tale quid ab uno ex sociis quaestum est id in societatem non venire, quia delictorum turpis atque foeda communitio sit. Ergo nec in petitionem hereditatis huiusmodi quaestus inhonesti venire debent.

Dec. Post Senatusconsultum quod de heredi-

53. PAVLVS libro decimo ad Sabinum.

Non solum ad res alienum hereditarium exsoluendum necessaria alienatio possessorii est, sed & si impensa necessaria in rem hereditariam facta sunt a possessore, vel si mora peritura, deteriorisve futura erant.

*Ad l. Non solum 53.*

Ratio dubitandi. Quale quid est cum petitur id est tempore litis contestatae tale dari debet *l. 2. j. de usur.* nec in possessoris arbitrio & potestate exinde esse potest ut petitam rem diminuat, nec si vscapionem rei petitae compleat post litem contestatam *l. si post acceptum 18. infr. De rei vindic.* Ergo hereditatem petitam talem reddere possessor debet, qualis fuit saltem tempore litis contestatae, id est nullis alienationibus imminutam. Sed neque post motam controuersiam licet ante litem inchoatam. Parum enim quantum ad hoc refert vtrum mota sit tantum controuersia an etiam lis contestata *l. item veniunt 25. §. huc aduersus alias §. ceterum in fin. l. sed et si 25. §. si ante supra hoc tit.* Proinde non videtur permittendum esse possessori etiam qui ab initio bonae fidei fuerit, ut quicquam ex hereditate alienet post motam controuersiam. Ne ex necessaria quidem causa cum possit ei imputari cur ab eo tempore hereditatem quam scire incipit ad se non pertinere alteri non restituat, malitque in eam necessitatem se conicere ut alienationes facere cogatur siue ad soluendum res alienum siue ad necessarias impensas faciendas aut ad alimenta seruicis hereditariis praestanda. Non enim succurri ei solet qui seipsum in necessitatem coniecit *l. 2. §. vim fluminis vers. si quis tamen supra si quis caution.* Deinde cum alienatio fieri nulla possit nisi per translationem dominii *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. De verb. signific.* Quomodo fieri obsecro potest ut possessor etiam bonae fidei alienando etiam ex causa iusta & necessaria transferat domi-

54. IULIANVS libro sexto Digestorum.

EI, qui partes hereditarias, vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam vniuersa bona persequatur: quemadmodum ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.

*Ad l. Ei, qui partes 54.*

Ratio dubitandi. Qui a fisco siue totam hereditatem, siue partem hereditatis mercatus est, non ideo tamen heres est, ut nec alius quilibet emptor hereditatis. Nec si emerit a vero herede, quoniam hereditatem vendere nemo potest nisi quam sibi

tatum petitionibus factum est omne lucrum possessori quoque bonae fidei non minus quam praedoni auferendum est *l. post Senatusconsultum 28. sup. L. enicta 55. infr. hoc tit.* Ergo etiam inhonestus quaestus quem bonae fidei possessor aut ex hereditate aut per occasionem hereditatis fecerit ei extorquendus est per hanc actionem, Ne alioqui honesta interpretatio ex non honesto quaestu possessori lucrum adferat, ut eleganter hic Hermogenianus scribit. Idem ferè de procuratore scriptum est in *l. qui proprio 46. §. procurator supra. De procurat.* quia neque ex mandato lucrum vllum penes procuratorem manere debet *l. qui proprio 46. §. procurator. vbi dixi supra. De procurator. Iunge l. quoties 16. in fin. infr. De iur. dot.*

nium quod non habet? *l. aradio 20. De acquir. rer. domin. l. si ego 9. §. si res infra. De iur. dot.*

Dec. Non debet possessor bonae fidei praetextu motae controuersiae aut litis contestatae cogi ius suum indefensum temere relinquere *l. illud 40. supra.* cum sola contestatio non possit facere ut se malam causam habere putet. Interim ergo si qua emergat causa alienationis necessariae siue ad dimittendos creditores hereditarios qui forte vrgeant aut quibus pecunia sub senore debeatur, aut si qua impensa facienda sit in res hereditarias alioqui ruituras, aut ad alendos seruos hereditarios ne fame pereant & aliis huiusmodi casibus si qui similes sunt, non est deneganda possessori etiam male fidei facultas alienandi. Cum ea res non tam ad possessoris quam ad ipsius hereditatis causam & utilitatem spectet. Semper enim alienationes necessariae excipiuntur cum non possit non esse iustum quod est necessarium *l. alienationes 13. infr. Famil. ercisc. l. filiusfamilias 114. §. Dini 2. in fin. De legat. 1. l. pro 69. §. praedii De leg. 2. Sed Praetoris decreto in eam rem opus erit *l. Dinius 5. supra.* sicut & cum heres institutus delibet de adeunda hereditate necdum heres factus est per aditionem *l. ait Praetor 7. §. vlt. infr. De iur. delib.* Ut factum praetoris suppleat factum & voluntatem petitoris eiusdemque veri heredis, Quomodo alias plerumque accidit ut in vice iustae obligationis succedat auctoritas iubentis *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit l. si ob causam 13. C. de enict.* Adeoque ut factum hominis sola iuris & legis potestate repraesentetur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.**

*l. cum qui 18. De his que vt indign.* quandoquidem heres cui oblara sunt bona non eo minus heres manet, *l. ex factio 47. §. vlt. infr. De vulg. & pupill. substit.* Ergo qui emit a fisco non potest habere petitionem hereditatis, quae non alij quam vero heredi competit: Est enim huius actionis haec formula, *Hanc Titij hereditatem meam esse aio* quam vsurpare non potest is qui iure civili heres non est. Et ideo in hac actione pronunciarit solent Hereditatem petitoris esse vel non esse, *l. si inter 15. infr. De excep. ni iudic.*

Dec. Qui emit hereditatem a vero herede licet non fiat heres, heredis tamen loco est, *leg. 2. §. cum quis infra. De hered. vel act. vendit.* Qui autem emit a fisco quoniam fiscus ipse heres non est, neque heres, neque heredis loco esse potest. Fisci tamen loco est, sicut alius emptor quilibet succedit in locum venditoris, Et consequenter aequum est dari actionem per quam non tam hereditatem ipsam quam bona hereditaria fisco vindicata persequatur, Non enim fiscus hereditatem auferit indigno vel vindicat sed bona tantum, & quidem deducto aere alieno, *leg. 1. §. an bona non possunt 11. infr. De iur. fise.* Cum tamen in hereditate etiam aere alieni incommoda contineantur. Hinc igitur qui a fisco emit, non petitio hereditatis directa competere potest, sed utilis tantum per quam emptor vniuersa bona persequatur, Sicut euenit cum is cui ex Trebelliano restituta est hereditas petit hereditatem a possessoribus. Nam neque hic heres est sed tantum heredis loco, *l. 1. & 2. infr. ad SC. Trebell.* quia is qui hereditatem restituit heres manet post restitutionem §. restituta. *Infr. de fideic. her.* Nec eo minus tamen habet petitionem

hereditatis non quidem directam, sed utilem quae speciali nomine fideicommissaria appellatur. De qua in *Tit. De fideic. hered. petit. infr.* Ergo & ad illius exemplum dabitur & huic petitio hereditatis non fideicommissaria, sed utilis, tamen per quam sicut per fideicommissariam actor persequatur non hereditatem, sed bona quae fuerunt aliquando hereditatis, & quae per aditionem desierunt esse hereditas factaque sunt patrimonium heredis, & exinde vel fisci vel fideicommissarii, *leg. in fideicommissaria 8. vers. quoties infr. ad SC. Trebell. l. 1. De separat.* In quam petitionem hereditatis, siue fideicommissario detur, siue ei, qui a fisco emit. Idem autem sic loquitur Iulianus, *non est actionem dari actionem*, ut significet actionem dari non competere ipso iure, sed dari ex aequitate, ad commune est omnibus actionibus utilibus, ut nec cet numquam competant, sed semper dentur ex equitate, Et addit *per quam vniuersa bona persequatur*, ut intelligamus, non esse hanc proprie petitionem hereditatis, sed potius persecutionem bonorum quae proinde actionis nomen generale potius quam speciale petitionis hereditatis nomen mereatur. Habet tamen eundem effectum quandoquidem bonorum hereditarium omnium vniuersitatem persequitur, *l. item videndum 18. §. vltim. & l. si qui supra.* Neque verò utiles actiones a directis differunt effectu & potestate, sed tantum iuris ratione, *l. actio 47. supra. De negot. gest.* An verò is qui a fisco emit hereditatem perinde conueniri possit utili petitione hereditatis, alia quaestio est de qua diximus in *l. nec vllam 13. aliis l. etiam §. item si quis a fisco supra hoc tit.*

1. ¶ Heres debitoris id, quod defunctus pignori dederat, quin hereditatem petendo consequi possit, dubium non est.

*Ad §. 1. Heres debitoris.*

Ratio dubitandi. Hereditatis petitio non datur contra titulum possidentem sed contra eum duntaxat, qui vel pro herede possidet vel pro possessore, *l. regulariter 9. supra hoc tit. l. cogi 16. C. eod.* Atqui creditor cui pignus datum est a defuncto nec pro herede nec pro possessore possidet, sed pro creditore qui iustus est titulus iustam praebens possidendi causam ita ut praeterquam ad vscapandum creditor quod ad caetera omnia verè possidere intelligatur, *l. serui 16. infr. De vscap.* ita ut etiam fructus suos faciat tanquam quos percipiat ex debitoris eiusdemque domini voluntate quamuis eos postea in sortem imputare cogatur si antichresis contracta non sit, *l. 1. 2. & pass. C. de pignor. act. l. si ea pactione 14. C. de usur.* Ergo non potest pignoris nomine conueniri creditor petitione hereditatis.

Dec. Petitio hereditatis competit aduersus

quemlibet possidentem aliquam rem hereditariam vel minimam si eam nullo titulo possidet, *l. licet minimam 20. supra hoc tit.* Atqui in hoc numero est creditor qui rem hereditariam possidet pignori datam sibi a defuncto, postquam scilicet debitum ei omne solutum est siue a defuncto solutum fuerit siue ab herede. Exindeque competit pignoratitia tanquam soluto pignore per debiti solutionem, *l. si rem 9. §. omnis pecunia 7. De pignor. act.* Ergo & petitione hereditatis conueniri potest etiam si heredem se non contendat, quia possidet si non pro herede tamen pro possessore. Nec quicquam veterat petitionem hereditatis contra eum dari contra quem etiam specialior alia actio competere potest. Dummodò possessor qui contra eum nullo titulo possessionem suam tueatur, ergo quando debitum solutum non est, non poterit creditor pignoratitius petitione hereditatis conueniri.

2. ¶ Cum praedia vrbana, & rustica, negligentia possessorum, peiora sunt facta, veluti quia vinearum, pomaria, horti extra consuetudinem patrisfamilias defuncti culta sunt: litis aestimationem earum rerum, quanto peiores sint factae, possessores pati debent.

*Ad §. 2. Cum praedia.*

Ratio dubitandi. Bonae fidei possessor qui rem hereditariam quasi suam neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem cum se putet abutire sua, *l. si quis possessor 31. §. sicut iunct. l.*

Tom. II.

*sed et si 25. §. consultit supra hoc tit.* Ergo siue praedia hereditaria inculta reliquerit siue male & extra consuetudinem patrisfamilias defuncti coluerit, atque ita praedia peiora facta sint nullam eo nomine litis aestimationem pati debet.

HH



Dec. In possessore quidem bonæ fidei id obtinet, At non etiã in prædonibus & malæ fidei possessio- nibus, Inter quos etiã bonæ fidei possessor est post litem contestatam, adeoque post mortem de here- ditate controversiam, *dict. l. sed et si 25. §. si ante sup. l. si homo 45. inf. De rei vindic.* Iulianus autem hoc loco non nisi de malæ fidei possessoribus loquitur, vt bene Accursius interpretatur: Idque ex verbis etiã quibus vtitur conici subtiliter potest. Non enim de hereditatis possessore loquitur in numero singulari, sed de prædiorum hereditariorum possessoribus in plurali, Quæ locutio non potest conuenire potest quàm iis qui possident, possessor non etiã iis qui pro herede. Bonæ fidei namque possessor hereditatis dici non potest, nisi qui possidet pro herede cum putet se heredem licet falsò: Vix autem est vt plures putent se falsò heredes, Nisi poneret in testamento inutili plures scriptos fuisse aut ab intestato plu-

res eiusdem gradus agnatos, & æquè proximos. Quo tamen casu omnes pro vno habentur, adeoque pro vno quodammodo possessore cum vnam eandemque hereditatem possideant, quemadmodum è contrario plures petitores hereditatis etiam vnius loco habentur, vt singuli aduersus omnes possessores agere debeant, *leg. 1. §. quoniam inf. tit. pro. v.* At plurium prædiorum possessores destinati esse non possunt qui conueniantur petitione hereditatis quin pro possessore possideant. Cum necessariò supponendum sit eos possessionis suæ titulum nullum habere, & interrogatos quare possideant nihil aliud respondere posse, quàm quia possident, *l. qui interrogatus 12. sup.* Alioquin si proprio aliquo possessionis suæ titulo munirentur, hereditatis petitione conueniri non possent. Quæ igitur bonam fidem possunt obtinere qui nec se heredes esse existimant, & possessionis suæ titulum se nullum habere sciunt?

55. IULIANVS libro sexagesimo Digestorum.

**E**Viãta hereditate, bonæ fidei possessor, quod lege Aquilia exegisset, non simpliciter, sed duplum restituet, lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.

*Ad l. Eviãta hereditate 55.*

Ratio dubitandi. Satis abundeque consultur petitori præsertim contra bonæ fidei possessorem de quo hæc lex loquitur, si iubeatur possessor petitori reddere quicquid ex hereditate consecutus est, Nec præterea id agere petitor debet vt ex persona factòque possessoris locupletior hereditatem consequatur, *l. at vbi 2. §. sup. hoc titul.* Ergo si possessor bonæ fidei ob seruum hereditarium vulneratum aut occisum lege Aquilia egerit & duplum consecutus sufficere debet petitori vt simpliciter reddatur nec duplum ipsi præstari necesse est.

Dec. Lucrum omne post Senatusconsultum etiam bonæ fidei possessori auferendum est, *lege post Senatusconsultum 28. sup.* Satis enim ipsi esse debet vt in damno non moretur, nec illud etiam exigere debet vt ex aliena hereditate lucrum aliquod sentiat aut retineat, *lege si possessor 52. sup.* Lucrum, inquam, ex eo quod propter hereditatem accesserit, vt Iulianus hic loquitur. Tale

56. AFRICANVS libro quarto Quæstionum.

**C**Um hereditas petita sit: eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, & si petitor eos percepturus non fuerat.

*Ad l. Cum hereditas 56.*

Ratio dubitandi. Quod dicimus Post litem contestatam restituendos esse actori fructus & omnem causam non tantum si in rem, sed etiam si in personam actum sit, *leg. præterea 20. inf. De rei vindic. l. 2. inf. De vsur. non aliam rationem habet, quàm quia id omne percepturus fuerat actor, si accepti iudicij tempore res ei restituta fuisset, vt loquitur Caius in dict. l. præterea.* Ergo satis esse debet petitori quod fructus omnes à possessore præsertim bonæ fidei consequatur, quos percipere ipse potuisset si restituta ei hereditas fuisset, nec

præterea illos petere debet quos percipere non potuisset. Cur enim conqueratur si non habet quod æquè non fuerat habiturus? Neque verò etiam in malæ fidei possessore aliud inspicere solemus cum de fructibus æstimandis quaeritur, nisi an petitor frui potuerit si ei possidere licuisset, *leg. si manus 62. §. 1. inf. De rei vindic.* Cur ergo etiam bonæ fidei possessorem condemnemus, vt eos quoque fructus restituat, quos petitor ipse non possedisset, quamuis licuisset ei potius idere.

Dec. Totum hoc ius non tam ex iure aut fauore petito-

re petitoris profectum est, quàm ex non iure possessoris, Qui cum hereditatis petitor non aduersus alium dari possit quàm aduersus eum qui possessionis suæ titulum nullum habeat, vt toties diximus, nulla certè fauore dignus potest esse possessor quamcumque bonam fidem habeat nisi habitus vt nullum ex possessione sua damnari sentire possit. Non etiam lucrum aliquod retinere debeat, vt diximus ad legem præcedentem. Non igitur inspicendum est an petitor fructus omnes percipere potuerit quos possessor percepit, sed illud tantum an possessor eos percepit aut percipere potuerit, Nec enim existimandum est ob id minus teneri possessorem malæ fidei quod aut nullos aut minores percipere potuerit. In quo numero erit etiam bonæ fidei possessor post litem contestatam, *sed et si 25. §. si ante sup. l. si homo 45. inf. De rei vindic.* Extra hunc casum non ad alios fructus restituendos tenetur bonæ fidei possessor quàm quos percepit licet plures percipere potuerit, Cum ne quidem de perceptis teneatur nisi quatenus locupletior factus est, *dict. l. sed et si 25. §. consultum sup. l. 1. C. cod.* Quis verò fieri locupletior possit ex iis fructibus, quos nunquam percepit, At malæ fidei possessor hereditatis tenetur etiam de non perceptis si eos percipere potuerit, dammodò honestè. Hoc enim addendum est quia non nisi valde inuerecundè possit petitor imputare prædoni, cur non etiam inhonestos fructus percepit puta ex lupanariibus aut ex ancillarum hereditariarum prohibitione, Cum ne quidem facere posse quicquam credendus sit quod honestè facere nequeat, *l. filius 15. inf. De condic. inst.* Quæ tamen distinctio non cadit in fructus perceptos, An scilicet honestè, an inhonestè percepti sint. Non enim quaerendum est an petiti iure potuerint quando percepti sint. Perceptio siquidem facti est non iuris, Nec æquum est vt inhonestos fructus perceptos lucratur possessor qui ne lucrari posset eos quos

honestè percepisset. Et hæc quidem in hereditatis petitione obtinent. At in rei vindicatione quæ datur etiam contra titulo possidentem, videtur esse aliquid diuersum, Etiam quod ad malæ fidei possessorem pertinet, qui certè nullo quidem fauore dignus est, ne tunc quoque cum titulum aliquem habet, (quid enim prodesse titulus potest ei qui malam fidem habeat, nisi vt in quibusdam faciat conditionem eius deteriore quam prædonis, quemadmodum ex iis quæ supra scripsimus De fructuum in alienam rem factorum repetitione intelligi potest) sed tamen non ad alios fructus teneri potest quàm quos petitor percipere potuisset, *dict. l. si manus §. v. l. quantam vobis ad bonæ fidei possessorem, vt scilicet non alios fructus restituere teneatur etiam ex quibus locupletior factus sit & quos ante litem contestatam percepit quàm quos petitor percipere potuisset si accepti iudicij tempore restituta ei res fuisset.* In quo numero nunquam sunt qui honestè percipi non potuerunt, & quos nulla fronte possit petitor dicere se fuisse percepturum. Non enim possunt nisi turpiter peti, qui non nisi inhonestè potuerunt percipi, Et in pari causa turpitudinis potior debet esse condicio possidentis, *l. penult. inf. De condic. ob turp. caus.* Quæ ratio etiam facere proculdubio deberet, vt in petitione quoque hereditatis idem dicendum esset, nisi obstarat auctoritas tenaculorum quo factum est vt omne lucrum etiam inhonestum possessori cuiuslibet quantumvis bonæ fidei extorquendum sit, *l. post Senatusconsultum 28. l. si possessor 52. sup.* Ergo & de inhonestis fructibus à bonæ fidei possessore post litem quoque contestatam perceptis idem probandum erit, quia de specialibus in rem actionibus nullum Senatusconsultum extat quod lucrum omne auferat possessori. Aliud est in actione redhibitoria in qua id etiam reddendum est quod actor percipere & consequi non potuisset, *l. cum autem 23. §. ultim. inf. De edilit. edict.*

57. NERATIUS libro 7. Membranarum.

**C**um idem eandem hereditatem aduersus duos defendit, & secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, vtum perinde ei hereditatem restituere oporteat, atque oporteret, si aduersus alium defensa non esset: vt scilicet, si mox & secundum alium fuerit iudicatum, absoluat is, cum quo actum est, quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quo iudicio reuictus restituerit: an, quia possit & secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat, quàm si cautum ei fuerit, quod aduersus alium eandem hereditatem defendit. Sed melius est, officio iudicis, cautione, vel satisfactione victo mederi: cum & res salua sit ei, qui in executione tardior venit, aduersus priorem victorem.

*Ad l. Cum idem 57.*

Ratio dubitandi. Cum quis petitione hereditatis conuenitur à duobus eiusdem hereditatis nomine & ab vno ex iis victus est ante sententiam pro alio vel contra alium dictam, nihil videtur possessoris interesse qualis aduersus alium feratur sententia. Nam vel alius ille succumbet, & ab hereditatis petitione summonebitur quod probabilius sperari potest, vt præsumatur pro sententia cum non possit eadem hereditas ad duos in solidum pertinere, *l. si inter 12. inf. De except. rei iudic.* Vel obtinebit Priore casu nihil erit quod possessor posteriori actori restituere debeat, qui à peti-

tione sua repulsus erit. Posteriore verò casu licet pronuncietur hereditatem secundi petitoris esse, nihil tamen erit quod restituere possessor debeat, aut propter quod non restitutum condemnandus sit, quia scilicet rei iudicandæ tempore neque possidere reperietur, neque dolo defuisse possidere cum ex sententia & auctoritate iudicis prioris victori hereditatem iam restituerit. Quis enim necit Dolo non facere illum qui in iudicis facit cum parere habeat necesse, *l. non videtur 167. §. 1. De regul. iur.* Et iniquum esse, impunè non solvere illum quem prætor aut iudex cogat ad solutionem, *lege quod autem 6. §. apud Labronem.*

*inf. quis i fraud. credit.* Constat autem petitione hereditatis non posse condemnari eum, qui rei iudicandae tempore nihil possideat hereditarium tamen si possideret tempore litis contestatae si non ab eo tempore dolo malo deierit possidere, *leg. si quo tempore 41. vbi dixi sup. hoc tit.* Nihil ergo cause est cur debeat possessor hereditatem priori victori restituere nulla ab eo exacta sine satisfatione siue etiam nuda cautione, Cum nemo superuacua cautione debeat onerari, *l. hoc stipulatio 14. §. 1. inf. ut legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. non cogendum 45. in fin. sup. De procurat.*

Dec. Is qui hereditatem aduersus plures defendit, & litem cum pluribus de ea iam contestatus est (de hoc enim lex hæc loquitur, non de illo qui vni condemnatus sit antequam ab alio inquietaretur) nihil exinde facere potest aut debet quod alterutrius aduersarij ius possit ledere, quia per contestationem ius actoris in tuto collocatur, *leg. 1. sup. de fer. l. si post acceptum 18. inf. De rei vind. l. dolo 41. inf. ad leg. falc.* Ergo etiam si maximè pronuncietur hereditatem eius esse qui prior & ad iudicium provocauit, & ad sententiam peruenit, antequam tamen eam restitueret ius habet petendi à iudice qui iudicari executionem virgebit, vt iubeat caueri sibi adeoq; satisfdari per victorem de hereditate aduersus alium aduersarium defendenda, Non vt aduersario consulat quod malè putat Bartolus, sed potius vt sibi prospiciat aduersus incommoda peragenda litis iam instituta ob impensas & vexationes sine quibus expediri vel minimalis nulla potest. Itemq; ne quid dolo fecisse videatur, *d. l. dolo*, Scilicet cum ante sententiã mora fuit etiam ab alio controuersia quæ species est huius legis. Nam si

§. S C A E V O L A libro tertio Digestorum.

**F**ilius à patre emancipatus, secundum conditionem testamenti matris adiit hereditatem: quam pater, antequam filium emanciparet, possedit, fructusque ex ea possedit: sed erogationem in honorem filij, cum esset senator, fecit ex ea. Quæsitum est, cum pater sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quæ in eum erogauit, an filius nihilo minùs perseuerans petere hereditatem, doli mali exceptione summoneri possit. Respondi, & si non exciperetur, satis per officium iudicis consuli.

*Ad l. Filius vlt.*

Ratio dubitandi. Quæ pater filio emancipato etiam studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse probetur, præsumendus est ex pietatis officio potius subministrasse, Ideoq; nec repetitionem vllam eorum habet, nec in eam portionem quam ex bonis paternis filius habere debet eos sumptus computari æquitatis ratio patitur, *l. qua pater 50. inf. famil. ercisc. l. Nefennius 34. vers. præterea sup. De neg. gest. l. 1. C. eod.* Multò igitur minùs repeti poterit aut imputari filio quod pater in ipsius honorem & ob aliquam dignitatem erogauerit. Præcipuum enim id habere semper debet propter dignitatis onera quæ ad eum solum pertinent, vt eleganter Papin. tractat in *l. 1. §. sed n. c. castrense inf. de collat. bonor.*

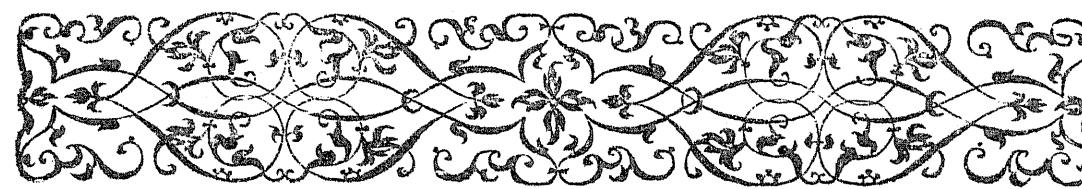
Dec. Tum demum hoc verè dicitur cum patrem de suo id erogasse constat. Sed si aliunde bona aliqua filius habeat, credendus in dubio est pater ex bonis filij potius quam ex suis erogasse, *d. l. Nefennius*, Siue quòd præsumptio donationis odiosa sit & improbabilis, nisi cum alia donatio præcedat quæ posterioris coniecturam aliquam possit inducere, vt in *l. si verò 12. §. inde Papinianus querit*

post sententiam laram superueniat nouus aduersarius difficilior est vt eò id executio differatur si non ille possideat. Vt tamen dicam quòd sententio, mihi valde hic locus suspectus est videtur: q; sapere Tribonianum ab illis possimimùm verbis *si d. melius est*. Nam & verba ipsa parum elegantia Triboniani manum hoc ipso produnt, & sententia non valde congruit cum ratione iuris, quia proculdubio securus esset possessor qui iubente iudice hereditatem priori victori restituisset. Saluo iure posterioris actoris aduersus priorem, si tamen exposuisset iudici motam sibi ab alio eiusdem hereditatis controuersiam, Alioqui dolo non carere videretur, vt bene hic docet Bart. ex *d. l. dolo 41. inf. ad leg. falc. iudic. l. ait prætor. 7. §. permittitur sup. de minor.* Dùmmodò sciamus non bene iudicem suo officio fungi si de hereditate à duobus simul quidem tempore, sed ex diuerso iure petita cum vno ex iis tantum inauditò altero pronunciet. Debet enim vtraq; lis iungi, vt loquuntur pragmatici, eodèmq; iudicio terminari ne vcl p̄iudicium vni actioni fiat per sententiam cum alio redditam, vel contrarietas aliqua sequatur rerum iudicarum quæ semper cauenda & fugienda est, *l. singulis 63. de excep. rei iud. iunct. l. nulli 10. C. de iudic.* Nimirum cum apud eundem iudicem vtraque lis tractatur, aut eò in apud duos quidem sed quorum vnus sit superior altero, Tunc enim lis ab inferiore euocanda est ad superiorem si modò ius euocandi habeat quod non nisi supremo magistratui apud nos licet. Et eo iure in praxi hodie vtimur, Melius enim est sustineri ac differri iudicium per aliquod tēpus vt de vtriusq; actoris simul & possessoris iure pronuncietur. Simile quid scriptum est in *l. is à quo 58. §. de rei vind.* vbi dicimus.

*inf. mandat.* cum nemo suum iactare & perdere velle videatur, *l. cum de indebito 25. inf. De prob. donare autem sit perdere, l. filius familias 7. §. 1. inf. De don. siue quod de suo quisque sibi & alimenta & dignitates quærere debeat non de alieno, l. vlt. C. de alim. pup. præst.* Cum igitur in huius legis specie pater in honorem filij erogasset, haberetque filius emancipatus bona matris quæ filium heredem instituerat sub illa vulgari conditione *si à patre emanciparetur*. Quidni credamus patrem ex bonis filij sui potius quam ex suis propriis erogasse quicquid impendit? Proinde si filio post emancipationem quandocunque maternam hereditatem petenti velit pater repudiare & imputare sumptus illos dignitatis, audiendus est, quos, & alius quilibet per negotiorum gestorum actionem, repetere possit, *l. que vtiliter 45. in princip. sup. De neg. gest.* Nec tantum si per exceptionem sibi prospiciat pater, sed etiam mero iudicis officio nulla quoque opposita exceptione, Cum in omnibus bonæ fidei iudiciis quale est peritiois hereditatis, *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* ad officium iudicis omnia pertineant, quæ sunt ex æquitate. Vnde est quod solemus dicere bonæ fidei iudiciis exceptiones doli & pacti, & alias

& alias huiusmodi iure ipso inesse, *leg. sed si dolo 21. inf. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruum De legat. leg. planè 37.* in illis verbis *nam nec doli exceptio desideratur, sup. hoc titul.* Quod non satis animaduertim à nostris interpretibus videtur, qui tanta contentione disputant ad hanc legem Vtrum possit iudex supplere ex officio suo exceptionem reo competentem nec ab ipso oppositam, Et in variis distracti sententias non oblerant distinctionem illam quæ à prudentibus fieri solet iudiciorum bonæ fidei & stricti

iuris eo arbitratorum. Nam in strictis & arbitrariis necessariò est opponenda exceptio, & ponenda in formula, Alioqui non potest suppleri per iudicem qui additus est formulæ tanquam glebæ, in iudiciis verò bonæ fidei secus est propter illa verba formulæ *ex fide boni* quæ sicuti pro eo accipiebantur acti scriptum esset *ex æquitate*. Ita exceptiones omnes vi & potestate sua continebant, cum omnes ex æquitate proficiscuntur. Quod à nobis tam saepe alibi inculcatum est, vt hic repetere non sit necesse.



## SI PARS HEREDITATIS PETATUR:

TITVLVS IIII.

VLP IANVS LIBRO 5. ad Edictum.

**P**OST actionem<sup>a</sup> quam proposuit prætor ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit & ei proponere, qui partem hereditatis petit.

*Ad l. Post actionem 1.*

<sup>a</sup> *Post actionem.* Ratio dubitandi. Petitio hereditatis de qua dictum est titulo præcedente civilis actio est non prætoria, cum ex Senatusconsulto inducta videatur, de quo in *leg. item veniunt 20. §. præter hæc sup. tit. prox.* Quid ergo est quod hic dicitur, propositam esse à prætore actionem ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit?

Dec. Prætoris est dare actiones omnes tam civiles, quam prætorias, ob eamque causam dicitur esse viua vox iuris civilis, *l. nam & ipsum 8. De iustit. & iur.* de que omnibus illis actionibus tam civilibus, quam prætorias edictum perpetuum conscriptum est à Iuliano cuius interpretationem ex ordine peregerunt Iureconsulti qui ad Edictum scripserunt inter quos præcipui Vlpianus & Paulus. Inter ceteras igitur actiones proposuit prætor petitionem hereditatis ordinariam & civilem, & quidem post propositam actionem De inofficioso, quæ ipsa etiam civilis actio est, Quemadmodum & post propositas omnes petitiones hereditatis ordinariam scilicet ac civilem de qua in præcedente & hoc titulo itèmq; possessoriam & fideicommissariam de quibus in titulis sequentibus quæ omnes petitiones sunt vniuersales, & in ipsam hereditatem, vt loquitur *l. pater 10. inf. De captiu. & postlim.* Subiicit in libro sequenti specialem actionem in rem & vindicationem, de qua perinde nemo dubitat quin sit etiam civilis. Noli tamen existimare cum Accursio inducta esse hanc actionem civilem petitionis hereditatis per illud Senatusconsultum, cuius meminit Vlpianus in *d. §. præter hæc*. Est enim actio longè antiquior & circa quam plura iam dicta & tractata fuerant à prudentibus antequam fieret illud Senatusconsultum, vt in eo §. refert Vlpianus, vt ait ne à alia de causa factum fuisse Senatusconsultum, quam vt formam daret

iis quæ tractabantur de distractis rebus hereditariis. De dolo præterito, & de fructibus. Illud bene Accursius, Petitionem hereditatis de qua in hoc titulo agitur, & per quam hereditatis pars petitur eandem esse actionem de qua superiore titulo dictum fuit, id est civilem & ordinariam. Quid enim refert an hereditas tota petatur, an pars hereditatis. Solet enim dici & verum est eandem rationem esse partis quæ est totius vulg. *l. que de tota 76. inf. De rei vind. dicit. l. item veniunt §. aut Senatus l. eè qui partes 54. in princ. sup.* Plus dico Esse hanc quoque vniuersalem quoniam pars vnaquæque pars hereditatis est hereditas, vt diximus ad *l. hereditas 50. sup. tit. prox.* Vniuersalem inquam si cum speciali actione in rem conferatur, Non etiam si cum ea hereditatis petitione per quam tota hereditas petitur: quo respectu possit certè dici melius *particularis*. Eo namque verbo partem etiam vniuersitatis significamus, quomodo heredem particularem dicimus & dicere debemus eum quicquid aliqua hereditatis parte heres scriptus est, Non etiam quomodo interpretes vocant eum qui ex re aliqua singulari institutus fuit dato coherede, de quo in *l. quoties 13. C. de hered. instit.* quem rectius singularem successorem dicere debuerunt, vt alibi scilicet ipsimus. Quid ergo attinebat, inquit, specialem hunc tractatam si pars hereditatis petatur, à superiore distinguere? Nimirum quia cum pars tantum aliqua hereditatis petitur plures interdum difficultates occurrunt quam si hereditas tota peteretur, siue quod aliquando incerta sit pars quæ competit, & peti potest, vt in *l. antiqui 3. hoc titul.* Siue quòd propter coheredis personam interdum difficilior sit petitio partis quam sit totius hereditatis, Aliquando enim coheres facit controuersiam hereditatis, aliquando non facit §. proinde *inf. hæc lege*. Idque ex omnibus huius tituli legibus clarè apparet.



1 ¶ Qui hereditatem, vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupauit, sed ex suo iure, & ideo, siue ex alie heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu vniam rem possideas: siue ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.

*Ad §. 1. is qui hereditatem.*

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis est actio in rem. *sed est 25. antep. sup. tit. proxim.* id est in ipsam hereditatem, vt loquitur Papinianus in *l. pater 10. in fin. infr. De captiu. & postlim.* Ergo non competit nisi contra possidentem quod proprium est omnium in rem actionum §. 1. *Infr. de action.* Ergo non nisi quatenus reus possidet. Cum sit liberum cuiuslibet actionem in rem euitare, dicendo se non possidere *l. vlt. §. De rei vindic.* Ergo is qui hereditatem vel hereditatis partem petit non tam ex suo iure metiri ius debet quam ex eo quod possessor occupauit.

Dec. Differentia hæc inter cæteras an vniuersali an verò speciali actione in rem quis experiatur, Nam specialis in rem actio quam specialiore nomine vindicationem appellamus non potest egredi fines & terminos possessionis, quæ penes reum inuenitur, quia nec aliud quicquam vindicare ab ipso potest quam quod ipse possidet, ideoque ante omnia inquirere diligenter debet quid & quantum reus possideat ne aliqui frustra experiatur, *l. qui petitorio 35. infr. De rei vind.* Debet enim per hanc vindicationis formulam *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, eam ipsam re digito de-

2 ¶ Quinimmo, si duo possideant hereditatem, & duo sint, qui ad se partes pertinere dicunt: non singuli à singulis petere contenti esse debent, puta primus à primo, vel secundus à secundo, sed ambo à primo, & ambo à secundo. neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo vtriusque pro herede. Et si possessor, & petitor possideant hereditatem, cum vnusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adferat, inuicem petere debebunt, vt partes rerum consequantur: aut, si controuersiam sibi non faciunt hereditatis, familiæ heriscundæ experiri eos oportebit.

*Ad §. 2. Quinimmo.*

Ratio dubitandi. Cum pro isdem partibus siue æqualibus, siue inæqualibus hereditas aliqua à duobus possidetur pro quibus à duobus petitur, expeditior videtur futurus exitus litis & commodior si singuli à singulis petant, Nec videtur quicquam interesse aut actorum aut reorum dummodo non plus petatur ab vno ex reis quam possit præstare, nec plus petat actor quam ad eum pro sua parte pertineat. Quid enim aliud agit quislibet ex actoribus nisi vt suam partem consequatur? At verò vt ambo petant à primo, & ambo à secundo durius certè est. Ita enim sit vt in plures aduersarios singuli adstringantur atque ita maioribus & sumptibus & vexationibus fatigentur, quod planè iniquum est si aliter & commodius seruari res possit, *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr. De pecul.* Id autem semper agere bonus iudex debet quantum potest, vt lites si non tollere & excidere in totum possit saltè diminuat. *l. quidā 21. §. De reb. cred. & faciliore earum exitum faciat, l. singulis 6. §. De excep. rei iud.*

Dec. Cum hereditatem vniam duo possident siue pro diuiso, siue pro indiuiso (placet enim quod aduersus Azonem notat Accursius nihil hac parte interesse) eamque hereditatem duo etiam per partes ad se pertinere dicunt, non alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo vtriusque, vt hinc VI-

monstrare quam petit & quæ ab alio possidetur. At petitionis hereditatis formula illa est *Hanc Titij hereditatem meam esse aio*, Cumque hereditas que incorporalis est & nomen iuris neque oculis cerni, neque digito monstrari possit, necessaria est iudicatio alicuius rei hereditariæ quæ à reo possideatur, Vt appareat eam peti tanquam hereditariam, & eo planè iure quo hereditas ipsa tota peteretur si eam reus totam possideret aut si hereditas oculis cerni & digito demonstrari tota possit. Itaque non eo minus intendet petitor totam hereditatem suam esse quod possessor non nisi rem vniam hereditariam eamque minimam possideat, *l. licet minimam 10. supr. tit. 1.* Vel ob id maxime vt appareat totam illam rem restitui debere petitori quamuis non sit tota hereditas, sicut è contrario si pars tantum hereditatis ei competit, debet dicere partem hereditatis duntaxat suam esse, vt reus intelligat partem tantum à se peti eius rei quam possidet licet pars quæ petitur longè pluris sit, quam quanti res illa tota est. Qui ergo totam hereditatem petit, totam quoque rem hereditariam vindicat quæ à reo possidetur. Qui verò partem duntaxat hereditatis petit, partem quoque duntaxat rei occupatæ vindicat.

pianus ait. Ergo cum & eam quisque partem petere debeat quam intendit ad se pertinere, & eam quisque partem defendere quam possidet, Consequens omnino est vt aduersus ambos petitores debeat vnusquisque possessorum partem suam defendere & vnusquisque ex actoribus totam petitionem suam à singulis possessoribus petere. Fit enim hoc ex necessitate iuris & actionis, pendetque partim ex eo quod superiore §. dictum est ius actionis huius ex iure petitoris metiendum esse, non ex occupatione possessoris.

a *Et si possessor.* Parum refertan iuxta vulgarem editionem legamus, *Proinde & si possessor*, an verò vt in Pand. Florent. *pro herede* post illa verba *sed ambo vtriusque*. Bonus enim sensus vterque est. Ratio dubitandi. Difficile est vt quis in eodem iudicio duorum partes sustineat, *l. si plures 9. vers. difficile sup. De pact.* Nimirum actoris & rei, quorum vtrique distinctæ personæ esse debent, præterquam in tribus illis iudiciis quæ ob eam causam mixta & duplicia appellantur Familiæ heriscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, *l. in tribus 13. supr. de iudic. l. 2. §. 1. infr. Commun. diui. l. iudicium 10. infr. Fin. regund. l. actionis 37. §. 1. infr. De oblig. & action.* In quo numero hereditatis petitio non habetur. Ergo si possessor & petitor simul possideant hereditatem cuius partem dimidiam vnusquisque sibi asserat non

non possunt inuicem petere hereditatem vt singuli partes singularum rerum consequantur. Sed iudicio Familiæ heriscundæ experiri eos oportet ad faciendam singularum rerum diuisionem. Præsertim cum per hereditatis petitionem non aliud consequi possint, quam vt pronuncietur ad singulos partem hereditatis pertinere *l. non possumus 7. infr.* Quod ipsum tamen in confesso esse videtur cum is qui partem duntaxat hereditatis sibi adferit non reluctetur quominus alia pars aduersario adiudicetur.

Dec. Potest fieri facile & sit plerumque vt qui se non nisi pro parte heredem dicit non ideo tamen fatetur velit aduersarium sibi esse pro alia parte coheredem. Quod cum euenit non potest inter eos accipi iudicium Familiæ heriscundæ, quod vtrique accipi non potest qui se inuicem coheredes fateantur. Nam cum per diuisionem rerum hereditariam necesse sit transferri dominium hinc inde vt quod erat commune pro parte fiat alterutrius in solidum necesse omnino est vt qui hereditatem diuidunt veri sint coheredes. Alioqui quomodo transferret vnus in alium dominium quod ipse non haberet? Id enim est quod dici solet Diuisionem obtinere vicem emptionis *l. 1. C. commun. vtr. iudic. & esse speciem alienationis l. si pupillorum 7. infr. De reb. cor. qui sub. tutel.* Interim ergo hereditatis petitio instituenda est per quam disceptetur ad quos hereditas pertineat, vt ita sciri possit qui sint veri coheredes, inter quos postea familiæ heriscundæ iudicium accipiatur *l. 1. §. 1. l. cum putarem 43. §. Famil. herisc. l. in familia 20. C. eo.* Hoc verò non aliter fieri potest quam si inuicem petant hereditatem vt eorum quisque consequatur partem rerum hereditariam quas aduersarius possideat qui se coheredem dicit, nec vult vicissim aduersarium coheredem admittere. Planè si fateantur se inuicem coheredes non aliud iudicium accipere possunt, quam Familiæ heriscundæ, cum petitio hereditatis contra eum dari nunquam possit contra eum qui verus heres est pro ea parte quam defendit, sed contra eum duntaxat, qui vel pro herede possidet cum heres non sit vel pro possessore *l. regulariter 9. & 11. & 12. & pass. sup. tit. proxim.* Nec verendum est vt accepto iudicio Familiæ heriscundæ fiat præiudicium hereditati de qua inter eos qui se coheredes fateantur nulla est, neque potest esse controuersia *d. l. 1. Famil. herisc.* Quod si propter controuersiam que sit de hereditate instituenda sit pe-

titio hereditatis inter petitorem & possessorem inuicem agentes. Non ideo tamen poterit hæc actio dici duplex aut mixta eo sensu quo tres illæ actiones quas supra retulimus, & mixtæ & duplices dicuntur, Nempe quia non pro eadem re & parte competunt, sed pro diuersis. Vnoquoque partem hereditatis vniam, & alio aliam sibi adferente. Erunt igitur hoc casu duæ actiones, non vna actio, quæ sit duplex. Nam quæ duplex est datur etiam possidenti. Petitio autem hereditatis nunquam possidenti datur. Vnde est quod pro ea parte quæ quis possidet quamuis negetur coheres iudicium tamen familiæ heriscundæ potest accipere, in quo iudicio erit disceptandum necessarid an coheres ille sit necne, quia petere hereditatem non possit etiam si maxime vellet eum possideat *d. l. 1. l. fundus qui 51. §. 1. Famil. herisc.* Cæterum non videtur quisque ex litigatoribus partem suam habere quousque partem illam habeat in qualibet re hereditaria licet aliud sit in pecunia hereditaria cuius is qui pro parte coheres est, partem acceperit, vt in *l. Titius cum quo 62. infr. pro socio.* Ideò fortasse quoniam pecunia ex vnaquaque re potest redigi, res ex re non potest *l. cum pater 77. in princip. De legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis ad SC. Trebell.* Et pecunia recipit functionem in suo genere, species verò non ite *l. 2. §. mutui infr. De reb. credit.* Aliud quoque est si agatur de re quæ pro diuiso possideatur, Quod in re singulari immobili euenire facile potest, At in hereditate nunquam vt nec in re mobili, Et ob id aliud in hereditatis petitione obtinet hac parte, Aliud verò in rei vindicatione. *l. Pomponius 8. infr. De rei vindic.* Sola namque indiuisio illa est, quæ hanc mutæ petitionis hereditatis necessitatem inducit inter eos quorum vnusquisque non nisi dimidiam partem hereditatis suam esse contendat. Idem iuris est in pignore rei communis pro indiuiso licet postea sit diuisa *l. si consenserit 7. §. vlt. infr. Quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Et in usufructu communiter legato pluribus à pluribus *l. si mihi & tibi 49. infr. De usufr.* Simile quiddam est in *l. 1. §. filio infr. De conuict. cum emancip. liber. eius.* Interdum tamen etiam in hereditate & hereditatis petitione sit compensatio partis ad partem, Vt in specie §. item si cum *infr.* vbi dicimus, Nec quisquam putet parum referre an Familiæ heriscundæ agatur an petitione hereditatis. Habent enim illa iudicia sicuti diuersas litigantium intentiones, ita & alias atque alias præstationes *d. l. fundus qui 51. §. 1. in fin. §. Famil. herisc.*

3 ¶ Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus coheres haberet sua parte: vtrum à solo extraneo, an verò & à coherede deberem petere hereditatem, quæritur. Et Pegasus fertur existimasse, à solo extraneo me petere debere: eumque restitutum, quidquid possidet, & fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. cæterum ratio facit, vt à duobus petam hereditatem, hoc est à coherede meo: & ille quoque dirigat actionem aduersus extraneum possessorem, sed Pegasus sententia vtilior est.

*Ad §. 3. Si ergo.*

Ratio dubitandi. Cum ergo ex parte me dico heredem, coheres autem meus possidet hereditatem cum extraneo, & quidem pro indiuiso vt bene nostri interpretantur, non pro diuiso, ita tamen vt appareat coheredem meum non plus habere sua parte, quia scilicet suam tantum partem sibi adferat, ratio sanè iuris facit vt ab vtroque petere

debeam hereditatem, id est & à coherede meo & ab extraneo, & rursum vt coheres meus etiam aduersus extraneum petitionem pro sua parte dirigere debeat. Quoniam non solus extraneus partem meam possidet, sed vterque nec rursum extraneus meam duntaxat partem possidet sed etiam coheredis. Ergo non potest defendi quod dicebat Pegasus à solo extraneo hereditatem petere me de-

here. Secundum ea quæ diximus ad initium §. præcedentis.

Dec. Pro Pegaso faciat ratio illa æquitatis, quod perinde possum ius meum consequi, & partem totam quæ ad me pertinet agendo contra extraneum solum atque si agerem simul etiam contra coheredem: Quid enim consecutus essem agendo contra vtrumque? Nimirum partem meam solum, non etiam partem mei coheredis, qui nihil amplius sua parte possidet. Cur ergo mihi liceat coheredem inquietare? Aut quid prodest circuitu hunc inducere cum brevius res expediri possit? arg. *l. dominus 15. j. De condit. indeb. l. si post mortem 10. §. ult. j. De bonor. poss. contr. tabul.* Quod enim solent philosophi dicere, Non esse faciendum per plura quod æquè commodè aut etiam interdum commodius fieri possit per pauciora, Id prudentes quoque nostri facile admittunt, ad eò ut celeritate cõiungendarum actionũ vnam interdum occultari patiantur *l. 3. §. sed si debitor em j. De donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. j. De reb. credit.* quod breui manu feri dicunt *l. licet 43. §. 1. De iur. dor.* Est igitur Pegasi sententia vtilior, id est æquior, Æquitatem enim ciuili legislator æstimare solet ex vtilitate publica propter legem illam duodecim tabularum *salus populi suprema lex esto*, vt sæpius monuimus. Petam itaque à solo extraneo partem illam heredi-

4 ¶ Item si, cum me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem deinde residuum sextantem velim persequi qualiter agam, videamus. Et Labeo scribit, vtiq; partem dimidiam me petere debere à singulis: sic fieri, vt à singulis sextantem consequar: & habeo bessẽm. quod verum puto: sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente, quem possidebam. & id eò officio iudicis inuicem compensatio erit admittenda eius, quod possideo, si fortè coheredes sint, à quibus hereditatem peto.

Ad §. 4. Item si, cum.

Ratio dubitandi. Samenda est ex iis quæ ad §. proximum scripsimus pro ratione decidendi. Nam siue ponas cum Accursio, Bartolo, & aliis fuisse communem hereditatem inter duos ita vt ad vnũ quemque ipsorum dimidia pars hereditatis pertineret, nec tamen possedisse eos singulos nisi trientem, Reliquum verò trientem possessum fuisse ab extraneo. Dicendum erit secundum Pegasi sententiam quam Vlpianus vt æquiorẽ & vtiliorem probauit, à solo extraneo nõ etiam à coherede petitorẽ qui se ex dimidia parte heredem dicit, debere sextantem reliquum petere cum coheres non solum nihil amplius parte sua possideat vt in præcedente §. sed ne quidem partem suam integram quia trientem tantum habet qui semissem habere deberet. Siue ponas fuisse ambos possessores coheredes sed singulos ex quadrantibus cum se dicerent heredes ex trientibus (Quod certè postremis illis Vlpiani verbis conuenientius est *si forte coheredes sint à quibus hereditatem peto*, nec in toto §. vltũ de extraneo possidente verbum est) longè maior ratio est quam in specie §. præcedentis, vt non debetur petere actor à singulis sextantem, sed vnciam duntaxat, cum alioqui quantum ab ipsis supra vnciam ex cuiusque portione consecutus est tantum ex sua portione, quam iam possidet sit eis redditurus. Alioqui bessẽm haberet qui non nisi semissem habere se contendit. Neque verò æquitatis tantum, sed etiam iuris ratio repugnare videtur quominus ei qui semissem tantum petit permittra-

tatis quam ad me pertinere dico. Nec inquietat coheredem meum qui nihil nisi partem suam possidet. Ex quo magis intelligimus debere hanc legem accipi de coherede qui cum extraneo hereditate totam pro indiuiso possideat. Nam si pro diuiso possideret, nulla esset ratio æquitatis, quæ faceret vt à coherede nihil petere deberem. Alio, qui earum rerum quas ipse pro diuiso possideret nulla pars ad me pertinere posset, quod absurdum planè ac iniquum esset. Ita enim fieret, vt inuitus cogere stare diuisioni quam ipse cum extraneo fecisset. Ceterum officio iudicis hoc faciendum est, vt Vlpianus hinc ait non vi actionis cum fiat contra stricti iuris rationem. Aliud est in iudicio familiaris circundæ, quippe quod contra solum coheredem datur, non vt petitio hereditatis etiam contra extraneum licet coheres nihil amplius sua parte habeat *l. item Labeo 22. in princip. infr. fam. l. erciscund.* Item in actionibus personalibus, qui ex coheredibus partem duntaxat suam à debitore hereditario accepit, conueniri eò nomine à suis coheredibus non magis summo iure, quam ex æquitate potest *l. Lucius 38. cod. l. vlt. C. de poss. l. filio 15. l. mater decedens 19. vers. præterea supr. De inoff. testam.* Personales enim actiones ipso iure per legem 12. tabul. inter coheredes diuiduntur.

mus consequi bessẽm. Præsertim cum videri possit etiam dolo malo facere quod iisdem restituendus est statim, Ex vulgata iuris regula *l. dolo facit 8. j. De doli mal. except. l. in cõdemnatione 173. §. vlt. De regul. iur.* In summa quæ ratio æquitatis facit vt coheres qui nihil amplius sua parte possidet conueniri nullomodo possit secundum prædictam Pegasi sententiam conueniri nullomodo possit. Ita & cum aliquid amplius sua parte possidet, vt in specie huius §. non videtur permittendum vt ultra id quod supra suam partem possidet conueniatur. Ergo non nisi pro vncia singuli non etiam pro sextante.

Dec. Is qui partem hereditatis petit ius suæ petitionis non ex eo meretur quod possessores occupat sed ex suo iure §. supr. Atquin hic petitor dicit se heredem ex semisse. Ergo licet coheredes quin singuli occupant trientes sint heredes singuli ex quadrantibus, Attamen vt petitor sextantem qui ei abest consequatur, debet necessariò tanquam heres pro semisse, cuiusque trientis semissem vindicare. Esset enim per absurdum vt qui se pro dimidia parte heredem diceret vnciam duntaxat in cuiusque triente vindicaret. At quoniam ita fiet vt qui non nisi ex semisse heredem se dicit, bessẽm consequatur, tenetur vtiq; vt coheredibus suis restituat pro æquis portionibus sextantem ex triente quem possidebat. Cum sicuti vult & debet habere semissem in coheredum portionibus, ita nec eius portionis quam possidet nisi semissem habere debeat, sic eueniet vt totius hereditatis semissem habere inueniatur, singuli verò coheredes suum quisque

quisque quadrantem. Et hoc sanè iuris ratio euincit omnino & necessariò, sed quia iuris huius executio nihil nisi circuitum haberet ac sine effectu esset quantum ad eam partem quam petitor hic à coheredibus peteret, tantundem illis ex eo quod possidet redditurus. Bene Vlpianus subiungit, officio iudicis qui de hereditate cognosceret, contineri vt inuicem admittat compensationem eius quod iam petitor possidet cum eo quod petit supra sextantem. Et in compensatione ista iure Pandectarum opponi non poterat exceptio in actionibus in rem, quod primò inductum est Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de compens. officio* tamen iudicis potuit habere locum iam olim in actionibus bonæ fidei qualis est factus semper petitio hereditatis *l. vlt. in fin. C. de pet. her. ed. §. actionum & §. in bonæ fidei. Instit. de actionib.* Neque tamè ex ultimandum est compensationem hinc fieri speciei ad speciem, & corporis ad corpus, quod sanè durius esset nisi partibus consentientibus, quomodo hunc locum videtur intellexisse Bartolus post Accursium quod planè commentitiũ est, sed partium inuicem hereditarium, Quæ cum omnes in iure consistant, facile recipiunt functionem in suo genere, & id eò commodissimè admittunt compensationem. Quod nec Bartolus negat cum partes sunt cõmunes pro indiuiso, Ex *l. deducita 8. §. acceptis aliis §. numeris j. ad SC. Trebell. l. vnum ex familia 67. §. sed si vno de legat. 2. l. filii qui 24. C. fam. l. ercisc.* Sed negat Bartolus, & rectè posse huiusmodi compen-

5 ¶ Interdum prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis interuenientibus, vt puta est defuncti fratris filius, sunt & vxores defunctorum fratrum prægnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Acquissimum igitur est, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, vbi quæque meritò quis incertus est quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi.

Ad §. vlt. Interdum.

Ratio dubitandi. Non est admittenda petitio incerta nec libellus incertus, vt interpretes loquuntur, aut obscurus, siue quod actor de iure suo certus esse debeat antequam aduersarium vocet in ius, & ad iudicium pronocet, siue quod cum libellus actoris aut incertus sit aut obscurus non facile possit reus deliberare an debeat contendere vel cedere *l. sup. De edend. Auth. offeratur C. de lit. cõtest.* Ergo qui partem hereditatis petit debet exprime certam partem quam petat. Cum fieri possit vt si petatur maior pars velit reus contendere qui cederet statim ac libenter si minor peteretur. Vnde & nata sunt exceptiones illæ pragmatici vulgo appellant *pluripetitionis* quoties quis siue in re alia actione, siue in personali maiorem partem petit quam quæ competit. Et quæ res plerumque meretriciam præbet condemnationis aut saltem compensationis expensarum licis pro casuum diuersitate, vt in Codice nostro scriptum sub *tit. De fructib. & lit. expens.*

Dec. Ex causa idonea plerumque accidit vt permittenda sint multa quæ alioqui non permetterentur. Fit enim semper iustè quicquid sit ob aliquam causam idoneam. Causa verò iusta vel idonea magis esse nulla potest quam quæ ex mera siue facti siue iuris necessitate proficitur. Siquidem semper iustum est quod est necessarium. Id enim est quod iactari vulgo solet, & nos sæpius usurpau-

sationem habere locum in partibus communibus pro diuiso, quia fieret compensatio corporum ad corpora, quæ tamen fictionem in suo genere non recipiunt *l. 2. §. mutui infr. de reb. credit.* Et deò tandem eò recedit Bartolus, vt dicat in specie huius §. compensationem fieri, vel partibus volentibus, vel merito iudicis officio, quomodo, inquit, ad indicationes fieri solent in iudicio diuisorio, non pet modum compensationis. Quod vtrumque commentitium est & alienum à verbis huius §. nisi in eo quod ait fieri compensationem hanc officio iudicis. In quo ipso tamen non animaduertit ita loqui Vlpianum, vt dicat *officio iudicis admittendæ compensationem.* Illis enim verbis exprimit factis loqui se de compensatione opposita petitori & quidem per modum compensationis. Quid ergo est quod Accursius & Bartolus hinc inuoluit vt e noluerit non potuerint? Nimirum quod ponunt partes siue communes pro diuiso, quas ponere debuerunt communes pro diuiso. Ne autem pro indiuiso communes diceret voluerint illud in causa fuit quod putarent ita futurum vt hic §. pugnaret cum præcedente, in quo dictum est non posse petitorẽ agere cum coherede qui nihil amplius sua parte possideat, sed tantum cum extraneo quem ponit hic interuenisse & trientem hereditatis possidisse. Quod certè non ita est. Ambo enim possessores erant coheredes, sed pro quadrantibus & trientem singuli possidebant, vt ex ipsis §. verbis pbauimus. In eoque differt species huius §. à specie superioris.

mus, Necessitatem facere licitum quod alioquin esset illicitum *l. 3. C. de locat. cap. quod non est De regul. iur. in 6. l. quæ propter 162. j. cod. il. tit. l. 2. C. de patrib. qui sitos distrax.* Impossibilitas etiã iustissima causa est propter quam nemo sit arcandus vt id faciat quod facere non possit, cum vt habet iuris regula impossibile nullam sit obligatio, & quod fieri impossibile est id non fieri sit necessarium, ita enim necessarium & impossibile apud Logicos conuertuntur, Atqui interdum talis casus euenit vt quænis certum si partem aliquam hereditatis actori competere, dici tamen certò non possit quanta & quota pars illa sit. Vt puta si frater decesserit præmortuis iam fratribus (alioqui fratres soli superstites tanquam agnati proximi iure Pandectarum succederent exclusis fratrum filiis vt pote vno gradu remotioribus *l. 2. §. hac hereditas j. De suis & legit.*) sed superstite vnus fratris filio iam nato, & vxoribus prædefunctorum aliorum fratrum prægnantibus. Certum est fratris filio iam nato partem aliquam hereditatis competere cum à nullo promixiore agnato antenueratur aut antenuerit possit. Sed quota pars illa sit planè incertum est, cum incertum sit quot edentur fratrum defunctorum filii cum quibus ipse in capita vtiq; successurus est *d. §. hac hereditas*, quamvis hoc apud Deum sit certum vt bene hinc Accursius loquitur, & melius quam Paulus noster in *l. sed et si 28. §. vlt. §. iudic. vbi* ait in rerum natura esse certa omnia cum futura



vtique id est omnimodo & necessario fierent: Reipiciens scilicet ad nescio cuius fati necessitatem quam neque vera Philosophia, neque religionis nostrae veritas admittit, vt ibidem scripsimus. Atque quissimum igitur in id necessarium est incertae partis vindicationem ei concedi. Et generaliter nec nimis audenter dici potest, Vbi cumque merito quis incertus est, id est non tam suo quam ipsius naturae factio quam partem vindicet debere ei incertae partis vindicationem concedi. Quamquam absurdum huius euitandi gratia, & ne incertae partis vindicatio contra vulgarem iuris regulam admittetur, placuit tandem prudentibus vt inspecto eo quod fieri non admodum raro potest quartam partem interim petere debeat is qui iam natus est, quoniam fieri non raro solet vt Trigemini nascantur, Vt vero plures nascantur, licet interdum fieri possit, rarius tamen est, quam vt ex eo ius constitui debeat l. 3. 4. §. 1. sup. De legib. Et ita scriptum est in l. antiqui 3. in §. hoc tit. Secundum quam sententiam in proposito specie dicendum esset plurium fratrum praedefinitorum vxoribus praegnantibus relicta non nisi octauam totius hereditatis partem alterius fratris filio superstiti assignandam esse. Sed ea res non facit quin semper verum sit quod hic dicitur partis incertae vindicationem dari, quoniam haec quarta vel octava pars quae interim assignatur non absolute vindicatur, sed interim, ac proinde vt Accursius bene interpretatur cum adiectione incertae partis, cum pro numero liberorum quos postea continget nasci vel plures vel pauciores relicto ei pro rata vel ad crescere debeat vel decretere, quomodo subiicitur ad d. l. ant. in §. ex eodem nostro Vlpiano in l. §. si pauciores 4. §. ead. Sed hoc temperamento vitium vt aliquam partem interim habere possit & possidere filias iam natus, quem iniquum esset interim nihil habere. Hodie tamen aliud probandum esset postquam Iustiniano placuit 27. in §. u. 3. De hered. ab intest. venient. vnde supra est Auth. post fratres C. de leg. hered. vt fratrum filii succedant patruo non in capita vt olim, sed in stirpes, siue succedant cum patruo, qui casus nullam habet dubitationem, siue soli si Accursii & Barroli sententiam sequi malis quam Azonis qui hoc posteriore casu hereditatem

## 2. G A I V S libro sexto ad Edictum Prouinciale.

**S**I ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos, qui adierint, si petant hereditatem, non maiorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris aduentibus, nec eis proderit, si ceteri non adierint. Non aduentibus autem ceteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modò ad eos pertinerent.

### Ad l. Si ex pluribus 1.

Ratio dubitandi. Cum ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet, id est quibus delata fuit siue ex testamento siue ab intestato vnus tantum adit hereditatem ceteris adhuc deliberantibus, aut adire impeditis propter adiectam institutioni conditionem quae nondum extiterit, sed adhuc in suspensio sit, verum est interim solum heredem illum esse qui adit. Ergo interim admittendus est ad petendam totam hereditatem, Exemplo eius quod scriptum est in l. sub conditione 10. §. 1. in §. De assignand. libert. de libertis pluribus assignato vni pure alii sub conditione interim esse illum totum eius

etiam hodie in capita diuidendam esse existimabat. Nos Accursii opinionem, licet iam ab omnibus ferè tribunalibus explosam secuti sumus & pluribus rationibus comprobauimus in ea Disputatione forensi quam ante multos annos edidimus post Tractatum nostrum De numerariis solutionibus, vt exemplo esset & argumeto qua methodo plures alias forenses disputationes scribere ac persequi vellemus in his libris quos tum meditabamur, priusquam Chliadis nostrae De erroribus pragmaticorum & interpretatione iuris conscribenda institutum quod fauente Deo iam peregrinus, cepissemus. Quod verò hic rursus Azonem & Ioannem pugnantem video an hic §. de aut aut alterius ascendente hereditate intelligi debeat, an potius de successione patrum aut alterius coisulber trahatur saltem aliene est à verbis huius §. in quibus euidentissimum est tractari de patrum successione in qua tunc casu per capita sed semper in stirpes eo iure succedebatur. Sed non eo minus verum est in ascendente quoque successione talis quid tractari iam olim potuisse, quod neque Accursius, neque Bartolus aut alius quicumque interpretum videretur obseruasse. Nam vt olim nepotes & pronepotes haberent ius representationis in infinitum in successione ascendente, ideoque semper in stirpes succederent, nunquam verò in capita, non erat ius commune omnibus descendens, sed proprium suorum heredu, de quibus solis lex Veileia locuta fuerat vt in parentum suorum locum succederent l. Gaius 29. §. videndum §. De liber. & post. Itaque ad solos nepotes & pronepotes ex masculis iudicantibus suis heredibus illud ius pertinebat non etiam ad nepotes aut pronepotes ex filiabus in quibus hoc idem ipsum Iustinianus prius constituit, iusque ius & privilegium representationis concessit ea constitutione quam ipse refert, & confirmat in §. vlt. In §. de heredit. que ab intest. deser. Ex quo loco apparet manifestè quod generaliter scriptum antea fuerat in §. cum filius vult. & quia placuit cod. tit. de nepotibus & pronepotes indistinctè ad eos solos nepotes & pronepotes restringendum esse qui in locum parentum succedendo sui heredes fieri possent: Vt pluribus à nobis traditum est De cad. §. 1. De error. pragmat.

cui assignatus fuit. Itemque de usufructu qui legatus sit vni pure, alteri sub conditione, interim totum ad eum solum cui pure legatus est pertinere l. idem et §. 6. §. similibus §. De usufr. ad cres. Denique de fideicommissaria hereditate pluribus restituentibus, Vni similiter, pure, alteri verò sub conditione, Esse interim totam illam restituendam ei qui pure fideicommissarius est, in eumque solum transire ex Trebelliano actiones postea transituras in alium adeoque ipso iure si condicio extiterit, & is fideicommissum suscipere voluerit l. 1. §. sed & quoties in §. ad SC. Trebell.

Dec. Ea demum hereditas peti potest quae delata

Iata fuit cum nec alia possit acquiri per aditionem quam quae delata est per legem siue ex testamento siue ab intestato l. 1. 2. §. 3. §. 4. §. 5. §. 6. §. 7. §. 8. §. 9. §. 10. §. 11. §. 12. §. 13. §. 14. §. 15. §. 16. §. 17. §. 18. §. 19. §. 20. §. 21. §. 22. §. 23. §. 24. §. 25. §. 26. §. 27. §. 28. §. 29. §. 30. §. 31. §. 32. §. 33. §. 34. §. 35. §. 36. §. 37. §. 38. §. 39. §. 40. §. 41. §. 42. §. 43. §. 44. §. 45. §. 46. §. 47. §. 48. §. 49. §. 50. §. 51. §. 52. §. 53. §. 54. §. 55. §. 56. §. 57. §. 58. §. 59. §. 60. §. 61. §. 62. §. 63. §. 64. §. 65. §. 66. §. 67. §. 68. §. 69. §. 70. §. 71. §. 72. §. 73. §. 74. §. 75. §. 76. §. 77. §. 78. §. 79. §. 80. §. 81. §. 82. §. 83. §. 84. §. 85. §. 86. §. 87. §. 88. §. 89. §. 90. §. 91. §. 92. §. 93. §. 94. §. 95. §. 96. §. 97. §. 98. §. 99. §. 100. §. 101. §. 102. §. 103. §. 104. §. 105. §. 106. §. 107. §. 108. §. 109. §. 110. §. 111. §. 112. §. 113. §. 114. §. 115. §. 116. §. 117. §. 118. §. 119. §. 120. §. 121. §. 122. §. 123. §. 124. §. 125. §. 126. §. 127. §. 128. §. 129. §. 130. §. 131. §. 132. §. 133. §. 134. §. 135. §. 136. §. 137. §. 138. §. 139. §. 140. §. 141. §. 142. §. 143. §. 144. §. 145. §. 146. §. 147. §. 148. §. 149. §. 150. §. 151. §. 152. §. 153. §. 154. §. 155. §. 156. §. 157. §. 158. §. 159. §. 160. §. 161. §. 162. §. 163. §. 164. §. 165. §. 166. §. 167. §. 168. §. 169. §. 170. §. 171. §. 172. §. 173. §. 174. §. 175. §. 176. §. 177. §. 178. §. 179. §. 180. §. 181. §. 182. §. 183. §. 184. §. 185. §. 186. §. 187. §. 188. §. 189. §. 190. §. 191. §. 192. §. 193. §. 194. §. 195. §. 196. §. 197. §. 198. §. 199. §. 200. §. 201. §. 202. §. 203. §. 204. §. 205. §. 206. §. 207. §. 208. §. 209. §. 210. §. 211. §. 212. §. 213. §. 214. §. 215. §. 216. §. 217. §. 218. §. 219. §. 220. §. 221. §. 222. §. 223. §. 224. §. 225. §. 226. §. 227. §. 228. §. 229. §. 230. §. 231. §. 232. §. 233. §. 234. §. 235. §. 236. §. 237. §. 238. §. 239. §. 240. §. 241. §. 242. §. 243. §. 244. §. 245. §. 246. §. 247. §. 248. §. 249. §. 250. §. 251. §. 252. §. 253. §. 254. §. 255. §. 256. §. 257. §. 258. §. 259. §. 260. §. 261. §. 262. §. 263. §. 264. §. 265. §. 266. §. 267. §. 268. §. 269. §. 270. §. 271. §. 272. §. 273. §. 274. §. 275. §. 276. §. 277. §. 278. §. 279. §. 280. §. 281. §. 282. §. 283. §. 284. §. 285. §. 286. §. 287. §. 288. §. 289. §. 290. §. 291. §. 292. §. 293. §. 294. §. 295. §. 296. §. 297. §. 298. §. 299. §. 300. §. 301. §. 302. §. 303. §. 304. §. 305. §. 306. §. 307. §. 308. §. 309. §. 310. §. 311. §. 312. §. 313. §. 314. §. 315. §. 316. §. 317. §. 318. §. 319. §. 320. §. 321. §. 322. §. 323. §. 324. §. 325. §. 326. §. 327. §. 328. §. 329. §. 330. §. 331. §. 332. §. 333. §. 334. §. 335. §. 336. §. 337. §. 338. §. 339. §. 340. §. 341. §. 342. §. 343. §. 344. §. 345. §. 346. §. 347. §. 348. §. 349. §. 350. §. 351. §. 352. §. 353. §. 354. §. 355. §. 356. §. 357. §. 358. §. 359. §. 360. §. 361. §. 362. §. 363. §. 364. §. 365. §. 366. §. 367. §. 368. §. 369. §. 370. §. 371. §. 372. §. 373. §. 374. §. 375. §. 376. §. 377. §. 378. §. 379. §. 380. §. 381. §. 382. §. 383. §. 384. §. 385. §. 386. §. 387. §. 388. §. 389. §. 390. §. 391. §. 392. §. 393. §. 394. §. 395. §. 396. §. 397. §. 398. §. 399. §. 400. §. 401. §. 402. §. 403. §. 404. §. 405. §. 406. §. 407. §. 408. §. 409. §. 410. §. 411. §. 412. §. 413. §. 414. §. 415. §. 416. §. 417. §. 418. §. 419. §. 420. §. 421. §. 422. §. 423. §. 424. §. 425. §. 426. §. 427. §. 428. §. 429. §. 430. §. 431. §. 432. §. 433. §. 434. §. 435. §. 436. §. 437. §. 438. §. 439. §. 440. §. 441. §. 442. §. 443. §. 444. §. 445. §. 446. §. 447. §. 448. §. 449. §. 450. §. 451. §. 452. §. 453. §. 454. §. 455. §. 456. §. 457. §. 458. §. 459. §. 460. §. 461. §. 462. §. 463. §. 464. §. 465. §. 466. §. 467. §. 468. §. 469. §. 470. §. 471. §. 472. §. 473. §. 474. §. 475. §. 476. §. 477. §. 478. §. 479. §. 480. §. 481. §. 482. §. 483. §. 484. §. 485. §. 486. §. 487. §. 488. §. 489. §. 490. §. 491. §. 492. §. 493. §. 494. §. 495. §. 496. §. 497. §. 498. §. 499. §. 500. §. 501. §. 502. §. 503. §. 504. §. 505. §. 506. §. 507. §. 508. §. 509. §. 510. §. 511. §. 512. §. 513. §. 514. §. 515. §. 516. §. 517. §. 518. §. 519. §. 520. §. 521. §. 522. §. 523. §. 524. §. 525. §. 526. §. 527. §. 528. §. 529. §. 530. §. 531. §. 532. §. 533. §. 534. §. 535. §. 536. §. 537. §. 538. §. 539. §. 540. §. 541. §. 542. §. 543. §. 544. §. 545. §. 546. §. 547. §. 548. §. 549. §. 550. §. 551. §. 552. §. 553. §. 554. §. 555. §. 556. §. 557. §. 558. §. 559. §. 560. §. 561. §. 562. §. 563. §. 564. §. 565. §. 566. §. 567. §. 568. §. 569. §. 570. §. 571. §. 572. §. 573. §. 574. §. 575. §. 576. §. 577. §. 578. §. 579. §. 580. §. 581. §. 582. §. 583. §. 584. §. 585. §. 586. §. 587. §. 588. §. 589. §. 590. §. 591. §. 592. §. 593. §. 594. §. 595. §. 596. §. 597. §. 598. §. 599. §. 600. §. 601. §. 602. §. 603. §. 604. §. 605. §. 606. §. 607. §. 608. §. 609. §. 610. §. 611. §. 612. §. 613. §. 614. §. 615. §. 616. §. 617. §. 618. §. 619. §. 620. §. 621. §. 622. §. 623. §. 624. §. 625. §. 626. §. 627. §. 628. §. 629. §. 630. §. 631. §. 632. §. 633. §. 634. §. 635. §. 636. §. 637. §. 638. §. 639. §. 640. §. 641. §. 642. §. 643. §. 644. §. 645. §. 646. §. 647. §. 648. §. 649. §. 650. §. 651. §. 652. §. 653. §. 654. §. 655. §. 656. §. 657. §. 658. §. 659. §. 660. §. 661. §. 662. §. 663. §. 664. §. 665. §. 666. §. 667. §. 668. §. 669. §. 670. §. 671. §. 672. §. 673. §. 674. §. 675. §. 676. §. 677. §. 678. §. 679. §. 680. §. 681. §. 682. §. 683. §. 684. §. 685. §. 686. §. 687. §. 688. §. 689. §. 690. §. 691. §. 692. §. 693. §. 694. §. 695. §. 696. §. 697. §. 698. §. 699. §. 700. §. 701. §. 702. §. 703. §. 704. §. 705. §. 706. §. 707. §. 708. §. 709. §. 710. §. 711. §. 712. §. 713. §. 714. §. 715. §. 716. §. 717. §. 718. §. 719. §. 720. §. 721. §. 722. §. 723. §. 724. §. 725. §. 726. §. 727. §. 728. §. 729. §. 730. §. 731. §. 732. §. 733. §. 734. §. 735. §. 736. §. 737. §. 738. §. 739. §. 740. §. 741. §. 742. §. 743. §. 744. §. 745. §. 746. §. 747. §. 748. §. 749. §. 750. §. 751. §. 752. §. 753. §. 754. §. 755. §. 756. §. 757. §. 758. §. 759. §. 760. §. 761. §. 762. §. 763. §. 764. §. 765. §. 766. §. 767. §. 768. §. 769. §. 770. §. 771. §. 772. §. 773. §. 774. §. 775. §. 776. §. 777. §. 778. §. 779. §. 780. §. 781. §. 782. §. 783. §. 784. §. 785. §. 786. §. 787. §. 788. §. 789. §. 790. §. 791. §. 792. §. 793. §. 794. §. 795. §. 796. §. 797. §. 798. §. 799. §. 800. §. 801. §. 802. §. 803. §. 804. §. 805. §. 806. §. 807. §. 808. §. 809. §. 810. §. 811. §. 812. §. 813. §. 814. §. 815. §. 816. §. 817. §. 818. §. 819. §. 820. §. 821. §. 822. §. 823. §. 824. §. 825. §. 826. §. 827. §. 828. §. 829. §. 830. §. 831. §. 832. §. 833. §. 834. §. 835. §. 836. §. 837. §. 838. §. 839. §. 840. §. 841. §. 842. §. 843. §. 844. §. 845. §. 846. §. 847. §. 848. §. 849. §. 850. §. 851. §. 852. §. 853. §. 854. §. 855. §. 856. §. 857. §. 858. §. 859. §. 860. §. 861. §. 862. §. 863. §. 864. §. 865. §. 866. §. 867. §. 868. §. 869. §. 870. §. 871. §. 872. §. 873. §. 874. §. 875. §. 876. §. 877. §. 878. §. 879. §. 880. §. 881. §. 882. §. 883. §. 884. §. 885. §. 886. §. 887. §. 888. §. 889. §. 890. §. 891. §. 892. §. 893. §. 894. §. 895. §. 896. §. 897. §. 898. §. 899. §. 900. §. 901. §. 902. §. 903. §. 904. §. 905. §. 906. §. 907. §. 908. §. 909. §. 910. §. 911. §. 912. §. 913. §. 914. §. 915. §. 916. §. 917. §. 918. §. 919. §. 920. §. 921. §. 922. §. 923. §. 924. §. 925. §. 926. §. 927. §. 928. §. 929. §. 930. §. 931. §. 932. §. 933. §. 934. §. 935. §. 936. §. 937. §. 938. §. 939. §. 940. §. 941. §. 942. §. 943. §. 944. §. 945. §. 946. §. 947. §. 948. §. 949. §. 950. §. 951. §. 952. §. 953. §. 954. §. 955. §. 956. §. 957. §. 958. §. 959. §. 960. §. 961. §. 962. §. 963. §. 964. §. 965. §. 966. §. 967. §. 968. §. 969. §. 970. §. 971. §. 972. §. 973. §. 974. §. 975. §. 976. §. 977. §. 978. §. 979. §. 980. §. 981. §. 982. §. 983. §. 984. §. 985. §. 986. §. 987. §. 988. §. 989. §. 990. §. 991. §. 992. §. 993. §. 994. §. 995. §. 996. §. 997. §. 998. §. 999. §. 1000.

venerit. Nam imo verò sentus & mortuo interim liberto qui fuerat adignatus perinde acquiri libertatis omnibus hereditate ipsius & bonorum possessionem absolute ac in perpetuum ac si nulla adsignatio esset, Seuerus enim nimis est euentus diei vel conditionis postquam libertus iam decessit, nec hereditas aut bonorum possessio edictis quae ad exemplum hereditatis deferuntur, ad tempus acquiri vnquam potest. Et si verò Caius in hac lege non de coheredibus sub conditione institutis loquitur, Sed tantum de coheredibus deliberantibus, quorum in eo diuersa ratio est, quod deliberatio praesupponit delationem quam condicio impedit. Placuit tamen de coheredibus etiam sub conditione institutis tractare, Vt ostenderem nihil hac parte interesse an coheredum portiones nondum sint adita quod ipsi adhuc deliberent de iis vel ad eundis, vel repudiandis, an quia condicio sub qua instituti fuerunt nondum extiterit. Et omni casu verum esse quod lex ait, Non posse interim à coherede qui adit aliam partem peti quam ex qua fuit institutus. Quod & iam olim bene Ioannes sentit. Nec tantum in heredibus sed etiam in legataris quos necesse est expectare euentum ac defectum conditionis priusquam ad crescendi iure possint eam partem quae sub conditione alii data fuerat l. hoc scriptura 26. §. 1. l. si separatim 30. §. De codic. & demost. l. plane 34. §. si cohereditum Del. g. 1. l. ex parte 25. §. De solut. l. vnic. §. si autem sub conditione C. de caduc. tollend. Mirorque Pyleo in mentem venisse contrariam sententiam, Sed eum supradicti iuris loci, quos explicauimus proculdubio fefellerunt, Sed magis miror Accursium distinguentem an testator scripserit, Titius heres esto, Et si natus ex Asio fuerit, tunc etiam Caius heres esto, An verò Titii institutioni partem aliquam adiecerit, puta es semisse quasi priore demum casu Pylei sententia recipi possit tanquam solo Titio interim instituto: quod eundem falsum est. Existens enim quandounque condicio institutionis Seij facere debebit vt Senus quoque ab initio pure institutus videatur. Nec repugnat l. cum solus 68. in §. ad acquir. hered. qua sola mouetur Accursius. Confirmat enim potius mirum in modum omnia quae nos in contrarium supra scripsimus. Itemque quod scriptum est in l. cum solus 68. ead. tit. in illis verbis ne alterius festinatione alterius ius latur.

a Nec eis proderit si ceteri non adierint. Intelligendum Accursio non adhuc id est nondum quod in libris nostris & apud bonos quoscumque latinis auctores satis frequens est. Quod autem sequitur non aduentibus autem ceteris intellige absoluta negatione ac si scriptum esset nunquam aduentibus, scilicet à iure ad eundis exclusis aut per repudiationem: quia semel repudiata à maiore hereditas adiri potest nunquam potest l. sicut 4. C. de repud. vel abst. hered. Aut per mortem quoniam hereditas non adita extra certos casus non transmittitur l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. tollend. aut denique alio quouis modo. Exclusis igitur ceteris coheredibus ceteras quoque partes petere poterit is qui prius suam tantum petierat tanquam sibi acquiras iure ad crescendi Tit. tit. C. quando non petem. part. petent. ad cresc. Nec indigebit noua aditione cum deficientium portiones ad crescant ei etiam inuito l. si duo 38. l. cum heres 52. §. 1. & l. si q. §. 1. d. l. si solus 80. §. 1. & vlt. in §. De acquir. hered. quia portio ad crescit portioni sicut alluuio l. si Titio 33. §. 1. in §. De usufr. Sed

indigebit noua petitione *l. non potest. 23. sup. de iudic.* Quemadmodum & cum fideicommissarius particularis coegit heredem adire & hereditatis partem restituere non indiget alia coactione pro portionibus ad crescentibus sed tantum alia restitutione

*l. Papinianus 43. inf. ad SC. T. rebell.* ubi ob hanc causam pro actione malo legere coactionem quam cum Cuiacii aditione. Est enim probabilior emendatio licet in eundem sensum recidat quia non fit coactio nisi ad adendum.

3. PAVLVS libro septimodecimo ad Plautium.

**A**ntiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reseruarent: sicut apparet in iure hereditatum: in quibus, qui post eum grandum sunt adgnationis, quo est id, quod in vtero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit: ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quod & venter, tunc, quæ portio in suspensio esse debeat, quaesierunt ideo quia non poterant scire, quod nasci possunt, ideo nam multa de huiusmodi re tam varia, & incredibilia creduntur ut fabulis adnumerentur. nam traditum est, & quatuor pariter puellas à matrefamilias natas esse, alioquin tradidere non leues auctores, quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Aegypti vno vtero septenos. Sed & tregeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius scribit, se vidisse in palatio mulierem liberam, quæ ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa (inquit) dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? prudentissimè iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut, quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignauerint. *τὸ γὰρ ἀπὸ τοῦ ἐν τῷ ἔμβρυῳ ἐστὶν, quod est enim semel, aut bis existit, (ut ait Theophrastus) τὸ παρὰ τὴν γέννησιν οἰοῦμαι βέβαιον, id est, prateruenit legislatoris.* Ideoque, & si vnum paritura sit, non ex parte dimidia<sup>a</sup>, sed ex quarta interim heres erit.

Ad l. Antiqui 3.

Ratio dubitandi. Qui nondum est editus nondum est homo *l. in lege 6. §. 1. j. ad leg. falcid.* Qui autem nondum est homo nec suus nec agnatus dici potest *l. lege Cornelia 12. in fin. j. qui test. am. facer. poss. l. ult. inf. de collat.* Atqui lex ab intestato defert hereditatem si suus heres non erit soli agnato proximo iis verbis si paterfamilias intestato moritur, nec suus heres ullus erit, agnatus proximus familiam habeto. Ergo is qui in vtero est, etiam si esset in primo gradu si natus esset, sequentis tamen gradus agnatum excludere non potest, nec impedire, quin remotior ille agnatus tanquam proximus succedat: Præsertim cum in lege 12. tabul. Proximus ille intelligatur qui mortis tempore proximus reperitur, aut tunc saltem cum patremfamilias intestatum decessisse certum est *l. 2. §. proximum j. de suis & legit. hered.* Dec. Qui in vtero est habetur pro nato in iis omnibus quæ ad ipsius commodum spectant *l. qui in vtero 7. & l. qui in vtero 26. §. de stat. homin.* Nec sine ratione propter spem nascendi, ut Vlpianus loquitur in *l. 1. in princ. j. De ventr. in poss. mitt.* Ne alioqui partus miser fiat antequam sit natus, quem tamen civilis legislator sperat & nasciturum & si nascatur etiam utilissimum reipublicæ aliquando futurum, ut solet ille semper de ciuibus suis quantum facere potest bene sperare. Vnde etiam est quod nec impunitum relinquit eum qui animantis spem occidit *l. 2. inf. De mort. inf. ser.* Ergo quisquis in vtero est perinde obstat sequentis gradus agnato licet iam nato, atque obstat si ipse iam natus esset. Cum proximus ille sit quem nemo antecedit *l. 1. §. hac hereditas inf. De suis & legit. l. proximus est 92. De reg. iur.* Hic autem qui est in vtero hoc ipso quo habetur pro iam nato antecedit alium quemlibet sequentis gradus agnatum quem vtrique antecederet si iam natus esset. Neque alia fictione meliorem aut commodiorem potuit ventri consuli, cuius tamen summam rationem habere antiqui & voluerunt & debuerunt ut hæc lex ait. Nec tantum in legitimis hereditatibus hoc obtinet, sed etiam in testamentariis, quip-

pe quæ non minus quam alia etiam per legem confirmantur *l. lege obnoxire 130. De verb. signific.* Nā potest equam placuit eum qui in vtero esset habedum pro nato quantum ad legitimas hereditates illud quoque induci necesse fuit ut quamuis incerta esset persona, quæ alioquin iure vetere institui non poterat quod certum iudicium in personam incertam conferri non posse videretur, institui tamen non modò potest verum etiam deberet aut exheredari si modò is esset posthumus qui si viuo testatore natus esset suus heres fuisset *l. placet 4. j. De liber. & posthum. §. posthumo quoque Inst. de legat. l. cum quidam 30. §. 1. vers. siue igitur j. De acquir. hered.* Ne scilicet præteritus rumpere testamentum, & rumpendo succederet ab intestato. Vnde est quod ventre præterito quandiu testamentum agnatione posthami rumpi potest ipso iure (hoc enim addendum est ut excludamus casum quo rescindi possit testamentum non ipso iure sed facto hominis & per sententiam iudicis cum proponitur querela inofficiosi testamenti quæ nec datur nisi contra heredem & post aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. si conditioni §. de inoff. testam.*) non defertur hereditas ex testamento *l. ventre 84. j. De acquir. hered. quemadmodum nec defertur ab intestato, quamdiu ex testamento succedi potest. l. quandiu. 39. cod.* Denique inter legitimam & testamentariam hereditatem nulla hac parte differentia est *l. cum quidam 30. §. 1. cod. l. 1. §. si quis proximior. j. vnd. cognat.* Et quæ ratione is qui in vtero est obstat sequentibus in gradu ita & partem facit ipsi qui in pari gradu sunt *l. 3. §. vtrique j. De suis & legit. l. quod dicimus 231. De verb. signific.* Idque est, quod Paulus hic scribit, Antiquos ita libero ventri prospexisse (seruo enim ventri qui miserum pariturus esset cur prospexissent,) ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reseruauerint, Maxime in iure hereditatum ut qui post eum agnationis gradum sunt quo est is qui in vtero est, non admittantur quandiu incertum est an nasci possit. Vbi autem eodem gradu sunt ceteri quo & venter tunc inspicit & dubitari oportet quænam

quænam portio in suspensio esse debeat. Totam enim hereditatem in suspenseo manere æquum non esset ne dum id agimus ut nascituro consulamus, iam natis noceamus, qui si interim morerentur delatam sibi hereditatem nec dum aditam transmittere sibi heredes non potuissent ne quidem ad descendentes, *l. vnic. §. in nouissimis. C. de caduc. tollend. l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Interim igitur admittendi sunt iam nati ad hereditatem non modò adendum pro ea parte quam ex postfacto & ex euentu iam cum delatam fuisse apparebit (est enim hæc res ex earum numero in quibus euentus quid antea fuerit declarat, de quibus in *l. quadam 15. iunct. l. quidam §. in fin. cum duab. seq. inf. de reb. dub. l. qui res 98. in princ. & §. iunct. l. si pater 36. inf. De solut.) sed etiam petendam, sed cum hac differentia inter petitionem & acquisitionem quod per aditionem tota portio delata quanta vel quantalacunque illa sit acquisita intelligitur, quoniam delatio fit à lege, totaque iuris non facti est, ideoque effectum ab euentu sumere facile potest per retroactionem à iure factam. Petitio verò tota est facti & ob id fictionem nullam potest admittere ut quæ pro certa quota, & parte facta est, pro maiore vel minore parte facta videatur: quandoquidem ad ea quæ facti sunt, fictiones iuris extendi non possunt, *l. denique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. in libello 12. §. facti De captiu. & postlim.* Certam igitur portionem hereditatis peti ac designari necesse est, sed sub adiectione partis incertæ: non ut maior alia pars vel minor quandoque petita intelligatur, sed ut maiori vel minori parti quæ ex euentu delata repetitur, præiudicium nullum fiat, quemadmodum explicauimus ad *§. vltim. l. 1. sup.* Quænam verò pars certa designari potest in re tam incerta? Nimirum quarta, propterea quod non admodum raro eueniat ut vno partu tregemini nascantur, *l. Arejusa 15. sup. De stat. homin.* Si quando verò plures quam tres nascantur, portentosum id existimatur, ex quo ius proinde constitui nec potest nec debet, *leg. 3. 4. & 3. sup. de legibus, ubi eadem Theophrasti autoritas, quæ hic adducitur.**

<sup>a</sup> Non ex parte dimidia. Ratio dubitandi. Cum nescitur an venter sit plenus necne qui est re vera vacuus, non eo minus verum est suum heredem interim verè heredem esse siue ex testamento si fuerit institutus, ut in *dict. l. ventre 84. De acquir. hered.* siue ab intestato. Non solum si ignoret an venter sit plenus, sed quod magis est, etiam si putet plenum esse, *dict. l. cum quidam §. suum heredem inf. De acquir. hered.* Nimirum quia lex suo heredi defert hereditatem. Certa autem est lex ventrem esse vacuum, siquidem ea omnia scit lex quæ scit & natura. Non potest autem natura ignorare ventrem esse vacuum qui re vera vacuus est. Ergo & eadem ratione dicendum est, si venter sit plenus nec postea nisi vnus edatur filius, intelligendum esse fratrem qui iam natus est heredem esse pro dimidia parte non pro quarta tantum etiam ignorantem, quod Pomponius sensisse Terryllianus refert ab Vlpiano relatus in *dict. l. cum quidam §. quid si vnum, ubi nominatim Iulianus noratur qui non nisi quartam partem filio superstiti interim dabat cum Paulo nostro in hac lege. Quidni verò? cum eadem lex viuenti filio deferat hereditatem cum venter est plenus quæ defert, cum venter est vacuus. An non*

Tom. II.

enim & natura & lex æquæ certa est vnum tantum esse in vtero pleno, atque certa est nullum esse in ventre vacuo? Sic enim Pomponius argumentatus videtur. Nec dissimulari potest quod euidenter locus ille probat dissensisse in hac quaestione prudentes veteres, Nominatim verò Pomponium à Iuliano. Quaestio in eo fuisse videtur, An rei veritas spectanda esset, & naturæ legisque scientia, an verò ignorantia & inscientia nostra, ut idem Paulus noster loquitur in *leg. sed et si 26. §. vltim. sup. De iudic.* Pomponius enim ipsam rei veritatem spectari volebat & naturæ legisque scientiam, non autem nostram ignorantiam, Iulianus verò cuius sententiam Paulus non tantum probat hic & in *dict. §. vltim.* sed à cæteris quoque prudentibus magis communiter probatam fuisse in hac lege testatur laudatque quasi prudentissimam. Decidendi ratio igitur pro Iuliano & cæteris adferri illa potest quod non entium & non apparentium, ut loquuntur idem sit iudicium, *§. si aduersus Inst. de imp. l. duo sunt Titij 30. inf. De restam. tur.* Proinde parum est quod in ipsa rerum natura & apud legem certum sit vnum duntaxat posthumum editum iri cum id ab hominibus ignoretur, & verò fieri præterea possit ut qui in vtero est nunquam nascatur, muliere forsitan abortum faciente, Quod an futurum sit neque lex scire potest neque natura cum ex futuro euentu pendeat, futura autem neque natura, neque lex scire possit sed præterita tantum & præsentia, Nisi ad illam fati necessitatem confugiamus quam Paulus admittit in *dict. §. vltim.* sed quæ admittenda non est, & quæ non admissa multò certior & probabilior videri debeat sententia Iuliani. Quid enim si posthumus numquam nasceretur? Cur dimidiam duntaxat partem filio iam nato adsignaremus qui totam hereditatem habere deberet. Fateor cum vnus tantum est in vtero certum esse per rerum naturam non posse plures nasci. Perinde atque certum est ventre vacuo neminem nasciturum nec nasci posse, *l. illud §. inf. hoc iur. & d. §. quid si vnum.* Sed nego inde fieri ut filius iam natus pro dimidia interim heres esse debeat, quoniam nihil interest an falsa sit hæc propositio, *Vnum duntaxat filium venter ediditrus est,* an sit ita vera ut veram eam esse nemo possit affirmare, Quemadmodum nihil referret an venter esset omnino vacuus, an ita plenus ut plenum eum esse nemo sciret, ut scripsimus in conciliatione, *dict. l. ventre cum l. si filium 16. De liber. & posthum. lib. 1. Coniect. cap. 1.* Nec rursus omnino similes sunt isti casus, Ventris vacui & ventris pleni vnum duntaxat filium gestantis. Nam licet natura perinde sciat posteriore casu vnum duntaxat filium edi posse atque scit in priore nullum editum iri, nec magis fieri possit ut plures nascantur vno tantum existente in vtero, quam ut ventre vacuo quisquam nascatur, Differentia tamen in eo est quod ventre vacuo nihil est incertum, neque apud naturam, neque apud legem, neque apud homines, Nisi hoc ipsum fortasse an venter vacuus sit an plenus quod apud naturam quidem & legem incertum esse non potest, sed apud homines potest. Verum hæc incertitudo & inscientia hominum nihil ponit in re nec potest effectum aliquem habere quia versatur circa id quod non est. Vacuum enim ventrem esse naturale est, & cum meram negationem contineat pleni ventris, ambiguitatem

II



nullam potest inducere quandoquidem venter re vera vacuus aliter atque aliter habere se non potest, nec verendum est ut venter reuera vacuus habeatur vnaquam pro pleno. At cum venter plenus est præter id quod interdum haberi potest etiam pro eo qui vacuus semper fuerit, puta si fortè quod euenit non semel tam citò abortum faciat mulier ut plenum ventrem fuisse nemo vnaquam sciat ne ipsa mulier quidem, Possunt etiam varij euentus circa plenum ventrem emergere quorum incertitudo non sine aliquo effectu esse possit, Fortassis vt qui in vtero est numquam nascatur. Item vt vnus tantum sit in vtero, vt duo, vt tres, plurève, quorum alij fortè nascantur, alij non nascantur. Rursum vt nascatur partus imperfectus, & eo tempore vt viuere non possit: Propter quæ omnia nemo non videt etiam admittà Stoicorum de facto sententia, tum quoque cum certum est ventrem esse plenum, tantam manere incertitudinem, vt non abs re Iulianus ceterique prudentes frequentiores dixerint non nisi quartam interim ad filium iam natum pertinere. Nec

## 4. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

**E**T, si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata ad crescere: si plures quàm tres, de crescere de ea parte, ex qua heres factus est.

## Ad l. si pauciores 4.

Ratio dubitandi. Nihil quidem absurdum est paucioribus natis quàm tribus, residuum filio iam nato pro rata ad crescere, cum is qui ex vna parte iam heres esse possit iure ad crescere: ceteras etiam omnes consequi. l. 2. vbi dixi supra. At vt si plures nascantur quàm tres, de crescat aliquid de quarta illa parte ex qua ponimus filium iam natum heredem fuisse. Hoc verò difficultus videtur & ei contrarium, quod toties diximus, Eum qui semel heres fuit semper heredem manere, leg. aut prator 7. §. sed quid Papinianus supra. De minor. l. ei qui soluendo 88. inf. De hered. instit. Tam enim absurdum & impossibile est vt ex aliqua hereditatis parte quis heres esse desinat, quàm vt ex toto assè.

Dec. Quando incertum est quot nascituri sint, tandiu lex suam delationem in suspensio retinet non minus quantum ad filium iam natum quàm quod ad nascituros, non quidem ratione ipsius delationis sed ratione quotæ delatæ. Qui enim iam natus est, vtique capax est vt ei portio aliqua hereditatis deferatur, non etiam ille, qui adhuc in vtero est. At quamquam quota ei deferri possit tandiu incertum est quandiu ignoratur quot nascituri sint, quoniam non potest quota vna certa constitui nisi ex alterius æquæ certæ comparatione: Certa autem esse non potest ante quàm sciat, quot sint editi, quia non ventri portio defertur, sed iis qui in ventre sunt, & pro eorum numero quierunt editi possuntque succedere, l. 2. §.

## 5. PAVLVS libro septimodecimo ad Plautium.

**I**llud sciendum est: si mulier prægnans non sit: existimetur autem prægnans esse, interim filium heredem esse ex assè, quamquam ignoret se ex assè heredem esse.

## Ad l. Illud 5.

Ratio dubitandi. In his quæstionibus quæ pen-

ab hac sententia recessit Vlpianus in dict. §. quid si vnum, vbi contrariam Pomponij opinionem ita refert vt improbare illam potius quàm probare videatur: Quod & apparet euidentius ex l. prox. seq. quæ eiusdem Vlpiani est, & tamen Iuliani Paulique sententiam supponit pro vera. Sed & quamuis Pomponij opinionem sequi quis mallet vt tam verè heres sit pro dimidia filius iam natus, cum vnus tantum est in vtero, quàm verum est heredem illum esse ex assè cum venter est vacuus. Illud tamen fatendum semper esset, Non nisi pro quarta parte peti possit hereditatem. Vt in hoc aliter diuersa ratio sit delationis & petitionis, vt diximus in præcedentibus, quia delatio iuris est, petitio autem facti, Delatio fit à lege, petitio ab homine, & consequenter quoties de petitione quaeritur, inscientiam hominis spectari oportet necessariò: neque nonum est vt alia portio petatur quàm quæ reuera competat. Cum petitio & formari possit sæpius & reformari. Non item delatio, quia semel tantum fit à lege quæ nec nisi semel loquitur.

*furioli De success. edict. infr. l. 1. C. cod. l. 1. infr. de bonor. poss. §. furioj. inuit.* Non potest igitur certa eorum portio esse qui nascantur propter incertitudinem & nascendi & numeri nascitorum. Ergo nec certa esse portio filij iam nati sed quæ tanquam incerta possit crescere & decrescere pro numero liberorum qui nascantur. Cum ergo dicimus eum qui iam natus est heredem esse pro quarta, non scintelligimus vt absolutè pro ea parte heres sit, sed vt interim pro ea parte hereditatem & petere & possidere possit quousque omnibus editis appareat certius ex qua parte hoc est an ex quarta vel ex maiore vel ex minore heres fuisse intelligatur. Ex quo probari potest verum esse quod supra diximus Vlpianum licet Pomponij sententiam referat in d. l. cum quidam 30. §. quid si vnum. Eam tamen quæ Iuliani & aliorum prudentum in contrarium fuit magis probasse. Nam secundum Pomponium nihil est quod ex parte quam lex defert possit crescere aut decrescere si ab initio non ex alia parte heres sit qui iam natus est, quàm ex qua esset, si nascitorum & natorum numerus idem & certus ab initio fuisset. Nec aliter possunt hæ sententiæ inuicem pugnantes conciliari, quàm vt dicamus supposita secundum Pauli opinionem fati necessitate & quod natura sciat etiam futura ac proinde lex, Certam quidem esse partem quam lex defert priusquam sciri etiam possit quot nascituri sint, sed hoc ipsum tamen apud homines incertum esse quousque ex euentu natorum apparuerit, quot fuerint nascituri.

dent ex futuro euentu qui semper apud homines incertus est tum quoque cum apud naturam est certus

est certus non tam rei veritas & certitudo inspicienda est quàm inscientia nostra, vt supra diximus ex Paulo in leg. sed etsi 26. §. vltim. supr. de iudic. Ergo etiam si mulier prægnans non sit si tamen prægnans esse existimetur, aut quod ipsa sic admittere aut quod obstretices dicant, vt in leg. cum quidam 30. §. quod dicitur si putetur infr. De acquir. heredit. non potest tamen filius interim heres esse, quandiu nescit mulierem prægnantem non esse.

Dec. Inscientia nostra inspicienda est in iis demum rebus quæ aliter atque aliter possunt se habere, vt accidit cum venter est plenus: quo casu potest fieri vt posthumus nascatur vel non nascatur. Item vt vel vnus nascatur vel plures. At cum venter vacuus est, nullo casu fieri potest vt habeatur pro pleno, & vnus tantum casus est isque negatiuus Ventris non pleni, Quemadmodum tractans Paulus de codicillis ab intestato factis in l. ab intestato 6. infr. De iur. codic. aut ab intestato vnus tantum esse casum, cum ex testamento sint plures. Nihil ergo refert an sciatur ventrem esse va-

cuum, Dummodò per rerum naturam & apud legem certum sit vacuum esse. Maxime verò hoc in suo herede obtinet de quo solo huius legis initium loquitur. Is enim ipso iure statim heres est, citra vllam aditionem, l. in suis 14. infr. De suis & legit. adeoque iam viuo adhuc patre, heres ac dominus bonorum paternorum quodammodo fuisse intelligitur, l. in suis 1. infr. De liber. & posthum. Fit enim heres per solam potestatem legis quæ potèd certa est ventrem esse vacuum, etiam reiecta & explosa fati necessitate eam non ex futuro euentu id pendeat sed à præsentis naturæ statu & inuariabili, quem neque natura neque lex ignorare potest. Vnde fit vt etiam si venter sit præteritus, & sius heres prius decesserit quàm scietur an venter esset vacuus an plenus, non eo minus ex testamento heres fuisse intelligatur si reuera vacuus venter fuit, l. ventre 84. iunct. d. l. cum quidam 30. §. suum heredem infr. De acquir. heredit. Proinde transmittit paternam hereditatem etiam ignorans ad heredes quoscunque etiam extraneos, l. apud hostes 9. Cod. de ius & legit. heredit.

**I**dem est in extraneo, si ex certa portione heres institutus sit, ex reliqua posthumi. Quod si fortè ita institutio facta est, Quotcunque mihi nati erunt, & Lucius Titius pro vniuersis portionibus heredes mihi sinto: habebit hæsitacionem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Sed vtilius est posse eum adire, qui nescit portionem, si cetera quæ oportet eum scire, non ignoret.

## Ad §. Idem.

**a** Idem est in extraneo. Ratio dubitandi. Differentia illa est euidentis inter suum heredem & emancipatum aut extraneum institutum quod sius heres, vt modò diximus statim & ipso iure heres est sola legis potestate, & consequenter quousque existimet prægnantem esse mulierem quæ vt vera prægnans non est. At emancipatus aut extraneus qui aditione indigent ad acquirendam hereditatem, nec prius sunt heredes, quàm fiant, non aliter possunt hereditatem acquirere quàm si mulierem prægnantem non esse sciant, vt Papinianus noster disertè scribit in dict. l. ventre 84. De acquir. heredit. Ideoque de suo herede solo Vlpianus etiam loquitur in d. l. cum quidam 30. §. suum heredem cod. tit. ad differentiam scilicet emancipati & extranei. Ergo quod initio legis dictum est de suo herede non idem est in filio emancipato, nec proinde in herede profus extraneo.

Dec. Multum refert an filius emancipatus aut extraneus heres institutus sit in eo testamento in quo præteritus venter fuerit, an in eo testamento quo etiam venter institutus sit aut saltem exheredatus. Priore casu obtinet illa differentia quam modò diximus, & hic casus est quem Papinianus tractat in dict. l. ventre præterito. At posteriore casu quem hic Paulus tractat, nulla inter suum heredem & emancipatum aut extraneum differentia est, quia cum testamentum valeat nec in eo sit vt agnatione sui heredis rumpi possit, nihil vetat quominus & emancipatus & extraneus hereditatem adire possint. Et ratio diuersitatis est quod priore casu dubitatio est de viribus testamenti, cum si venter plenus esset, vtique testamentum in eo esset vt posthumi agnatione rumpi posset, Ex eo autem testamento quod aliquo casu rumpi ipso iure potest, numquam defertur

interim hereditas, vt ratiocinatur Papinianus in dict. l. ventre. Qui autem dubitat de viribus testamenti, hereditatem ex eo interim adire non potest, l. nec is 17. l. cum qui duobus 51. iunct. l. cum falsum 46. infr. De acquir. heredit. Atqui emancipatus filius & extraneus indigent aditione ad acquirendam hereditatem, ideoque nec ignorantes, nec inuiti heredes fiunt, quæ omnia in suis heredibus sunt diuersa, dict. leg. ventre dict. l. apud hostes 9. Cod. de suis & legit. Posteriore autem casu cum venter non præteritus est, vt in dict. l. ventre, sed vel institutus vel exheredatus, vt in dict. l. cum quidam §. i. vers. siue igitur cod. tit. De acquir. heredit. certum est valere testamentum, nec villo casu posthumi agnatione rumpi posse. Nihil ergo vetat, quominus possint & emancipatus & extraneus hereditatem ex testamento acquirere per aditionem. Sic enim debet intelligi quod hic Paulus scribit, Idem esse in extraneo quod in filio, eodemque suo herede, vt scilicet tam hic quàm ille si institutus sit in testamento in quo præteritus venter non fuerit, heres ex assè æquè esse possit, at non æquè ipso iure, sed cum hac differentia vt sius heres sit heres ipso iure. Extraneus autem vel emancipatus possit heres fieri per aditionem. Sed & obseruandum est non sic loqui Paulum vt dicat simpliciter idem esse in extraneo instituto quod in suo heredem, sed cum hac adiectione si ex certa parte institutus sit, ex reliqua posthumi, vt significet differentiam quæ est inter suum heredem, & emancipatum non tantum eo casu quo pater testamentum nullum fecerit, quam tamen solam notat Accursius, sed illo etiam quo testamentum factum quidem sit, sed ita tamen vt in eo venter fuerit præteritus. Nam vt emancipatus quoque & extraneus fieri possint heredes ex assè per aditionem, illud etiam requiritur vt venter quoque

vel institutus fuerit, vel exheredatus, *d. leg. cum quidam §. 1. siue iugitur*. Quod tamen nec Accurcio ignorauit.

**b** *Quod si forte*. Ratio dubitandi. Viriles partes non sunt nisi per concubum, *l. si duobus 16. §. ultim. infr. De legat. 1.* Ideo namque viriles appellantur quod tot sint partes quot sunt capita virorum qui faciunt partes, Vnde est quod virilis appellatione interdum etiam totum continetur, nempe cum alius nemo est qui concurret, *leg. virilis appellatione 145. De verb. sign.* At qui nescit potest quod fatui sint qui concurrunt quando nescitur quot nascituri sunt. Videtur ergo hoc casu siue filius siue extraneus institutus esse ex parte omnino incerta, ita ut nec ex quarta quidem portione possit se heredem dicere. In quo hic casus differt à superioribus, maioris enim habet dubitationem. Nam in ceteris quarta pars assignatur, licet cum adiectione incerta partis. Ne alioqui omnino sit incerta petitio quod difficilior admitti posset. Hic autem neque quarta, neque alia vlla certa portio est quæ aut à lege delata dici, aut peti possit.

Dec. Et si futurus euentus incertus est ex parte ventris quia nescitur quot nascituri sint, certum tamen est eum qui iam natus & institutus proponitur, siue filius sit, siue extraneus, omnimodo concurrerit & partem suam habiturum pro numero eorum qui nascuntur adeoque habiturum etiam totum necram iure ad crescendi quam ex prima & propria institutione & ex germana significatione virilis portiois ex qua fuit institutus, *d. l. g. virilis*. Absurdum igitur est dicere deterioris conditionis esse illum debere ob id quod ex virili parte institutus sit quam si ex nulla esset. Ac proinde credendus est ex ea parte institutus quæ posthumis editis portio virilis apparebit. Ergo & permittendum ei erit, si sit extraneus, ut hereditatem adeat pro virili sua parte. Et quamuis mera iuris ratio & subtilitas non nihil refragari videatur, virilitas tamen, id est æquitas magna quæ ex publica vtilitate semper æstimanda est, suadet facitque ut hæc sententia ad-

#### 6. VLPIANVS libro 6. Opiniorum.

**S**orori, quam coheredem fratribus quattuor in bonis matris esse placuit, quinta portio proportionibus, quæ ad eos pertinuit, cedit: ita ut singuli in quarta, quam antehac habere credebantur, non amplius ei quintam conferant.

#### Ad l. Sorori 6.

Ratio dubitandi. Vel fuerunt quattuor fratres heredes patris pro quadrantibus, vel non fuerunt, si fuerunt, non possunt ex postfacto propter sororem delinere heredes esse ex iuris illa regula quam in precedentibus toties inculcauimus, *l. ei qui soluendo 88. De hered. inst.* si non fuerunt nisi pro quarta parte inter eos diuidenda secundum ea quæ diximus ad *l. 3. 4. & 5. supr.* nihil est quod ab eis petere soror possit aut debeat cum non plus habeat sua parte, *l. 1. §. si ego supr.*

Dec. Potest aliquo casu euenire ut quattuor illi fratres fuerint heredes patris ex toto asse, si nguli verò ex quadrantibus. Exclusa sorore per exheredationem siue testamenti tempore iam nata fuerat, siue nondum nata. Quo casu si postea egerit illa de inofficio, & obtinuerit atque ita fecerit matrem intestatam, dubitandum non est quin concurrat cum fratribus etque euincat heredita-

mitti debeat, quia generaliter verum est semper succurrendum ei esse qui aliqua ratione prohibetur ne interim adire possit dummodo in omnem casum sit successurus, Adeo ut si iuris ciuilibus æquitas deficeret, æquitas prætoria in eam rem imploranda esset, ac decretum interponendum, *d. l. ventre in fin. l. 4. §. ult. & l. 3. infr. De honor. poss. soror. tabul.* Neque verò comparandus est hic institutus ei, qui cum esset ex semilite institutus adit per errorem ex quadrante, quo casu constat per eiusmodi additionem nihil agi ac ne quadrantem quidem acquiri siue iuris rigorem inspicias siue æquitatem, *l. ex se. missio 76. infr. de acquir. hered. nec rursus ei qui dubitat de iure suo, cum sciat se heredem institutum pro virili parte*. Aut de iure testamenti quod sit valere, & ita valere ut rumpi numquam possit, sed ei potius qui ignorat ex qua parte scriptus sit, Cui vique non nocet hæc ignorantia non solum si putare sit institutus, sed etiam si sub conditione quam ignoret exiitisse dummodo extiterit, ut hoc casu plus sit in euitate quam in opinione, *leg. si quis extraneus 21. §. ultim. cod.* quantum ad ea scilicet quæ fundamentum habent in re non in opinione. In eoque obseruandum est meliorem conditionem esse ignorantis, quam velerrantis, vel dubitantis. Qui enim ignorat neque errat, neque dubitat, neque aliud denique quicquam facit quod acquisitioni ad se non impedimentum possit. Illud sane ignorari non debet an pure institutus sit, an sub conditione, & cum sub conditione quam illa sit, *d. l. si quis §. ult.* id est an ius an facti quoniam inter huiusmodi condiciones differentia quædam est ad impediendam aut non impediendam additionem quandiu ignoratur eas impletas esse, *leg. multum 21. iunct. l. 2. infr. De cond. & demonst.* Cetera etiam pleraque scire debet quæ hæc Accursus ferè omnia congerit. Defunctum scilicet testatorem, Conditionem testatoris non suam, Validitatem testamenti apud se indubitatam. Et an testator decesserit paterfamilias an intestatus, *l. heres institutus 32. cum duab. seqq. l. si is ad quem 22. infr. De acquir. hered.*

tem ab intestato pro quarta parte, faciat autem ut in totum desinant esse heredes ex testamento, *leg. circa 24. l. filio 16. & pass. supr. De inoffic. testam.* Est enim hic vnus casus ex illis in quibus is qui semel heres fuit heres esse definit ipso iure, *leg. in substitutione 30. infr. De vulg. & pupill. substit. & dist. l. circa.* Quandoquidem querela inofficio non nisi post aditam hereditatem potest competere, *l. Papiamus 8. §. si conditioni cod. titul.* Nec rursus alium effectum habere quam ut patremfamilias ex testamento faciat intestatum, *dist. l. circa. mater decedens 19. cod.* Idemque est, si hæc soror de qua tractamus non fuerit exheredata sed præterita, verum ita ut possit haberi pro instituta, ut in eleganti specie *leg. 3. Cod. eodem titul.* vbi mortua in puerperio matre quæ duos tantum filios instituerat, filiam verò præterierat, & in puerperio decesserat, Imperatores ex summa æquitate rescribunt repenti casus iniquitatem emendandam esse per

per coniecturam maternæ pietatis, & hætenus succurrendum filie non ut tanquam exheredata impugnet rescindatque testamentum per querelam inofficio, sed tanquam instituta succedat cum fratribus in virilem ex testamento. Quod credibile sit matrem fuisse institutam cum filiis siam si de ea testamentum tempore cogitasset. Nec ista inter hunc casum & superiorem differentia est nisi quod priore casu succedit soror cum fratribus ab intestato. In hoc verò succedit ex testamento. Sed tamen neuter horum casuum satis videtur conuenire verbis legis huius quæ ponit ororem euincere à fratribus partem quam habere antea credebantur, ut Vlpianus loquitur, non iam igitur quam verè vnquam habuerint: Haussissent autem verè illam quam soror per inofficio querelam euicisset. Cum verò soror succedit tanquam instituta cum fratribus tam citò ex ei defert hereditatem quam fratribus, Neque rursus credibile est casum hunc tractari ab Vlpiano cuius temporibus etsi iam erat auditum ius illud nouum quod Imperatores Seuerus & Antoninus ea primùm constitutione induxerant,

Adeo tamen nouum & singulare erat ius illius Constitutionis ut ad illum casum se restringere Vlpianus non debuerit. Malo igitur hanc legem intelligere de sorore posthuma, quæ in vtero fuerit tempore mortis, & deinde nata sit postquam iam & occupata per quatuor fratres hereditate quasi soli essent ipsi heredes nec in maternæ hereditate sororem haberent coheredem: Potest etiam casus ille aptari huic legi quo soror antea abfuisse tempore fortè mortis matris, & iam tum decessisse aut ab hostibus capta esse crederetur. Quibus casibus dubitari non oportet quin ei siue natæ, siue in ciuitatem reuerse petitio hereditatis dari debeat pro quinta parte à singulis fratribus ex æquis partibus restituenda. Nec sanè de alia actione quam de hereditatis petitione intelligi hæc lex potest, Ut tantò magis appareat non esse hanc legem intelligendam ex *dist. leg. 3. Cod. de inoffic. testam.* In cuius specie non petitio hereditatis competit siue ex testamento, siue ab intestato, sed tantum conditio ex illa lege, si Accursio ipsi & interpretibus credimus.

**I** § Sumptus, qui propter onera totius hereditatis iusti sunt, ei, qui patroni iure portionem euicere, pro rata computentur.

#### Ad §. 1. Sumptus.

Ratio dubitandi. Qui à falso herede sumptus sunt in hereditate alienam, non sunt animo repetendi præsertim à bonæ fidei possessore qui anquam in rem suam impendit & eo animo ut sibi consulat non ut alium tibi obliget, *leg. in hoc iudicium 14. §. 1. leg. si quis cum 29. infr. commun. diuid.* Qui verò sunt à malæ fidei possessore scilicet in rem alienam impendente etiam donati videtur, *§. ex diuerso vers. certè Infr. de rer. diuis. l. 2. Cod. de rei iudic.* Ergo nullo casu possunt repeti nec computari.

Dec. Non debet petitor ex aliena iactura locupletari contra naturalem æquitatem, *l. nam hoc*

*natura 14. infr. De condit. indeb. leg. iure nature 206. De regul. iur.* Ergo æquum est ut sumptus in rem hereditariam facti siue necessariè siue vtiliter retineantur an per doli exceptionem aut saltem per officium iudicis secundum eas distinctiones quas attulimus & latius prosecuti sumus ad *leg. plane 37. & sequ. supr. tit. 1.* Alioqui locupletaretur verus heres ex iactura possessoris cuius impensa locupletiorum & preciosiorum factam hereditatem consequeretur. Et si autem hic §. loquitur tantum de liberti hereditate quam patronus euicere, nihil tamen habet speciale in patrono sed eius sententia generalis est ad omnes hereditatis petitiones & petitores pertinens.

#### 7. VLPIANVS libro 8. Digestorum.

**N**on possumus consequi per hereditatis petitionem id, quod familiæ heriscundæ iudicio consequimur, ut à communione discedamus: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro instituto restitui mihi iubeat.

#### Ad l. Non possumus 7.

Ratio dubitandi. Per hereditatis petitionem cum pars tantum petitur, nemo alienam partem petit, sed suam, & quidem indiuisam, cum non potuerit vtiliter & iure diuidi hereditas ignorante eo qui verus coheres fuit. Nihil ergo repugnat, possit petitor etiam per hereditatis petitionem consequi ut à communione discedatur, Officio sicut iudicis ad quod maximè pertinet ut incidentes omnes quæstiones dirimat quæ in iudicio versantur, præsertim quod sit bonæ fidei quale est petitionis hereditatis, *l. ultim. in fi. Cod. de pet. hered. iunct. leg. 1. Cod. de ord. iudic.* Nam post acceptum iudicium tota causa quæ ad hereditatem restitendam pertinet in iudicio versatur, Iudici autem bonæ fidei postquam iudex factus omnium rerum officium incumbit quæ in iudicio versantur, *l. Aediles 25. §. idem sciendum est. infr. de ad. ed. iud.* Et verò, qui fieri potest ut hereditas restitui videat-

tur quæ non nisi indiuisa restituitur? Cum in re communi quilibet sociorum habeat partem glebæ, ita ut nec minimam partem possit dicere ita suam esse quin sit etiam alterius, *l. illud 46. infr. De rit. nup.* Vnde fit ut in pari iure potior sit causa prohibentis, *l. Sabinius 28. infr. Commun. diuid.* quæ res ingentem materiam litium & discordiarum præbere solet, *l. in re communi 26. infr. urban. præd. l. cum pater. 77. §. dulcissimis De leg. 2.* quas tamè boni etiam iudicis est quam primùm & quantum facere potest radicibus euellere aut saltem diminuere, *l. quidam existimauerunt 25. infr. De reb. cred.* Nihil igitur causæ est cur non permittendum sit iudici qui de hereditate cognoscit inter petitorum, & eum quem petitor fatetur esse coheredem ut postquam de hereditatis iure cognouit & partem hereditatis ad petitorum pertinere pronunciauit, etiam de ea diuidenda pronunciet tanquam de incidenti quæstione, *dist. l. 1. C. de ordin. iudic.* neque litigatores ad



nouam instantiam remittat, & ad Familiæ erciscundæ iudicium ex integro instituendum, Cùm utriusque litigatorum valde interfit non tam multis vexari litibus & sūptibus, *l. i. C. de adm. tutor. l. 1. sup. De inoff. testam. l. minorib. 6. l. minor annis 40. in pr. 5. De minor.* Nam & perinde interdum accidit vt iudex Familiæ erciscundæ etiam de hereditatis petitione cognoscat incidenter, *l. i. vers. quod si possideat l. fundus qui doris 51. §. si ego in fr. Famil. ercisc.*

Dec. Singulis controuersis lingulæ actiones propositæ & constitutæ sunt ne confusio & multiplicitas negotiorum & actionum pareret confusionem, Ne aliqui modus litium multiplicatus summas atque inexplicabiles faceret difficultates, *l. singulis 6. in fr. De except. rei iudic.* Atqui alia controuersia est quæ sit de ipsa hereditate, alia quæ de hereditatis diuisione cūm nihil veter plures esse coheredes, qui in communione sint, & in ea permanere velint, Nec nisi præpostera potest videri petitio diuidendæ hereditatis antequam de hereditate cognitum & pronunciatum sit, Singulis ergo istis controuersis singulas actiones ex lege 12. tabul. proponi necesse fuit, Petitionem hereditatis ei qui hereditatem ab alio possessam petere vellent, Iudicium verò Familiæ erciscundæ, ei qui hoc tantum assequi vellent vt hereditas diuideretur. Sunt quæ hæc iudicia licet finitima, sic tamen separata, vt alias longè atque alias habeant præstationes multaq; veniant in petitionem hereditatis quæ in iudicium Familiæ erciscundæ venire non possunt & contra, *d. §. si ego.* Denique ad officium iudicis qui de hereditatis petitione cognoscat, nihil amplius pertinet quam vt partem hereditatis

8. I V L I A N Y S libro 48. Digestorum.

**P**ermittendum erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, partem verò cedere. nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controuersiam non facere.

*Adl. Permittendum 8.*

Ratio dubitandi. Hereditas videtur esse indiuisibilis, *l. Pomponius 8. in fr. De rei vindic.* cūm sit nomen iuris & in iure consistat, *l. hereditas 50. sup. tit. prox.* In iis autem quæ sunt indiuisibilia non potest quis partem defendere & partem indefensam relinquere, *l. si cum vno 4. sup. si ex noxal. caus. agat. l. 4. in fin. l. in executione 85. §. in solidum l. cum ex causa 139. in fr. de ver. obl.* Sicut neque potest debitor à solutione vsurarum pro parte se liberare offerendo solutionem fortis pro parte si non ab initio conuenierit, vt solui per partes possit, *l. tutor 41. §. Lucius in fr. De usur.* Nec pignus lui pro parte cūm sit indiuisibile, *l. heredes 25. idem obseruatur & §. præced. in fr. famil. ercisc. d. l. in executione 85. §. pen. in fr. De verbor. oblig.* Ergo non est permittendum possessori hereditatis à quo petitur hereditas vt partem quidem hereditatis defendat, parte verò cedat. Præsertim cūm petitio hereditatis non detur nisi contra eum qui nullum habeat titulum suæ possessionis, sed possideat pro herede tantum vel pro possessore, *leg. regulariter 9. cum seq. sup. tit. prox.* quod cūm euenit non magis pro parte ius vllum habere possessor potest quam pro tota hereditate.

Dec. Nihil prohibet aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire aut potius putare ad se pertinere dimidiam, Pro altera verò parte

pro indiuiso iubeat restitui petitori, vt ex Iuliano hic scribitur non etiam vt à communione discedatur, Nec tamen inde sequitur, quod Accursius infert, vt in hoc petitæ hereditatis iudicio incerta feratur sententia, cūm partis petitæ indiuisio non faciat partem incertam quæ modò certam quorā habeat. Certum enim est partem hereditatis quam ego à te peto & meam esse contendere tuam non esse: quemadmodum & eam quæ tua est non esse meam, Et quamuis partes istæ dignosci non possint diuisione corporum, intellectu tamen iuris non modò subsistere sed etiam separatæ esse intelliguntur, *leg. Aulianus 66. §. duorum in fr. De leg. 2.* Quamquā nec nouum est vt incerta quoque sententia interdum feratur. Est enim curare bonus iudex debet quantum potest vt sententiam certam ferat, *§. curare De action.* Si tamen res de qua litem aded incerta sit vt certa sententia ferri non possit, permittendum ei est vt ferat incertam sufficiensque in executione iudicati certum posse fieri quod in sententia incertum fuit, vt in exemplis quæ Accursius adfert De noxalibus actionibus, De alternatiua obligatione quæ non nisi alternatiuam potest parere condemnationem. Item quando pronunciat legatum deberi deducta falcidia, vt in *l. est non 8. §. 1. in fr. Commun. diuid.* Quamuis non videatur verum quod de noxalibus actionibus addit Accursius. Nam in iis certissima sit condemnatio nimirum ad litem æstimationem quæ temper certa pecuniæ quantitate æstimatur, Neque noxæ deditio in condemnatione est, vt neque in petitione, sed tantum in præstatione ex lege duodecim tabularum, *l. miles 6. §. 1. in fr. De re iudic.*

nolle controuersiam facere, Et quemadmodum esset absurdum prætextu dimidiæ partis quam ad se pertinere crederet cogieum de illa etiam parte litigare in qua nihil sibi iuris adsereret. Ita nec prætextu eius partis quam fatetur ad se non pertinere cogendus est pro alia parte quam suam esse contendit indefensum ius suum, *l. illud 40. sup. tit. prox.* Nec enim hereditas est res aded indiuisibilis vt non facile & commodè recipere diuisionem, non quidem corporalem, vt solent substantiæ corporeæ, sed incorporalem & quæ iuris intellectu fiat quemadmodum hereditas non nisi iuris intellectu subsistit, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. Manius 66. §. duorum De legat. 2.* Hereditas enim diuiditur in duodecim vncias, & in alias partes quæ singulæ separatim nomen habent, *l. seruum meum 50. §. vlt. in fr. De hered. in fr.* Habent tamen hoc simile quod conueniant omnes in nomine totius. Sunt enim partes homogeneæ nec potest vlla esse pars hereditatis, quæ non sit hereditas, vt scripsi ad *d. l. hereditas 50. sup. tit. prox.* Denique pertinet ad boni iudicis adeoque ad Prætoris officium lites saltem diminuere quas in totum tollere non possit, *l. quidam existimauerunt 21. in fr. De reb. cred.* Et si cūm pars hereditatis peti potest tot. hoc tit. ita & possessor hereditatis totius à quo tota hereditas petitur partem eius offerre potest.

9. P A V L V S

9. P A V L V S libro tertio Epitomarum Alfeni Digestorum.

**C**um multi heredes instituti essent, ex his vnus in Asia erat. eius procurator venditio. Cnem fecit, & pecuniam pro parte eius abstulerat. postea apparuerit, eum, qui in Asia erat, antea decessisse instituto ex parte dimidia herede procuratore suo & ex parte alia. Quæsitum est, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda esset. Responsum est, ab eo qui procurator eius fuisset, totam hereditatem, quia ex hereditate ea pecunia fuisset que ad procuratorem ex venditione peruenisset, petere eos oportere, & nihilo minus partem dimidiam petiturum à coheredibus, eius ita fore, siue omnis ea pecunia penes eum, qui procurator fuisset, resideret, vt omnem per iudicem ab eodem recuperarent, siue is partem dimidiam coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte, & ex dimidia coheredes eius condemnarent.

*Adl. Cum multi 9.*

Ratio dubitandi, ex *l. prox. seq.* quod hic quem lex ait conueniri posse petitione hereditatis neque pro herede, neque pro possessore possideret precia quæ accipit ex distractione rerum hereditariarum, sed tanquam procurator vnus ex heredibus institutis quem putabat viuere in Asia cūm iam viuo adhuc testatore decessisset. Quod si respondeas cum Accursio intelligendam esse hanc legem de eo qui contendat se heredem, atque ita incipiat ea precia possidere pro herede, Replicabo non esse illi permittendum vt mutet sibi causam possessionis, quam nec alius quisquam sibi potest *l. 1. §. illud quoque 7. de acquir. poss. l. cum nemo. C. eod. l. 2. §. quod vulgo in fr. pro hered.* Ergo nec hereditatis petitione conueniri potest.

Dec. Quisquis possidet aliquid hereditarium aut quod in locum rei hereditariæ subrogatum videri possit, si contendat se heredem, & moueat hereditatis controuersiam, teneat hereditatis petitione adeoque debitor hereditarius tanquam iuris possessor *l. nec vllam 13. alias l. etia §. vlt. & l. seq. l. quod in diem 16. §. non solum l. si debitor. 42. vbi dixi sup. tit. prox.* Ergo & hic procurator conueniri eadem actione poterit cūm ex causa gestionis quam susceperat tanquam procurator factus sit debitor hereditarius, nunc verò de dicat heredem, Existens fortasse per errorem facti heredem institutum & à quo fuerit ipse institutus decessisse post acquisitam hereditatem, Aut per errorem iuris hereditatem acquiri per procuratorem potuisse, Aut etiam non aditam ad heredem transmitti contra quam ratio iuris ferat *l. per procuratorem 99. in fr. De acquir. hered. l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. tollend.* Nam nec bonorum possessio non agnita transmittitur, nec si ab alio petita sit nostro nomine nisi eam petitionem ratam habuerimus & quidem intra idipsum tempus intra quod peti potuisset *l. 3. §. acquirere 7. de bonor. poss. l. Pannonius 86. 7. De acquir. hered. l. vlt. in fr. Rat. rem habet.* Atque ita concludit etiam Papinianus in *l. 1. prox. seq.* vbi eadem ferè species proponitur nisi quod hic tractatur de procuratore, Ibi de filio aut instituto aut exheredato. Nec est quod quis obiiciat procuratorem hunc non posse mutare sibi causam possessionis, Non tam enim mutat quam mutatur ei vt Accursius loquitur, ex causa scilicet extrinseca superueniente vt in *l. non solum 33. §. quod vulgo in fr. De vsucap.* *a. Et nihilominus partem dimidiam petiturum à coheredibus.* Legendum est *a coherede.* Sequitur enim *coheredi suo reddidisset & postea coheredem eum.* Idque ipsa eūm dimidiæ partis expressio demonstrat, Duos scilicet tantum fuisse coheredes, quod &

præcedentia illa clariis demonstrant *instituto ex parte dimidia herede procuratore suo, ex parte alio.* Ratio dubitandi. Non potest fieri vt quis totam hereditatem ab vno petat & eiusdem hereditatis partem ab alio. Ita enim fieret vt diceret se bis idem consequi velle, Præter id quod implicat contradictionem vt extra totam hereditatem pars vlla sit hereditatis. Absurdum igitur est vt quis totam hereditatem petat ab vno coherede & partem hereditatis ab alio.

Dec. Is qui hereditatem vel hereditatis partem petit, ius actionis meretur, non ex eo quod possessor occupauit, sed ex proprio suo iure *l. 1. §. 1. sup. hoc tit.* Atqui hic ius habent petendæ totius hereditatis actores qui fuerint instituti coheredes simul cum eo cuius procurator heres pro parte fuit. Iure scilicet adrecedendi. Neque enim hic de fisco quicquam tractandum est, cūm potuerit absens ille mori, quomodo ponendum est mortuum eum esse post apertas tabulas & ante aditam hereditatē. Quo casu neque caduca eius pars dici poterat, neque quæ caduca vel in causa caduci *l. vnic. §. & c. triplici C. de caduc. tollend.* Possunt ergo totam hereditatem petere à procuratore solo licet non possideat totam hereditatem adeoque nec tota precia rerum venditarum, Præsertim cūm dolo malo videatur desisse possidere partem illam preciorum quam coheredi suo reddidit, quandoquidem sciebat aut scire debebat neque ad se neq; ad coheredem suum pertinere eam hereditatem quæ defuncto acquisita numquam fuisset. Rursus à coherede cui pars illa pecuniæ reddita est possupriudena actores etiā partem hereditatis petere non vt bis idē consequantur, sed quia potest idē nobis deberi à pluribus aut etiam ab vno ex pluribus causis licet meum esse ex pluribus causis non possit *l. non ex pluribus 159. De regul. iur.* Nec dubitari potest quia habeant ius petendæ partis hereditatis ij qui etiam totam hereditatem petere possent si vellent à coherede procuratoris. Nam à quo peti potest pars hereditatis, potest etiam peti tota hereditas, nisi possessor pro alia parte heres sit. At hic rursus illa incurrit hæsitatio, si verū est vt est quod diximus, in hac actione ius esse metiendū ex iure actoris non ex eo qd possessor occupat. Cur non igitur hereditas tota petatur etiā à coherede cui partē pecuniæ procurator idemq; coheres contulit? An non enim possunt petitores in hac specie iure contendere hereditatem totam suam esse? Accursius videtur hanc dubitationem præsensisse. Cūm id quod lex ait, actores totam hereditatē ab eo qui procurator fuit petere oportere ita explicat, vt totam pecuniā quæ ex distractione ad procuratorem peruenit possint ab eo petere per hereditatis petitionē. Quasi verò

II 4

non hereditas tota hoc casu petenda sit, sed pars tantum hereditatis. Eo saltem casu quo procurator pecuniam ex venditione redactam cum coherede diuiserit. Quod tamē verbis Pauli omnino repugnat. Malo dicere, Totam hereditatem peti à coherede, tūm quoque quando pecuniam diuisit cum coherede, quia & ipse est qui vendidit in solidum, & ad ipsum tota pecunia peruenit quam licet postea cū coherede diuisit actionem, tamē quæ semel aduersus eum competere cœpit, diminuere non potuit factō suo, Non solum si dolo malo id fecerit, quo casu adhuc totū possidere videtur cū dolo pro possessione sit, sed etiam si per errorem iuris qui excusare solet à dolo *l. sed et si 25. §. scire. §. i. i. 1.* Semel enim quæ sitam alteri actionem aut exceptionem nemo tollere factō suo potest ex *reg. l. id quod nostrū 11. De regul. iur. l. ult. sup. de pact. l. si ego 9. §. si res sup. De iur. dot. l. si seruum 91. §. videmus. §. de verbor. obligat.* A coherede vetò qui non nisi partem pecuniæ possidet, etiam partem duntaxat hereditatis peti oportere. Non quòd ex eo quod ipse possidet ius petitorum metiendū sit, Sed quia huius quoque partis nomine tota hereditas petitur à procuratore. Et factis superque petitoribus consulitur, cū iis permittitur partem hereditatis petere ab eo à quo nec si totam hereditatem peterent, quicquam tamen supra dimidiam consequerentur. Cū non ad aliud condemnari possit coheres quàm ad restitutionem eius quod habet, Habet verò partem duntaxat dimidiam, Verūm hīc adhuc ille scrupulus superest quod qui partē duntaxat hereditatis peti à possessore non nisi partem consequi potest eius rei aut quātitatis quæ est penes possessorem *dist. l. 1. §. 1. & seqq. sup.* Ergo si non nisi partem hereditatis actio-

res isti petant à coherede qui non nisi dimidiā preciorum partem possidet, quomodo fieri poterit ut per eam petitionem totam illam dimidiā consequatur? Et tamen ita esse Paulus scribit, Agentes hoc modo petitores consecuturos, ut sine omni ea pecunia penes eum qui procurator fuisse resideret, eam totam per iudicem ab eodem recuperarent, siue is partem dimidiā coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte, & ex dimidia coheredem eius condemnaret. Quæ me ratio cogit, ut faciliē mihi persuadeam locū hunc esse mendosum tollendāque verba illa *partem dimidiā hereditatis* tanquam quæ ex imperiti alicuius interpretis glossa in textum irrepserint, Quibus circūscriptis sensus erit apertus & verus, Possit in proposita specie actores totam quidem hereditatē petere à procuratore ad quem tota pecunia ex venditione peruenisset, sed nihilominus à coherede quoque eius, suppleo quod ex precedentibus necessariō supplendum est, perinde illos petere posse totam hereditatem, Non tantūm in illō casu quem Accursius supplet ex sequentibus, & de quo nihil adhuc expressit Paulus, si eius pecuniā partem procurator coheredi suo reddiderit, sed etiam si tota ea pecunia penes procuratorem remanserit, & in omnem euentum, quia tūm quoque cū nihil habuit coheres ex ea pecunia, iuris tamen hereditarij quasi possessor est, cū habeat actionē aduersus procuratorem eundemque coheredem ad eam pecuniam diuidendā. Possunt igitur actores etiam ab eo petere hereditatem, & quidem totam, quia sunt ex affe heredes, licet is non nisi dimidiā partem possideat precij rerum hereditariarum. Nec aliter locum hunc explicari posse arbitramur.

IO. PAPIANVS libro sexto Questionum.

**C**um heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat viuo testatore decessisse, partem hereditatis nomine patris, ut absētis, administrauerit, & pecunias, distractis rebus, acceperit: hereditas ab eo peti non potest: quia neque pro possessore pretia possidet, sed, ut filius, patris negotium curauit. Negotiorum autem gestorū actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris à quo fortē exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit: cū id, quod administrauit, non fuerit paternæ hereditatis. Nā & si negotiorum gestorū actio sit ei, cuius nomine perceptum est: ei, cuius nomine, restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia successerunt, si qui esse defierat: neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quòd si filius iste patri suo heres extitit, & mouet controuersiam, quòd pater eius, postquam heres extitit mortem obierit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, & debitor esse cœpit, postea faciēs controuersiam hereditatis, ut iuris possessor, conuenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

*Ad l. ult. Cum heredis.*

Hæc lex eandem ferē sententiam habet eadēque penē dubitandi & decidendi rationes. Sed quemadmodum plures & minutiores habet particulas, sigillatim eas nos persequemur, & explicabimus. *Qui patrem suum ignorabat viuo testatore decessisse.* Ratio dubitandi. Cū heres siue ex affe, siue ex parte scriptus moritur viuo testatore. Hereditas aut hereditatis pars illa sit in causa caduci *l. vnic. §. & cū triplici. §. pro secundo. Cod. de caduc. tollend. & cōsequenter vadit ad fiscū si interpretibus credimus qui id probari putat ex supradictis locis, & ex l. i. i. veniunt 20. §. aut Senatus §. i. i. i. prox. Maximē verò ex d. §. pro secundo. vbi Iustinianus ait se corrigentem*

ius vetus sancire, ut quæ sunt in causa caduci maneat penes eos à quibus derelicta sunt, sed eam suo onere. Hoc verò si ita est non potest locus esse quæstioni à Papiniano propositæ, An patris coheredibus, an potius ipsius heredibus teneatur petitione hereditatis filius qui negotia hereditaria nomine patris tanquam absētis curauit.

Dec. Vel hīc maximē locus probat errare in eo nostros interpretes quod putant quasi caduca olim ad fiscū pertinuisse. Nam imò verò lex Iulia Papiæ de caducis tantūm locuta fuerat nō de quasi caducis & caduca sola introduxerat quæ Iustinianus sustulit non quasi caduca, quod & Vlpianus noster in *Instit. T. i. 47. de caducis* satis ostendit, vbi vllū verbum de quasi caducis. Idēque probari etiam potest ex

test ex *l. preced.* vbi quod ponitur vnum ex institutis heredibus antea decessisse cū intelligi nō possit de eo, qui post mortem testatoris decesserit ante apertas tabulas (ea namque res fisco viam aperuisset) non de alio intelligi potest quàm qui viuo testatore decesserit, Ergo non minùs si post testamentum, quàm si ante. Esse enim durum cum Accursio & Cuiacio, & si Græcos omnes adiungas hoc restringere ad eum casum quo mors ante testamentum contigisset ut pro non scripto potius quàm quasi caduca hereditas videatur. Non enim satis propriē dici possit ante gestionem ab heredis procuratore factam decessisse is qui iam ipso testamento tempore defunctus fuisset, nec rursus viuo testatore mortuus esse is, qui ante decessisset, quàm paterfamilias testatus esset. Aliud enim est dicere formaliter loquendo *viuo paterfamilias*, Aliud autē *viuo testatore*, licet Cuiacius noster ad Papin. in hunc locum aliter sentiat, communē interpretum errorem secutus. Moritur enim viuo paterfamilias etiam is qui moritur ante testamentum. At viuo testatore moritur is denūm qui post testamentum ante quod scilicet nec testator quisquam dici potest. Soleo etiam probare hanc eandem sententiā ex *l. pater meus 29. De legat. 2. vbi* minor virum doctissimum Iulium Pacium apud Gothofredum adnotasse nescio quid de caducis, cū ea lex loquatur de legato quasi caduco quod viuo testatore decesserat, non autem de caduco. Quid ergo est, in quibus quod hac parte Iustinianus ex iure vetere correxerit in d. §. *pro secundo*? Non illud sanē meo iudicio quod putant interpretes ut quasi caduca non transeant hodie ad fiscum quæ nec olim transibant, Sed ut hodie non remaneant sine onere, quomodo, ni fallor, olim remanebāt, Extra casum *d. l. pater meus*, qui videbatur specialem habere rationem in adfectione testatoris erga concubinam, quam prudentes nostri dicunt ab vxore differre honore tantūm & dignitate non etiam adfectione *l. i. de legato 49. §. parui autē refert De legat. 3.* Obseruandum etiam est, idē dicta fuisse quasi caduca & in causa caduci non tanquam eorum causa & ratio eadem esset quæ caducorum, sed potius ut appareret non esse caduca quæ tamen prope accederent ad caduca. Incipiebant enim caduca ex die mortis testatoris in diem vsque aperturæ tabularum: Quasi caduca verò à die testamenti in diem vsque mortis. Cū ergo lex Iulia Papiæ de caducis tantūm locuta esset, ut Iustinianus initio illius constitutionis præfatur, ad quasi caduca pertinere & extendi certē nec potuit ex vi verborum nec debuit per interpretationem tanquam odiosa *l. hoc modo 64. in fin. De condic. & demonstr. iunct. l. cum quidam 19. De liber. & post. cap. adia De regul. iur. in 6.*

*b Hereditas ab eo peti non potest.* Ratio dubitandi. Hic filius licet tanquam absētis patris bona administrauerit, cū tamen reuera pater heres cum aliis institutis iā viuo testatore decessisset, non alterius quàm ipsius hereditatis negotia gessisse videri potest, cū reuera fuerint negotia hereditaria. Ponimus enim quod necessariō ponendum est ut & Cuiacius docet fuisse bona à filio administrata nomine patris absētis, antequam adita esset hereditas à coheredibus patris, Alioqui non hereditarius, sed heredum negotiorum gestum videretur *l. quod si in diem 6. §. non solum §. i. i. prox. & ia-*

centis hereditatis negotia gesta esse oportet ut qui gessit obligetur hereditati & hereditatem sibi obliget eumque qui postea heres extiterit. *l. nam & Seruius 21. §. qui negotia sup. De negot. gest.* Ergo in hac specie filius fuit debitor hereditarius, quia nō tam inspiciendum est cuius negotia gerere se putauerit, quàm cuius reuera gesserit ad inducendam vitrò citroque obligationem & actionē Negotiorum gestorū *l. 5. §. 1. & l. 6. §. i. i. de queritur. l. que utiliter 45. vlt. sup. cod. de i. i. i. in hoc iudicium 14. §. 1. §. commun. diuisi.* Ita fit ut quasi possessor iuris hereditarij existimari debeat qui est debitor hereditarius, & consequenter ut hereditatis petitione conueniri possit *l. nec vllam 13. §. vlt. d. l. quod si in diem 16. §. non solum sup. i. i. prox.*

Dec. Is denūm tenetur petitione hereditatis qui sibi possidet non qui alii, quique, nō quoquomodo possidet sed vel pro herede vel pro possessore *l. regulariter 9. & seqq. cod. de i. i. i. ad eoque* qui controuersiam facit hereditatis, Nam & hoc maximē requiritur *l. si debitor 42. sup. cod. ut diximus etiam ad legem præcedentem.* Atqui filius hic de quo tractamus neque possedit hereditatem sibi sed patri, neque pro herede aut pro possessore pretia quæ ex venditis rebus hereditariis redegit possidet, sed patris negotia curauit, neque rursus contendit se heredem mouēte petitoribus vllam de hereditate controuersiam, Ut apparet ex alia specie quam subiungit & tractat idem Papinianus noster in fine huius legis in *vers. quod filius.* Ergo hereditatis petitione conueniri nullomodo potest licet reuera sit debitor hereditarius.

*c Sed et filius patris negotium curauit.* Ratio dubitandi. Etiam is qui absētis negotium gessit potest hereditatis petitione conueniri, Non equidē quandiu absens ille potest ratum habere quod suo nomine gestum est, quia eo casu verum est, Non videri pro herede vel pro possessore possidere illum qui contemplatione alterius possidet, Sed tūc saltem cū absens ille cuius nomine fuit gestum negotium aut ratum habere nolit aut desit ratum habere posse. Quo casu videtur iā prædo esse ac suo nomine teneri posse *l. nec vllam 15. §. si quis absens sup. i. i. prox.* Atqui in proposita specie, pater cuius tanquam absētis negotia filius curauit cū iam esset mortuus, nec ratum habuit vnquam, nec ratum habere amplius potest cū sit mortuus, nec rursus ratum habere ipse heredes possunt nec si defuncti nomine petita esset bonorum possessio, quoniam neque hereditas non adita neque bonorum possessio non agnita licet ab alio petita transmitti ad heredē potest *l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. toll. l. 3. §. acquirere §. De bonor. poss. l. Papinianus 86. §. De acquir. hered.* Ergo videtur iam esse prædo filius qui ea negotia patris velut absētis nomine gesserat cū ipse suo nomine incipiat esse debitor hereditarius, ideoque & hereditatis petitione conueniri potest.

Dec. Ut quis petitione hereditatis conueniri possit, non sufficit ut incipiat suo nomine & quasi prædo possidere, sed illud præterea omnino requiritur ut hereditatis controuersiam faciat petitori. Alioquin tamen si sit debitor hereditarius, & quasi possessor iuris hereditarij, hac tamen actione conueniri nō potest, ut iam diximus ex *d. l. si debitor 42. sup. i. i. prox. l. 1. §. quinimo vers. proinde & l. permittendū §. sup. hoc i. i.* In eo autem casu quem tractamus







## DE POSSES. HERED. PETIT.

### TITVLVS V.

1. VLP IANVS libro 17. ad Edictum.

**ORDINARIUM** fuit, post civiles actiones<sup>a</sup> heredibus propositas, rationem habere prætorem etiam eorum, quos ipse velut heredes<sup>b</sup> facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

*Ad l. Ordinarium fuit.*

Ordinarium dicit hinc Vlpianus pro eo quod dicit in *l. Titul. seq. Ex ordine* significans scilicet ordinem edicti perpetui, eiusque ordinis rationem reddens.

<sup>a</sup> *Civiles actiones heredibus propositas.* Intelligit haud dubie actiones Petitionis hereditatis competentes ei qui iure civili heres est, siue ex asse in solidum, siue pro parte: quas constat esse civiles non prætorias, cum ex eodē iure fiat quo & hereditas ipsa id est, ex lege duodecim tabularum *l. lege obvenire 130. de verb. signific.* Ex qua etiam est iudicium Familiae et cuncte inter coheredes *l. 1. Famil. et cist.* Proponuntur tamen & dantur à Prætorē, cuius nimirum est dare actiones omnes, nec minus civiles, quam prætorias, ut diximus ad *l. Tit. prox. preced.* Loquitur autem de civilibus actionibus petitionis hereditatis in plurali numero, Non tam quod alia sit petitio hereditatis quæ mihi, alia quæ tibi competit, ut putat Accursius, quam quod alia sit petitio per quam tota hereditas petitur. Alia verò, per quam pars hereditatis, Non quasi hereditatem nõ petatis, qui partem hereditatis petit, cum qualibet pars hereditatis sit hereditas. Sed quoniam in petitione partis hereditatis multa sunt singularia & singulari iure recepta quæ non obtinent cum tota hereditas petitur, ut ex iis quæ ad superiorem titulum scripsimus intelligi facile potest: Maxime autē ex eo quod incerta pars hereditatis peti interdum potest, aut certa pars cum adiectione incertæ partis. Quod in petitione, per quam tota hereditas petitur nunquam contingit.

<sup>b</sup> *Velut heredes.* Ratio dubitandi. Prætor nõ potest facere heredem §. *quos autē. Inst. de bonor. poss.* quia cum dicimus heredem significamus dominum §. *ut. Inst. de acquir. hered. qual. & differ.* Prætor autē nõ potest facere dominum scilicet Quiritiarum, quoniam dominium ex iure Quiritium non transfertur nisi per legem quæ est vnus ex modis sex acquirendi domini quos recenset Vlp. in *Fragment. Tit. 19. De acquir. rer.* Prætor verò non potuit facere legē sed populus solus §. *lex est Inst. de iur. natur. gent. & civil. l. 1. & tot. tit. 3. de legib.* Lex proinde sola est, quæ & hereditatem, & heredem facere potest *l. filiusfamilias 18. 7. ad leg. falcid. l. lex. Cornelia 28. De vulg. & pupill. subst.* Ergo quatumvis prætor det bonorum possessionem per quam bonorum possessor fiat loco heredis, & velut heres, quomodo hinc loquitur Vlpianus, non potest tamen prætor tibiue ei hereditatem, & consequenter nec ei dare petitionem hereditatis villam siue possessoriā siue aliam quamlibet. Nam & possessoria hereditatis petitio, tamen petitio hereditatis est. Itaque si cum Accursio, lubeat huius Tituli inscriptionem emendare,

dicendum erit inscribi Titulum debuisse non quomodo putat Accursius *De bonorum possessoria hereditatis petitione.* Quis enim sensus erit si & bonorū & hereditatis mentio fiat? Sed sic potius *De possessoria bonorum petitione,* Ut quemadmodum hereditatur petitio hereditatis, ita & bonorum possessori datur possessoria bonorum petitio.

Dec. Et si prætor heredem facere non potest, atamen cum dat alicui bonorum possessionem siue edictalem siue decretalē cõstituit bonorum possessorem loco heredis in omnibus & per omnia *l. Prætor 17. De regul. iur.* Vnde est quod inspecto rei effectu licet repugnante verborum proprietate hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur *l. hereditatis 138. De verb. signific.* Quidni ergo etiam liceat eam actionē quæ bonorum possessori danda est cõtra extraneos bonorum possessores siue pro herede siue pro possessore possideant possessoriā hereditatis petitionē appellare? Ideo autem *hereditatis* ut appareat actionem hanc eadē præstationes habere quas habet civilis petitio hereditatis, ut scriptum est in *l. seq.* Competit autē hæc actio iis omnibus quibus prætor ita tribuit bonorū possessionem ut eos loco heredum constituat. Nõ adhibita illa distinctione quam noster adhibet Accursius an bonorum possessio data sit à prætorē viuo an à mortuo, id est ut idē ille explicat an edictalis sit an decretalis. Nulla siquidem est quæ datur à mortuo, & neque edictalis magis quam decretalis. Sed dantur omnes à prætorē viuo cum prætor addeoque ius ipsum prætorū nihil aliud sit quam viua vox iuris civilis *l. nam & ipsum 6. 3. De iust. & iur.* Fateor edictalem bonorum possessionem illam esse quæ promittitur edicto perpetuo, quod vocat Prætoris mortui; Sed nego dari eam à prætorē mortuo cum petenda sit & danda à Prætorē viuo, Hac differentia si edictali opponas decretalem, quod edictalis etiā de plano datur, & sine causæ cognitione. Decretalis verò nõ nisi causa cognita & pro tribunali. *l. 3. §. si causa cognita. de bonor. poss. l. 2. §. dies 7. quis ord. in poss. seruet. l. sed etsi 5. De bonor. poss. contr. tab.* Cæterum Titulus hic ad edictales bonorum possessiones pertinet non minus quam ad decretales quoties, ut dixi, per bonorum possessionem quis constituitur loco heredis. Quod addo, quoniam bonorum possessiones non omnes sunt cum re & cum effectu. Sunt etiam quædam sine re ut Bonorū possessio secundum tabulas in quibusdā casibus, ut refert Vlp. in *Tit. De bonor. poss. quæ tamen semper est edictalis.* Item Carboniana quæ semper est decretalis *l. 1. 7. de Carbon. edit.* Quod autem addit Accursius Decretales bonorum possessiones hodie sublatas esse ex lege Constantiniana quæ extat in *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poss. & à Iustiniano*

## DE FIDEIC. HERED. PET. LIB. V. TIT. VI.

Iustiniano comprobata est in *l. vltim. §. nos autem C. de curat. furios.* quæ defendi non potest. Sublata enim fuit verus petitionis solemnitas non autem bonorum possessionis petendæ necessitas, Id est de-

cretū hodie nullū interponitur, sed tamen exemplum decreti bonorū possessio etiam hodie datur à prætorē viuo, ut Accursius loquitur, Idemque effectus est petitionis *dict. l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poss. poss.*

2. GAIVS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

**PER** quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

*Ad l. Per quam 2.*

Ratio dubitandi. Senatusconsultum quod de hereditatis petitionibus factum est Hadriani temporibus relatum ab Vlpiano in *l. item veniunt 20. §. prætor hæc supr. De petit. hered.* de hereditatis tantum locutum est, & de heredibus, non autem de bonorum possessoribus nec de bonorum possessionibus. Ergo neque ad bonorum possessores porrigi Senatusconsultum debet, neque potest hæc possessoria hereditatis petitio tam amplas habere præstationes quam habet civilis petitio hereditatis.

Dec. Prætor eos quibus dedit bonorum possessionem cum re habet loco heredum in omnibus & per omnia iisque tribuit dominium non possessionis tantum, ut credit Cuiacius, sed etiam proprietatis non quidem quiritiarium sed bonitarium. Quomodo accipi debet quod scriptum est in *l. iunet. l. 2. & 3. De bonor. poss. Fuit enim res omnes in bonis eius cui bonorum possessio data est ita ut agnita bonorum possessio, licet corporalis possessio nondum sit adprehensa, ut de fideicommissaria hereditatis restitutione scriptum est in *l. fuita 3. infr. ad S. C. Trebell.* Bonorum enim possessionem cum dicimus ius ipsum successione significamus non corporalem ipsam rerum singularium possessionem, *l. bonorum appellatio 208. iunet. l. her. datus appellatio 119. De verb. signific.* Nec tamen distinctionem illam admittimus quam interpretes nostri probant ut aliud sit bonorum possessio, aliud verò possessio bonorum quod illa sit iuris hæc facti. Quasi verò sola nominum transpositio possit tantam rei diuersitatem inducere: quod certè nec philosophi, nec prudentes vnquam admitterent. Ego cum in effectu bonorum possessor nil distet ab herede,*

quidni admittamus tantundem eum consequi per possessoriā hanc hereditatis petitionem, quantum verus heres per civilem petitionem consequeretur? An ergo etiam civiles actiones exercere poterit cum non sit heres iure civili? Poterit utique. Nihil enim verat Prætorē etiam honorario successori civiles actiones dare, dummodo sint hereditaria. Quia personam defuncti non minus repræsentat bonorum possessor iure prætorio quam heres iure civili, habetque perinde actiones directas, & easdem illas quas defunctus habebat, Nisi eadē iudem hominis non repetitur heres ipso iure, sed nudo nomine ut filius qui se paternis bonis abstulit aut minor restitutus in integrum ad repudiandam hereditatem damnosam quam inconsultò adierat. Alius verò bonorū possessor est. Hoc enim casu eadē actiones directæ maneat necessariò penes eam qui heres remaneat non potest bonorum possessor alias habere quam viles, *l. aut prætor 7. §. sed quod P. ap. iunet. infr. De minor. l. 1. si heres 70. & pass. infr. ad S. C. Trebell.* Sed cum hoc accidit non eo minus efficaces sunt ad agendum quam si essent directæ. Idcirco enim viles appellantur non solum quod ex æquitate omnes inductæ sint quam leg. iutor civilis semper estimare solet ex utilitate publica, sed etiā quod suam semper utilitatem secum trahant, nec vnquam inutiles sint & inefficaces. Denique eundem potestatis sunt cuius & directæ eundemque habent effectum, *l. actio 47. vbi dixi supr. De neg. gest.* Cæterum an actio aliqua sit civilis & directæ, an vtilis & prætoria (sic enim directæ opponitur prætoria in *leg. clatio 26. §. item si ex pluribus 7. De moral. action.*) non ex qualitate agentis proficitur, id est an sit ille successor civilis an honorarius, sed ex natura negotij quod actionē parit, *l. iuris gentium 7. §. 1. sup. De pact.*



## DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE.

### TITVLVS VI.

1. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

**EX** ordine occurrit actio, quæ proponitur his quibus restituta est hereditas<sup>a</sup>. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.

*Ad l. Ex ordine 1.*

<sup>a</sup> *Quibus restituta est hereditas.* Ratio dubitandi. Hi quibus restituta est fideicommissaria hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano & Orphitiano, heredes tamen non sunt, Non ratione illa quam in bonorum posses-

soribus usurpauimus, quod Senatus non magis heredem facere possit quam Prætor (Senatus enim heredem facere potest, ut constat ex Senatusconsultis Tertulliano & Orphitiano, quæ matribus deferunt hereditates liberorum, & libe-



ris hereditates matrum, Prator autem non potuit *§. quos autem Institut. de bonorum possess.* Sed quia fideicommissaria hereditas non ab alio restitui potest quam ab eo qui iam sit heres. Qui autem semel heres fuit semper heres manet, *§. restituta Inst. De fideic. hered. l. si heres 70. infr. ad SC. Treb.* Porro non potuit Senatus facere ut vni duo essent in solidum heredes contra iuris regulam, *leg. quod contr. 2. 1. 1. §. vni duo De regul. iur. non magis quam ut duo domini in solidum eiusdem rei aut in solidum possessores, l. si vi certo 5. §. vltim. infr. commod. l. duo in solidum 19. infr. de precar.* quandoquidem non possit ea res fieri citra penetrationem dimensionum, *l. 3. §. ex contrario infr. De acquir. poss.* Cùm igitur is cui restituta est per fideicommissam hereditas non eo magis heres fiat, consequens est ut petitionem hereditatis quæ soli heredi competit exercere non possit. Præsertim cùm nec petitio hereditatis vlla esse possit, vbi non est hereditas. Quæ autem ex fideicommissa restituta est hereditas iam non est hereditas, sed patrimonium fideicommissarii in cuius bonis fiunt res omnes hereditariæ statim & prius quam corporalis earum possessio adprehensa sit, *l. si iura 63. in princip. infr. ad SC. Trebell.* Nam & post aditam hereditatem desinit esse hereditas si quæ patrimonium heredis *l. 1. §. v. totus infr. De acquir. poss. l. 1. infr. De separ. l. per curatorem 30. De acquir. hered.* Et quoties quis rogatur hereditatem restituere non tam hereditatem quæ adhuc hereditas sit, videtur rogatus reddere quam id quod fuit hereditatis, ut loquitur Ulpianus in *l. in fideicommissaria 18. vers. infr. ad SC. Trebell.* Quomodo igitur fieri potest ut hereditatis petitionem habeat?

Dec. Fideicommissarius cui fuit restituta ex Trebelliano hereditas licet heres non sit, heredis tamen loco est, *§. restituta Inst. de fideicom. hered. l. 2. infr. ad SC. Trebell.* quia ei & in eum dantur actiones omnes quæ competebant heredi & in heredem, *l. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod.* Non quidem directæ quoniam remanent penes heredem sed vitales, *d. l. si heres 70. eod.* In quo licet deterioris sit conditionis quam bonorum possessor qui habet etiam directas, ut superiore titulo scriptum est, in hoc tamen æquo iure censeridebet quod quemadmodum ille possessorem habet hereditatis petitionem, ita hic fideicommissarium aduersus eos omnes qui aliquid hereditarium vel minimum aut pro herede aut pro possessore possideant. Dices, Fieri non posse ut hereditate iure petatis, cui ponimus iam fuisse illam restitutam. Sed facilis responsio est, Restitutionem hereditatis fideicommissariæ non tantum re fieri posse sed etiam verbo, *l. restituta eod. tit. ad SC. Trebell.* idque sufficere ut statim res omnes hereditariæ fiant in bonis eius cui facta est restitutio, *dist. l. facta 63. eod.* Cùm enim fideicommissarius ea ratione fiat dominus bonitarius, exinde incipit habere actiones omnes in rem quæ domino non tantum quiritario competunt, sed etiam bonitatio siue speciales sint, *l. in rem 23. in prin. infr. tit. 1. l. doce 9. C. eod. iun. et. l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Siue vniuersales qualis est petitio hereditatis, *l. sed et si 25. §. ante penultim. supr. De here. petit.* Nec maior ratio est ut ei qui sine illo titulo possidet Pro herede vel pro possessore faueatur contra fideicommissarium cui restituta est hereditas quam contra heredem. Quid ergo si fideicommissario nondum sit restituta hereditas ab he-

rede qui adiit, nec velit ipse eam restituere? Non competet hæc petitio hereditatis fideicommissaria, quæ scilicet cùm sit in rem actio non alij potest competere quam domino, Fideicommissarius autem, ut dixi, dominus non est nisi facta demum restitutione: sed competeret in eam rem actio ex testamento, per quam heres cogetur à pratore fideicommissarium non tantum restituere hereditatem iam aditam, sed etiam adire hereditatem si forte adire illam nolit, & suspectam dicat, *leg. 4. & seqq. l. l. de quo 13. §. vlt. & seqq. & pass. ad SC. Trebell.* Nec solum si heres nihil velit restituere, sed etiam pattem hereditatis restituerit, aliquid tamen ex hereditate retineat quod nolit restituere. Nam & hoc casu totum fideicommissum perinde peti poterit & debeat ac si nulla penitus ex parte restitutum esset, *l. debitor 59. in illis verbis. Neque fideicommissum quasi minus restitutum, veliè petatur eod. tit. que* admodum è contrario qui plus quam in fideicommissum esset, soluit totum fideicommissum conditione incerti reperit, quia plus debito dedit, *l. qui exceptionem 10. §. si pars infr. D. cond. indeb.* Nullo autem penitus casu potest hereditatis petitio dari fideicommissario contra heredem. Quippe cùm is habeat verum titulum heredis & vetè sit heres, Absurdum autem sit per tionem hereditatis dari ei qui heres non est contra verum heredem quæ nec vnquam datur contra titulum possidentem, *l. regulariter 9. vbi dixi, & alibi tam sepe ad Tit. De hered. petit.* In eoque finis nescio an dicere debeam, an ridiculus potius noster Accursius cùm ait titulum hunc veri heredis pro non titulo habendum esse. Quod certe falsissimum est cùm adedò verè maneat heres etiam post restitutionem re quoque factam, ut ipso iure possit & agere & conueniri actionibus directæ sit que necessaria ei & contra eum exceptio restituta hereditatis, *dist. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Trebell.* Itemque ut si heres institutus rogatus fuerit Titio hereditatem restituere, & Titius eidem heredi post tempus sufficientem directæ actiones heredi nec vlla opus sit actionum translatione, *dist. leg. si heres 70. eod.* Denique ut possit heres etiam post restitutam totam hereditatem repetere aliquo casu possessionem rerum hereditarium & denunciare debitoribus hereditariis ne soluant fideicommissario, ut in specie, *l. heres 25. eod. ill. tit.* Sed illud multò absurdius est quod vult Accursius & post eum Bartolus, Possè verum heredem conueniri petitione hereditatis non quasi possideat pro herede. Cùm inquit transtulerit hereditatem in fideicommissarium, sed quia possideat pro possessore. Numquam enim possidet pro herede is qui verus heres est nec si hereditatem nondum restituerit: quantum ad hoc scilicet ut hereditatis petitione conueniri possit (nam quod ad vltimam petitionem ex Tit. pro herede, aliunde est ut docui ad Tit. precedentem) Pro possessore verò multò minus nec post restitutam hereditatem cùm nihilominus heres verè & in plerisque causis cum effectū remaneat. Ergo quamuis ex parte fideicommissarii non semper illa ratio impediatur ne petitione hereditatis agerè contra verum heredem possit quòd non sit dominus (est enim dominus bonitarius rerum omnium hereditarium post factam nudo etiam verbo restitutionem licet pleræque res nondum corporaliter restituta fuerint, *dist. leg. facta*, quia restitutio fideicom-

fideicommissi sicut & hereditas & bonorum possessio iuris est, nec tam solutio debiti quam successio eam ex ea fideicommissarius obligetur, *leg. non enim 38. eod.* Attamen ex parte veri heredis illa ratio perpetua est, & inuincibilis, ne villo casu petitione hereditatis teneri possit, quod omni casu verus heres est. Et ita generaliter & indistinctè intelligi debet quod generaliter quoque & indistinctè scriptum est in *l. 3. §. penult. infr.* hanc actionem aduersus eum qui restituit hereditatem non competere, id est numquam competere. Nec proinde distinguendum est cum Accursio, an restitutio facta sit verbo tantum, an etiam re. Nihil enim refert nisi quod cùm re quoque facta restitutio est, neque petitio hereditatis, neque alia vlla siue in rem siue in personam actio competere potest pro rebas iam restitutis, sed pro rebus singularibus non restitutis dico perinde competere vindicationem fideicommissario tanquam domino bonitatio, itemque petitionem hanc hereditatis fideicommissarium aduersus quoscunque Pro herede, vel Pro possessore possidentes, atque si omnium rerum facta esset restitutio aut verbo tantum, ut ponit Accursius, aut verbo & re simul. Nā quod adlit Accursius & probat Bartolus, Fideicommissarium cui semel restituta fuit tota hereditas, si eam postea perdidit non posse hac fideicommissaria petitione hereditatis experiri, sed tantum rei vindicatione pro rebus singularibus, adhuc absurdus est. Nam in d. verbo hic proprie casus est quo hæc actio competit, scilicet cùm is cui restituta est hereditas siue re siue verbo videt res aliquas hereditarias siue ex iis ipsis quæ restitute sunt siue ex aliis ab eo occupatis qui non nisi pro herede vel pro possessore eas possideat, Quomodo aduersus eos qui titulum aliquem profertunt suæ possessionis non nisi speciali in rem actione agere potest, ut nimirum eadem omnia obseruentur in persona fideicommissarii post restitutionem hereditatis, quæ seruantur in persona heredis ante restitutionem, *l. 2. C. de p. sit. hered.* Ratio autem quam adfert Bartolus subtiliter, ut ipsi quidem videtur, nihil minus quam subtilis est, Ait enim, Non alias res venire in petitionem hereditatis quam quæ sunt hereditariæ. Desinere autem esse hereditarias post adprehensam hereditatem fierique res heredis ex *l. 1. §. veteres infr. De acquir. poss. l. quod si in diem 16. §. non solum vers. sed si heredi. supr. De hered. petit.* Quæ ratio si bona esset sequeretur nullo vnquam casu competituram ne quidem vero heredi petitionem hereditatis cùm ea actio numquam competat vero heredi nisi postquam heres factus est siue ipso iure vel suis heres, siue per aditionem ac proinde eo tempore quo res iam desierint esse hereditariæ tanquam factæ ipsius heredis. Ergo quemadmodum acquisitio illa rerum hereditarium quamuis faciat res delinant esse hereditariæ non impedit quominus is qui iure civili heres est civilem quoque habeat petitionem hereditatis. Ita neque impeditur potest, quominus fideicommissarius cui restituta est fideicommissaria hereditas, qui que per eam restitutionem factus est dominus bonitarius, fideicommissarium hereditatis petitionem exercere possit. Sufficit enim ut per eam actionem petat eas res quæ aliquando fuerunt hereditariæ quamuis nunc non sint, & quæ etiamnum essent here-

ditariæ si adita hereditas non fuisset. Sunt enim factis hereditariæ quantum ad eum qui conuenitur, quiq; cùm pro herede tantum vel pro possessore possideat, nec adiit adhuc hereditatem, nec adire vnquam poterit, & qui rursus cùm hereditatis cōtrouersiam faciat petitori, negat adiri ab eo hereditatem potuisse. Et hoc est quod supra diximus ex Ulpiano in *dist. l. in fideicommissaria 18. ad SC. Treb.* quoties quis rogatus est hereditatem restituere id videri rogatum reddere, non quod sit hodie, sed quod antea fuit hereditatis. Itaque cùm quatuor sint tempora quæ Accursius distinguit ad *l. 3. infr.* Vnū hereditatis nōdum aditæ nec repudiatæ, Secundum hereditatis iam repudiatæ sed ad eundem per coactionem Pratoris, Tertium hereditatis aditæ quidem sed nondum restitute, Quartum hereditatis & aditæ & restitute verbo non etiā re, aut re quidem, sed non in totum, Quasi hoc postremo casu fideicommissarius hereditate petere possit ab herede. Ego contra defendo, nullo istorum casuum posse locū esse huic actioni, Sed aut nullam prorsus competere fideicommissario contra heredem, aut non aliā quam ex testamento ad consequendum scilicet fideicommissum totum quousque restitutum sit totū, Nempe cuius restituendi potestatem heres habet. Nam quod ab alio quocunque possidetur sine titulo siue pro herede possideatur siue pro possessore neque ab herede petendum est ex testamento, cùm neque possideat, neque dolo fecerit quominus possideret neque hereditatis petitione & quia non possidet, & quia verus heres est. Sed peti debet ab extraneo possessore aut speciali in rem actione si possideat cum titulo aut petitione hereditatis si pro herede vel pro possessore possideat. Nimirum post restituta fideicommissario hereditate quoquomodo, siquidē ante restitutionem hæc actio competere fideicommissario non magis potest quam civilis petitio hereditatis heredi ipsi ante aditionem, ut Accursius hic ratiocinatur, Nec malè nisi in eo quod sic tractat de restitutione hereditatis quasi restituta sit singularum rerum non ipsius iuris hereditatis, in quo certè fallitur. Tota enim hereditas restituta intelligitur etiam cùm verbo tantum restituta est, licet nullam rem singularem corporaliter transtulerit heres in fideicommissarium. Quanto magis si & verbo totam hereditatem heres restituerit, & corpore res aliquas hereditarias licet non omnes, *d. l. restituta & d. l. facta.* Cæterum contra heredem ipsum qui hereditatem totam restituit non tamen res omnes hereditarias competere hæc actio, ut dixi numquā potest. Imò si verum amamus, hæc fideicommissaria petitio hereditatis licet fideicommissario competat ex propria persona & quatenus fideicommissarius est non alio tamen iure competere ipsi videtur, quam quia conpeteret heredi si hereditate non restituisset. Quin etiam si iam cōpetebat heredi tēpore restituta hereditatis, forte quòd iam tum res aliqua hereditaria ab extraneo aliquo pro herede vel pro possessore possideretur, Possent tamen cogendū heredem in facienda restitutione hereditatis, ea actione cedere, ut dici solet de cæteris actionibus quæ non sunt quidem hereditariæ, sed heredi primum & ex propria persona acquisitæ per occasionem eius hereditatis quam restituere debeat, ut in *l. si heres pecuniam 73. in prin. ad SC. Trebell.* Petitio enim hereditatis licet pro hereditate detur non tamen est

hereditatis cum defuncto quando vixit neque competierit neque competere unquam potuerit, nec ipsi etiam hereditari, nascaturque ut omnes ceterae in rem actiones ex praesenti possessione illius qui conuenitur, non alius 2. §. sed si postulat sup. De indic. ideoque non potest dici ex eorum esse numero quae ab herede transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano in fideicommissarium, l. 1. §. 1. & pass. ill. tit. ad SC. Trebell. in quo errauit etiam Bartolus existimans petitionem hereditatis quae heredi competeat transferri ex SC. in fideicommissarium, ut possit etiam sine alia cessione vtilem intentare, quod tamen neque probat, neque vlla vel ratione vel lege probari possit. Vnde factum proculdubio est ut specialem hanc petitionem hereditatis quam fideicommissariam appellamus, Praetor proposuerit, ut eam haberet fideicommissarius ex propria persona, Non solum ne vlla cessione indigeret, quae vix unquam nisi remediij subsidiarij loco adhibetur, l. rember. dit. vi. sm. 65. infr. De cuius. Sed etiam quia fieri & euenire facile potest ut restituta iam hereditate inciperet quis rem aliquam hereditariam pro herede vel pro possessore possidere, quo casu non possidet fideicommissario consuli per cessionem actionis quae nunquam heredi competisset, si non eam suo iure, & ex propria persona fideicommissarius haberet. At verò ut possit eam contra heredem ipsum villo casu exercere neque iuris ratio vlla paucit, neque alicui

## 2. PAVLVS libro vicenimo ad Edictum.

**Q**uæ actio eadem recipit, quæ hereditatis petitio civilis.

Ad l. Quæ actio 2.

Ratio dubitandi. In petitione hereditatis veniunt fructus omnes etiam percepti ante litē contestatam adeoque eorum fructuum usura quia agent hereditatem, l. item veniunt 20. §. item non solum l. sed et si 25. §. ult. & l. seq. l. heres furiosus 51. §. 1. sup. de hered. petit. At in fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus nisi vel mora facta sit, vel specialiter rogatus sit heres etiam fructus restituere, l. in fideicommissaria 18. infr. ad SC. Trebell. Ergo fideicommissaria hæc petitio hereditatis non recipit eadem præstationes quas hereditatis petitio civilis.

Dec. Separanda est restitutio hereditatis fideicommissaria ab hac fideicommissaria hereditatis petitione. Restitutio fit ab herede per actionem ex testamento non per petitionem vllam hereditatis, At fideicommissaria hereditatis petitio instituitur non contra heredem sed contra extraneum quemlibet pro herede vel pro possessore possidentem. Itaque non fideicommissaria hereditatis petitio appellatur, sed fideicommissaria quia competit non ad fideicommissum restituendum sed ob fideicommissum restitutum, ut docuimus ad l. præced. Mitius agitur cum herede qui fructus percepit suo iure, ac tanquam heres & dominus quam cum eo qui nullum habet titulum sed possidet tantum pro herede vel pro possessore. Ex quo intelligimus non esse occasionem illam quam ad legem præcedentem tam diligenter exacteque agitauimus, An heres rogatus de restituenda hereditate conueniri possit post restitutam verbo hereditatem hac petitione hereditatis fideicommissaria, ut voluit Accursus, Bartolus ceterique interpretes, An verò actione sola

ius æquitatis necessitas inducit, ut constat ex d. l. 3. §. penult. infr. hoc tit. Cum in eam rem alia comparata sit actio, scilicet ex testamento quæ licet stricti iuris sit, l. alius 6. infr. de in lit. iur. eisdem tamen habet præstationes quas habent actiones bonæ fidei quantum ad fructus & ad usuras, l. in minorum 3. C. in quibus causis non est necessitas integræ restit. Minus tamen plenas quam petitio hereditatis quoniam datur contra heredem qui habet titulum. Petitio autem hereditatis qui nullum titulum habet, sed tantum pro herede cum non sit heres vel pro possessore possidet. At qui ita omnino accipi debet quod in hac lege scriptum est, Quisquis suscepit hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano ex quo actiones transeunt in fideicommissarium, fideicommissaria hereditatis petitione uti possit, non quasi translatam per hereditatis restitutionem ut putat Bartolus, sed ex propria ipsius fideicommissarij persona, propter translatas tamen actiones, quoniam translatio illa sola est quæ facit ut fideicommissarius post restitutionem hereditatis loco heredis habeatur, Proinde si quo casu actionum translatio impediatur, ut in specie, l. si mulier 59. §. ex aff. 7. De iur. dot. l. sed et si 9. §. ult. & l. seq. infr. ad SC. Trebell. & alius quibusdam casibus iuris veteris de quibus in l. penult. C. eod. non competit fideicommissario hæc actio non quasi non translata, sed quasi nec danda nec edicto Praetoris talis fideicommissario proposita.

ex testamento non tam diuersa sunt vtriusque actionis præstationes. Neque rursus illa Bartoli responsio & distinctio admitti potest, An fructus percepti sint ante an post factam restitutionem, Nam ea distinctio in actione quidem ex testamento quæ contra heredem datur vera esse potest, sed in fideicommissaria hereditatis petitione quæ contra extraneum nullo titulo possidentem competit euidenter falsa est. Nam quemadmodum in civili petitione hereditatis possessor eodem modo est ad fructuum omnium quos percepit non alio titulo quam pro herede, vel pro possessore, Prædo quidem omnimodo, Possessor autem bonæ fidei quatenus ex iis fructibus locupletior factus est, ut diximus ad l. sed et si 25. §. confutuit, & alijs plerisque locis sup. De her. pet. l. 1. C. eo. Ita & in fideicommissaria hac petitione hereditatis, dubitandum non est, quin is qui pro herede vel pro possessore possidet teneatur ad omnium fructuum restitutionem, etiam eorum, quos percepit ante restitutam fideicommissario hereditatem. Cur enim illos lucretur à fideicommissario conuentus, quam si ab herede ipso conueniretur, cum fideicommissarius sit loco heredis? Alioquin non esset verum quod hæc lex ait Actionem hæc eandem recipere præstationes quas habet hereditatis petitio civilis, Et verò restitutionem quidem hereditatis fideicommissaria facta esse oportet, ut huic petitioni locus sit, sed quando facta sit restitutio, nihil refert cum agitur contra tertium & iniustum possessorem, sed eo tantum casu quo inter heredem ipsum & fideicommissarium contenditur: quia fructus ante restitutionem percepti sine iudicio testatoris sine per negligentiam fideicommissarij non petentis non veniunt in restitutionem, Nisi vel mora facta sit vel heres specialiter fuerit rogatus de fructibus quoque

quoque restituendis, d. l. in fideicommissaria 18. l. mulier 22. §. si heres ad SC. Trebell. aut in speciali casu, l. 3. cum Polidius infr. De usur. iun. c. leg. si ita scriptum 43. §. Pegafus De legat. 2. Aded ut nec vlli fructus debeantur, ne quidem ij qui post litem contestatam percepti sunt, si quando contingat ut per contestationem ad sententiam perueniatur citra moram. Quod erit raro, interdum tamen accidit, ut in d. l. 3. in princip. De usur. Nam & quod vix fit tamen fit, Ideoque solent pragmatici nostri passim condemnare heredem qui de restituenda hereditate rogatus est ad fructus omnes quos percepit aut percipere potuerit ex die tantum litem contestatae, ex tit. Cod. de usur. & fructib. legat. quod saltem ab eo tempore certum sit regulariter moram contrahi si non iam prius contracta fuerit, quæ sanè contracta intelligi debet ex die motæ contouersie cum ab eo die non minus quam à tempore litem contestatae omnes possessores fiant pares, id est prædones, d. l. sed et si 25. §. si ante sup. De her. pet. her. Propter quam causam semper mihi magis placuit quod alijs Bartolus respondit consil. 53. incip. Pica redus, Fideicommissario agenti ex testamento ad restitutionem fideicommissi fructus omnes restitui debere ex die oblationis libelli. Quasi contracta saltem ab eo die mora, Nisi quod mallem generalius dicere cum prudentibus nostris, Deberi fructus in fideicommissis siue vniuersalibus, siue singularibus ex die moræ, d. l. leg. in fideicommissaria leg. si quis seruo 84. l. Titia Scio 87. §. usuras De legat. 2. l. si cui legatum 92. in fin. De condit. & demonstr. d. l. in minorum 3. Cod. in quibus causis non est necess. in integ. restit. Sicque intelligendum esse quod in d. l. 1. tit. C. de usur. & fructib. legat. fructus & usuras legatorum & fideicommissorum deberi à die litem contestatae, Nimirum si alia mora nullam contestationem præcesserit ut Accursus quoque interpretatur. Sed cum de fructibus loquimur qui veniunt in fideicommissariam hereditatis petitionem, alius tractatus est in quo sine vlla distinctione temporis, quo vel restituta sit hereditas à fideicommissario, vel per fideicommissarium petita ab

extraneo dicendum est omnes fructus petitori restitui oportere, A prædone quidem sine vlla distinctione, A possessore verò bonæ fidei quatenus locupletior ex iis factus sit. Porro ex eo quod Paulus hic separat fideicommissariam hereditatis petitionem à civili, Intelligimus non esse hanc civilem sed prætoriam tanquam quæ ex Praetoris illius qui olim fideicommissarius dicebatur iurisdictione profecta esse videbatur. Nam quod Accursus hic scribit inductam esse ex Senatusconsulto Trebelliano certè ridiculum est, sicut & quod subiicit, de civili petitione hereditatis, inductam eam esse alio illo Senatusconsulto, quod Vlpianus retulit in l. item veniunt 20. §. præter has sup. De hered. petit. æquè falsum est. Nam civilis petitio hereditatis multò antiquior est eo Senatusconsulto, traxitque originem à lege duodecim tabularum à qua & actio Familiae erciscundæ, l. 1. in fin. Famil. ercisc. ut ad superiorem legem docuimus, aut saltem ex prudentum interpretatione ad legem, 12. tabul. quorum scilicet præcipuum manus fuit actiones adiuuare ac earum formulas componere, l. 2. §. deinde ex his legibus sup. De orig. iur. Hæc vera fideicommissaria petitio, de qua nunc agimus non Senatusconsulto Trebelliano inducta est quo nihil cautum fuit nisi de transferendis in fideicommissarium actionibus hereditariis omnibus, l. 1. & pass. ad SC. Trebell. in quo numero vtrique petitio hereditatis præsertim fideicommissaria non continetur, ut diximus, sed ex Praetoris quisquis ille fuit iurisdictione tota est, & consequenter tota prætoriam. Quod nec Bartolus diffiteretur, licet distinguat ille duplicem hereditatis petitionem fideicommissario competentem, vnam civilem quam vocat vtilem ex persona heredis quam ponit transire in fideicommissarium ex Trebelliano cum actionibus cæteris. Alteram quam habeat ex propria persona, & hanc solam fatetur esse prætoriam, Quæ tamen distinctio quod ad primam ipsius partem attinet, commentitia plane est & à nobis ad legem præcedentem satis superque confutata.

## 3. PAVLVS libro 16. ad Edictum.

**N**ec interest, mihi quis rogatus fuerit restituere, an heres cui existisset. Et si bonorum possessor a sim eius cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor b per hanc actionem experiri poterim.

Ad l. Nec interest 3.

Ratio dubitandi. Hæc actio, quam fideicommissariam hereditatis petitionem vocamus, non alij proposita est quam qui restituta fuit hereditas l. 1. sup. At qui non fuit restituta heredi fideicommissarij, sed ipsi fideicommissario, quia nec fideicommissarij heres fideicommissarius est, nec actiones ex Trebelliano aliter transire possunt quam si restituatur hereditas ex testamento, l. 1. ad SC. Trebell. id est sicuti testator voluit, l. sed et si 9. §. ult. & l. seq. eod. & consequenter illi ipsi cui testator voluit, non alij, l. si mulier 59. §. ex affe inf. De iur. dot. adeoque nec heredi fideicommissarij, l. apud Iulianum 11. §. verum infr. ad SC. Trebell. Ergo heredi fideicommissarij competere hæc actio non potest.

Dec. Heres quilibet succedit in vniuersum eius quod defunctus habuit, nihil est aliud 24. De verb. signific. l. cum heredes 23. infr. De acquis. poss. l.

l. cum heres 11. De diuers. temp. præscript. Vnde est quod dicimus heredem heredis esse heredem primi testatoris, l. ult. C. de hered. instit. l. si quis filiumfamilias 7. §. vltim. infr. De acquirend. hered. Potest igitur heres fideicommissarij non quidem tanquam fideicommissarius, sed tanquam fideicommissarij successor vniuersalis actiones omnes exercere quas defunctus potuerat, l. vltim. & pass. C. de hered. act. Ergo & fideicommissarium hereditatis petitionem quæ fideicommissario cæperat competere ex die susceptæ ab eo hereditatis. Quemadmodum si heres heredis esset civilem quoque petitionem hereditatis instituire potest quam defunctus potuisset, l. 3. sup. De hered. petit.

a Et si bonorum possessor. Ratio dubitandi. Bonorum possessor non est heres cum non potuerit Praetor facere heredem, §. quos autem Inst. de bonor. poss. Ergo ei aptari non potest regula illa, quam proximè di-



ximus quæ habet heredem heredis heredem esse testatoris.

Dec. Bonorum possessor quamvis heres non sit heredis tamen loco est apud Prætores cuius est actiones omnes & civiles & prætorias vel dare vel denegare, vt diximus ad *T. it. præced. l. 1. 2. & 3. De bonor. possessor.*  
 b *Vel alius iussor.* Intellige non de iis qui ex nouo iure sunt heredes quomodo malè interpretatur Accursius ex *l. 3. sup. de hered. petit.* nam de here-

1 ¶ Hanc actionem sciendum est aduersus eum, qui restituit hereditatem, non competere.

*Ad §. 1. Hanc actionem.*

Ratio dubitandi. Heres rogatus de restituenda hereditate tenetur ad eam non solum restituendam sed etiam ad eundem vt possit restituere, Potestq; ad vtramque cogi per Prætores fideicommissarium ne alioqui fideicommissum intercidat *l. 4. ille à quo 1. §. ult. cum leg. ibi. §. q. & pass. infr. ad SC. Trebell.* Ergo petitione hereditatis conueniri potest postquam hereditatem adiit, vt nimirum eam restituat.

2 ¶ Hæ autem actiones mihi dantur, quæ heredi, & in heredem competunt.

*Ad §. 2. Hæ autem actiones.*

Ratio dubitandi. Civilis petitio hereditatis competebar heredi ante restitutam hereditatem aduersus quemcunque rei hereditaria possessorem qui modò pro herede possideat, vel pro possessore, *T. or. tit. De petit. hered. sup.* Et tamen actio non competit fideicommissario ne quidem post restitutam hereditatem, Ideòque necessaria fuit hæc fideicommissaria hereditatis petitio quam Prætor fideicommissario proponeret, *leg. 1. sup.* vt contra Accursium & Bartolum supra disputauimus. Ergo non omnes actiones quæ competunt heredi & in heredem dandæ sunt etiam fideicommissario, & in fideicommissarium.

Dec. Ex SC. Trebelliano transeunt actiones omnes hereditariæ in fideicommissarium quæcunque heredi, & in heredem competeant, *l. 1. sup. hoc tit. l. 1. & pass. infr. ad SC. Trebell.* quæ res facit vt post

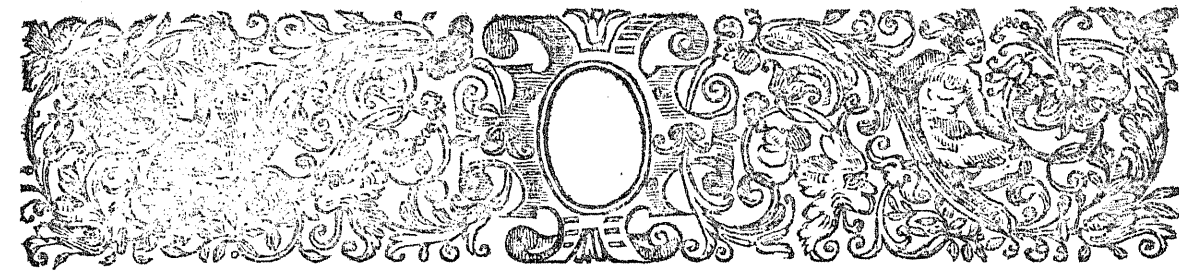
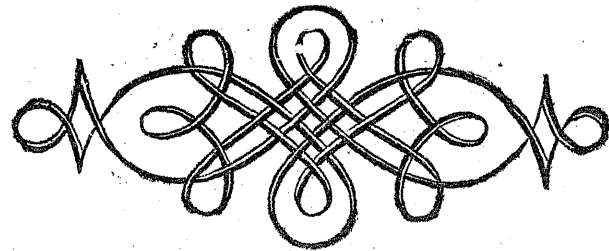
restitutionem hereditatis legitime factam fideicommissarius sit loco heredis, *l. 2. l. fact. 2. 63. & pass. cod. l. si mulier 59 §. ex ass. infr. De iur. dot.* Ergo post restitutam hereditatem actiones omnes hereditariæ quæ iure hereditario competeant heredi & in heredem, competent etiam fideicommissario, & in fideicommissarium. Sed hoc de hereditariis tantum actionibus intelligi debet de quibus solis locutum est Senatusconsultum, non etiam de aliis quæ heredi competeant ex propria persona & iure proprio non ex persona defuncti & iure hereditario, *l. si her. s. pecuniam 7. infr. ad SC. Trebell.* Inter quas ponenda est petitio hereditatis quæ defuncto nec competit vnquam nec competere potuit, nec proinde ex Senatusconsulto transire potuit in fideicommissarium, vt late docuimus ad *l. 1. sup.* Apparet igitur ex iis quæ ad hunc titulum scriptimus, quàm malè is ab Accursio, Bartolo, ceterisque interpretibus acceptus sit & explicatus.

Dec. Fideicommissaria hereditatis petitio præsupponit hereditatem & aditam esse & restitutam, *l. 1. sup.* Nam vt hereditas adeatur ab inuito herede qui eam fortasse repudiauerit aut suspectam velit dicere, vel vt aditam restituat si nolit restituere actio ex testamento est non fideicommissaria hereditatis petitio vt contra Accursium & Bartolum disputauimus falsissime ad *l. 1. sup.* pro huius §. & versiculi defensione, verique interpretatione.

restitutionem hereditatis legitime factam fideicommissarius sit loco heredis, *l. 2. l. fact. 2. 63. & pass. cod. l. si mulier 59 §. ex ass. infr. De iur. dot.* Ergo post restitutam hereditatem actiones omnes hereditariæ quæ iure hereditario competeant heredi & in heredem, competent etiam fideicommissario, & in fideicommissarium. Sed hoc de hereditariis tantum actionibus intelligi debet de quibus solis locutum est Senatusconsultum, non etiam de aliis quæ heredi competeant ex propria persona & iure proprio non ex persona defuncti & iure hereditario, *l. si her. s. pecuniam 7. infr. ad SC. Trebell.* Inter quas ponenda est petitio hereditatis quæ defuncto nec competit vnquam nec competere potuit, nec proinde ex Senatusconsulto transire potuit in fideicommissarium, vt late docuimus ad *l. 1. sup.* Apparet igitur ex iis quæ ad hunc titulum scriptimus, quàm malè is ab Accursio, Bartolo, ceterisque interpretibus acceptus sit & explicatus.

*Finis Rationalium, Ad librum quintum Pandectarum.*

ANTONII



ANTONII FABRI  
 I. C. SEBVSIANI, SE  
 RENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN  
 SVPREMO SABAVDIÆ SENATV  
 Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad libr. 6. Pandectarum.

TITVLVS I.

*De rei vindicatione.*

I. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

**R**OST actiones<sup>a</sup>, quæ de vniuersitate<sup>b</sup> propositæ sunt, subiicitur actio singularium rerum petitionis<sup>c</sup>.

*Ad l. 1. Post actiones.*

<sup>a</sup> *Post actiones.* Ratio dubitandi. Vniuersalia abstrahuntur à singularibus secundum philosophos. Ergo de singularibus actionibus tractari prius debuit quam de vniuersalibus.

Ratio decidendi. Vniuersales actiones alio sensu apud nos dicuntur, quam vniuersales notiones apud philosophos. Non enim vniuersales actiones dicimus, quòd abstrahantur à singularibus actionibus, sed quia dantur de vniuersitate in qua res omnes singulæ continentur, & quæ ideò sunt rebus singulis & actionibus singularibus multo digniores. Sed & vniuersalia illa philosophica quæ sunt per operationem intellectus, & per abstractionem, sunt longè digniora singularibus, ideòque prius etiam tractanda, quia nec singularia bene possunt cognosci nisi prius cognitis vniuersalibus, quorum duntaxat est scientia, non singularium.

<sup>b</sup> *De vniuersitate.* Id est de hereditate, de qua actus est libro præcedente. Variæ namque de ea propositæ sunt actiones, Et primum quidem de heredi-

tate quæ petitur ex iure civili, De qua est titulus *De hered. petit.* siue actione directa petatur, siue vtili, quæ in multis casibus necessaria est *l. me vllà 3. §. si quis sciens. S. ill. iur.* Deinde de hereditate quæ petitur ex iure prætorio, De qua in titulis *De possess. hered. pet.* Et *De fideic. hered. petit.* quæ sunt prætorias quidem actiones, at non vtilis, vt putat Accursius, sed directæ cum proponantur ex edicto. Nam nec prætorias omnes actiones sunt vtilis, nec vtilis omnes prætorias. An verò in earum actionum numero quæ de vniuersitate propositæ sūt, etiam actio aut querela inofficioli testamenti continebitur? Minimè, quia per eam non petitur hereditas, sed rescissio testamenti, nec quisquis in querela obtinuit, ideò petit semper hereditatem *l. posthumus 6. §. si quis ex his. l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. test.*

<sup>c</sup> *Singularium rerum petitionis.* Intelligit rei vindicationem civilem, siue directam, siue vtilem, de qua agitur in hoc tit. Nam de aliis petitionibus singularium rerum quæ vtilis sunt vel prætorias, agitur in *tit. seqq. De public. in rem act. & si ager vctig. vel emphyt. ess. dicat.*

1 ¶ Quæ specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus<sup>a</sup>, quam his, quæ anima carent, & an his quæ solo continentur<sup>b</sup>.

*Ad §. 1. Quæ specialis.*

<sup>a</sup> *Animalibus.* Sunt enim animalia quoque in bonis mobilibus, licet magis proprie dicantur se mouentia *l. mouentiu 97. de verbor. significat.* vbi manife-

stum est legendum esse si non apparet quomodo & Græci legunt.

<sup>b</sup> *Quæ solo continentur.* Ratio dubitandi. Res quæ vindicabatur ducenda vel ferenda erat in ius ad

Prætorum, ut possit petitor vulgarem illam vindicationis formulam in lite contestanda usurpare. *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, de qua Cicero in Oratione pro Muræna, & Gellius lib. 20. c. 9. l. vnic. §. 1. sup. si quis ius dicent non obtemp. At qui res immobilis nec duci nec ferri in ius potest.

2. ¶ Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt iuris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur<sup>a</sup>. Petuntur igitur aut præiudiciis<sup>b</sup>, aut interdictis<sup>c</sup>, aut cognitione prætoria<sup>d</sup>. & ita Pomponius libro trigensimo septimo. Nisi forte inquit<sup>e</sup>, adiecta causa<sup>f</sup>, quis vindicet. Si quis ita<sup>g</sup> petit filium suum vel in potestate<sup>h</sup>, *ex iure Romano* videtur mihi & Pomponius consentire, rectè cum egisse<sup>i</sup>. ait enim, adiecta causa *ex lege Quiritium*, vindicare posse<sup>k</sup>.

*Ad §. 2. Per hanc autem.*

a Non petuntur. Ratio dubitandi. Liberi nostri in potestate nostra sunt non minus quam serui aded ut perinde manumittendi sint ac serui ad hoc ut exeat de potestate l. 1. & tot. tit. D. si a parent. quis manum. sit. Cur non ergo & vindicari perinde poterunt ac serui? Ratio decidendi. Vtraque potestas quidè est quam habemus in liberos nostros, & in seruos. sed lōgè dissimilis illa patria est, hæc dominica. Serui sunt in commercio sicut & quadrupedes, At non etiam liberæ personæ, nec potest pater dicere se dominum liberorum suorum, siue iure gentium, siue iure civili, quorum alterutrum tamen necessarium est, ut competat vindicatio l. in rem 23. in fi. cod.

b Aut præiudiciis. Noli intelligere cum Irnerio de præiudicialibus exceptionibus, de quibus in tit. De except. præscr. & præiud. sic dictis quod excludant actionem per quem præiudicium fieret grauiori actioni l. 12. 14. 16. 18. & 21. ill. tit. Sed cum Accurs. de actionibus præiudicialibus in §. præiudiciales. Instit. de actiop. quæ sic dictæ sunt, non quia præiudicant, ut putat Accurs. sed quia per iudicem datum ordinantur priusquam de ea re, de qua iudex aditus est sententia ferri possit. Denique quia iudicium futurum præcedit necessariè, & ut ita dixerim, quod præiudicentur non quod præiudicet tot. tit. Cod. de ordin. cognit. Sanè non impediunt contestationem l. ordinata 24. in fi. de liber. caus. quia & contestatio iudicium præcedit nõ supponit. In summa sunt quedam antecognitiones, sed quæ sunt à iudice dato & per viam actionis, ob idque soleo in l. 3. §. planè si dubitet. vers. ceterum. in illis postremis verbis *absentia cognitioni* in quibus euident mendum subest, legere illi *antè cognitioni*. Quid enim differt *pro ab antè* & consequenter præiudicium ab antecognitione? Et si locus ille non de præiudiciali actione est, sed de antecognitione prætoria, de qua mox dicemus. Probabilius tamen fortasse fuerit legere *plena cognitioni*. Nam in causa interdicti non adhibetur plena cognitio, sed summaria.

c Aut interdictis. Intellige interdictum De liberis exhibendis, cuius duo fuerunt capita, Primum exhibitorium, ut exhibeantur, Secundum prohibitivum ne exhibiti duci veſentur l. 1. & 3. in fi. ill. tit. De lib. exhib.

d Aut cognitione prætoria. Id est, Prætoris ipso cognoscere & pronunciantem an liberi nostri in potestate nostra sint necne. Est enim hæc quæstio status de qua soli prætores, maioresque Indices cognoscere & pronunciantem olim poterunt l. non distinguemus 32. §. de liberali. D. de recepr. l. vit. Cod. qui & apud quos in integrum restitui possunt. Nempe cum de eo

Ratio decidendi. Solebat olim ob eam causam in ius ferri gleba aliqua terræ aut pars glebæ si quando fundus erat vindicatus, quia idem iuris est de qualibet gleba fundi quæ de toto fundo. l. certo generi 13. §. 1. in fi. ruffic. præd.

principaliter agebatur. Nã si alia principalis quæstio vertebatur de qua dādus esset iudex, & in quâ status quæstio incidere, nõ erat hæc cognitio prætoria, sed iudicis dati, eoque casu necellarius erat in eam rem vſus præiudicialis actionis, ita tamen ut nihil de eo iudex datus pronunciarer, sed tãtm de principali quæstione, puta de hereditate, ut in l. 1. C. de ordin. iudic. l. 2. & 6. C. de ordin. cognit. l. 3. C. de iudic. l. si puerus 6. C. de petit. hered. Opponitur actioni, siue præiudiciali, siue alii cuilibet cognitio prætoria, quia de quibus rebus prætor ipse cognoscebat nõ dabat iudicem, Et contra dabat iudicem, de quibus causis cognoscere non poterat l. in causis, §. 1. l. quod si minor 24. §. 2. l. D. de minor. l. 2. C. de pedan. iudic. Porò sunt ista synonyma Dari iudicem, dari formulam, Dari actionem tit. C. de formul. & imper. act. sublat. Inde est quod actiones præiudiciales appellantur, quia prius expediendæ sunt per iudicem datũ super illis quæstione principali, dum ne quid super his pronuncietur. At cum expediuntur per prætorum si per se ac simpliciter, dicuntur cognitiones, ut hic & Prætoris vel Præsidis pronunciationem exigunt, si verò propter aliam rē, de qua eundem prætorum cognoscere oporteat puta ob causam interdicti Dicendæ sunt *præcognitiones*, ut in dict. l. 3. §. planè. de lib. hom. exhib. Nã de interdictis solus prætor cognoscebat, nec dabat iudicem l. 2. & 3. C. de liber. exhib. Itaque si filius qui à nemine detinetur sui controversiam faciat, & se patrem familias dicat cognitioni prætoris locus erit l. si filius 8. D. de probat. l. 1. C. de ordin. cognit. sed nõ actioni præiudiciali cum inter patrem & filium multis esse possit, nec vlla actio l. 4. §. de iudic. l. 3. §. hoc autem. de liber. exhib. nisi de aliqua re alia quæstio sit puta de hereditate, ut in specie l. 4. de liber. exhib. Vbi tamè additur etiam ad interdictum de filio ducendo in hoc casu debere: quod non puto verum, ut constat ex d. §. hoc autè. Diceremque potius tollendum articulum *tam* quo sublato sensus erit, De hereditate agi in illa specie magis quam ad interdictum ita oportere. Græcilio Inreconsultis satis familiari quæ non obseruans imperitus interpret putauit locum esse mutilum si non adderetur in præcedentibus dictio *tam*, atque ita ex vera Africani sententia falsam effecit. Qua etiam ratione puto in l. 1. C. de liber. exhib. verba illa *interdicto in eã rē proposito* abundante & irreperisse ex glossa imperiti interpretis existimantis ritulum sub quo ea lex posita est, hanc requirere interpretationem, nec animaduertentis legem illam suo titulo non convenire, cum in ea specie non possit locus esse interdicto, sed tantum cognitioni prætoris. d. l. 3. §. hoc autem. Et verò cum lex illa directæ sit ad eum qui filius dicebatur, apparet

paret non potuisse ab eo proponi interdictum, cum ipse conueniret. Nam nec ipsi patri daretur interdictum si non aliquis eius defensor esset, qui tamen in eo specie nullus erat. Nec probabile est quod Africanus interpret ait, Eriam si nullus sit qui interdicto filium defendat, tamen propter hereditatis quæstionem apud eum qui de hereditate cognoscit etiam interdicto agi de filio ducendo. Nam præter id quod in d. l. non quærebatur de hereditate, eam iam filius aduersus possessores bonorum maternorum obtinisset, quis vnquam audiret proponi interdictum apud iudicem datum, & apud alium quam prætorum? Interdicta enim omnia reddebant olim prætor extra ordinè §. vit. Inst. de interdict. l. 3. C. cod. & ipse cognoscebat Ergo vel probanda est coniectura nostra, vel pro interdicto legèdum remediũ quod est probabilius. Remedium autem in eam rem propositum in ea specie filio qui imp. adinerat, non interdictum est, ut putauit malus interpret quem titulus decepit, sed cognitio prætoris d. l. 8. D. de probat. Fuitque dandum & indicandum filio qui consulere imp. non patri qui nondum apud Imper. conquerebatur. Porò non potuit indicari filio remediũ, ut interdicto vteretur, cum etiam si locum habuisset interdictum, eo tamen conueniri tantum filius, non etiam experiri potuisset. Sic remediũ eleganter dixit Papin. in l. rem hereditaria 63. D. de conſ. & Vlp. in l. 1. de ventr. inſp. Adde quod secundum vulgatam editionem debuerat comma poni post verbum *proposito*, non post *contendit* quomodo positum est. Posset etiam fortasse legi *ex dicto*. Edicti enim nomen latius patet quam interdicti, ut etiam notionem prætoris comprehendat eo casu quo interdictum habere locum non possit d. l. 3. §. hoc autem, & §. Iulianus. j. cod. ill. tit. Idem est si filius apud alium quidem sit, sed sua sponte l. vit. cod. Nec vindicari his casibus potest filius ne quidem adiecta causa *ex iure Quiritium*, quia non potest vindicatio filij contra filium ipsum exerceri non magis quam interdictum, sed contra eum ipsum à quo filius detinetur & defenditur l. qui petitorio 35. in fi. hoc tit. At eo casu quo filius ab alio detineatur, nec nisi de statu filij controversia sit, quam non filius, sed alius ille faciat, cessat cognitio prætoris, & recurrendum est ad interdictum, siue alius ille patrem se dicat, siue non d. l. vit. l. 1. & d. l. 3. §. hoc autem. Sed nõ cessabit antecognitio prætoris si ambo se dicant patres, quia necessario sciendum est vter pater sit, ut sciri possit vter debeat interdicto vincere d. l. 3. §. planè. in fin. de liber. homin. exhib. Sed & poterit filius hic à patre vindicari dummodò adiecta causa *ex iure Quiritium*, ut sequitur in hac lege. Accursius magna ex parte hæc omnia malè explicat, qui confundit cognitionem prætoriam cum officio iudicis, & præcognitionem prætoriam cum actione præiudiciali, Quæ sunt diligenter distinguenda.

e Nisi forte, inquit. Ratio dubitandi. Præiudiciales actiones sunt in rem, & competunt ei qui alium dicit, vel filium suum, vel in potestate §. præiudiciales Inst. de actiop. Ergo vindicatio quæ nihil nisi in rem actio est hoc etiam casu competet, licet non adiecta causa. Ratio decidendi. Vindicatio ei tantum competit qui dominus sit, vel gentium iure, vel civili l. in rem 23. j. cod. quorum neutrum dici potest cum agitur de libera persona, quippe quæ non potest esse in bonis cum non sit in commercio l. inter 83. §. sacram. de verb. oblig. l. sed Celsus 6. c. in præced. D. de

contr. empt. Ceterum, Omnes quidem vindicationes, sunt actiones in rem, Sed non vicissim omnes actiones in rem sunt vindicationes.

f Adiecta causa. Fortasse legendum est *clausula*, illa scilicet quæ mox subicitur *ex iure Romano*, vel quod idem est *ex lege Quiritium*. Nisi dicas ea clausula causam quoque vindicationis contineri. Et hoc ita est, Ne alioqui sequentia corrigenda sint, in quibus hæc ipsa verba repetuntur.

g Si quis ita. Ratio hæc & explicatio præcedentium, Nec improbarem ita legi *nisi si quis ita*. Fuit enim perdifficile intelligere quid sibi vellent verba illa præcedentia, nisi vertic. hic subiectus fuisset. Non debuit itaque vereri Accurs. ne superfluous esset.

h Filium suum vel in potestate. Debuerant hæc verba scribi maiusculis literis, ut & sequentia illa *ex iure Romano*. Sunt enim omnia eiusdem formulæ vitupanda quoties vindicatur filius adiecta causa, Dicit enim pater qui petit, Esse filium suum eum quem petit, vel Esse in sua potestate, Esse quidem suum si negetur pater, Esse verò in potestate si aduersarius fateatur hanc qui petitur esse filium, sed contendat esse emancipatum, Ceterum viroque casu addendum est *ex iure Romano*, & ponendum controversiam fieri patri ab alio quam ab ipso filio. Alioqui non erit locus vindicationi, ut neque actioni præiudiciali, sed tantum cognitioni prætoris, ut supra diximus. Finge detineri filium ab eo qui dicat sibi datum fuisse in adoptionem, vel à se adrogatum. Quod nõ intelligens Azo putat loqui Vlpianum de alio qui ipse contradicat, negatque se in patris sui esse potestate, Item de filio qui sit exhibendus ab aliquo. Cum tamen omnis vindicatio præsupponat rem esse præsentem, iamque exhibitam l. inſ. ad exhib. Itemque alium aduersarium quam rem ipsam quæ vindicatur l. ultim. inſ. hoc tit.

i Rectè cum egisse. Ratio dubitandi. Adiecta clausula illa *ex iure Romano* aut quod idè est *ex lege Quiritium* non facit, ut eò magis filius familias sit in dominio patris, vel gentium iure, vel civili. Nam imò verò ius Romanum separat patriam potestatem à dominica potestate, nec patitur ut pater filio possit adimere libertatem cui possit vitam adimere l. vit. C. de patr. potest. Ergo nec facere poterit, ut eo magis vindicari filius à patre possit, d. l. in rem 23. j. hoc tit.

Ratio decidendi. Verba illa *ex iure Romano* vindicationi addita faciunt, ut appareat patrem eam iure dicit filium suum esse quæ solennis erat formulâ vindicationis, ut supra diximus, non de filij dominio sentire, sed de filiatione sola, ac si diceret filium hunc esse suum filium, Et similiter cum dicit filium esse in sua potestate. Potestatis enim nomen æquiuocum est, nec minus dominicam quam patriam comprehendit l. 1. §. in potestate 21. de exercit. act. l. potestatis 25. de verb. signific. Et ita locus hic accipiendus est non ut vi patriæ potestatis quæ ex Romano iure competit pater filium vindicare possit, quomodo nonnulli interpretantur.

k Vindicare posse. Similia pleraque congerit Accurs. nec malè de Abbate vindicante monachum, De prælato vindicante clericum, De magistratu vindicante ciuè l. pen. in princ. ad municip. Item de colonis Palæstinis l. v. ill. t. de colon. Palæst. lib. 11. c. 50. de Illyricianis l. 1. ill. tit. 52. cod. lib. de patrimonialib. vel sibi l. 1. C. de fugit. colon. patrim. cod. lib. tit. 63. De colonis cuiuslibet priuati, de quibus in l. qui quis 3. & tot. tit. C.



de agric. & cōst. lib. vi. tit. 47. & nouell. 17. de mandat. Princip. cap. 1. 4. §. sed etiā suscipiētes. Denique de cohortali vel Curtiali l. 1. C. ubi quis decur. vel cohort. a lib. & cōdic. comen. Hi enim omnes possūt vindicari,

3 ¶ Per hanc autem actionem non solum singula res vindicabuntur: sed posse etiam gregem<sup>a</sup> vindicari, Pomponius libro lēctionum vicenimoquinto scribit. idem & de armento<sup>b</sup>, & de equitio, ceterisque, quæ gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficit ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint<sup>c</sup>. grex enim<sup>d</sup>, non singula corpora vindicabuntur.

Ad §. 3. per hanc autem.

a Etiam gregem. Ratio dubitandi. Vindicatio dicitur specialis actio in rem, ut scriptum est initio huius legis, quia singularum rerum petitionis actio est. Atqui grex vniuersum quid est quod recipit augmentum & diminutionem l. grex c. 21. & §. q. de leg. 1. l. grege 13. de pignor. Ergo non potest grex hac speciali actione vindicari, sed singula ipsa capita, quæ in grege sunt, vt dici solet peculio legato l. vindicatio §. 6. §. hoc tit.

Ratio decidendi. Est quidem grex quid vniuersum plura sub se corpora continens, sed ita tamen vt non tam iuris nomen sit quam corporum plurium vni nomini subiectorum, vt loquitur l. rerum mixtura 30. §. de vsucap. In quo differt grex à peculio & ab hereditate quæ sunt iuris nomina, quia sine corpore vilo possunt subsistere non etiam grex d. l. vindicatio l. hereditas 30. §. de hered. petit. Et hoc est quod ait Accursus, gregem esse quidem vniuersitatem quandam, sed facti non iuris. Non potest igitur grex peti aliqua vniuersali actione, sed tantum speciali, quia vniuersales actiones non sunt propositæ, nisi de vniuersalibus iuris.

b De armento. Eadem dubitandi & de ciden di ratio est de armento & equitio quæ de grege. Non enim differunt, nisi in eo quod grex propriè est ouium. Armentum bouum, & equitium equorum l. 1. §. 1. l. vlt. inf. de abig. Est tamen gregis nomen commune omnibus pecoribus quæ gregatim habentur, de quibus omnibus loquitur hic locus.

c Nostra non sint. Ratio dubitandi. Gregem faciunt capita singula quæ in grege sunt, cum grex non sit tale quid vniuersum quod sine corporibus possit

2. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem<sup>a</sup>, sed ne partem dimidiam totius eius vindicabit<sup>b</sup>. Sed si maiorem numerum alter habeat, vt detracto alieno, nihil minus gregem<sup>c</sup> vindicaturus<sup>d</sup> sit, in restitutionem non veniunt aliena capita<sup>e</sup>.

Ad l. sed si par 2.

a Neuter solidum gregem. Ratio dubitandi. Cum par numerus est duorum quorum singuli habent in grege tot capita, vt suum quisque gregem constituere possit, videntur singuli gregem habere. Nec quod duo sint quodammodo permixti greges facere debet vt nec vnus grex esse videatur. Ergo singuli solidum gregem vindicare possunt, perinde ac si alter maiorem numerum haberet, & alter minorem, de quo statim subiicitur.

Ratio decidendi Non possunt duo esse eiusdem rei in solidum domini l. 5. §. si duobus vehiculum. inf. cōmod. l. de hereditate 19. §. patet de cast. pecul. Atqui cum par duorum numerus est, non potest dici vter potius sit dominus, quia par vtriusque causa est. Ergo neuter solidum gregem vindicare potest, ne si des vni vindicationem cogaris dari vtrique. Vnus

sed adiecta causa & claus. ex iure Romano si excipias duos primos casus, in quibus facienda vindicatio est adiecta causa ex iure canonico. At bene Accursus. Adde etiā de marito vindicante vxorē arg. l. 2. de lib. exb.

subsistere, vt diximus. Ergo non possumus dicere gregem nostrum si singula corpora nostra non sint.

Ratio decidendi. Nostrum id esse sufficit quod vindicatur l. Quintus 25. §. argento. §. de aur. & argē. leg. l. doco 9. C. de rei vindic. Atqui grex vindicatur non singula capita. Sufficit igitur gregem nostrum esse licet singula capita nostra non sint. Aliud enim est dicere gregem, aliud verò singula capita gregis, tantumque hæc distant inter se, quantum vniuersale à suis singularibus. Itaque non potest hic obici quod aliis dici solet. Id demum totum nostrum esse cuius partem vllam nemo possit suam dicere l. reitē 25. de verb. signific. Non enim qui potest dicere aliqua gregis capita sua esse, idem statim dicere potest gregis partem aliquam suam esse.

d Grex enim. Ratio dubitandi. Id vindicari demum potest quod vindicanti qui se dominum probauerit restituendum tantum erit officio & arbitrio iudicis l. officium 9. l. qui restituere 68. inf. hoc tit. Atqui aliena corpora quæ sunt in grege non possunt venire in restitutionem l. prox. in fin. Ergo neque vindicationem.

Ratio decidendi. Separata est causa vindicationis à causa restitutionis. Vindicatio iuris est Restitutio facti, Et ideo facilius est vt aliena pecora gregi meo immixta vindicem quam vt mihi restituantur. Vindicatio enim fit non singulorum corporum, sed gregis vniuersi, in qua vniuersitate etiam singula capita continentur. At restitutio fit non gregis, sed singulorum capitum quæ sunt in grege l. in rem 23. §. si rem quacumque. vers. at in his. §. eod. Equum autem non est nec iuri congruum vt restituatur mihi capita aliena, licet gregi meo immixta sint.

si quidem grex est, vnumque corpus ex disiunctis constans d. l. rerū 30. de vsucap. dict. l. in rem 23. §. item quacumque. vers. at in his. §. hoc tit. licet tot sint vniuersi cuiusque domini corpora in grege, vt possit quisque ex suis separatim gregem constituere: quod si factum esset, suum quisque gregem haberet ac vindicare posset. Nihil ergo refert an potuerit quisque ex suis ouibus constituere gregem an non, Nisi quod posterior casus minorem habet dubitandi rationem.

b Vindicabit. Ratio dubitandi. Quoties duorum par numerus est videtur grex esse communis. Ergo vindicatio partis vni cuique competit, siue pro diuiso, siue pro indiuiso. Quemadmodum si totus grex vnus esset ab eo solo vindicaretur. Eadem enim debet esse ratio partis quæ totius, cum agitur præsertim de vindicatione l. qua de tota 76. inf. Nec vide

videtur posse negari quin vniuersi que sit domini partis gregis. Cur non ergo habebunt singuli partis vindicationem?

Ratio decidendi. Mixtura & confusio fortuita non facit rem communem, sed ea demum in qua fit hac mente vt res sit communis. §. quod si frumentū vers. d. n. c. magis. Inst. de ver. dinij. Pomponius autem fortuitò non ex proposito pecora tua meis esse immixta. Neuter igitur dominus gregis est, ne quidem pro parte. Ergo neutri partis vindicatio danda est. Quod ergo si vnus totum gregem retineat? Dandam erit alteri actio in rem pro modo & numero pecorum quæ probabit sua esse, quomodo de fumento scriptum est in d. §. quod si frumentum. Minimè. Hoc enim esset dare illi partis vindicationem quam dandam negauimus. Sed permittetur ei vindicare singula capita quæ sua esse probabit si dignosci poterunt, si non poterunt agatur communis diuidendo, quamuis communitio nulla fuerit, Idè; propter incertitudinem natam ex confusione, & quia nihil est quod melius dici possit, vt in l. 4. i. §.

c Vniuersum gregem. Sensus est distinguendum esse An is qui maiorem partem habet in grege tam multa habeat in eo capita, vt detractis quoque alienis tot superfluta sint capita, quot superflue necesse est ad constituendum gregem. Nec enim pauciores quam decem oues gregem possunt constituere dicit. l. vlt. de abig. Nam si detractis alienis omnibus non superint decem, nullus erit grex qui vindicari possit. Est verò si decem supererunt.

d Vindicaturus sit. Ratio dubitandi. Licet singula

gregis capita nostra non sint, tamen non èd minus grex noster est, ideoque & vindicari à nobis potest, vt dictam est in sine l. proximo. Ergo non est necessaria supradicta distinctio, potestque sufficere vt grex sit, alienis quoque omnibus computatis.

Ratio decidendi. Potest quidem gregis dominus suum gregem dicere & vindicare, etiam si aliena capita sint immixta, Sed ita deum si de suo habeat tot capita quot sufficiant ad constituendum gregem. Alioquin non potest gregem sibi facere ex capitibus alienis.

e Aliena capita. Ratio dubitandi. Id venire debet in restitutionem quod venit in vindicationem d. l. officium 9. dict. l. qui restituere 68. & pass. hoc tit. Atqui etiam aliena capita veniunt in vindicationem gregis, vt iam dictum est. Ergo & in restitutionem.

Ratio decidendi. Quod dicitur aliena capita venire in vindicationem, non sic accipiendum est vt ipsa vindicentur, sed vt non impediunt ne grex totus vindicetur, qui consistere possit etiam alienis illis capitibus detractis. Grex enim totus vnum corpus est ex distantibus corporibus, sicut adiam vnum corpus est ex coherētib; lapidibus §. si grex Inst. de l. gat. At restitutio non fit vni corporis, sed singulorum capitum, quia tota facti est, vt supra diximus. Itaque non distinguemus an vindicatio exerceatur contra tertium, an contra eum ipsum cuius sunt immixta gregi capita. Tantumdem enim iuris habet extraneus quilibet quantum dominus ad hoc ne alienam rem vindicanti non domino restituere teneatur l. vltim. C. hoc titulo.

3. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

Marcellus libro quarto in Digestorum scribit: Qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita aliena ab eo, qui dominium eorum habebat: vel alia ab eo, qui bona fide ea possidebat<sup>a</sup>. & hæc vtrique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed & si ea sola supersint capita, quæ redempta sunt, adhuc cum posse gregem vindicare<sup>b</sup>.

Ad l. Marcellus 3.

a Qui bona fide possidebat. Ratio dubitandi. Qui bona fidei tantum possessor fuit centum illorum capitum quæ ponimus à domino gregis redempta fuisse vt ea in amissorum locum substitueret, non potuit dominium eorum transferre, Ex reg. l. nemo plus iuris 34. de reg. iur. l. traditio 20. de acq. rer. domini. Ergo neque ius vindicationis quod præsupponit acquisitionem domini, sed tantum exercenda Publiciana quæ solet esse subsidiaria vindicationis, & in eius defectum dari l. minor 39. §. 1. inf. de emitt. At neque Publicianam videtur hic emptor exercere posse. Non enim datur illi nisi pro rebus, quæ possunt vsucapi §. namque. Inst. de action. l. in autem 9. §. hæc actio. §. i. i. prox. Gregem verò constat vsucapi posse, quia nec possideri in vniuersum potest l. rerum mixtura 30. in §. de vsucap. Ergo in gregis vindicatione centum hæc capita ab eo vendita qui bonæ fidei tantum possessor fuit minimè continebuntur. Ratio decidendi. Mutatio singulorum capitum gregis quæ modò fiat per partes substitutis quibusdam in locum demortuorum non facit vt alius grex esse existimeret l. proponatur 76. de iudic. §. Maximè verò si maior pars veterum capitum duret, vt in hac specie. Et consequenter cum substitutis quoque alienis capitibus, idem tamen grex esse videatur, qui antea fuerat necesse est vt

perinde vindicari possit ab eo qui fuit antè dominus gregis, Non enim corpora singula vindicantur, quæ pro parte sunt aliena, sed grex ipse totus qui nulla ex parte alienus est quatenus grex est, & vt philosophi loquuntur formaliter non materialiter. Itaque nihil cause est cur in hac specie recurramus ad Publicianam omittà directam vindicatione. Nam nec Publiciana hoc casu potest vlla competere, quæ scilicet domino nonquam datur, Tantum abest vt qui vindicationem directam proposuit, Publicianam quoque proposuisse existimeretur, vt malè quidam apud Accursium.

b Vindicare. Ratio dubitandi. Grex licet sit quid vniuersale, non tamen est ex eorum numero quæ in iure consistunt, possuntque sine corpore subsistere, Est enim potius quiddam corporale, adeoque corpus vnum constans ex distantibus §. si grex. Inst. de legat. Ergo fieri nequit vt non amittatur dominium totius gregis, mortuis capitibus omnibus ex quibus constabat, Nec proinde vt supersit gregis vindicatio. Atque ita videtur sensisse Accursus.

Ratio decidendi. Mem est quod ex re mea superest, eiusque vindicandi ius habeo l. solum 49. §. 1. j. eod. Atqui capita ista licet aliena, fuerunt tamen pars illius gregis qui totus erat meus, Ergo quamuis cætera omnia capita demortua sint quæ erant mea, non èd minus tamen gregis vindicatio super-





non arbitrio iudicis res exhibetur §. *præterea. Inst. de action.* Ergo & in hac specie tenetur, ad exhibendum is cuius dolo malo factum est ut argentum meum ita confusum sit ut deduci hodie & separari non possit, quia dolo pro possessione est, & is per quem statne possit facere videtur facere posse, ex iuris regulis.

*d. Precij ratio haberi debeat.* Taxandi scilicet per iusturandum in litem l. *in actionibus* §. *De in lit. iur.* ubi dicitur iurari in actione quoque ad exhibendam. Nescio tamen cur hinc Accursus inferat, Non esse igitur hoc casu actionem ad exhibendum preparatoriam alterius actionis, quomodo aliis esse solet l. *in sol. ad exhib.* Nam imò verò in hac ipsa specie est preparatoria vindicationis, & Communi diuidendo, ut sequentia probant si bene legantur & intelligantur. Legendum enim est vnico contextu addita coniunctione ut in hunc modum ita ut in ad exhibendum actione precij ratio haberi debeat, *ut in vindicatione, &c.* Sensus autem est apertissimus, Actione ad exhibendum prius agendum esse, & in ea actione habendam precij rationem, quanti scilicet actor in litem iurauerit, ut in vindicatione vel Comuni diuidendo actione quæ postea proponetur, hoc amplius ferat actor cuius argentum preciosius fuisset ex iureiurando eius apparuerit. Sic fiet certum per actionem ad exhibendum, quod antea incertum erat, Non ut precium de quo iuratum fuerit præstetur, sed ut pro quantitate eius precij certa pars massæ vindicetur, vel per actionem Communi diuidendo petatur. Planè si postquam actor in actione ad exhibendum iurauerit de precio rei suæ malit actor habere pecuniam quam rem suam, non erit quod de vindicatione vel actione Com-

5. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

**I**dem Pomponius scribit: Si frumentum duorum, non voluntate eorum<sup>a</sup>, confusum sit: competit singulis in rem actio in id, in quantum parat, in silo aceruo suum cuiusque esse. quod si voluntate eorum commixta sunt: tunc communicata videbuntur<sup>b</sup>, & erit communi diuidendo actio.

*Ad l. idem Pomponius §.*

*a Non voluntate eorum.* Ratio dubitandi. Confusio duorum frumento etiam citra eorum voluntatem nesciri potest quænam cuiusque grana sint, nec proinde fieri eorum designatio quæ certa fieri debet ab eo qui agit in rem l. *si in rem* §. *infr. hoc tit.* Ergo non potest superesse vindicatio, sed necessario recurrendum est ad actionem Communi diuidendo, quia commixtio rerum quæ separari non possunt inducit necessario communionem, etiam si voluntas dominorum non interuenierit, ut in l. *prox. supr. l. ad ed. 7. §. sed et si sine §. infr. de acquir. rer. domin.* ubi malè Hotom. 4. Obser. cap. 12. addidit negationem in illis verbis *idem iuris est.* Adde l. *arvor* 19. *vers. quæ re infr. commun. diuid.* ubi non distinguitur an dominorum voluntate facta sit confusio, nec ne. Iunge §. *si duorum. Inst. de rer. diuis.* Ratio decidendi. Confusio ista frumenti non facit quin grana frumenti singula durent in sua substantia. Ergo non facit rem comunem §. *quod si frumentum. Inst. de rer. diuis.* In quo differt hic casus ab eo de quo in l. *prox. præced.* & in §. *seq.* Et quæuis post confusionem nesciri possit cuius sint grana, sufficit tamen sciri quantitate & quotâ quâ in aceruo quisque habeat. Nam nec hoc casu vindicantur grana, ut malè videtur putasse Accursus. Esset enim hoc si non prorsus impossibile saltè nimis difficile l. *vsu fructuarium* 62. §. *1. de vsufr.* Nam & confundi frumentum dicitur, quo d. d. d. d. d.

muni diuidendo postea agitur, Et itaque actio ad exhibendum illo casu non preparatoria alterius actionis, sed per se instituitur. Nec enim semper preparatoriam eam esse necesse est.

*c. Hoc amplius ferat.* Ratio dubitandi. In actione ad exhibendum de precio rei iuratum est, non de re ipsa. Ergo non potest iusturandum illud facere, ut eo plus ferat actor in iudicio vindicationis, vel Communi diuidendo, in quibus non de precio rei, sed de re ipsa eiusque dominio agitur.

Ratio decidendi. Ratio precij faciet, ut possit apparere quantum preciosius sit argentum quod habet actor in massa communi, & cuius argenti pondus alioquin esset incertum. Et consequenter pro rata precij habebitur ratio ponderis, & pro rata ponderis fiet vindicatio, vel agetur Communi diuidendo. Dices, Etiam in vindicatione cum sit arbitraria iurari in litem, Et similiter in actione Communi diuidendo cum sit bonæ fidei l. *in actionibus* §. *infr. de in lit. iur.* Ergo non est necesse institui actionem ad exhibendum quæ preparatoriam, ut precij ratio haberi possit. Respondeo, Ita esse si actor malit habere precium rei suæ quam rem suam, sed si malit rem habere, necessario inuestigandum esse precium per actionem ad exhibendum ut sciri possit quid veniat in vindicationem, aut in actione Communi diuidendo. Nimirum si locus qui partem in massa comunem habet, ille sit contra quem agitur & qui argentum suum cum meo confuset. Nam contra tertium cuius dolo malo id factum sit. Nihil de tractari potest, Neque ex eius dolo vel ex eo quod contra ipsam iuratum sit datur fieri debet conditio locij cui nihil potest imputari.

ni & separari nequit leg. in nauem 31. J. locat. sed frumenti quantitas. Idque est quod sequitur in quantum parat in silo aceruo suum cuiusque esse.

*b Communicata v. d. buntur.* Ratio dubitandi. Etiam si voluntas dominorum interuenierit grana tamen ipsa in sua substantia durant. Ergo neque hoc casu communitio vlla inducitur. d. §. *quod si frumentum.*

Ratio decidendi. Voluntas dominorum de reb. suis comunicandis inducit communionem. d. l. *ad ed. §. voluntas de acquir. rer. domin.* Comunicare potest noluerunt qui eam confusionem fecerunt postquam discretio & separatio fieri nulla posset. Ergo hoc casu non modò aceruū frumenti comunem fieri necesse est, sed singula etiam grana ipsa. In quo differt communitio quæ inducitur ex voluntate ab ea quæ non nisi ex necessitate. Nā alia videtur esse sententia & ratio d. l. *si alioni*, ut scripsi in Fabro meo ad §. *quod si frumentum* 26. *Inst. de rer. diuis.* Numorū alia ratio est. Nam qui vel incio vel inuito domino permixti sunt ita ut discerni non possint sunt accipientis, nec aceruum comunem pro rata faciunt l. *si alioni* 78. *de solutio.* Ideo fortasse quod nummi qui sunt eiusdem generis materiæ & formæ, nullo prorsus modo differant inter se, & idèò facilis habeantur pro consumptis. Quod in frumento dissimile est, caterisque rebus quæ licet recipiant æquæ functionem in suo genere, non tamen æquæ in sua specie aut indiuiduo. Frumento enim bono

bono datur velus l. *de litem* 75. §. *1. de vsufr. quæ ad ed. de vsufr.* Promanentibus referat quod singula numerat corpora in substantia sua daret. Nec de num-

mis dici potest quod de frumento scriptum est in d. §. *quod si frumentum in si.* arbitrio iudicis contineri ut ipse æstimet quales cuiusque numma fuerint.

**I**dem scribit: si ex melle meo vino tuo factum sit mullum, quosdam existimasse, id quoque communicari, sed parò verius, ut & ipse significat, eius potius esse, qui fecit: quoniam suam speciem pristinam non continet. sed si plumbum cum argento mixtum sit: quia deduci potest nec communicabitur<sup>b</sup>, nec communi diuidendo agitur: quia separari potest: ageretur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit: vtrius si ars, & aurum mixtum fuerit: pro parte esse vindicandum<sup>c</sup>. Nec quaquam erit dicendum, quod in mullis dicitur esse, quia vtriusque materia, etsi confusa, manet tamen.

*Ad §. idem scribit.*

*a Quis fecit.* Ratio dubitandi. Mullum factum ex melle meo & vino tuo consistit ex materia partium tuarum mea. Ergo est commune, cum post eam commixtionem separatio fieri nulla possit l. 3. §. *vt. l. 4. §.* Quod enim ex re nostra sit nostrum esse verius est, l. *de co. 11. §. si quis §. infr. ad exhib.*

Ratio decidendi. Mullum neque mel est, neque vinum, sed quid tertium ex utroque constat, & quod non speciem suam pristinam retinet, sed novam continet. Ergo non alterius esse potest quam eius qui fecit, etiam si nulla ex parte fuerit illius dominus materia. Mel sed magis si pro parte fuerit materiæ dominus, ea nāque demum materiæ potentia vincuntur ut vires eius effigere nequeant, quæ ad sua initia redigi lapsas possunt l. *quisitum* 78. §. *illud sortisse. de i. g. 1. in omnibus* 24. vb. rectè Haloan. sustulit negotiatione d. *acquir. rer. domin.* in quo numero neque mel est, neque vinum l. *quisitum* 27. §. *ubi similit. cod. §. cum quis ex al. n. 2. Inst. de rer. diuis.* Demque qui novam speciem facit, re ipsam quodammodo creat, ob idque sit ipse dominus, iure cuiusdam, ut nostri loquuntur, specificationis scilicet si suo nomine fecerit, ut scripsi est in d. *l. ad ed. §. cum quis de acquir. rer. domin.* Spectandum enim possimum est cuius nomine id factum sit d. *si ubi simul in si. §. l. nisi cuius* 25. eo. An & hoc requiremus ut fecerit bona fidei Minus è. Ne enim mala fides impedit quominus noua fiat species. Sed faciet ea res, ut & furti & actione ad exhibendum conueniri possit is qui dolo malo miscuit quod & mala fide contrastrauerit, & dolo malo fecerit ne possit iudice exhiberi l. *prox. sup.* At que ita intelligo quod scribitur in d. *l. de eo §. si quis*, ne pugnet is locus cū ceteris, siue intelligatur, ut eo casu actio ad exhibendum sit preparatoria vindicationis, Quæquam ratio subiecta, quia quod ex re nostra sit nostrum esse verius est, demonstrat satis ita sentisse Paulum, quem cum fuerit Sabinianus iurum non est à Proculianis & ab Erciscundis in hac questione, ut & saepe illius dissentisse dicit §. *ad ed. cum quis.* Sandè quod scripsi est in l. *solium* 19. §. *1. infr. hoc tit.* Meum esse quod ex re mea superest alium sensum habet. Non enim superest ex re mea quod factum fuit, ex materia mea quæ perierit, & in aliam speciem transierit. Facit l. *quis. l. 2. §. si quis massam. d. furt.*

*b Nec communicabitur.* Ratio dubitandi. Si plumbum tuum cum argento meo mixtum sit, totius massa materia est communis, Ergo & massa ipsa

tanquam vicia per potentiam materiæ quæ in sua initia redigi sapius potest, d. l. *quisitum* 78. §. *inst. de leg. 3.* Ratio decidendi. Plumbum separari facile potest ab argento. Ergo nulla necessitas est iudicandæ communionis, sicut neque voluntas dominorum in eam rem interuenierit. Proinde nec Communi diuidendo agi poterit, pro re non communi. Quæ igitur agendum erit in rem, & vindicabo argentum quod in illa massa meum est, tu plumbum quod in ea tuum. Quæ non voluntate nostra confusa sunt materia, Ea haud dubiè massa inter nos communis. §. *si duorum* 27. *inst. de rer. diuis.* ubi quod additur idem esse, tametsi fortitudo non voluntate dominorum ea confusio facta sit. Intellige si talis confusio sit, quæ impedit ne materia separari possint.

*c Si ars & aurum mixtum fuerit.* Cùm nondum inuenta esset ars quæ hodie inuenta est, quæ Chrysulca aquæ vi aurum à quocumque metallo separari potest. De quo Alciat. lib. 6. *cap. 11.* Non idem est aurum mixtum sit cum ære, Separari enim facile ab artificebus potest l. *luis* 12. §. *1. de acquir. rer. domin.* quod Accursus noster non intellexit. d. *Pro parte esse vindicandum.* Ratio dubitandi. Cùm ita confusa sunt materiæ ut deduci & separari non possint quod ex eis constat, eius est qui fecit, quemadmodum euent in multo facto ex melle tuo, & vino meo, ut proximè diximus. Ergo & in hac specie dicendum est massam quæ non sit communis totam eius esse qui confuderit.

Ratio decidendi. Cùm prior materia manet, neque transit in aliam speciem, sola confusio numquam adimit dominium d. §. *cum quis. Inst. de rer. diuis.* At qui confuso ære cum auro, eadem tamen materia manet, Ergo & dominium. Igitur & vindicatio, sed pro parte. Id est domino auri pro qua parte massa constat ex auro. Argenti autem domino pro qua parte constat ex argento. Non est igitur bona comparatio nulli & huius massæ. Sicut nec simile est quod supra dictum fuit de vindicatione partis incertæ. Pars enim hęc certa est, cùm totum aurum sit vnus, & totum æs alterius. Ideoque nec massa erit communis nec agetur Communi diuidendo. Hęc verò Accursus non intellexit qui quasi diuersa distinguit *confundi materias & misceri* quæ tamen pro synonymis ponuntur in l. 3. §. *vt. l. 4. sup. & hac ipsa. in princip.* & in hoc §. ubi dicitur manere materiam etiam quæ sit confusa contra quam putet Accursus.

**2** Idem scribit: si equam meam equus tuus prægnatam fecerit: non esse tuam, sed meam, quod natum est<sup>a</sup>.

*Ad §. 2. idem scribit.*

*a Quod natum est.* Ratio dubitandi. Generationi, cui-

libet plus cõfert sexus masculinus quæ femininus secundum Aristotelem, sicut & masculinus etiam

in bellis praevallet dignitate l. qui duos 62. l. feruus 81. de leg. 3. Debet igitur & partus & fetus sequi conditionem patris potius quam matris.

Ratio decidendi. Mater & in hominibus & in bellis semper certa est non etiam pater l. 1. sup. de in ius voc. Ergo & partus & fetus conditionem matris non

3 ¶ De arbore: quae in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit: Varus, & Nerua vtilem in rem actionem dabant. nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

Ad §. 3. De arbore.

a Vtilem in rem actionem dabant. Ratio dubitandi. Fieri non potest ut eius non sit arbor in cuius fundum radices egit, nec ut arbor non cedat solo ex cuius humore alitur l. ad 7. §. ult. l. sed si 26. §. arbor. §. de acqu. rer. domin. Ergo non potest a te vindicari arbor quae in agrum meum translata cum terra mea coaluit l. hoc amplius 9. §. Alfenus. inf. de damn. infect. Et sane ita esse fatendum est, referrique hoc loco Vari & Neruae sententiam quasi exploram qui priori arboris domino actionem in rem vtilem dabant. Sic enim plerumque exploras aliorum sententias ab aliis referri video, ut illam Papiniani, de qua in l. Papinianus putabat 23. de don. int. vir. & vxor. l. lecta 41. ibi ut ille putabat. §. de reb. cred. Ratio tamen istorum illa fuisse videtur quod priori domino non potuerit auferri dominium arboris sine facto eius vulg. l. id quod nostrum, cum eadem sit arbor quae fuerat prius. Sed respō debet alij subtiliter, Imò aliam videri factam arborē ex alio alterius terrae alimento d. l. sed si 26. §. arbor. Vbi hanc ob causam dicitur, Etiam si errata sit haec arbor ex eo fundo in quo cum terra coaluerat, eam tamen ad priorem dominum non redire. Non obstat l. vtilem 30. cum §. ult. l. prec. de don. int. vir. & vxor. Et si enim non de vtili vindicatione intelligi debet, sed de conditione quae datur marito in eas res quas mulieri contra bonos mores donauit. Illud etiam apparet illam esse rationem arboris de qua tractamus, aliam verò vestimentorum quae

patris sequi debet l. lex natura 24. inuct. l. 1. §. ingenui. sup. de stat. hom. l. partum 7. C. h. rit. Quidni verò? Cum etiam inanimatos fructus dicamus percipi non iure feminis, sed iure soli l. qui jcit 25. §. 1. de usur. Masculus semen praebet, Femina veluti solum.

mulier ex lana sibi à marito donata sibi consecerit, Non quasi vestimenta ipsa vxori donata videantur, competeret enim illo casu directam conditionem, Sed quia negari non potest quin ex occasione donationis ad mulierem peruenierint. Nam & si mulier ex pecunia donata emprum seruum vendidisset, & alium emisset, posteriori periculo mulieris esset quavis non posset dici emptus ex re mariti nisi medietate. Sic enim ex Fulcintio scripsit Pōpon. in l. si mulier 30. in princip. eod. vbi malus interpres rationem huius rei non intelligens adiecit de suo verba illa quod non est verum quae nos tollēda existimamus, ex l. si ipsa res 18. sup. quod met. caus. licet eam nonnulli quali contrariam opponant. Placet tamen quod addit Accursius dandam actionem in factum priori domino arboris contra eum qui transiit ad consequendam indemnitate ex l. in rem 23. §. item quacunque. vers. idēque. inf. hoc tit.

b Mea esse non desinet. Ratio dubitandi. Etiam priusquam arbor coalescat cum terra tua, & statim atque in fundum tuum translata est, abiicitur ex humore tui soli. Ergo statim tua fit. Ratio decidendi. Ita demum arbor cedit solo si eius pars quaedam sit, quod non aliter contingit quam si coaluerit, & alio terrae alimento alia facta sit d. l. 7. §. ult. d. l. 26. §. arbor. de acqu. rer. domin. Et hoc demum casu verè locum habet ratio supra allata ex dict. l. id quod nostrum 11. de regul. iuris. Ergo & vindicatio directa hoc casu superest.

4 ¶ Cum in rem agatur, si de corpore non conueniat, error autem sit in vocabulo, rectè actum esse videtur.

Ad §. 4. cum in rem.

a Rectè actum videtur. Ratio dubitandi. Quisquis vel hominem vel fundum petit, non tantum designare tē debet, ita ut sciatur de quo fundo vel homine sentiat, sed etiam exprimere nomen, adcoque locum in quo sit l. prox. vers. licet in petendo, & in fin. inf. Ergo etiam si de corpore conueniat, error tamen sit in vocabulo & nomine, non potest videri rectè actum. Ratio decidendi. Error in nomine nunquam nocet quoties constat de corpore l. si in

iudiciis 80. sup. de ind. l. 4. de leg. 1. l. si me in vacuum 34. §. De acqu. poss. l. 3. C. de testam. Ad quid enim nomina nisi ut per ea significantur res de quibus sentiunt qui loquuntur l. Labio 7. de supell. legat. Intellege tamen de fundi vel hominis nomine impostio non naturali. Nam naturalia rerum nomina sunt immutabilia, nec impune vnquam in iis erratur, puta si quis pro homine quem vindicare vult dicat se fundum vindicare, vel contra Hominem pro fundo d. l. 4. de leg. 1.

5 ¶ Si plures sint eiusdem nominis serui, puta plures Erotas; nec appareat, de quo actum sit, Pomponius dicit, nullam fieri condemnationem.

Ad §. 5. si plures.

a Nec appareat. Ratio dubitandi. Non potest non apparere de quo actor sentierit, cum ei credatur licet reus neget se de eodem corpore sentisse, In eoque differentia, & differentiarum ratio elegans est inter iudicia & stipulationes l. inter stipulantem 83. §. si Stichus. inf. de ver. obl. Ratio decidendi. Potest fieri ut actor vel nolit vel non possit declarare, de quo sentierit forte si ante defunctus sit, ut Accurs. explicat. Nec enim facultas id declarandi transit ad heredem, ut ad Accurs. Baldus notat, cum sit quid merè personale quod pender ab actoris voluntate, quae

morte extinguitur.

b Nullam fieri condemnationem. Ratio dubitandi. Quo plures sunt eiusdem nominis serui & maior & amplior subest materia ferenda: condemnationis, quam sequi tandem necesse est ne alioqui finis nullus sit litis l. 1. §. de re ind. Nec debet frustra facta esse contestatio ne illusum videatur Pratori quod tamen cōtingeret si nulla condemnatio sequeretur. Ratio decid. Condemnatio ut valere possit certa esse debet l. 1. & tot. C. de sei. qua fin. cer. quat. profer. alioqui non posset mādari executioni quod praecipuum est ad finiendas lites l. pen. C. de exec. rei iudic.

iudic. Debetque sibi actor imputare cur non apertius expresse rem de qua voluit agere cum ipse iudiciū dixerit reo, ut loquitur l. vlt. de separat. Proinde non de alio quam de se conqueri debet l. veteribus 39. sup. de pact. cum non possit iudex aliam tē de iudicare in condemnationem quam illud ipsum quod litigatores in iudicio deduxerunt l. non potest 2. sup. de iud. Denique cum ius sit certū & finitum l. de iur. & fact. ignor. nunquam admittit istas

incertitudines facti, quae ius quoque ipsum quod ex facto oritur, faciūt incertum l. si quis de pluribus 27. de reb. dub. cōgerit tamen Accurs. plures casus in quibus facti incertitudo non impedit iuris potestatem ex l. si in emptione 34. in pr. de contr. empt. l. 1. in fi. §. de his qui cicc. vel effud. l. ita vulneratus 51. §. rursus l. ut Adela 11. §. sed si plures ad leg. Aqu. l. 3. §. ult. sup. Sed habent omnes ij loci specialem rationem. Iunge l. duo sunt Titij 30. de testam. iutel. 6. P A V I V S libro sexto ad Edictum.

¶ In rem aliquis agat: debet designare rem & vtrum totam, an partem, & quotam petat, appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavianus ita definit: quod inchoat quidem materia, pondus, signata verò numerū, facta autē specie dici oportet. Et si mensura & cetera crit: cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus: vtrum numerū eorū dicere debebimus, an & colorem: magis est, & vtrumque: nā illud inhumanum est, cogi nos dicere, trita sint an noua Quāuis & in vasis occurrat difficultas vtrum lancem duntaxat dici oporteat: an etiam quadrata, vel rotunda: vel pura, an caelata sint. quae ipsa in petitionibus quoque adhaere, difficile est: nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat: & vtrum puer, an adolescens sit, vti que si plures sint: sed si nomen eius ignorem demonstratione eius vtrum erit: veluti, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est. Item fundum petiturus, nomen eius, & quo loci sit, dicere debebit.

Ad l. si in rem 6.

a Debet designare rem. Ratio dubitandi. Vindicatio fit rei praesentis, ut apparet ex vetere vindicationis formula quae illa fuit hinc re ex iure Quiritium meam esse. Ergo nulla designatione alia opus est, ut sentiat de qua te agatur. Ratio decidendi. Potest ex conditione vindicationis etiam rei absentis, siue mobilis, siue immobilis l. haec fides 7. §. hoc tit. & ad illud demum casum haec lex pertinet, Sic in l. 1. §. si quis argentum 40. & ieq. 3. de pos. l. in actione 19. l. si quis vxori 2. §. si linea 25. §. de surr. Ne qua scilicet incertitudo intenteant possit quae impediatur cōdemnationem §. vlt. l. proce. sup. Interdum tamen incertae quoque partis vindicatio datur l. 3. §. ult. sup. l. que de tota 76. §. vlt. inf. eod. l. 1. §. vlt. sup. si pars hered. pet.

b Vtrum totam an partem. Ratio dubitandi. Qui re simpliciter petit hoc ipso totā petere intelligitur, & qui partem simpliciter petit, dimidiam petit l. si sine 9. alia l. si defensor. §. qui interrogatus. inf. de interrog. act. l. nomen 16. §. portionis. de verb. sign. Ergo non est necesse ut qui vindicat exprimat an totum petat dam ne petat partem, Nec rursus quā partē petat, si modō partem petat, nec aliam quam dimidiam velit intelligi. Ratio decidendi. Certa quantū fieri potest, esse debet petitio, ut certa possit sequi condemnatio §. vlt. l. prox. sup. Esset autē incerta si dubitari posset an tota res, an pars tantum & quamnam pars peteretur, Praesertim quoties ea res petitur quae habet partes homogeneas, ut fundus. Nam quilibet pars fundi est fundus. Et fieri potest ut litem contestetur possessor super tota re qui super parte nollet litigare aut ut contestetur pro maiore portione qui contestaturus non esset pro minore. l. permittendum 8. sup. si pars hered. pet.

c Sed speciem significat. Ratio dubitandi. Rei appellatio generalis est l. 1. §. de reb. cred. Ratio decidendi. Potest esse generalis, sed potest etiam esse specialis. Est autem cum maxime cum tractamus de rei vindicatione, quae & specialis singularum rerū petitio dicitur l. 1. sup. Quāquā in actionibus quoque in personam in quibus de certa aliqua re agitur, idem est quod in hac lege scribitur de re designanda, ut Accurs. probat exemplo actionis De dolo, quanquam parum accommodato, ex l. sed & ex dolo 15. §. vlt. & l.

seq. sup. de dolo. Item iniuriarum l. Prator 7. in princ. de iniur. Et in quantitate etiam petita ex §. ad exclud. end. us Non est. 12. de litigio.

d Infecta quidem materia. Noranda sunt tres istae differētes cōditiones materiae, infecta, facta & signata. In materia infecta spectatur potissimum pondus. In signata numerus, In facta species. Et ex his circumstantiis fieri designatio debet ut sit incerta.

e Mensura continebitur. Res enim quae recipiunt functionem in suo genere sunt in triplici differentia. Nam aut ponderae, aut numero, aut mensura consistunt l. 2. §. 1. §. de reb. cred. Huius posterioris generis frumētum est, vinum, oleum & cetera huiusmodi. ee Vel dari oportere. His verbis significatur actiones in personam & conditiones quibus intendimus aduersarium dare nobis vel facere aliquid oportere §. appellamus. Inst. de act. Nam cum nec in personam actio vlla sit nisi de re aliqua, quae ut plurimum certa sit, certam quoque eius rei designationem fieri oportet, vel ad hoc ut tantō melius sciat reus vtrum contendere debeat an cedere. d. l. 1. §. si quis argentum 40. & seq. de pos. l. in actione 19. l. si quis vxori 2. §. si linea 25. inf. de surr.

f Et vtrumque. Ratio dubitandi. Non est adeo coartanda res ut superflua designatione actor oneretur ut sequitur in hac lege. Iunct. l. haec stipulatio 14. in fi. ut legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. Atqui necessitas exprimendi coloris nulla est. Et idēo facile remittitur actori iurati se nescire d. l. in actione. & dist. §. si quis argentum. Ergo nec ab initio actor onerandus est, ut colorē exprimat. Ratio decidendi. Coloris expressio plerumque necessaria est ad species, quae alioqui eiusdem materiae, & formae sunt, distinguendas. Et idēo nec remittēda vnquā est nisi iurati se non posse exprimere, Ne alioqui ob non expressum colorem actor re sua carendum habeat quod ne vnquam accidat diligenter inspiciendum est l. in fundo 38. inf. hoc tit. l. si seruos 25. de pignor. act.

g Inhumanum est. Sed hoc cur ita? Nimirū quia vix de eo affirmari certō quicquā potest sine periculo mēdacij, cum vestimenta plerumque talia sint ut neque omnino trita, neque omnino noua dici verè possint. h Et in vasis occurrat difficultas. Sensus est non ut in vestimentis, de quibus proximē dictum est,



sed etiam in vasis occurrere difficultatem ne possit facile exprimi an quadrata sint an rotunda, & an pura an celata. Et ideo non esse onerandum actorem ut ista exprimat quæ in petitionibus addere difficile est. Licet eorum adiectio proficiat non tantum ad rem designandam, sed etiam ad valorem rei demonstrandum.

*i Nomen eius dici debeat.* Ratio dubitandi. Certum est cuius species etiam tacito nomine qualis quantaque sit ex aliqua demonstratione quæ nominis vice fungatur, ostenditur *l. certum 6. inf. de reb. cred.* Ergo nominis expressio necessaria non est.

Ratio decidendi. Nulla expeditior ratio est certæ rei designanda quam si proprium ipsius nomen exprimitur. Cuius individua eiusdem speciei proprio potissimum nomine distinguantur, Alie verò demonstrationes non nisi per verborum ambages fieri possunt.

*k An adolescens.* Ratio dubitandi. Ætatis distinctio non est necessaria, ut sciatur an Stichus ille sit qui vindicatur an Pamphilus, an Eros.

Ratio decidendi. Necessaria est eo demum casu quo plures sint eiusdem nominis serui, qui tamen diuersa sint ætatis. Alioqui fieri facile potest ut nomine magis quam ætate distinguantur, Et hoc est quod sequitur *utique si plures sint*, scilicet penes eum qui convenitur, ut bene Accursus explicat, Ut intelligamus non esse adiectiones istas necessarias si vnus tantum sit arg. *l. 2. inf. de liber. & possib.*

#### 7. PAVLVS libro vndecimo ad Edictum.

**S**is qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est<sup>a</sup>: nihilominus à possessore rectè petitur<sup>b</sup>, sicut Pedius ait.

*Ad l. sis qui 7.*

*a Damnatus est.* Ratio dubitandi. Condemnatio non fit sine litis contestatione præcedente. Contestatio autem vim delegationis obtinet, *l. si delegare 11. §. 1. inf. de nouat.* Ergo is qui litè contestatus est contra eum qui se liti obtulit non potest eandem rem postea petere à possessore, Quasi nouatione facta sine qua non fit delegatio neque contestatio. *l. alia 19. eo.* Aded ut si is qui se pro alio liti obtulit tanquam defensor, ut onus satisfactionis euitaret, postea dixerit se possessore, & condonandus sit, nec tamen soluendo reperiat, necesse sit prius iudicium rescindi ut contra alium agi possit qui re vera sit possessor, arg. *l. qui ex parte 8. De interrog. in iur. fac.* Ergo non est verum quod Pedius dicebat, si is qui se obtulit fundi vindicationi siue tanquam possessor, siue tanquam possessoris defensor condemnatus sit, Nihilominus à possessore rem peti rectè possit. Sibi enim debet imputare actor cur hunc elegerit, arg. *l. si seruus depositus 23. §. ult. & l. electio 26. in princ. inf. de noxal. action.*

Ratio decidendi. Nihil potest imputari actori qui litem contestatus est cum eo qui cum non possideret vltro se liti obtulit tanquam possessor, de quo solo hæc lex loquitur, quia in eum incidit, non eum elegit, arg. *l. vlt. inf. rem pupill. salu. for.* Nec potest reculare is qui rem agit quominus litem contestetur cum eo qui tanquam possessor velit rem defendere, *l. vlt. inf.* Nam & qui non possidet perinde condemnatur hoc casu acti possideret, *l. sin autem 27. inf. hoc tit.* Non ergo potest sola condemnatio huius non possessoris facere ut possessor liberetur, *l. nec vltam 13. aliis l. etiam si. §. penult. in fi.*

*l. Demonstratio eius.* Hoc enim est, quod iam diximus, Certam demonstrationem vice nominis fungi ad certam rem exprimendam *l. l. certum 6. de reb. cred. l. nominatum 34. de cond. & demonstr. l. nominatum 90. de leg. 3. d. l. 2. de liber. & posthum.*

*m Fundum petiturus.* Ex hoc verbo apparet has designationes non tam in ipsa petitione fieri quam ante petitionem. Nondum enim petit qui petiturus est *l. amplius 15. inf. rat. rem habet.* An ergo hinc ipsa edenda actione, ut sciat actor an contendere debeat an cedere? Ita putat Accursus. ex *l. 1. sup. de edend.* Ego non puto. Nam in solis actionibus personalibus id olim obtinebat, ut præcederet denunciationes, propter quod conditiones vocabantur *d. §. appellamus. Inst. de act.* Non etiam in actionibus in rem in quibus nec aduersarius quisquam est qui deduci possit ad album prætoris, cum nemo cogatur pati actionem in rem, nisi qui eam velit vltro defendere *l. vlt. inf. hoc tit. & l. pro. seq.* Quare nec in actionibus in rem vocatio in ius locum habere poterat per quam aduersarius rapiebatur obtorto collo, Et ideo non actiones dicuntur proprie, de quibus in *§. omnium. Inst. de pen. terner. litig.* & in *d. l. 1. de edend.* sed petitiones *l. pecunia 176. §. actionis. inf. de verb. sign.* Sunt ergo hæc designationes faciendæ ante litem contestatam, sed apud prætoris, ut sciatur de qua re contestatio futura sit. *n Et quo loci sit.* Sane enim plerumque fundi plures eiusdem nominis qui loco potissimum distinguuntur.

*supr. de hered. petit.* Nempe si malit actor rem suam habere quam eam precio etiam instituto vendere. Nam si à condonato consecutus sit æstimationem taxatam per iurandum in litem, non est ei permittendum ut rem suam iterum petat à possessore, cum iam consecutus eam videatur. Improbis enim est qui eandem rem vult bis consecui etiam ab alio, *l. si quis dolo 3. §. 1. De re iudic. & l. bona fides 17. De reg. iur.* Aliud est cum id quod quis prius consecutus fuit nihil nisi pœna est. Non enim ideo prohibetur actor rem suam petere etiam ab eodem, ut in interdico De tabulis exhibendis, *l. 3. §. condemnatio De tab. exhib.* Nec hoc casu locum habet ratio quæ ponitur in *l. qui seruus 3. vers. quoniam desit. inf. de obl. & act.* Itaque errant Accursiani qui hanc legem intelligunt de solutione facta per dolosum, cum tamen non loquatur, nisi de condemnatione, *vt & d. l. nec vltam. §. pen. in fin. de pet. hered.* Nec verum est quod ait Accursus. in hac specie non idem peti ab viroque sed rem ab vno, pecuniam ab alio. Nam qui rei æstimationem consecutus est rem quoque ipsam, ut dixi, consecutus videtur. Aut saltem videtur eo precio rem suam vendidisse cum litis æstimatio similis sit emptioni, *l. 3. inf. pro empt.* Aded ut etiam dominium ex hac causa transtulisse videri possit, si litis æstimationem accepit à possessore, & res præsens fuerit, *l. eius rei 46. & seq. inf. hoc tit.* Quod tamen in proposito dici nequit, quoniam ponimus secundum Accursium solutam fuisse litis æstimationem non à possessore: sed ab eo qui se liti obtulit tanquam possessore cum non esset. Numquam enim sine possessione transferatur dominium, siue ex contractu aliquo, siue ex

eo 21

eo actu qui contra dicitur vice fungi possit, *l. traditio- nibus 20. C. de pact. l. per precur uorem S. C. de acq. poss.* *b A possessor rectè petitur.* Tacemus enim de eo qui se liti obtulit tanquam possessor cum non esset, ut actorem deciperet, ut in *d. l. sin autem 27. in princ. de d. b. præced. 7.* An etiam de eo qui se liti obtulit tanquam defensor possessoris. Condemnatio siquidem defensoris, possessor conveniri non ideo potest ex iudicato, tanquam qui in persona sui defensoris iam condemnatus esset, nisi pecuniam præstare mallet quam se possessam re-

stituere. Non enim datur actio iudicati contra eum qui defensus fuit, quamuis defensor fuerit condemnatus, *l. in causis 23. in fin. sup. de procurat.* Ego & ab eo rectè res petetur, si defensor condemnatus tantum fuerit, necdum tamen precium soluerit. Est ergo duplex error Accursij in huius legis interpretatione, Vnus quod non distinguit An condemnatus æstimationem soluerit necne Alter quod distinguit eum qui se liti obtulit tanquam possessor cum non esset, ab eo qui se obtulit tanquam defensor possessoris.

#### 8. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

**P**omponius libro trigensimo sexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Titius Titius possideatis<sup>a</sup>: non ab utroque<sup>b</sup> quadrantes petere me debere sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Alter atque si certis regionibus possideatis eum fundum nam tunc tunc dubio & à te, & à Titio partes fundi petere me debere. quotiens enim certis loca possideantur necessario in his aliquam partem meam esse. & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili<sup>c</sup>, neque in hereditatis petitione<sup>d</sup> locum habet, numquam enim pro diuiso possideri potest.

*Ad l. Pomponius 8.*

*a Possideatis.* Bene Accursus. pro indiuiso, Nam si pro diuiso aliud est, ut sequitur.

*b Non ab utroque quadrantes.* Ratio dubitandi. Totius fundi semis tantum ad te pro tuo iure pertinet. Ergo si totum fundum qui pro alio semisse meus est, tu & Titius possideatis, non alius rem meam detinere videri potest quam tu pro quadrante, & Titius pro alio quadrante. Non enim Titius solus meum semissem detinet cum ambo simultotum possideatis. Ergo à vobis utroque quadrantes petere debeo, tu verò quadrantem similiter à Titio, ut ita suum quisque ex nobis semissem consequatur, *l. 1. §. si ego sup. si pars her. d. p. t.* ubi scriptum est rationem iuris hoc facere, lunge *§. quoniam cod.*

Ratio decidendi. Cum fundus qui ex æquis partibus mihi tecum communis est, & à te & à Titio imul pro indiuiso possidetur, Tu non nisi semissem eius possides, Titius verò alium semissem, Atqui semis ille qui à te possidetur totus ad te pro tuo iure pertinet. Nullam ergo eius partem à te petere debeo, sed totum semissem à Titio quia totus ille semis meus est, nec vlla ex parte à te possidetur. Et hæc sententia sanè benignior & utilior est circuitus & multiplicatio litium euitetur. Alioqui duplex danda erit vindicatio cuius utroque vericulum in effectu tandem in Titium recedere necesse est. Caterum ratio iuris sanè pro sententia contraria, quia in rem actio contra omnes instituenda est qui rem actoris possident, *d. §. ego & sequ.* Et si enim iis locis agitur de petitione hereditatis, nulla tamen hac parte inter petitione creditatis & specialem rei vindicationem differentia est. Nulla certè differentia ratio, cum fundus pro indiuiso possidetur. Sed eo tantum casu uo possideatur pro diuiso, quia ea distinctio indum non in hereditatem cadit. quæ certis locis & regionibus diuidi non potest, sed tantum in arres & quotas iuris quæ similitur sunt incorporales.

*Aliiter atque si certis regionibus.* Etiam si certis regionibus fundum qui ex æquis partibus mihi tecum communis est tu & Titius possideatis, Semper ta-

men verum est te non nisi semissem totius fundi habere, qui totus semis ad te pro tuo iure pertinet, Titium verò qui alium semissem possidet nullam eius fundi retinere partem debere, nec posse euitare quominus totum illum semissem si non mihi sol. saltem mihi & tibi reddere cogendus sit. Ergo ut & circuitus & multiplicatio litium euitetur, perinde hoc casu atque superiore dicendum est ex æquitate totum semissem petere me à Titio debere. Ratio decidendi. Quoties certis locis & regionibus possidetur à te & Titio fundus qui inter nos diuisus est eam inter te & me communis esset, necessario fatendum est aliquam cuiusque loci & regionis partem meam esse, Nec minus in ea portione quam tu pro semisse tuo possides, quam in ea quæ à Titio pro alio semisse possidetur. Atqui non possum nec debeo vindicare nisi quod meum est, & pro qua parte meum est. Cogendus ergo sum à te petere quadrantem, à Titio verò alium quadrantem. Quod videtur dissimile cum à te & Titio fundus pro indiuiso possidetur, qui inter te & me pro indiuiso communis est. Partem enim quisque nostram hoc casu iuris intellectu non diuisione corporis obtinere intelligitur *l. Manius 56. §. duorum. de leg. 2.* Itaque cum non possideas nisi semissem, nullam videor semis sui partem vindicare posse, quia semis sui nulla pars ad me pertinet. Ita fiet ut te quoque à Titio quadrantem petere necesse sit. Et hæc quidem ex Pomponij & Pauli, utemque Pegati sententia rectè disputantur, sed non ex sententia Labeonis & Vlpiani quæ exat in *d. l. 11. §. si ego & præced. & seq. sup. si pars her. d. p. t.* *d. Neque in re mobili.* Nam res mobilis diuidi non potest nec proinde possideri pro diuiso. Et ideo solent res mobiles diuidi numero tantum & quantitate discreta non continua. Possunt tamen quedam mobilia esse quæ commodam diuisionem recipiant, Ea scilicet quorum partes & homogeneæ sunt, & vsui esse possunt, ut ligna *l. lignis 5. de leg. 3.* Sicut & immobilia pleraque sunt quorum diuisio tam difficilis est ut penè impossibilis esse videatur *l. si familia 55. fam. ercisc.* Obseruandū tamen est. Nos cum dicimus mobilia diuidi non posse, non de dominio intelligere, sed de sola possessione. Vide *l. arbor*

LL 4

19. in princip. inf. commun. diuid. l. pen. pro socio. l. binas 36. urban. prad. d. N. que in hereditatis petitione, Ratio dubitandi. Etiam pars hereditatis peti potest tot. ut. sup. si pars hered. petir. Ergo & possideri & quidem pro diuiso. In id enim comparatum est iudicium familiae circumsundae, vt hereditas diuidatur l. 2. & pass. inf. famil. circise. Ratio decidendi. Hereditas consistit in iure non in corpore l. hereditas 30. de petit. hered.

sup. & ideo indiuidua est sicut caetera iura omnia l. 1. §. ult. sup. de rer. diuis. Non potest igitur pro diuiso possideri certis reg. onibus & locis, sed tantum res ipsa hereditaria l. 1. in princip. simil. circise. l. 4. inf. commun. diuid. Et ideo in hereditatem non cadit distinctio Pomponij, quomodo e. contatio sententia Vlp. & Pegasi & Labeonis in d. l. 1. §. quinimo & sequentibus. si pars hered. pet. etiam in sup. dum cadit.

9. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit: vt iudex inspiciat, an reus possidet, nec ad rem pertinebit, ex qua causa possidet. vbi enim probaui rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, vt Pegalus, eam solam possessionem putauerunt hanc actionem complecti, quae secum habet in interdicto Vti possidetis, vel vtrubi. Denique ait. ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum seruandorum causa, vel dotis, ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cauebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non possunt. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, & habent restituendi facultatem, peti posse.

Adl. Officium 9.

a Iudicis dari scilicet a praetore vt de actione ista cognoscatur. Ergo post litem contestatam non ante vt iudex Accus. Nec enim dabatur iudices nisi post litem contestatam.

b Iud. x. inspiciat. An interrogando reum? Ita Accus. l. qui seruus 20. §. in iure j. de interrog. act. Ergo non proba. Nam eo loci vt & in toto illo tit. agitur de interrogatione facta in iure, id est apud praetorem, non in iudicio apud iudicem datum. Debet igitur hoc inspiciere iudex datus ex probationibus non ex confessione rei, ne frustra & inutiliter actum sit si post sententiam reperitur non possidere is qui rem petitam restituere debeat. l. qui petitorio 36. j. vbi dicitur hanc rem pertinere ad curam actoris, sed non eo minus verum est pertinere etiam ad curam iudicis dati, ad quam maximè spectat prospicere ne illud iudicem ferat sententiam. Itaque non sufficit vt aduersarius fateatur se possidere si non re vera possideat. Sufficiet tamen eum negare, vt ei possessio auferatur. l. ult. inf.

c An reus possideat. Etiam qui non possidet condemnari per hanc actionem potest sine dolo malo se obtulit liti tanquam possessor cum non esset sine tanquam defensor possessoris. l. si is 7. sup. l. is qui se obtulit 25. & seq. inf. hoc tit. siue etiam dolo malo deserit possidere, l. qui petitorio 36. inf. Ergo non valde refert inspiciere an reus possideat.

Ratio decidendi. Haec actio licet dominium vindicet non possessionem, non tamen ad aliud competit quam ad hoc vt rei possessio actori restituatur. l. qui restituere 68. & pass. inf. Porro fieri nequit vt possessionem restituatur is, qui non habet d. l. qui petitorio. Pro possessore tamen habetur, & qui dolo malo desit possidere quia dolo pro possessione est. l. qui dolo 13. l. parum 150. de reg. iur. Et qui se liti obtulit tanquam possessor, ideoque condemnatur non vt rem restituatur, sed quia non restituit praeter actori quantum is in litem iurauerit. Est enim actio haec arbitraria, vt d. cemus ad d. l. qui restituere d. l. 7. sup. §. praetera Inst. de action.

d Ex qua causa possidet. Hoc additum est ad differentiam petitionis hereditatis qua non tenetur quisquis possidet sed is demum qui vel pro herede vel pro possessore. l. regulariter 9. & seq. l. nec ul-

lam 13. §. si quis absentis sup. d. hered. pet.

e Necesse habebit possessor restituere. Intelligi nisi male condemnari quanti actor in litem iurauerit. Ex natura actionis cuiuslibet arbitrariae, d. §. praetera de action. Hoc tamen a Triboniano immutatum est, d. l. qui restituere, vbi dicemus.

f Aliquam exceptionem. Nulla enim exceptione indiget reus si actor suam intentionem non impleuerit. l. ult. C. hoc tit. l. 4. C. d. ed. na. Sed probata intentione actoris succumbit reus si nullam habeat exceptionem, aut si eam quam habet non probauerit. Probare autem debet vel confessione partis, vel instrumentis, vel denique testibus, non tamen auditis post didicita restituta. Nec putes cum Accursio ob stare, Nouell. De testi. §. quia v. r. d. Et si non erat vetus ille mos iudiciorum, vt testes secundo audirentur, sed publice & praesentibus in iudicio partibus: quod postea corrigi debere visum est metu corruptionis & subornationis testium. Sunt autem exceptiones variae quae opponi possunt vindicanti, sed potissimum exceptio doli, de qua in l. vindicantem 17. & l. penult. n. inf. de emet. l. 3. C. de action. empr.

g Putauerunt & male inquit Accursius. Nam haec Pegali sententia statim reprehenditur.

h Quae locum habet, id est quae sit vera possessio. Non enim aliis dantur haec interdicta vti possidetis vel vtrubi, quam iis qui verè possident, id est qui sibi habent & animo domini, sicut enim definit Theophilus Possidere est sibi habere.

i Quia hi omnes non possident. Ratio dubitandi. Possessio facti magis est quam iuris, l. d. nique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir uxori De acq. poss. l. 5. Scaenola j. si is qui restam. lib. eff. iuss. Ergo hi omnes id est depositarius comodatarius, conductor, & qui custodia causa in possessionem missi sunt cum factio ipso rem teneant, possidere dicendi sunt saltem naturaliter, l. communi 7. §. neque colonis commu diuid. l. 3. §. ult. & l. 4. j. ad exhib. l. videamus 38. §. si possessionem de iur.

Ratio decidendi. Possessio duplex est naturalis & civilis Naturalis quam quis sibi quidem habet sed iniuste, qualis ea est quam habet fur & praedo. Civilis verò quae & animo domini habetur & iuste. Sed improprie tamen dicuntur aliquando possidere

de naturali etiam ij omnes qui facto ipso rem tenent, licet non animo domini vt supradictis locis. Caeterum si proprie loquamur non tam possident quam sunt in possessione. l. 3. §. ult. l. si quis ante 10. §. 1. inf. de acq. poss. l. cum legatorum 11. j. quib. ex caus. in poss. car. Possidere non tantum corporis sed etiam iuris est, quia plurimum ex iure mutuatur l. possessio 49. in princip. & §. 1. eod. At in possessione esse meri facti est, eaque dici solet corporalis & a finina derentatio. l. stipulatio 38. §. haec quoque de verborum obligat.

k Ab omnibus qui tenent. Ratio dubitandi. Per vindicationem auocatur possessio eaque non nuda sed vacua adcoque per Publicianam quae non nisi vtilis vindicatio est, & subsidiaria vindicationis, l. si cum venditor 66. iunct. l. minor. 39. §. si seruus De cuius. Atqui non omnes qui tenent possident, licet e contrario omnes qui possident teneant vel per se vel per alium, d. l. stipulatio ista 38. §. haec quoque & sequ. De

verborum obligat. Ratio decidendi. Tam habent facultatem restituendi qui rem petitam tenent licet alieno nomine quam qui possident verè, cum rei restitutio sit meri facti non iuris. Ergo perinde vindicari ab iis res potest. Nec enim in vindicatione agitur de possessione vt in interdictis sed tantum de domino. Qui tamen alieno nomine rem tenet cogendus est dominum in iudicio nominare vt possit vocari ad litem, & interrumpi praescriptio etiam si cotumax ille sit nec venire ad litem contestandam velit, l. 2. C. vbi in rem act. Quod videtur Iustinianus porrexisset latius ad omnes res etiam mobiles, & ad omnes actiones, Nouell. 69. vt omn. iud. obed. iudic. cap. 1. §. haec considerantes. Male verò huic legi opponit Accursius quod de depositario scriptum & constitutum est, Nouell. 88. de depof. & demuc. §. 1. per quam non vindicatio sed denunciatio, non dominus sed creditor repellitur, vt bene illic Cuiacius.

10. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

Si res mobilis petita sit, vbi restitui debeat, scilicet si praesens non sit: & non malum sit, si bonae fidei possessor sitis, cum quo agitur, aut ibi restitui, vbi res sit, aut vbi agitur, sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel nauigationem faciendi sunt.

Ad l. si res mobilis 10.

a Mobilis. Nam immobilis non alibi praestari potest quam vbi sita est, l. 2. C. quando. & quib. quart. pars lib. 11.

b Si praesens non sit. Si enim praesens sit, ibi praestanda est vbi petitur, quod & vtrique commodius est.

c Si bona fidei possessor. Non minus competit vindicatio contra bonae fidei possessorem quam contra praedonem, quia bona fides non excludit intentionem dominij nisi secuta & completa sit vlucapio. Ergo non est adhibenda haec distinctio.

Ratio decidendi. Dignior est bonae fidei possessor cui faueatur non quidem in eo ne res ei auferatur sed in praestationibus, puta cum quaeritur, vbi restituenda res sit. Itemque de fructibus & de sumptibus. l. si bona 21. l. Iulianus 37. & seq. l. sumptus 48. l. si natus 62. l. emptor 65. & pass. j. hoc tit. l. domum 5. l. certum 22. C. eod. Nihil enim est quod bonae fidei possessor impuretur. Dices Restitutionem rei non fieri nisi post arbitrium de restituendo redditum nec arbitrium reddi, nisi post litem contestatam, Ex die autem litis contestatae omnes possessores esse pares, id est praedones, l. sed si lege 25. §. si ante sup. de hered. petir. d. l. certum. Ergo cum quaeritur vbi res debeat restitui nullum esse distinctioni locum. Et haec sane accommodatior dubitandi ratio est. Respondeo ex contestatione induci mala fidem quod id fructus exinde perceptos, Sed non ad delendam memoriam bonae fidei quae contestationem pra-

cessit & ratione eorum in quibus nihil noui accidit post contestationem, vbi dicemus ad leg. 12. inf.

d Aut vbi res sit aut vbi agitur. Prout scilicet bonae fidei possessor elegerit. Nam cum debitor sit, restitutionis electionem habere debet, Nisi praestetur indemnis a petitore. Semper enim praestandus est indemnis tum quoque cum eligit.

e Sed sumptibus petitoris. Ratio dubitandi. Vix est vt perueniatur ad sententiam citra moram, l. 3. de vsur. Ergo debet haec restitutio fieri sumptibus possessoris qui est in mora.

Ratio decidendi. Non est in potestate possessoris vbi aut quando conueniatur, l. 5. §. ult. j. de doli except. l. perende 6. C. de tempor. in integr. restit. Ergo si nihil sit quod ei possit imputari puta si non alio rem trastulerit post litem contestatam, vt in l. si vero 12. j. sumptibus petitoris fieri debet restitutio sicut si facta fuisset tempore litis contestatae, Ad qua omnia referenda sunt quia quale quid est cum petitur tale dari debet, l. 2. de vsur. Ergo & in eo ipso loco in quo erat cum petita fuit.

f Extra cibaria. Scilicet serui qui mittendus est in eum locum vbi res est ad eam restituendam. Cibaria ergo praestanda sunt a possessore. Sed hoc cum distractione, de qua in l. sed & si 11. §. quo autem loco j. ad exhib. Adde l. si in Asia 12. §. 1. j. de pos. l. prator ait 4. §. vltim. & l. seq. sup. de edend. l. cum res 49. §. sed si alibi de legat. 1.

11. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

Nisi malit petitor suis impensis, & periculo ibi, vbi iudicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisfactione cauebitur.

Ad l. Nisi si malit 11.

Nisi si malit. Exceptio est ad id quod in lege praecedente dictum fuerat, Esse in potestate possessoris bonae fidei vtrum rem petitam restituatur in eo loco vbi est. an in eo vbi petitur. Ratio dubitandi. Non est permittendum petitori vt superuacuo incommodo possessorem oneret, nec si nullum ex eo incommodo damnum sensurus sit possessor.

Incommodum autem possessoris nec paruum est vt e longinqua forte prouincia curet Romam aduehi eam rem quae restituenda est licet id fiat sumptibus & periculo petitoris. Etsi enim omnimodo cogebatur possessor seruum suum mittere in eum locum vbi res erat, ad eam scilicet eo ipso in loco restituendam, Poterat tamen fieri vt eius interesset manere ibi seruum ad expedienda negotia quae



possessor habebat in illa provincia, nec redire Roman.

Ratio decidendi. Quod sine dispendio rei futurum est facile actori conceditur, *l. in ex d. d. 38. in fin. de iud. l. 1. §. it. in Varus in fin. De aqua & aqua plu. arc. n. d.* Non ergo reculare possessor potest quominus res petita quæ trans mare sit restituatur Romæ si id petitor malit, dummodò sumptibus & periculo petitoris hoc fiat, *d. l. 1. §. 1. inf. ad exhib. d. l. si in Asia 1. §. 1. inf. de pos.* Ergo si quid aliunde quam ob sumptus interlit possessoris, eo quoque nomine indemnus ille à petitore præstandus erit.

b *Cauabitur.* Id est liberabitur reus satisfando & cauendo cum fideiussore de re suo loco & tempore restituenda, sumptibus tamen & periculo petitoris, §. 1. *inf. de officio iur. Ratio dubitandi. Con-*

12. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**S**I verò malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet.<sup>a</sup> Si verò ab eo loco, vbi lis contestata est, eam subtraxit alio transulerit<sup>b</sup> illi restituere debet, vnde subtraxit<sup>c</sup>, sumptibus suis<sup>e</sup>,

*Adl. Si verò 12.*

a *Idem statui debet.* Vt scilicet malæ fidei possessor qui rem petitam in alio loco nactus est quam vbi ea petitur, non sit cogendus eam reddere nisi vbi res illa est vel vbi petitur, prout ipse non ut petitor elegerit: Nec rursum nisi sumptibus petitoris, periculo tamen suo: Nisi petitor malit ut & suis sumptibus ex suo periculo ibi restitatio fiat, vbi res iudicatur. Quæmodò proximis legibus dictum est de bonæ fidei possessore. Ratio dubitandi. Distinctio adhibenda est. An bonæ fidei possessor sit an prædator qui conuenitur, *l. 10. sup.* Ergo non idem ius in utroque statui debet, cum melior debeat esse condicio bonæ fidei possessoris.

Ratio decidendi. Vbi eadem ratio est idem quoque ius esse oportet vulg. *l. illud 32. ad leg. Aquil.* Absurdum igitur non est eandem esse ratione bonæ fidei possessoris & prædatoris in iis in quibus eadem virtutis ratio est. Eadem porò est cum agitur de rei restituendæ loco si nihil sit quod prædatori possit imputari, Quomodo nihil imputari potest ei qui rem quam scit esse alienam nactus est in alio loco quam vbi petitur. Ad quid ergo, inquit, proderit adhibita distinctio? Nimirum ut sumptibus malæ fidei possessoris fiat restitutio saltem eo casu quo rem nactus ibi sit vbi nunc agitur. Credendus enim est aliò transulisse mala fide ut tantò difficiliorem faceret eius exhibitionem & vindicationem, ut in *d. l. sed et si 11. §. 1. j. ad exhib.* quod de bonæ fidei possessore non similiter credi potest qui putat rem quam aliò transfert suam esse. Itaque tota differentia continetur in illis verbis huius legis qui in alio loco sed latius explicatur in verbis *si vero.*

b *Eam subtraxit.* Tractat ergo de eo qui non so-

13. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

**N**on solum autem rem restitui, verum & si deterior res sit facta<sup>a</sup>, ratione iudex habere debet, finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui, utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus, quamquam & legis Aquiliæ actione conueniri possessor possit<sup>b</sup>. Vnde queritur, an non aliàs iudex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ. Et Labeo putat, cauere petitor<sup>c</sup> oportere, lege Aquilia non acturum, quæ sententia vera est.

*Adl. non*

demnatus restituere id ipsum præstare omnimodo debet ad quod fuit condemnatus. Id enim postulat authoritas rerum indicatarum. Atqui aliud est rem restituere, Aliud verò cauere etiam satisfando de ea restituenda, *l. si a bona fidei 21. inf. l. item si cum §. quatenus sup. quod mut. caus.*

Ratio decidendi. Cautio necessaria est, & qui pollet restitutioni quoties præfens res non est ut restitui statim possit, nihilque imputari reo potest, *d. §. 1. de officio iudic.* Est enim hoc frequentissimum in iure nostro remedium ut interpositis cautionibus expediantur ea omnia quæ aliter expediri melius non possent. Ceterum noli intelligere ut satisfactio hæc ab ipso petitore præstetur, quem necesse est sumptus omnes de suo prorogare si velit vigere restitutionem suis sumptibus suoque periculo faciendam.

*Adl. Non solum 13.*

a *Deterior res sit facta.* Ratio dubitandi. Per vindicationem solum restituitur rei petitor, *l. officium 9. sup. l. qui restituere §. 8. j. hoc tit.* Non ergo curare iudex debet an deterior facta res sit, necne.

Ratio decidendi. Non videtur restitui res quæ deterior restituitur, nisi id quod interest præstetur *l. 3. §. 1. inf. conu. mod.* quia quod deterior factum est, ex parte peritisse intelligitur cum tantò minoris sit æstimationis. Intellige autem si res facta sit deterior post litem contestatam, A quo tempore certum est possessorem non solum doli sed etiam culpa rationem reddere debere, *l. qui petitorio 36. §. 1. inf.* Alioqui distinguendam erit inter bonæ & malæ fidei possessorem, Cur enim bonæ fidei possessor ob rem deteriorem factam teneatur, qui nec si ea perisset ante litem contestatam, tamen teneatur? Aut cur ei imputetur si rem quasi suam neglexerit, *l. si quid possessor 31. §. sicut autem sup. de her. red. per. l. nec post litem contestatam nisi ad precium si res perisset sine dolo vel culpa possessoris, l. item si verberatus 15. §. ult. j.* Denique nihil aliud exigi potest à bonæ fidei possessore nisi ut talem rem præstet qualis est cum petitur, *l. 2. inf. de vj. licet ea lex loquatur de actionibus quoque iis quæ sunt in personam, sed multò magis de iis quæ in rem sunt.* Nihil tamen simile est in legibus quas adducit Accursius ut prober damni rationem habendam esse ex *l. liber homo 13. l. si seruus 27. j. ad leg. Aquil. l. si quid §. 5. de seruis. & aqua.* Sanè malæ fidei possessor damni cuiuslibet rationem reddere debet etiam quod contigerit ante litem contestatam quia eius periculo & res perit & deterior fit, *l. domum §. C. hoc tit. l. 1. C. de his quo vi moti sive causa sunt.* non etiam periculo bonæ fidei possessoris si neque dolum admiserit ante litem contestatam, neque culpam postea, *l. si homo 45. inf.* Est igitur hæc lex intelligenda de quolibet possessore tunc bonæ fidei tunc malæ fidei, Vt & *l. officium 9. sup.* quam cum hac coniungendam esse vtriusque inscriptione demonstrat, Sed non de qualibet deterioratione, at de illa tantum quæ contigerit post litem contestatam, & quidem culpa possessoris si bonæ fidei possessor fuit, ut in exemplis hac lege allatis. In malæ verò fidei possessore tamen culpa eius nulla

interuenit, *d. l. l. qui petitorio 36. §. 1. & d. l. l. bona 45. inf.*

b *Conueniri possessor possit.* Ob seruum scilicet debilitatum aut cluicatum aut vulneratum §. 1. capite petitor. *Inf. de leg. Aquil.*

c *Cauere petitorum.* Ratio dubitandi. Non cogitur petitor cauere malæ fidei possessori, *l. is qui dolo §. 9. inf. hoc tit.* Atqui lex hæc loquitur etiam de malæ fidei possessore, ut supra diximus. Ergo non est verum saltem indistinctè quod hic dicitur cauere petitorum oportere se lege Aquilia non acturum.

Ratio decidendi. Improbis est qui vult idem bis consequi, præsertim ab eodem, *l. si quis dolo §. 1. inf. de re iur.* Atqui tam in actione ista vindicationis, quam in lege Aquilia damni æstimatio fit. Ergo æquum est vnam per aliam consui, *l. qui seru. 34. j. de oblig. & act.* Nec quicquam verat cauere etiam malæ fidei possessori adeoque furi & prædatori, *l. si à domino §. 5. si possessor §. d. de red. pet. l. qui 9. §. 1. inf. de furt.* Dummodo non caueatur de cedendis ei actionibus, *d. l. is qui dolo.* Nam quam enim cedenda sunt malæ fidei possessori ad indemnitatem ei præstandam cum nihil absurdi sit si moretur in damno, *l. mulier 19. inf. qui potior in pig. h. h. b.* quia nec damnum sentire videtur quod ex culpa sua sentit vulg. iuris regula. Hæc autem cautio De non agendo ex lege Aquilia non idè interponitur ne damno afficiatur malæ fidei possessor, sed ne petitor improbum lucrum capter si bis idem consequatur, *d. l. qui seruus.* Sed quæro cum Accursio quid profit hanc interponi cautionem, cum ea quoque non interposita perinde futurum sit ut actor lege Aquilia agere prohibeatur. Respondet Accurs. & rectè, ut possit committi stipulatio etiam de facto tantum, licet nullo iure agatur, & propter sumptus, Addo ut minor aut potius nullus subitationi locus super sit, An vtraque actione agi possit, ut in *d. l. qui seruus.* Et quamuis officio iudicis possit consuli actori ratione sumptuum, est tamen ei commodius ut actione munitus sit quam ut officio tantum iudicis, Quia, inquit Accurs. actio durat etiam post sententiam non etiam officium iudicis, *l. 4. C. de pos. l. qui per collusionem 49. §. 1. De action. emp.* Simile quiddam est in *l. si pupillus 9. in princip. inf. De nouat.*

14. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**Q**uod si malit actor potius legis Aquiliæ actione vri, absolendus est possessor<sup>a</sup>. Itaque electio actori danda est<sup>b</sup>, non ut triplum<sup>c</sup>, sed duplum consequatur.

*Adl. Quod si malit 14.*

a *Absolendus est possessor.* Ratio dubitandi. Quoties concurrunt plures actiones, quarum vna datur ad rem, altera verò ad pœnam, vna aliam non constituit, *l. si pig. nore. 4. §. cum furti j. de furt. l. si pro fure 7. §. 1. De condit. furr.* Atqui legis Aquiliæ actio est pœnalis, cum per inficiationem crescat ad duplum. Ergo non est absolendus possessor à rei vindicatione licet velit petitor agere lege Aquilia.

Ratio decidendi. Actio legis Aquiliæ non tantum pœnam, sed primò & præcipuè damni æstimationem continet, quam superiore lege diximus etiam in vindicationem venire. Ergo non potest vtraque locum habere, Ne alio qui actor bis idem consequatur, Quod non euenit in specie, *d. l. si pro fure §. 1. & d. §. cum furti*, quia nulla pars pœnæ venit in conditionem furtiuam. Absolendus igitur est

hoc casu possessor non à rei restitutione, sed à damni æstimatione. Nec verendum est ut ea absolutio paritura sit reo exceptionem rei iudicatae si postea in iudicio vindicationis de damno conueniatur. Non enim eo colore fuit absolutus quod de damno non teneretur, sed ne bis teneretur. Aliud esset si absolutus proponeretur idè quòd nullum damnum dedisset. Tunc enim agenti lege Aquilia obstaret exceptio rei iudicatae, ut bene Accurs. notat ex *l. 3. l. de eadem §. De except. rei iud. l. sin autem 8. §. de quocunque sup. de neg. gest. sed quod addit idem Accurs. ex *l. sed si pupillus 11. §. si in iustoria De inst. act.* minus ad rem pertinet.*

b *Electio actori danda est.* Ratio dubitandi. Non debet esse in actoris potestate ut rei condicionem faciat durior, augerique eius obligationem, *l. centum 8. de eo quod corr. loc.* Sufficitque ut indènis actor

feratur. Atque per se in dolo non servari si simpliciter illi damni per rei vindicationem consequatur, *l. p. v. sup.* Ergo non est permittendum auctori ut eligat legem Aquiliam per quam futurum sit ut duplum consequatur.

Ratio decidendi. Legis Aquilie actio sui natura datur tantum ad duplum non etiam ad duplum nisi cum lis per inficiationem crescit. Itaque non tam actioni proponitur quam sibi & suae inficiationi imputare reus debet si quando in duplum condemnatur, ut de quadruplo quod praestatur in a-

15. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

**I**tem, si verberatum tradidit, Labeo ait etiam iniuriarum<sup>a</sup> competere actionem petitori.

*Ad l. item, si verberatum 15.*

**a** Etiam iniuriarum. Id est non tantum actionem in rem de qua in *l. 13. sup.* tenetque legis Aquilie, ut proxime dictum est, sed etiam iniuriarum per quam tamen non tantum damnum iniuria datum aestimatur, quod proprium est legis Aquilie quam contumelia per iniuriam irrogata, damni tamen habita etiam ratione, *l. 1. de iniur. j.* & apud Iustin. In eoque potissimum utilis est haec actio petitori quia neque per vindicationem, neque per legem Aquiliam contumelia vindicatur, sed damnum duntaxat facitur. Itaque qui vindicatione agere vel lege Aquilia non cogitur cauere se non acturum iniuriarum, dum ne actionem illam pro damno exerceat sed tantum pro contumelia. Ratio du-

**1** *¶* Si quis rem ex necessitate distraxit<sup>a</sup>, fortassis huic officio iudicis<sup>b</sup> succurratur<sup>c</sup>, ut pretium duntaxat debeat restituere<sup>d</sup>. Nam & si fructus perceptos distraxit, ne corrumpatur<sup>e</sup>, aequè non amplius quam pretium praestabit.

*Ad §. 1. Si quis rem.*

**a** Ex necessitate distraxit. Intelligit post litem contestatam, Alioquin non posset res peti ab eo qui iam eam distraxisset ac sine dolo malo habere desisset cum loquamur de distractione facta ex necessitate. Itaque non est distinguendus hac parte bonae fidei possessor à malae fidei possessore, Cum post litem contestatam omnes sint pares, *l. si quid possessor 51. §. sicut sup. de hered. pet. l. si homo 45. j. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Malae fidei possessor, imò & is qui in mora tantum fuit tenetur ad verum rei precium etiam si nihil habuerit. Multò magis si quid habuerit ut Azo apud Accurs. ratiocinatur.

Ratio decidendi. Succurrendum semper est ei qui aliquid fecit ex necessitate cum nihil eo nomine possit ipsi imputari, nec si malae fidei possessor fuit. Nam nec alia ratio est propter quam perempta post litem contestatam ea re quae petebatur, nihilominus teneatur possessor ad precium quam quia si restituta ei res fuisset, potuisset eam distrahere & precium saluum facere, §. *ultim. infr.* Cogetur ergo actor contentus esse accepto pretio, nec habebit electionem veri precij petendi.

**b** Officio iudicis. Ratio dubitandi. Officio iudicis solet potissimum locus esse in iudicis bonae fidei, non etiam in strictis quae ideo stricta appellantur,

**2** *¶* Item, si fortè ager fuit, qui petitus est, & militibus assignatus<sup>a</sup> est, modico honoris gratia<sup>b</sup> possessori dato: an hoc restituere debeat<sup>c</sup>, & puto praestaturum.

*Ad §. 2. Item*

atione *Quod met. caus.* scriptum est in *l. item si cum 14. §. in hac actione in si v. sup. quod met. caus.* *c. Non ut triplum.* Melius scriptum esse *ut non triplum sed duplum consequatur.* Sensus enim est, Nullo casu eum posse triplum consequi, quomodo consequeretur si & lege Aquilia & vindicatione de damno dato ei agere permitteretur. Possè tamen consequi duplum Agendo scilicet lege Aquilia, sed non omnimodo, & ita si possessor, inficietur, quomodo passim solent inficiari possessores ut condemnationem euitet quae alioqui parata esset.

bitandi. Etiam in actione iniuriarum damni ratio habetur, *l. dominum 8. C. de iniur.* Ergo non potest actio iniuriarum cum vindicatione, & legis Aquiliae actione concurrere ne duplicem damni estimationem actor consequatur, *l. prox. sup. l. qui seruuum 34. De oblig. & act.*

Ratio decidendi. Aliud est iniuriarum agere, Aliud verò damni iniuriae, quoniam altera actio pertinet ad damnum culpa datum, altera verò ad contumeliam, *l. item apud Labonem 25. §. si quis seruo verberato 46. De iniur. j.* Ponendum tamen est cum Accurs. Seruum hunc qui petebatur fuisse verberatum in contumeliam petitoris eiusdem quae domini: Alioqui pro iniuria seruo irrogata dominus agere non posset, §. *seruis autem Inst. cod.*

neque in arbitrariis quae ad strictorum naturam proprias accedunt, quale est iudicium vindicationis, §. *prater ea & §. in bone fidei Inst. de act. l. qui per collusionem 49. §. 17. De action. empt. l. 4. C. de pos.*

Ratio decidendi. Etiam in strictis iudiciis officium iudicis locum habet, multò magis in arbitrariis, Scilicet ratione eorum quae post, non quae ante litem contestatam contigerunt, *l. videamus 38. §. si actionem. de v. sur.*

**c** Succurratur. Nam summo iure condemnari deberet ad verum iustumque precium cum fuerit malae fidei possessor post litem contestatam qualicumque fuerit antea.

**d** Debeat restituere. Per hanc scilicet actionem in rem, non per actionem negotiorum gestorum, ut malè Accurs. interpretatur ex *l. vlt. sup. de negot. gest.* Cum loquatur hic Vlpianus de distractione facta, ut diximus post litem contestatam, & de officio iudicis dati in hac actione vindicationis. Ex quo apparet nihil ad hanc speciem pertinere quod scriptum est in *d. l. vlt. De negot. gest.*

**e** Ne corrumpantur. Est enim haec vna ex iis causis propter quas necesse est rem distrahi etiam quae iam petita sit, *l. Dimus. sup. De hered. pet. j.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quae ad priorem huius §. speciem allata fuit.

*Ad §. 2. Item si fortè.*

**a** Qui petitus est & militibus assignatus. Ergo qui assignatus fuit post petitionem & litem contestationem. Ex quo intelligi mustorum hunc §. accipiendam esse de distractione quae facta sit ex necessitate post litem contestatam. Quamquam differret hic casus à precedente. Non enim ponimus distractionem eorum sed assignatum militibus veteranis in praemium militiae ut in *leg. Lucius 11. infr. de euitet.* Quod non sit nisi vi maiore & voluntate principis cui resisti non potest.

**b** Honoris gratia, id est non tam pro precio, quam pro honorario, ne quid per viam & iniuriam ab inuito extortum videatur, quod à Principis maiestatem alienam esset.

**c** An haec restituere debeat. Ratio dubitandi Nò pro precio datum est hoc modicum pecuniae, sed honoris tantum gratia. Ergo non est restituendum

**3** *¶* Si seruus petitus, vel animal aliud demortuum sit<sup>a</sup> sine dolo malo, & culpa possessoris<sup>b</sup> pretium non esse praestandum plerique aiunt<sup>c</sup>. sed est verius, si fortè distractus erat petitor<sup>d</sup> si accepisset. moram passio<sup>e</sup> debeat praestari<sup>f</sup>, nam si ei restituisset<sup>g</sup>, distraxisset, & pretium ei licet lucratus<sup>h</sup>.

*Ad §. 3. Si seruus petitus.*

**a** Demortuum sit. Bene Accurs. scilicet post litem contestatam cum loquatur Vlpianus de seruo iam petito. Sed malè idem Accurs. hunc §. extendit ad eum qui coeperit postea esse male fidei possessor ex alia causa quam litem contestata, Quod ad illum qui semper durauerit bonae fidei possessor & iustam litigandi causam habuerit redeat Iureconsul. in *l. proxima sequ. vers. non enim.* Nam inò verò totus hic locus est de bonae fidei possessore, sed qui tamen omnimodo factus sit malae fidei possessor per litem contestationem. Quisque iustam habuerit causam litigandi non ad rem sibi defendendam, sed ad sententiam expectandam propter stipulationem de euictione, ut scriptum est in *leg. si quis. & leg. atquin 19. §. cum me absente sup. de negot. gest.*

**b** Sine dolo malo & culpa possessoris. Nam & doli mali & culpa rationem reddere post litem contestatam debet possessor quilibet, id est etiam qui bonae fidei possessor fuit, *leg. qui petitorio 36. §. 1. infr.*

**c** Plerique aiunt, scilicet non adhibita distinctione illa, An rem petitam distracturus fuerit petitor si ei restituta fuisset, necne. Fuit enim haec sententia Cassianorum. Ratione illa quod non debeat bonae fidei possessor mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temerè ius suum indefensum relinquere, *l. illud 20. sup. De her. ed. pet. j.* Ex quo loco apparet, In malae fidei possessore contrariam Praeculi sententiam esse verissimam, ut mortalitatem omnimodo praestare is debeat, etiam si non fuerat petitor eam rem distracturus. Nulla enim distinctio adhibenda est in malae fidei possessore, *leg. si. m. si cum 14. §. quatenus vers. quid si bono sup. quod met. caus. l. 1. C. cod. l. pen. infr. De vi & vi armat.*

**d** Si fortè distracturus erat petitor. Obserua conditionem hanc esse non rationem. Sequetur enim ratio in *vers. nam si.* Volo dicere Vlpiani sententiam hanc esse ut bonae fidei possessor debeat pretium animalis post litem contestatam demortui

petitori Ratio decidendi. Datum est honoris quidem gratia, sed per occasionem rei petita quam si restituisset possessor tempore litem contestata, non ipse sed dominus honorarium hoc habuisset. Ergo saltem hoc reddere debet ne proit ei mala sua addes, inducta saltem ex litem contestatione. An verò plus quam accepit restituere debeat non quare Vlpianus, in quo erat Accursus. Erat enim certissimum nihil posse huic imputari qui praecipuo Principis parendum habuit. Atqui, dicit aliquis si fundus ei restitutus fuisset, fortassis eum distraxisset atque ira precium lucratus esset, ut in §. *proxima.* Nam periculum assignationis quod post venditionem contigisset, ad emptorem pertinuisset, *dist. leg. Lucius.* Respondeo casum hunc neque praenideri, neque impediri potuisse. Nec tam facile capi praesumptionem quod dominus fuerit fundum tam cito venditurus, Quam si ageretur de remobili, ut in §. *prox. infr.*

praestare petitori, non omnimodò & indistinctè. Praetextu illo quod si rem restituisset, eam distrahere petitor potuisset (quae tamen ratio in malae fidei possessore bona esset, *d. l. illud.*) Sed ita demum praecise si possit actor probare se fuisse distracturum rem si habuisset. Non ergo sufficit ut probet quod potuisset distrahere, nisi probetur etiam quod fuerit distracturus. In quo melior est condicio bonae fidei possessoris, etiam qui per contestationem malae fidei possessor factus sit, quam alicuius cuiuslibet, ob rationem quam proxime attulimus ex *d. l. illud vers. nec enim debet.* Quae ratio cum cesset non solum in fure & pradone, sed etiam in debitore quolibet qui ex proprio contractu tenetur, & qui moram contraxerit in ea re soluenda, Mirum non est teneri hos omnes etiam de casu fortuito, & de interitu post eam rem moram contingente, Non adhibita distinctione An fuerit res aequè petitura penes actorem, & an distracturus eam fuerit actor, necne. Sufficit enim ratio illa quod potuisset distrahere si habuisset, quamuis non constet quod fuerit distracturus, *l. cum res 47. in fi. l. si seruus legatus 108. §. si seruus legatus de leg. 1. dist. l. item si cum 12. §. quatenus in fi. sup. quod met. caus. leg. si in Asia 12. §. ultim. infr. deposit. leg. quod re. infr. de r. huc. cr. ditis, leg. memo 82. §. De verborum obligationib. l. si homo 3. infr. De re iudi. at.* Quamquam contra debitorem illa etiam ratio facit quae non faceret contra malae fidei possessorem quod ipse dominus est rei debitor, Ad quem enim alium pertinere interitum aequius est, quam ad dominum? *leg. quae fortuitis 6. Cod. de pignor. act. leg. contractus 25. de r. gul. iur.* Et quamuis interdum qui debitor est non sit etiam dominus, Illud tamen certum est numquam posse dominum esse illum cui res debetur. Nemini enim res sua deberi potest, §. *sic itaque Inst. de actio. si* tamen contingat actione personali eum agere qui sit dominus, ut contingit in actione, Depositi, Commodati & similibus, An erit locus sententiae Cassij, ut periculum ad actorem pertineat si res quae naturaliter petit etiam post litem contestatam aequè fuerat penes eum interitura?





g *Vtique & suum*. Id est omnimodo & indistinctè ut in initio legis interpretati sumus. Multum tamen refert an Paulus sic intelligas ut bonæ fidei possessor vtiq; non debeat fatum præstare, hoc est interitum naturalem sua sponte contingentem. An ita ut non vtiq; illud præstare debeat. Prioris propositionis sensus erit nullomodo teneri bonæ fidei possessorem re perempta, Sed omnimodo & indistinctè liberari quod ad rem ipsam eiusve precium attinet. Posterioris verò non omnimodo teneri sed cum distinctione illa quam ex Vlpiano adhibuimus in §. *ultim. l. prox. sup.* An fuerit petitor eam rem distrahturus necne. Prior sensus dissentientem facit Vlpianum à Paulo, quos nec dubito dissentisse in hac quæstione ut in multis aliis. Et idè videtur mihi sensus conuenientior menti Pauli. Posterior verò facit ut conciliari commodè possint eo quo diximus modo. Magisq; conuenit verbis huius legis quia negatio præcedit dictionem *vtiq;* & aliud est dicere *vtiq;* non quod significat *nullomodo*. Aliud verò dicere *non vtiq;*, quod significat *non omnimodo & indistinctè sed cum aliqua distinctione*, sicut & aliud est dicere *non omnino quid esse*, Aliud verò *omnino non esse*. Prior locutio vniuersaliter negat. Posterior distinctioni locum relinquit, *l. gracè §. §. illud De fideiussor.* Potest tamen Paulus etiam sic intelligi, ut non omnimodo quidem fatum præstare debeat possessor post litem contestatam, sed tamen debeat al. quo casu, Nempe si qua ei culpa imputari possit, *l. qui petitorio 36. §. 1. infr. hoc titul.* Et huic interpretationi maximè conuenit

¶ **Culpa non intelligitur**, si nauem petitam tempore navigationis <sup>b</sup> trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis <sup>d</sup> hominibus eam commisit.

*Ad §. i. Culpa.*

a *Culpa non intelligitur*. Ratio dubitandi. Non tenerur bonæ fidei possessor de interitu rei etiam post litem contestatam contingente ne alioqui cogatur temerè ius suum indefensum relinquere, ut proximè diximus ex Cassij sententia à Paulo probata, in *l. illud 40. iupr. De heredit. petition.* Quid ergo attinet tractare de culpa? Nam & si homo petitus, non tantum culpa, sed etiam dolo possessus mortuus fuisset, superueniens tamen interitus naturalis faceret ut nulla eius culpæ ratio haberi deberet, *leg. sin autem 27. §. si homo infr.* vbi notat Bartolus casum superuenientem excusare possessorem à culpa præcedente. Atqui quod nauis pereat naufragio fit naturaliter, & vi maiore maris cui resisti non potest, Non ergo teneri potest actor qui nauim misit nauigatum licet naufragij periculum imminet, adeoque nauis perierit, quia nauis ad hoc paratur ut nauiget, *l. arboribus 12. §. 1. infr. de usufr.*

Ratio decidendi. Culpa quæ præcedit casum, nec ei causam dat, non æstimatur, *dist. §. si homo*, sed ea demum quæ causam dat casui, De qua agitur in hoc §. & in *leg. qui petitorio 36. §. 1. infr. hoc titul.* Cæterum observa distinctionem hanc. An possessoris culpa aliqua post litem contestatam interuenierit necne, ab iis tantum interconscriptis adhiberi qui sententiam Cassij secu-

sententia §. *sequen.* Atque ita certè locus hic intelligendus est, ut scilicet Paulus locum relinquat distinctioni illi non quam Vlpianus ponit in §. *ultim. dist. l. prox.* sed illi quam Cassius in *dist. leg. qui petitorio*. Acti Paulus scriberet, Non vtiq; post litem contestatam imputari fatum bonæ fidei possessori, sed ita demum si culpa eius aliqua interuenierit, *leg. si seruum 9. in princ. de verborum obligatiomb.* Accurcius veid & ceteri locum hunc non perceperunt. Qui putant distinguendum an bonæ fidei possessor durauerit talis etiam post litem contestatam, An verò factus sit male fidei possessor. Et rursus an habuerit iustam litigandi causam an non. Quod est absurdum, Nec enim fieri potest ut bonæ fidei possessor non fiat mala fidei per contestationem, Nec rursus ut non habeat iustam litigandi causam, vel ad hoc ut possit agere de euictione. Sed quemadmodum mala fides quæ per contestationem inducitur non vsque ad eò ei nocere debet ut fatum quoque præstare cogatur, si Paulo magis quam Vlpiano credimus. Ita neque quod iustam habet litigandi causam propter euictionem prodest illi debet aduersus petitorum quominus condemnentur ei ad sumptus litis, Nui fortè ex parte ipsius petitoris dubia lis fuit, quod tamen vix est ut eueniat cum non aliter pro petitore iudicari possit quam si intentionem suam impleuerit, id est plenè probauerit, *l. ultim. Cod. hoc titul.* itaque non habet hic locum quod ait *l. si quis solutioni 24. infr. de usur.*

ri sunt in bonæ fidei possessore, In quo numero præcipue Paulus & Caius fuerunt, *dist. leg. illud, & leg. si plures 14. §. 1. d. post.* Nam secundum Vlpianum & alios, qui contrariam sententiam probauerunt, non est necessaria hæc distinctio cum velint illi possessorem etiam bonæ fidei teneri post rem peremptam lite contestata, tametsi naturaliter & citra culpam eius vllam res perierit, dummodo peitor fuerit eam distrahturus. Nisi quod culpam possessoris allegari probarique semper vtilius est petitori, ut eo probato possessor quantumuis bonæ fidei indistinctè teneatur, Id est tametsi nec allegetur prætereà nec probetur quod petitor eam rem fuerit distrahturus.

b *Tempore navigationis*, id est navigationi commo- modo non periculoso, Alioqui culpa est si quis nauim mittat nauigatum aduerso tempore, *d. l. qui petitorio 36. in fin.*

c *Licet ea perierit*, quia nec ad aliud paratur nauis nisi ut nauiget, & consequenter periculis maris obnoxia sit, *dist. l. arboribus 12. §. 1. De usufr.* Dum ne quid imputari possit ei qui nauigatum misit.

d *Si minus idoneis*. Culpa enim est, minus idoneis nauis nauim regendam committere, *l. quod si noluit. 31. §. si mancipium infr. de adl. edict.* vbi etiam additur quod ad rem nostram valde pertinet, pro viuo habendum eum qui culpa possessoris mortuus est.

17. VLP IANVS

17. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

Vlpianus libro sexto Digestorum scribit: si hominem, qui Mæuij erat, emero à Titio: deinde cum cum Mæuius à me peteret, eundem vendidero: cumque emptor occiderit: æquum esse, me pretium Mæuij restituere.

*Ad l. Iulianus 17.*

a *Cum cum Mæuius à me peteret*. Intellige de petitione vera facta per litem contestationem, ut appareat venditum à me hominem fuisse postquam mecum litem est contestatus Mæuius qui eum petebat.

b *Eumque emptor occiderit*, tanquam suum & suo iure, quamuis ex ea causa possit teneri domino & ab eo conueniri lege Aquilia.

c *Æquum esse*. Fit ergo hoc ex æquitate potius quam ex meritoria ratione. Cui æquitati causam illud dat, quod seruum qui à me petebatur vendiderim alij, iam factus male fidei possessor per litem contestationem, & sciens ad alium pertinere: Ut quia non potest restituere seruum quem non habeo nec is tantum cui eum vendidi, restitutum saltem precium quod ex eius venditione accepit.

d *Mæuius restituere* Ratio dubitandi. Precium quod percepti ex venditione hominis qui erat Mæuij non idè est Mæuij, neque verò perceptum ex re ipsius, cum non tam ex re, quam ex negotiatione percipiatur, *l. venditor 21. infr. De her. vel act. vend.* Ergo non potest in rei vindicationem venire, cum vindicare nemo possit nisi id quod suum est aut quod ex eius re supererit, *l. siuum 49. §. 1. infr.*

Ratio decidendi. Qui post litem contestatam hominem vendidit non tamen dolo malo videtur deesse eum possidere quam adhuc ipsum possidere, cum pro ipso homine precium eius habeat, *l. non vnius §. & seq. infr. de usufr.* Ergo quamuis precium nō sit illud ipsum quod Mæuius petebat, quia seruum tanquam suum petebat, tamen æquum est ut emptor qui post litem contestatam eum vendidit, saltem precium quod accepit, restituat, non quasi precium illud sit Mæuij, cuius seruus erat, sed quia in actione ista quæ est arbitraria bonus iudex arbitrari debeat id ipsū omne quod vir bonus quilibet arbitraretur. Vir autem bonus arbitrabitur sine dubio eum qui conuentus fuerat tanquam possessor debere saltem id restituere quod accepit, Tanquam hæc tenus locupletior factus ex re

¶ **Idem Iulianus** eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddendo possessor, & homo mortuus sit: & fructuum rationem vsq; ad rei iudicatæ tempus spectandam esse.

*Ad §. i. idem Iulianus.*

a *Rei iudicata tempus*. Ratio dubitandi. Rei peremptæ fructus nulli esse possunt. Ergo nullos ex quo die perempta est restituere possessor debet. Nam nec alios teneri reddere, quam quos vel percepit vel percipere potuit, & quos percipere petitor potuisset, *l. si nauis 62. in fin. §. hoc tit.* Atqui nec percepti vlli sunt nec percipi potuerunt nisi vsq; ad diem mortis. Ergo nō vsq; ad tempus rei iudicatæ præstadi sunt.

Ratio decidendi. Quoties petita res perit siue post moram siue per dolum & culpam possessoris, eouique fructuum ratio habenda est, quousq; haberetur si nō perisset, Ergo ad rei vsq; iudicatæ tempus, *l. fructus 35. §. Nam. de omnibus ad eū vsque sententia diem perceptis aut percipiendis pronuciare iudex debet*, Non etiā de ceteris post sententiam percipiendis, quia ad eius officium nil pertinet futuri temporis tractatus,

Mæuij, ut in *l. si eum seruit 23. de reb. cred. inf.* Et quia dolo facit qui saltem id quod ad eum peruenit, nō vult reddere, *l. §. ult. inf. de pos.* Itaque non est quod cum Accurcio recurramus ad actionem negotiorum gestorum, cum æquitas arbitrij possit sufficere. Planè si possessor ante litem cum domino contestatam acceptumque de hoc homine iudicium hominem vendidisset, nulla contra eum alia competere actio possit, quam negotiorum gestorum, *l. mater 3. C. hoc tit. l. ult. iupr. de negot. gest.* Nimirum si hominem ipsum vindicare dominus non possit, siue propter secutam vsucapionem, ut in *l. 1. infr. C. de reb. alien. non alienand.* siue quod dominus venditioni consensisset, aut quo alio modo proprietatem eius amisisset, ut loquitur *d. l. mater*. Amittitur autem proprietatem serui tunc quoque cum occiditur, Nec proinde interest à quo occidatur an ab emptore an ab alio. Vtroque enim casu impeditur dominus ne vindicare seruum suum possit à possessore qui iam nullus est, Et idè necessaria est actio negotiorum gestorum si fuit homo venditus ante acceptum iudicium vindicationis, non etiam si postea. Quare neutra interpretatio vera est ex iis quas Accurcius & Barrol. adferunt. Quarum prima est Possessorem teneri de facto eius cui vendidit tanquam de suo facto, Altera verò, Re perempta teneri possessorem in subsidium actione negotiorum gestorum ad precium eius, licet non habuerit titulum, si ei contra perimentem possit esse consultum, Nam neq; de alieno facto tenetur hic possessor, sed de suo, quia rem petitam vendidit post litem contestatam, Neq; actione negotiorum sed rei vindicatione qua teneri cœpit ante quam venderet. Nemo enim vendendo post litem contestatam, liberat se à iudicio iam accepto. Ideoq; puto teneri hoc casu possessorem ut restituat nō modò precium quod accepit sed veram æstimationem, si pluris nō item si minoris res fuit. Tunc enim liberatur possessor reddendo precium quod accepit, nec quicquam prætereà cum nihil potest ei imputari, puta quod ex necessitate vendiderit, ut in *l. item si 13. §. 1. iupr.*

*l. 1. §. 1. De usufr.* Obseruandū autè est in hac quoq; lege & in *d. l. fructus*, vestigium nō obscurū veteris illius dissensionis, de qua scripsimus ad leges præcedentes, Nam Vlpianus qui credidit bonæ fidei quoq; possessorem teneri præstare fatum quod cōtingerit post litem contestatam, loquitur hic de homine perempto post moram. Paulus verò qui in contraria fuit sententia exigit in *d. l. fructus*, ut vel dolo vel saltè culpa possessoris homo petitus perierit. Quod & Accurcius noster hic exigit, In quo sanè facit vim Vlpiano. Aliud enim est requirere tantum moram possessoris, Aliud verò exigere ut sit ille in dolo vel in culpa. Malè etiā idè Accurcius ratione dubitandi ad huc locum petit ex eo quod Pap. ait in *l. 3. iupr. §. 1. de usur.* intercapedine illa quæ datur iudicatis ad satisfaciendū iudicato, dilationem tantum iis dare non etiā lucrum fructuum adferre debere. Quasi

MM 3





eo tempore, licet possit compleri vscapio quam superveniens mala fides non interrumpit, vt supra diximus, non potest tamen ius actionis corrumpi & fieri vllomodo deterius per possessorem, qui exinde male fidei possessor factus fuit, nec tantum de dominij, sed etiam de possessionis iure vacillare & dubitare cepit. *l. nemo ambigit* 10. *in fin. C. de acq. poss. s. cum auctori nihil possit imputari qui debito tempore litem contestatus est, Vt proinde ex eo die litem contestata haberi debeat res pro iudicata quod attinet ad personas petitoris & possessoris, Ne alioqui mala fides possessori proferat, per quem stetit ne petita rei possessio statim restituta sit. Quod si factum fuisset, neque compleri vscapio potuisset, neque fieri locus quaestioni An vindicatio intercedisset. Quare nec dicendum est cum Accurs. & Bulgaro Vindicationem quae fuerat directa fieri ex post facto vtilem, Nec esse nonum vt vtilis vindicatio detur contra dominum ex *l. 1. in fi. si ager vtilis vel emphyt. ff. dicat*. Multo minus cum aliis, esse singulare hoc casu vt detur vindicatio directa non domino contra dominum. Nam imò verò directa hac vindicatio est, & talis manet, quia talis fuit tempore litem contestata, Et quemadmodum dicimus quale quid est cum petitor tale dari debere *l. 2. de v. fin.* Ita qualis actio est tempore litem contestata, talis manet quousque super ea iudicetur. Cur enim ex post facto fieret melior condicio male fidei possessoris quam futura erat si statim rem restituisset *l. ex d. iuris 38. §. 1. hoc tit.* Nisi forte vno illo casu quo ponas eum qui tempore litem contestata possidebat de fuisse postea possidere, & quidè sine dolo malo, & nulla culpa sua. Is enim absolvens esset. Quemadmodum è contrario condemnari deberet si rei iudicata tempore possessor inueniretur, quia antea non fuisset *l. fin. autem 27. §. 1. hoc tit.* Nam & augeri ius petitoris per contestationem nihil prohibet, quod tamen imminui absurdum esset *l. aliam 29. §. de nouat.* Denique ius quod actor amisit post litem contestatam, vtiue restituendum est arbitrio iudicis qui actione rectè instituta cognoscit *l. sicut 8. §. si quidem. vers. si non vident. §. si seruit. vindic.* Facilius enim est vt actor post litem contestatam amittat dominium quam vt amittat actionem, quae licet ex dominij causa perdat, ex quo tamen contestata fuit intercidere nunquam potest. Nam etsi temporalis sui natura fuisset, tamen contestatio eam perpetuasset *l. 1. §. vit. l. 3. §. de feris*. Itaque ad rem non faciunt quae tractat hinc Accurs. de vindicatione perpetranda, cum vindicatio omnis sui natura sit perpetua. Nec rursus quae addit ille de interrumpenda vscapione ex *l. 2. C. de annal. excepti*. Certum enim est vscapionem non interrumpi per contestationem, Nec solum si agatur de re mobili, vt male putat Accurs. quia rationem differentiae sumit ex eo quod rerum mobilium vtilis & abiecta possessio est, ex *l. si rem mobilem 47. de acquir. end. poss.* Quasi verò vscapio non sit etiam rerum immobilium, aut quasi non idiplum proditum sit in vscapione rei cuiuslibet generatim & in d. iust. in *l. 2. §. vit. §. pro emptor*. Sanè in longi temporis possessione & praescriptione aliud olim fuit *l. mor. & l. 26. C. hoc tit.* quod esset illa minus favorabilis hac parte, vt & in multis aliis minorisque potestatis quam vscapio. Hodie tamen idem iuris est post *l. vnic. C. de vscap. transform.* Ceterum idè iuris esse in re immobili apparet ex *l. sequens*. Illud sanè non potest negari mirum esse quod*

melior sit condicio eius qui neque dominus neque possessor est quam veri possessoris, veri que domini. Sed id sit odio male fidei quae inducitur ex litem contestatione, & iure actionis bene instituta ab eo qui verus dominus fuit tempore litem contestata.

*c. De dolo cauere*. Addebat Azo, & de culpa, ex *l. fin. autem 27. §. si homo*. sed male. Nam distinctio illa An culpa possessoris post litem contestatam aliqua interuenierit, necne tunc necessaria est cum res petita perit post contestationem *l. qui petitorio 36. §. 1. §. & ex eorum tantum sententia qui putarunt bonae fidei possessorem non teneri praestare satum quod contigerit etiam post litem contestatam, Tamen si petitor eam rem fuerat distrahiturus si restituta ei fuisset, vt scripsimus ad *l. 16. §. ad l. 17. §. 1. §.* At nos tractamus hinc cum casum quo res petita non perierit, sed tradi possit.*

*d. Ne eum vel pignoratitium*. Ratio dubitandi. Quatuor rerum venditio prohibita est, earum nec oppigneratione permittitur, Et contra quod vendi potest etiam oppignerari potest *l. f. d. §. quod 9. §. 1. §. de pignor.* Atqui res litigiosa vendi non potest *l. 1. §. cor. tit. C. de litig. iof.* Ego neque oppignerari *l. 1. §. cam rem. §. quae res pignor. oblig. poss.* Nullum igitur in hac specie periculum est, ne possessor rem petitam oppignerauerit, ideoque nec tractum de dolo interponenda est quae non nisi superuacua esse possit *l. hac stipulatio 14. in fin. §. vt legat. seruand. caus. caueat*.

Ratio decidendi. Virium litigiosum iure Pandectarum non ita rem afficiebat vt impediret rei alienationem, vel oppignerationem, sed tantum tribuebat exceptionem possessori si conueniretur ab eo cui actor lite pendente vendidisset, vt potentiori aduersario eum traderet *l. vit. in fin. §. cor. tit. De litig. iof. §. d. §. cam rem*. Quamquam hodie ius hoc valde immutatum & auctum est per eas constitutiones quae sunt in *l. 1. C. eod.* At nos hinc tractamus de oppigneratione quae facta sit per possessorem, eundemque factum dominum per vscapionem post litem contestatam, ac proinde ei cui non possit obici exceptio per actorem qui possessor non est. Nam sicut litem contestatio non impedit vscapionem & acquisitionem dominij in persona possessoris, Ita neque oppignerationem quam possessor fecerit tanquam dominus, siue ante, siue post acquisitionem dominij. Parum enim refert *l. rem alienam 41. §. de pignor. act.* Nisi quod si non esset ei acquisitionem ex post facto dominium non possit oppigneratione nocere vero domino cui nec Publiciana noceret *l. si ab eo 8. in fi. de pignor. iun. §. l. pen. §. vit. in fi. tit. proxim.* Maxime verò si creditor qui accipit pignori litem ignorauerit. Nam neque exceptio alij olim nocebat, quam scienti *l. 2. §. de litig. iof.* quousque Iustinianus hoc immutauit adhibita nihilominus distinctione inter scientem emptorem & ignorantem in *l. vit. C. eod.* Sicut & illud obseruatione dignum est, quod non habebat locum ea exceptio litigiosa, nisi pro rebus mobilibus vel se mouentibus, vt constat tam ex *dict. §. cam rem*, licet Accursus aliter & male locum illum interpretetur. Quam ex Iustiniani Nouell. 112. *De litig. cap. 1. in principio*. Ideò fortasse quod rerum mobilium persecutio longè durior fieri possit ex qualitate & conditione aduersarij, quam rerum immobilium. Est igitur in hac lege cautio necessaria non propter sumptus litis aut alia huiusmodi, quae prima Accursij interpretatio est, sed propter periculum quod subest ne posses-

possessor idemque nouus dominus hominè petiturum aut pignoraueit aut manumiserit. Etsi enim id factum est post litem contestatam, tamè mala fides possessoris quae ex contestatione inducitur soli pos-

essori nocere potest, non etiam ceteris qui exinde ab eo tanquam à domino ius habuerunt *l. prae. d. 20. in fin. §. l. ex. d. cum pignus 25. §. de pignor. act. l. pen. §. p. null. §. si v. susj. per.*

19. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

**I**psi quoque reo<sup>a</sup> cauendum esse Labeo dicit, *his rebus rectè praestari<sup>b</sup>*, si fortè fundi nomine<sup>c</sup> damni infecti cauit.

*Ad l. ipsi quoque reo 19.*

*a. Ipsi quoque reo*. Sensus est non tantum auctori cauere eum de bere, vt proxima lege dictum est, sed etiam reo actorem, Vt scilicet neutra ex parte capio sit. Ratio dubitandi. Imputari potest possessori quis ille fuerit ante litem contestatam cum ex die litem contestata factus sit male fidei possessor Ergo ei cauendum non est, *arg. l. us qui dolo 69. §. hoc tit.* Ratio decidendi. Tractamus hoc loco de eo qui non solum bonae fidei possessor fuit ante litem contestatam, sed etiam post contestationem dominus factus est per vscapionem exinde completam, ac proinde cui non potest imputari quod ius suum tenuerit indefensum non reliquerit *l. illud 40. §. de pet. hered.* Neque cur dān. infecti cauerit adium nomine in quarum possessionem alioqui vicinus mitti, deinde sibi eas possidere, postremò etiam vscapere potuisset *l. §. l. si finit. §. Iulianus. D. de dam. infecti*. Ergo ipsi quoque caueri aequum est.

*b. His rebus rectè praestari*. Vetus formula est qua significatur ne quid periculum vel damnum ex ea stipulator sentiat *l. aliud est capere 71. §. 1. de verb. signific. l. redhibere 21. §. adem. P. o. n. i. §. de adit. edict.* Verbum enim rectè pro vtri boni arbitrio est *l. haec verba 73. de verb. signific. Vt autem bonus non arbitrator in damno debere morari eum qui ex necessitate fecerit, quod in fundi vtilitatem facere debuit, quale illud est si quis de damno infecto cauerit *l. illud 40. §. per. sup. d. h. red. pet.**

*c. Fundi nomine*. Bene Accurs. bene vrbani, siue rustici. Nam & pro agro interdum cauendum est, de damno infecto licet aliter, quam pro aedibus *l. emptor 38. §. si agri. §. de dam. infecti. fundi 21. de verb. signific.* Sed male idem Accurs. notat vscapionem rei immobilis interrumpi per contestationem, quasi quod dictum est in *l. prae. d. de homine non habeat locum in fundo: quod huius legis coniunctio coniungit.*

20. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

**P**raeterea restituere debet possessor, & quae post acceptum iudiciū per eum non ex re sua<sup>a</sup> adquisiuit. in quo hereditates quoque<sup>b</sup>, legataeque, quae per eum seruū obuenerunt, continentur. nec enim sufficit, corpus ipsum restituere: sed opus est, vt & causa ei restituatur<sup>c</sup>: id est, vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae<sup>d</sup> restitui debet: quamuis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum sciic. iudicium, possessor vscaperit. quo casu etiam de parru, sicut de matre, & traditio, & cautio de dolo<sup>e</sup> necessaria est.

*Ad l. praeterea 20.*

*a. Non ex re sua*. Ergo quod possessor per seruū petiturum adquisiuit ex re sua non restituit domino vindicanti, licet adquisiuit post acceptum iudicium, si modò bonae fidei possessor proponatur. Nam in male fidei possessore aliud est, Vt scilicet per eum seruū nihil omnino possit sibi acquirere, Ne quidem ex re sua, Non magis quam ex eius operis, quoniam ista parti iure procedunt *l. 1. C. hoc t. iun. §. l. quae situm 40. in fin. §. de acquir. end. rer. domin. iun. §. l. qui bona 23. in principio. eod.*

Ratio dubitandi. Etiam bonae fidei possessor fit male fidei per contestationem, vt supra toties diximus ex *l. si d. c. s. §. si ante. de pet. hered. l. si homo 45. §. hoc tit.* Atqui male fidei possessor nihil sibi per hunc seruū acquireret ne quidem ex re sua *l. 1. C. hoc t.*

Ratio decidendi. Mala fides quae superuenit per contestationem non facit quin fauorabilior sit si qui aliquando bonae fidei possessor fuit, quia ignoscendum ei est, quod noluerit ius suum temerè indefensum relinquere *l. illud 40. vers. nec enim d. abet. sup. de hered. pet.* Sufficitque indemnem seruari auctorem, quod sit restitutus ei omni eo quod habuisset si homo restitutus fuisset. Atqui non habuisset, quod seruus hic quae sit ex re bonae fidei possessoris, Ergo nec ei debet illud restituere. Alud ergo est si quid seruus hic quaesierit ex operis suis aliunde tamen quam ex re sui possessoris. Dices, Etiam bonae

fidei possessorem nullam debere lucrum sentire ex eo homine qui in lite esse coeperit *l. Iulianus 17. §. vit. sup.* Respondendum est possessorem lucrum hoc sentire videri non tam ex homine petito, quam ex re sua. Ideoque nihil absurdi esse non solum, vt possessori huic acquiratur per seruū qui nihil postea acquirere male fidei possessori, sed etiam vt non cogatur bonae fidei possessor hoc restituere quamuis cetera restituat. In eoque Accurs. errauit. Sed in eo maxime, quod non videt, loqui hinc Caium de eo qui sit plus quam possessor, & qui dominus factus sit per vscapionem completam post litem contestatam, vt probant verba huius legis in *vers. sic. quamuis postea*. Ac proinde cui acquiri per seruū omnia potuerunt, & quem tamen non ideo restituere omnia necesse est, sed ea tantum quae causa appellatione contineri possunt, vt haec lex ait.

*b. Hereditates quoque*. Ratio dubitandi. Si quis mihi bona fide seruiat cum sit seruus alienus, & is in illi meo hereditatem adeat, nihil tamen agit nec acquirit mihi, Ne quidem fructuarius seruus *l. si quis mihi 21. de acquir. hered.* Ratio decidendi. Tractamus hinc de eo qui bonae fidei possessor fuerit, ante litem contestatam, Postea verò coeperit esse dominus completa vscapione, de quo in *l. 17. in fin. §. duab. prox. sup. l. per seruū 32. §. 1. §. de hered. pet. it.* Accursus neque hoc intrehexit, qui ait loqui Caium de bonae fidei possessore qui habeat titulum & Pu-



blicianam, Quasi possit hic iubere adiri hereditatem. Quod tamen falsum est d. l. si quis. Nisi cōtemplatione bonæ fidei possessoris seruus institutus proponatur l. aditio 45. in fin. cod. ill. i. r.  
 c. Si cōsistat et restituatur. Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad l. Iulianus 17. §. ad om. Iulianus 2. §. cod. Iunge l. restituere 75. de verbor. signifi. l. in cōd. d. matione 173. §. 1. de regul. iur. l. eademus 138. §. in F. a. uiana. de vsu l. illud. 40. in princip. l. ancill. v. m. 27. & sequ. sup. de b. red. petit.  
 d. P. v. m. ancilla. Ratio dubitandi. Non quemadmodum fundi emuntur ad hoc vt aliquis ex iis fructus colligatur, Ita & ancillas dici potest idē emi vt pariant. Emuntur enim potius vt seruiant dicit. l.

21. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**S**I à bonæ fidei possessore fugerit seruus, requiremus, an talis fuerit, vt & custodiri debuerit, nam si integræ opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absolueudus est possessor, vt tamen, si interea cum vscuperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus eius temporis, quo possedit, præstet, quod si nondum cum vscuperat, absolueudus cum sine cautionibus, vt nihil caueat petitori de persequenda ea re, quo minus enim petitor eam rē persequi potest, quamuis interim, dum in fuga sit, vscupiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro trigensimonono ad edictū scribit. Si verò custodiendus fuit, etiā ipsius nomine damnari debet, vt tamen, si vscupator ei actionibus suis cedat, Iulianus autem in his casibus, vbi propter fugam serui possessor absolueudus, & si non cogitur cauere de persequenda re, tamen cauere debere possessorem, si rem nactus fuerit, vt eam restituat. Idque Pomponius libro, trigensimo quarto variarum lectionum probat, quod verius est.

Ad l. si à bonæ fidei 21.

a. Fugerit seruus post litem cōtestatam, vt rectè Accursius in hac lex loquatur de bonæ fidei possessore cui certè nihil imputari potest eorum quæ vel fecerit, vel omiserit ante litem cōtestatam, dum putat se vti vel abuti re sua. l. si quid possessor 31. §. si cur autem sup. de hered. petit. At post litē cōtestatam, perpetua dubitandi ratio illa est, quod bonæ fidei possessor exinde factus sit malæ fidei l. si homo 45. §. hoc tit. quodque prospicere debuerit fieri posse, vt & seruus fugeret, & tamen restituendus quoque esset arg. l. si quis domū 9. §. hic subiungit. §. locat. in illis verbis, quia hoc cauere posse prospicere debuit, sed & imputari ei potest cur non restituerit tempore litis cōtestatæ, cum restituendo potuisset se ab illo fugæ periculo eximere, Denique cur litigare maluerit quam restituere l. nemo 82. §. 1. §. de verb. oblig.

Ratio decidendi. Nihil est quod imputetur possessori si talis seruus fuit vt custodiri non debuerit, puta si integræ opinionis videbatur. Nec enim litis cōtestatio grauiore custodia cum onerare debuit, vt in gratiam petitoris diligentior esse debuerit, quam pro se ipso futurus esset, dum ne fuerit negligentior quam prudens paterfamilias esse debuerit. Non solent autem prudentes patresfamilias custodire seruos, nisi eos qui tales sunt vt custodia indigeant l. si certus 5. §. custodiam, & seq. l. in rebus 18. l. argentum 20. §. commod.

b. Si interea cum vscuperat. Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad §. vlt. l. 17. & ad l. 18. sup.

c. Actionibus suis cedat. Potest enim varias habere actiones, Puta vindicationem tanquam dominus factus per vscupationem, Quam actionem non haberet prior dominus qui talis esse delit. Item actionem de seruo corrupto si forè corruptus ab aliquo fuerit seruus vt fugeret l. 1. §. sed virum. de seru. corrupt.

ancill. v. m. 27. §. ab hered. petit. Ergo separandus est hac parte fructus à partu. Ratio decidendi. Facit ratio illa vt partus non possit dici fructus, sed nõ etiam, vt casus appellacione non contineatur, Nec proinde vt restitui nõ debeat, quia licetum omne possessori cui liber auferendum est quod perceperit ex die litis cōtestatæ l. 7. §. vlt. iupr. l. post sententiæ cōstitutum 28. sup. de hered. petit.

c. Et cautio de dolo quæ solet concipi verbis generalibus. Ita tamen vt non pertineat ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cauetur l. doli 119. de verbor. obligat.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad l. si post acceptum 18. iupr.

21. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**S**I à bonæ fidei possessore fugerit seruus, requiremus, an talis fuerit, vt & custodiri debuerit, nam si integræ opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absolueudus est possessor, vt tamen, si interea cum vscuperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus eius temporis, quo possedit, præstet, quod si nondum cum vscuperat, absolueudus cum sine cautionibus, vt nihil caueat petitori de persequenda ea re, quo minus enim petitor eam rē persequi potest, quamuis interim, dum in fuga sit, vscupiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro trigensimonono ad edictū scribit. Si verò custodiendus fuit, etiā ipsius nomine damnari debet, vt tamen, si vscupator ei actionibus suis cedat, Iulianus autem in his casibus, vbi propter fugam serui possessor absolueudus, & si non cogitur cauere de persequenda re, tamen cauere debere possessorem, si rem nactus fuerit, vt eam restituat. Idque Pomponius libro, trigensimo quarto variarum lectionum probat, quod verius est.

d. Eius temporis quo possidet. Scilicet post litem cōtestatam, inquit Accursius. Nam fructus antea percepti non restituntur tanquam bona fide percepti.

e. Sine cautionibus. Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor cogitur cauere de persequendo homine qui fugit, Vt euenit in edicto quod metus causa l. si cum 1. §. quatenus vers. quod si homo. sup. quod met. caus. Atqui hic malæ fidei possessor est post litē cōtestatam, vt supra dictū est. Ratio decidendi. Cautio necessaria est in persona eius qui ab initio malæ fidei possessor fuit, qualis est ille qui metum intulit dicit. §. quatenus l. i. C. cod. At non in persona bonæ fidei possessoris, cui licet cōtestatus sit litem, nihil tamen imputari potest, neque cur ius suum indefensum non reliquerit l. iud. 40. §. nec enim debet. sup. de hered. petit. neque cur non custodierit seruum qui non debuit custodiri. Sequitur tamen in hac lege, Ex sententia Iuliani Cauere hunc possessorem debere de re si eam nactus fuerit restituenda, quoniam ea cautio licet aliquomodo sit onerosa, nullius tamen præiudicij aut periculi est.

f. Quominus enim petitor. Rectè Haloander legit cōminus, id est statim, Et hoc quoque Cuiac. probat lib. 11. Obseru. cap. 39.

g. Persequi potest. Non suo iure cum non sit dominus, sed cessis ei actionibus à possessore qui dominus factus est per vscupationem.

h. Vscupiat. Ratio dubitandi. Sine possessione nulla est vscupatio l. sine possessione 25. §. de vscup. Atqui seruus qui in fuga est non videtur possideri cum non sit in domini potestate, vt eius possessionem nanciscatur quando velit. quod in retinenda possessione rerum omnium præsertim mobilium videtur necessarium l. 3. §. Nerva filius. infr. de acq. poss. Ratio decidendi. Vtilitatis causa receptum est vt seruus etiam qui in fuga est videatur possideri à domino,

domino, quando ab alio non possideretur, adeoque tamen proclamet in libertatem si non diu moratus sit in libertate, & donec liber pronuncietur sit l. §. per seruum qui in fuga dicit. §. §. si seruus. cod. Nā quemadmodum aliarum rerum possessionem inreuertere non potest, itane si iam quidem potest litem que nobis tunc sit. quod quāuis dicatur sui factum facere l. §. de seru. fugit. l. vlt. §. de iur. iust. Et idē peccande vscupatio eius cōtinuatur & completur ac si in fuga non esset, adeoque aliarum etiam rerum possessio per eam acquiritur l. per eum 30. §. a. de acq. poss.

i. Ex actionibus suis cedat. Fit ergo hoc ex æquitate, quia summo iure teneri deberet possessor quantumuis bonæ fidei de iis que contigerunt post litem cōtestatam arg. l. 1. iupr. de vscup.

k. Ipsius nomine damnari debet. Ratio dubitandi. Nō potest imputari huic bonæ fidei possessori cur seruus hunc quem suū putabat neglexerit l. si quid possessor 31. §. si cum §. de hered. petit. Ratio decidendi. Imputatur ei culpa quam admisit post litem cōtestatam l. si cum 27. §. si homo. qui petitorio 36. §. 1. §. si homo 45. §. si culpa. 65. §. hoc tit. Cum ab eo tempore debuerit de iure possessionis suæ vacillare ac dubitare l. cum non ambigit 10. in fin. C. de acq. poss. adeoque malæ fidei possessor factus sit, Propter quā cautam de casu etiam quolibet teneri debet si non ei subueniretur ex æquitate ratione illa quod non debuit huius periculi metum ius suum temerè indefensum relinquere, vt diximus ad l. vlt. §. 1. iupr. Porro culpa est non custodire seruum qui custodiri debuerit. Sane culpa quæ cōtestationem præcessit imputata est. Dolus verò in bonæ fidei possessore nullus interuenire potuit. Iunge l. si seruus venditus 21. §. vlt. §. de euit. l. quæ situm 6. §. §. generaliter. §. de precar. in cuius sine legendum est restituere non constituitur.

l. Actionibus suis cedat. Ratio dubitandi. Qua si dolo potest desiderare possessor, vt sibi actiones cedatur, eum ex propria culpa conueniatur l. si plures 38.

in fin. §. de adiuu. tutor. Ratio decidendi. Equum est hoc saltem consequi possessorem quod sine dispendio actoris futurum est l. in credito 33. iupr. de euit. Nullum autem in vindicationis cessione damnun est eius qui hominis quem peribat æstimationem consequitur, atque ita rem suā quodammodo vendit possessori d. l. si seruus. §. vlt. de euit. l. 1. §. vlt. §. l. 2. pro emptor. Aliud sanè est si dolo possessoris fugerit seruus l. pro d. is qui dolo 69. §. d. l. si plures. in fin. que loquitur de contumacia, & proinde de dolo potius quam de culpa.

m. Iulianus autem. Hoc versic. corrigitur, aut saltem temperatur quod prius dictum fuit absolueudum esse possessorem sine cautionibus, quæ sine eius culpa seruus fugit, Ea namque Pomponij sententia fuit. At Iulianus putauit prestandam à possessore cautionem non quidem de seruo persequendo, sed tamen de eo restituendo si in rei potestate redierit. Absolueudus ergo reus est sine cautionibus eo casu quo nulla ipsius culpa sit, sed non sine cautione. Vnam enim cautionem prestare debet non duas. Quod & à Pomponio probatum fuisse Paulus refert, verūque esse ait.

n. Et eam restituat. Ratio decidendi. Is domum qui dolo malo rem amittit cogendus est cauere de illa re si deprehenderit reddenda l. si sine dolo 20. §. de pos. vbi hoc ipsum de depositario scriptum est. Atqui tractamus de bonæ fidei possessore cui nullus dolus imputari potest, sed tantum culpa.

Ratio decidendi. Quisquis de culpa tenetur cauere omnino debet de restituenda re quam culpa sua amittit si quando eam deprehenderit. Ideoque nimirum depositarius non tenetur in specie d. l. si sine dolo, quia non tenetur de culpa, sed tantum de dolo, quem porro in ea specie lex ponit nullum interuenisse. Atqui bonæ fidei possessor tenetur de culpa quoque si quam admisit post litem cōtestatam. Porro tractamus de seruo qui fugerit litem iam cōtestata. Alioqui esset omnino absolueudus reus.

22. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

**Q**uod si dolo possessoris fugerit: damnandum eum, quasi possideret.

Ad l. quod si dolo 22.

a. Quæsi possideret. Ratio dubitandi. Fictiones iuris non possunt se extendere ad ea que sunt facti l. d. nique 16. ex quibus caus. maior. iupr. l. in bello 12. §. facti §. de capt. & poss. lim. Atqui fictio illa est vt qui dolo desit possidere habeatur pro possessore eam re veta non possideat. Possessio autē est facti d. l. d. nique. l. 1. §. Scenola. §. si is qui restit. lib. eff. ius. est. Ergo qui dolo desit possidere non potest tanquam possessor condemnari. Ratio decidendi. Dolus pro possessione est, Ne enim qui sit in potestate possessoris illudere actori & iudici, atque estigere condemnationem quæ alioquin ei tanquam possessori esset irroganda l. qui dolo 131. de regul. iuris. l. si bona fide 12. §. de nox. l. acti. Numquam enim dolus impunitus manere debet l. procurator u. in fin. §. de dol. mal. ex cept. Equum igitur est vt qui dolo desit possidere perinde condemnetur ac si possideret. Aded vt ob eam causam perinde iuretur contra eum in litem acti possideret, nec velle restituere l. qui restituere 68. §. hoc tit. Nam nec possessio aded facti est quin plurimum etiam iuris habeat l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acq. poss. Sed & dolus istius puniatur in eo quod actor ei cauere numquam cogitur l. is qui dolo 69. §. Cur enim caueatur ei pro illa re quam ipse adhuc possidere intelligatur?

23. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**I**n rem actio competet ei, qui aut iure gentium, aut iure ciuili, dominium adquisiuit.

Ad l. in rem actio 23.

a. In rem actio. Intellige de directa & strictè sumpta ad exclusionem vindicationis pignorum quæ summiter in rem actio est, diciturque hypothecaria l. si fundus 16. §. in vindicatione, & l. §. §. de pignor. l. pignoris 15. C. cod. Itē ad exclusionē Publicianæ que vtilis vindicatio est dominij l. §. tot. tit. pro. l. si cō venditor 66. §. de euit. item actionis quæ cōperit de fundo ve sigali, de qua in tit. si ager. vlt. iupr. Alia rum denique actionum omnium in rem vtilium

gnoris 15. C. cod. Itē ad exclusionē Publicianæ que vtilis vindicatio est dominij l. §. tot. tit. pro. l. si cō venditor 66. §. de euit. item actionis quæ cōperit de fundo ve sigali, de qua in tit. si ager. vlt. iupr. Alia rum denique actionum omnium in rem vtilium

quæ diuersi sunt generis, & alix quidem ciuiles, alix prætorie. At in toto hoc tit. agitur de actione in rem quæ directa dominij vindicatio est, & ciuilis.

**b** *Aut iure gentium.* Ratio dubitandi. Directa, & strictè sumpta in rem actio, id est vindicatio dominij semper ciuilis est, nec nisi domino competit. *l. nulla 24. l. ult. & pass. C. hoc tit.* Ergo non videtur sufficere vt quis sit dominus iure gentium, nisi sit etiam dominus iure ciuili vt habeat hanc actionem, vt ciuilem speciei aut saltem generis sit effectus cuius & causa. Ratio decidendi. Omnes actiones sunt iuris ciuilis etiam ex quæ nascuntur ex contractibus iuris gentium *l. 2. §. deinde sup. de orig. iur.* cum nõ sint comparatæ nisi aduersus perfidos aut alienarum rerum inuafores, eisdemque proinde violatores iuris gentium, vt Theophilus scribit initio tit. *de actione.* Nec eò magis tamen dicimus obligationes illas ex quibus personales actiones nascuntur esse iuris ciuilis cum sint ferè omnes iuris gentium *l. ex hinc iure §. sup. de inst. & iur. iur. & l. l. 42. §. ea oblig. de proc.* Ergo quamuis in rem actio sit ciuilis, non eò minus tamen danda est ei qui sit tantum dominus iure gentium. Dominium autem iuris gentium intelligere debemus eum qui nactus sit dominium aliquo ex iis modis qui iure gentium comparati sunt, inter quos etiam traditio est *§. per traditionem, & tot. tit. Inst. de rer. din.* Ergo & eum qui sit dominus bonitarius, de quo Vlp. in *§. iugm. tit. 16. de acqu. rer.* Nec enim dominium bonitarium prætor vnamquam tribuit nisi per mediam traditionem & possessionem *l. 2. §. ult. sup. si ex noxal. caus. agat. l. si iur. tit. 13. §. Iulianus §. de dam. infec.* Talis etiam est maritus in re dotali *l. quamuis 75. inst. de iur. dot.* quamuis non Prætor, sed traditio dotis marito facta dominium fa-

ciat eum bonitarium *l. l. co. tit. de obsequio mirum non est quod non solum vindicari possit rem dotalem, sed etiam præferendus ille sit uxori si ipsa quoque vindicare velit. l. doro 9. C. h. tit.* Quoties enim dominus bonitarius cum Quiritiario concurrit præferatur bonitarius, vt in prædicto loco Vlp. ait, sicut & qui vitiles tantum actiones habet præferendus est habenti directas *l. procuratore 55. vbi dixi sup. de proc. l. in rebus 30. C. de iur. dot. vbi contra iuris veteris rationem constituit, vt dominium dotis bonitarium sit uxoris, quiritiario verò mariti.* Hoc verò nec Martinus nec Accursus intellexerunt, contra quos videnda sunt, quæ hæc de re scripsimus *lib. Coniunct. c. Aut iure ciuili* puta per vscapionem. Est enim vscapio ademptio aut si maior adiectio dominij & est modus introductus lege 12. tab. bono publico, Ne rerum dominia manerent semper in incerto *l. 1. & 3. & pass. §. de vscap. An & per longi temporis possessionem? Minime. Næ ea res præscriptionem tantum tribuit, id est, exceptionem, quæ longi temporis præscriptio dicitur, de qua in tit. de long. temp. præsc. Non autem dominium *l. pen. iunct. l. 1. inst. de mort. inst. & l. sunt persona 43. de relig. & sumpt. fun.* Nec proinde directam in rem actionem, de qua hic agimus *l. si duo 13. §. Iulianus ait. §. de iur. iur.* Licet eo loco detur vitilis actio, scilicet in re ei qui intravit, scilicet propter auctoritatem iurifurandi, vt puto, potius quam propter possessionem. Tamen si videatur Iustinianus aliter eum locum accepisse in *l. si quis emptiois 8. in prin. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* vbi ait etiam veteres leges si quis eas bene inspexerit dedisse possessori longi temporis actionem ad rem vindicandam, Scilicet cuius possessionem ille fortuitò amiserat, nec alio præterea villo casu.*

**1** ¶ **Loca sacra, item religiosa, quasi nostra<sup>a</sup>, in rem actione peti non possunt<sup>b</sup>.**

*Ad §. 1. loca sacra.*

**a** *Quasi nostra.* Nam quasi sacra & religiosa vindicari possunt & in rem actione peti per Oeconomos ecclesiarum, vel per Episcopos, vel per custodes *l. sancimus nemini 21. C. de sac. eccles.* Adiecta scilicet causa, vt in *l. 1. §. 1. sup. hoc tit.* Sed tanquam nostra non possunt, quia nec nostra sunt eam in hominum dominio & commercio, nec sint, nec esse possunt. Vnde est quod in nullius bonis esse dicuntur *l. 1. §. 1. sup. de rer. diuis.*

**b** *Non possunt.* Ratio dubitandi. Actiones tam in personam, quam in rem comparatæ necessariò sunt ex iure ciuili contra violatores iuris gentium, vt supra diximus ex Theophilo initio tit. *Inst. de actione.* Cur non ergo etiam contra violatores iuris diuini? Ratio decidendi. Non desunt pœnales actiones contra sacrilegos, & violatores iuris diuini, sed non ideo fieri potest vt res sacras, & religiosas vindicare quis possit tanquam suas, siquidem in nullius sunt bonis *dict. l. 1. §. 1. de rer. diuis.* Fieri enim nequit, vt vindicatio alij detur, quam ei qui dominus sit iure aliquo, vel gentium, vel ciuili, aut qui saltem in bonis rem habeat, vt diximus ad initium huius legis. Interdum tamen actio in factum pro huiusmodi rebus competit, vt in *l. que religiosis 43. inst. hoc tit.* quæ subsidiaria plerumque est vindic-

**2** ¶ **Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, vt pars eius fieret: veluti si quis statum suæ brachium, aut pedem alienum adiecerit: aut scypho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum: aut mensæ pedem: dominum eius totius<sup>a</sup> rei effici, verèque statuum suam dicturum<sup>b</sup>, & scyphi, plerique rectè dicunt.**

*Ad §. 1.*

*Ad §. 1. si quis rei suæ.*

**a** *Dominum eius totum rei effici.* Ratio dubitandi. Id quod nostrum est sine facto nostro, & non vis aufferri non potest *l. id quod in rem. de acq. iur. & go* si rei tuæ rem meam adieceris, ignoras, quamuis ita vt res mea inter pars tua. Veluti si statuæ pedem aut brachium ex meo adieceris, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum. Non potest dici te dominum effici totius rei. Ne alioqui eueniat vt me ignorante & invito rei meæ dominium factò tuo mihi auferatur.

Ratio decidendi. Quicquid sit pars alterius rei, id omnino necesse est vt totius sui naturam induat & dominium sequatur. Cuius enim totum est e us quoque partes omnes esse necesse est, Et eam rem quæ alteri accessionis loco est ei quoque cedere oportet *l. quicquid 27. §. ult. inst. de acq. rer. diuis. §. si tamen alienam 26. Inst. de rer. diuis.* Atqui ponimus rem meam ita adiectam esse tuæ vt eius pars facta sit. Ergo necesse est eam tuæ accedere, ac proinde cedere. Aliud est si infecto argento alieni argenti quod addideris. Fatendam est enim totum argentum hoc casu tuum dici non posse *dict. l. quicquid. in prin.* quia infectum argentum nullam certam formam habet quæ totum aliquod faciat quod possit vel statum, vel scyphum appellare: & cuius pars fieri possit argentum illud quod addis ex aleno. An ergo fiet massa communis saltem pro rata argenti & ponderis? Ita putat Accursus *ex l. 4. §. 1. ult. sup. hoc tit.* Scilicet si vtriusque materiam confusa sint. Sed si cohereant tantum, siue plumbatura, siue ferruminatio aliud est. Remanet enim vniuersiusque ea pars argenti quam prius habuit *l. quicquid. §. ult. ac proinde non fit massa communis licet Accursus noster locum illum aliter interpretetur. Non animaduertens tractari hoc loco, & in *l. quicquid, vt & in §. item quæcumque inst. hac l. de coherentibus non de confusis materiis, de quibus in *l. 4. §. ult. sup.* Quid autem intersit inter plumbaturam & ferruminatorem, dicemus ad §. item quæcumque. inst.* Poterò in hac specie eam tuam scyphum meo plumbo plumbaueris, aut meo argento ferruminaueris, nihil referet, & vtroque casu idem iuris est, vt totus scyphus sit tuus *l. quicquid.**

**3** ¶ **Sed & id, quod in charta<sup>a</sup> mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum sit, licet de pictura quidam contra senserint<sup>b</sup>, propter pretium picturæ, sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.**

*Ad §. 3. Sed & id quod.*

**a** *Sed & id quod in charta.* Ratio dubitandi. Scriptura est longè preciosior quam charta, quæ vt plurimum vilis est: nulliusque propemodum precij, cum litera possit esse aurea, Rursusque pictura est multò preciosior quam tabula, Finge picturam Apellis esse aut Protogenis. Ergo non potest pictura cedere tabulæ, nec scriptura chartæ: quia rem precij minoris semper necesse est cedere preciosiori, argum. *l. quicquid 27. §. ultim. inst. de acq. rer. rerum domin.*

Ratio decidendi. Necesse est alij rei cedere id omnino quod sine illa re esse non potest, Id est quod accidit subiecto. Neque enim accidens sine subiecto esse potest, Proinde subiectum semper dicitur.

Tom. II.

*versat contra.* Scilicet quando argentum meum siue factum, siue infectum scypho tuo coheret siue per plumbaturam, siue per ferruminatorem. Quia nimirum vtroque casu maior haberi debet ratio totius, quam partis, & veritate maioris partis minor consumatur. At si ponas ansam quæ ex meo argento addita scypho tuo fuerat inde abruptam esse, multum intererit an per plumbaturam res mea tua cohererit an per ferruminatorem. Pioris causa poterò rem meam à tua separatam vindicare, At posteriore non item *dict. §. item quæcumque.* Hoc verò Accursus non intellexit, quia coherentem adhuc materiam non distinxit à separata.

**b** *Plerique rectè dicunt.* Ratio dubitandi. Id denum rectè dicimus nostrum esse cuius nulla pars dici potest esse alterius *l. n. Et diximus 25. inst. de verb. sign.* Atqui ponimus statum tuæ argenteæ adiectum esse brachium ex argento meo constat. Ergo non potest dicere tuam esse totam statuum.

Ratio decidendi. Nõ ideo quod ex argento meo adieceris brachium tuæ statuae possum dicere aliquam partem statuae meam esse, quia argentum quod fuit meum desinit meum esse adiectione. Non per confusionem, sed quasi continuatum vnitate maioris partis *l. n. Et diximus 25. inst. de verb. sign.* Quia res quæ præualeat trahit ad se alienam coherentem etiam quæ alioquin separari possit *§. in omnibus. inst. vbi tamen dicitur quod hic non est præmittendum.* In omnibus his casibus in quibus res mea per præualentiam trahit ad se rem alienam, meamque efficit, si eam vindicem cogi me per exceptionem doli precium eius quod accepit dare, Vt scilicet indemnis feruetur prior dominus cui nihil potest imputari, nec locupletetur posterior ex ipsius iactura. Dixit *cui nihil imputari potest,* quia si quis mala fide adiecerit de suo argento brachium statuae alienæ quam sciebat alienam, nihil petere potest neque per actionem, neque per exceptionem cum donasse videatur, vt bene Accursus notat, ex *§. ex diuerso Inst. de rer. diuis.*

**b** *Plerique rectè dicunt.* Non enim omnes veteres iure consulti in omnibus his questionibus, idem senserunt, vt vel ex hoc loco appareat, & ex iis quæ diximus ad *l. 4. & §. sup.* Et apertius ex *§. proximo.*

gnius est cuius substantia non pendet ab accidente. Atqui neque litera stare possunt sine charta, neque pictura sine tabula. Ergo & literas licet aureas necesse est chartæ cedere & picturam, licet Apellis sit cedere tabulæ. Atque ita sanè ex mera rectaque iuris ratione sentiendum est. Nec enim putato ad hanc Pauli rationem responderi posse ab iis, qui hac parte scripturam à pictura distinxerunt, vt sequitur in hoc §.

**b** *Licet de pictura quidam contra senserint.* Inter quos Caius in *l. qua ratione 9. §. literæ, & seq. inst. de acq. rer. domin.* Cuius tamen sententiã probauit Iustinus in *§. si quis in aliena. Inst. de rer. diuis.* Reicte tamen Pauli sententiã quæ exeat in hoc §. Non alia tamen alata ratione quam quod ridiculum sit picturam Apellis vel Parrhasij in accessione vel simæ tabulæ

NN



cedere. Quæ ratio non diluit rationem qua Paulus hic mouetur sumptam à necessitate naturæ, Possitque eadem ratione dicere, Ridiculum esse literas aureas cedere chartæ vilissimæ, quod & Accur-

4 ¶ In omnibus igitur istis <sup>a</sup>, in quibus mea res, per præualem <sup>b</sup> alienam rem trahit <sup>c</sup>, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali <sup>d</sup> cogat pretium eius quod accesserit, dare.

Ad §. 4. In omnibus.

a In omnibus igitur istis. Intellige casus omnes, de quibus dictum est in duobus §. præcedentibus. licet glossatores aliter sentiant.

b Per præualem. Bene Accursius, siue maioris partis, siue maioris precij, ut constat ex §. prox. infr. & ex l. qui quid 23. inf. de acqu. rer. domin. §. ult. Quid si gemma annulo iuncta sit? Semper id præualeat cuius ornandi gratia aliud iungitur. l. rerum mixtura 30. vcr. quid ergo in his. de vsu. cap. l. gemma 6. j. ad exhib. l. cum aurum 19. aliàs l. et si non sint. §. peruenimus. inf. de aur. & argent. legat.

c Alienam rem trahit, siue quod sit maior pars eiusdem speciei, ut in §. prox. infr. siue quod sit maior species, ut in dict. §. peruenimus, siue quod sit quid principale & sine quo id quod adiunctum est non posset subsistere, ut in §. prox. sup. Qui omnes casus pertinent ad res factas quibus aliquid, siue factum, siue infectum adiungitur. Sed quid si massam argenti infecti quis addecerit alteri massæ æquæ infectæ? Putat Accursius, & rectè neutram alteri accedere, sed utramque prioris domini manere, & totius massæ pro sua quemque parte dominum esse. Quid ergo, inquit ille, si meam factam tuæ factæ addidero, ita quod non sit pars alterius (sic enim legendum est addita negatione, quoniam alioqui partem cedere ac totum præualere necesse esset §. si quis rei sua. sup.) nulla maiore altera, & ita speciem fecerim, quam tamen nolim petere iure specificationis. Quod utique pro meo iure facere possem l. ad 7. §. cum quis. De acquiren. rerum dominio. Negat Accursius alteram cedere alteri, licet vna sit longè maioris precij. Et utrumque dominum esse speciei pro rata si facta fuerit ferruminatio, secus si plumbatura duntaxat. Tunc enim neutrum intelligi dominum speciei, nec rem fieri communem pro diuiso argum. l. 2. sup. Satis probabiliter, ut puto, secundum ea quæ tractantur in §. sequent. licet quidam putauerint id quod sit minoris precij alteri cedere semper debere, argum. dict. l. quicquid. §. ultim. vbi latius hoc tractandum erit.

5 ¶ Item quæcunque aliis iuncta, siue adiecta <sup>a</sup>, accessionis loco cedunt ea, quæ diu cohererent, dominus vindicare non potest <sup>b</sup>: sed ad exhibendum agere potest <sup>c</sup>, ut separatur, & tunc vindicentur: scilicet excepto eo <sup>d</sup>, quod Cassius de ferruminatione <sup>e</sup> scribit. Dicit enim si statua suæ ferruminationi iunctum brachium sit, vnitatem maioris partis <sup>f</sup> consumi: & quod semel alienum <sup>g</sup> factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse <sup>h</sup>. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem <sup>i</sup>: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus <sup>k</sup>, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria <sup>l</sup> est. At in his corporibus, quæ ex distantibus <sup>m</sup> corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem <sup>n</sup>, ut singuli homines, singula oues: ideoque posse me gregem vindicare <sup>o</sup>, quamuis aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in coherentibus corporibus eueniet. nã, si statua

cursius noster ad hunc §. malè concludit. Frustra ergo labores in conciliandis istis qui vltro nec sine magis utrimque rationibus discesserunt.

d Per exceptionem doli mali. Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo & communi vitur. l. si auorum 2. inf. de action. empt. Atqui iure suo vitur & iure communi, quisquis rem suam vindicat hac ipsa leg. in princip. nec iuris executio potest videri habere iniuriam aut dolam. l. iniuriarum 13. §. 1. infra de iniur. Ergo non potest repelli exceptione doli.

Ratio decidendi. Exceptio doli nocet omnibus iis qui id agunt ut per occasionem iuris ciuiliis contra naturalem æquitatem dolus ipsi proficiat leg. 1. §. idem autem, & pass. inf. de doli mali except. Atqui prodesse mihi dolus meus, & quidem per occasionem iuris ciuiliis contra naturalem æquitatem si liceret mihi speciem illam totam vindicare quæ facta esset parim ex re aliena non reddito precio eius quod in illa specie alienum esset, quoniam ita fieret, ut locupletarer ex aliena iactura quod esset iniquissimum. l. nam hoc natura 4. de condit. indeb. l. iure natura 206. De regul. iuris. Ego æquum est nocere mihi exceptionem doli si nolim precium dare eius rei quæ meæ accesserit. l. ad 7. §. penult. l. qua ratio 9. §. sed non vti lit. v. 2. inf. D. acquir. rerum dominio. Quod si precium reddere paratus sum, sicuti non debet mihi exceptio doli. Ita nequequam impeditur quominus totam rem vindicare possim, Nec tantum si bona fide rem alienam meæ addecerim, ut putat Accursius, sed et si mala fide, id est, sciens eam rem alienam esse. Non enim mala fides potest facere quæ non totam præualeat parti, & maior speciei minori, & subiectum accidit. Nec quod mala fides eius qui conuenitur, impedit ne possit ille doli exceptionem opponere etiam precium ei non offeratur, perinde nocere potest actori ne vindicationem totius speciei possit exercere dummodo precium offerat, quandoquidem habet rectam vindicationem suo iure tanquam dominus rei totius cuius alius possessor est. Nec eget actione illa in factum, de qua in §. prox. quam cum non detur nisi ex æquitate & in subsidium directæ vindicationis, fateor numquam dari debere ei qui sit in mala fide arg. l. penult. in fin. ad SC. Trebell.

meæ brachium alienæ statuæ addideris <sup>p</sup>, non posse dici brachium tuum esse <sup>q</sup>: quia tota statua vno spiritu <sup>r</sup> continetur.

Ad §. 5. item quæcunque.

a Iuncta suis adiecta. Est enim aliud iungi quid, aliud adici. Plus est adici quam iungi, Omnia quæ iunguntur adiciuntur, sed non vicissim omnia quæ adiciuntur iunguntur. De iunctis dictum est in §. si quis rei sua. De adiectis verò in §. sed & id quod.

b Dominus vindicare non potest. Id est is qui prius fuit dominus rei iunctæ vel adiectæ, sed qui hodie tamen dominus non est cum res adiecta accedat rei principali, & cõsequenter dominio eius qui rei principalis dominus est, ut constat ex fine huius §. in his verbis. non posse dici brachium tuum esse. Alioqui si dominus prius maneret, ut vult Accursius, posset utique vindicare rem suam prius quam esset separata, quemadmodum & posset vindicari rignum alienis arboribus iunctum si lex tabul. non prohiberet l. ad 1. §. cum quis in suo. de acqu. rer. domin. Neumpe quia interim dominus materiæ manet, ut ibi scriptum est. Malè etiam idem Accursius hanc sententiam restringit ad adplumbatam. Generalis enim est ad omnia quæcunque & quomodocunque iuncta vel adiecta sunt ita ut accessionis lococedant. Et distinctio adplumbatorum & ferruminationum tunc tantum incipit locum habere cum id quod iunctum fuerat cõpesset esse separatum. Denique factum est quod addit Accursius, si ego rem tuam meæ addecerim mala fide posse te nihilominus rem tuam vindicare. Cum enim hæc domini acquisitione & accessio fiat ex natura rei, non potest impediri ex mala fide adiciens. Ideoque nec distinguit hic §. nec alia lex vlla. Solæque superest prioris domini actio ad exhibendum, cui locus est non tantum in bona fide, sed etiam multò magis si mala fide adiunctio facta sit, cum adiunctio facta est per adplumbaturam. Si verò facta sit per ferruminationem sola superest actio in factum, de qua sequitur in hoc §.

c Sed ad exhibendum agere potest. Ratio dubitandi. Is domum agere ad exhibendum potest qui rem exhibita vindicare potest cum sit actio illa ut plurimum preparatoria vindicationis l. 1. j. ad exhib. Atqui dominus parti adiectæ non potest eam quamuis presentem & exhibitam vindicare. Ergo neque eius nomine ad exhibendum agere.

Ratio decidendi. Actio ad exhibendum datur hoc casu non simpliciter ut adiecta pars exhibeatur, sed ut separetur, atque ita postea vindicetur. Quamdiu enim separata non est vindicari non potest, tanquam quæ sit consumpta vnitatem maioris partis, ut sequitur in hoc §. ut proinde videatur deesse extrare. Est igitur etiam hoc casu actio ad exhibendum preparatoria vindicationis, ut & in l. 3. §. est autem l. gemma 6. & l. seq. §. 1. j. ad exhib.

d Scilicet excepto eo, id est, præterquam in eo casu quem Cassius excepit, si adiectio per ferruminationem facta sit. Est autem exceptio hæc non ad id quod dictum est rem adiectam quamdiu cohereret vindicari non posse, sed ad id quod postremo loco, Vindicari eam posse cum fuerit separata.

e De ferruminatione. Est autem ferruminatione cum aliqua materia simili materiæ iungitur per similem materiam, puta ferrum ferro per ferrum, Argentum argento per argentum. Quæ si omnia non

concurrant adplumbatura non ferruminatione est, ut bene Accursius. Vnde verò hæc nomina? Ex eo fortasse quod primis temporibus cum argentum minus in vlu esset, tantò frequentior ferri vsus erat l. 3. §. ult. de supell. leg. Plumbum verò aptius est ad materias dissimilis speciei inter se iungendas. Ergo quod hincque dictum est locum habet duntaxat in adiunctis per adplumbaturam.

f Vnitatem maioris partis. Id est, quoniam vna tantum res est & vna statua quæ vno spiritu continetur, ut scriptum est in fine huius §. Itaque cum sit tantum vna res, necesse est minorem partem consumi per maiorem. Aliud ergo est si quæ res tua meæ cohereret in corpore quod non sit, ex genere vnitatum, sed ex genere connexorum, quoniam illa non similiter vno spiritu continentur. Non autem sufficit aliquam esse maiorem partem ut minor consumatur, sed etiam oportet adesse vnitatem, id est, eam rem quæ accedit maiori parti accedere in eo corpore quod sit de genere vnitatum. Cetera corpora sunt quidem vna sed non vnita.

g Quod semel alienum factum sit per adiectionem, siue bona, siue mala fide factam, licet Accursius distinguat. Nam & idem Accursius postmodum Antonis sententiam probat, concludentis & rectè si proprietati meæ aliena proprietate iure ferruminationis cedat, siue meo, siue tertij alterius facto, non esse mihi necessariam bonam fidem. Si verò facto prioris domini distinctionem adhibendam, propterea quod si mala fide id fecerit, rem suam donasse videatur l. ad 7. §. ex diuerso, & l. qua ratio 9. §. litere. vers. sic. sed non j. de acquiren. rerum domin. Nec proinde precium rei suæ illo casu repetere possit quod omni alio casu repetit. Idemque est non tantum in sato & plantato, ut fateor Accursius, sed etiam in adplumbato quamdiu cohereret. Ad eoque in specificato licet Accursius repugnet, ut constat ex d. l. ad 7. §. cum quis, vbi nulla bonæ vel malæ fidei distinctio fit.

h Redire ad priorem dominum non posse. Ratio dubitandi. Res adiecta perierat domino per adiectionem. Ergo ad eundem redire potest & debet per separationem. Ex regula l. nihil tam naturale 36. de regula iuris.

Ratio decidendi. Dominum sicut non nisi certis & legitimis modis acquiritur, ita vbi semel acquisitum est absolute & irreuocabiliter non nisi certis & legitimis modis amitti potest. Inter quos non est separatio materiæ, Præsertim si separatio illa in totum fieri non possit quomodo fieri nequit in ferruminatione, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, ut sequitur in hoc §. Dices pro Accursio, Apparere ex hac ratione brachium materiæ tuæ iunctum statuæ meæ per adplumbaturam non fieri meum, Alioqui etiam post separationem non posset redire ad priorem dominum, Aut nulla erit differentia, quæ tamen in hoc §. apertissima ponitur inter ferruminationem & plumbaturam. Respondendum est Rem alienam meæ adiunctam per plumbaturam fieri quidem meam, sed non absolute & irreuocabiliter, At interim duntaxat, id est, quamdiu rei meæ cohereret, quia nec iuncta est, nisi interim, cum possit commodè separari quod in adiectione & adiun-

per ferruminationem facta diuersum est. Idque aperte scriptum est in fine huius §. in illis *verbis* *quis possit dicitur brachium tuum esse*. Sic dicitur *bona fidei possessorum* eos fructus quos ex re aliena percipit suos facere non simpliciter, & absolute, sed *utrimque bona fidei* 48. §. *de acquir. rer. domin.* Idque est quod ait Paulus initio huius §. *quandiu uobis erit*. Nam cum sola coherentia faciat, ut minor pars cedat maiori, consequens est, ut non duret acquisitio dominij, Nisi quandiu coherentia durat, Que porro in ferruminationis perpetua est, in adplu- batis uero non nisi temporalis. Itaque differentia ferruminationis & plumbaturæ non in eo est ut dominum rei que accedit amittatur vno casu potius quam alio, sed in eo tantum ut vno casu re- deat ad dominum, non etiam alio, Eo scilicet casu quo fieri separatio in totum potest. Nec simile est, quod adfert Accursus. de arbore quæ in alieno fund- do coaluit, quam licet radicibus eruta sit, constat tamen ad priorem dominum non redire. *l. sed si meis* 26. §. *arbor*. §. *de acq. rer. dom.* Habet enim id propriam rationem quod credibile sit alio terræ ali- mento aliam factam, ut lex ait. Ita inueniens aliud re- spondendum fuisse si eadem arbor mansisset: quo- modo eadē manet materia quæ non nisi per plum- baturam iuncta fuit. Aliud exemplum æquè diffi- mile adfert Accursus. de seruo Titij damnato in me- tallum & postea ex indulgentia Principis restituito qui ad priorem dominum non reuertitur. *l. aut da- mnatum* 8. ad fin. §. *de pæn.* Hic enim non ad tempus, sed in perpetuum factus erat seruus pænæ, Et post restitutionem nouus homo esse videtur. *arg. l. seruus legatus* 27. §. *de adim. legat.* At res tua meæ iuncta per plumbaturam non in perpetuum iuncta est. sed ad tempus, cum & separari commodè possit & actio- nem habeas ad exhibendum per quam me cogas pati eam separationem: Qua facta non ideò alia res vel materia fuisse videbitur, quam quæ erat quo tempore cohererebat. Magis pro Accursus. facit quod scriptum est in *l. ad d. 7. §. cum quis in suo. de acquir. end. rer. domin.* Materiam ex qua quis edificauit in suo solo cedere quidem ad edificio, Neque tamen ideò dominum materiæ desinere dominum esse, sed tan- tis per neque vindicare eam posse, neque ad exhibendum agere. Sed respondendum est diuersam esse hac parte rationem corporum vnitorum quæ vno spiritu continentur, Et eorum quæ connexa vocantur *dict. l. rerum mixtura*. Dominium enim earum rerum quæ partem faciunt corporis vni- facilius perit quam. dominium earum quæ partem faciunt corporis connexi. Prioris generis est sta- tua, posterioris edificiū *dict. l. rerum mixtura*. De- nique posset vindicari tignum ædibus iunctum si lex 12. tabul. non repugnaret.

*i. Facit confusionem.* Ne ita intelligas ut ferrumina- tio faciat confusionem vtriusque materiæ in to- tum, Confundit enim duntaxat extrema ut ea per- fectè iungat. Hoc uero sufficit ut absolute ac in totum separatio fieri non possit, Quomodo fit cum per plumbaturam facta adiunctio est. Tunc enim nulla penitus ex parte fit confu- sio materiæ, nec proinde quicquam est quod difficilem faciat nedum impossibilem separatio- nem.

*k. In omnibus his casibus.* Sequentia explicant, qui sint hi casus, In quibus scilicet neque ad exhiben- dum, neque in rem actio locum habere potest, id

est: ut Accursus interpretatur, non solum si de ferru- minatis agitur, sed etiam si de satis, & plantatis, & naturalibus alimentis, & specificatis. Horum enim omnium eadem ratio est, quia de his neque ad ex- hibendum, neque in rem agi potest. Quanquam videtur Paulus hoc loco de iolis ferruminationis sen- sisse, Et tamen plures casus comprehendisse, qui vnicum duntaxat exemplum attulerat de brachi- tuo iuncto meæ statuae, Cum tamen alia plura in præcedentibus attulisset in §. *si quis rei sue*, his uerbi- bus *ut si quis statuae suæ brachium aut pedem alienam ad- iecerit, aut scypho anam vel fundum vel candelabro si- gillum, aut mensa pedem*. Et hæc tamen interpretati- conuenientior est cum neque de satis, neque d- plantatis, neque de alitis, nec denique de specifi- catis quicquam à Paulo hucusque dictum sit.

*l. In factum alio necessaria est* quæ subsidiaria qui- dem sit vindicationis, sed tamen in personam non in rem. Omnes enim actiones in factum sunt per- sonales, danturque plurimum ex æquitate si- sunt emiles, siue prioris, sed ex præsertim quæ sub- sidiariæ sunt. In proposito autem æquitas illa han- in factum actionem inducit, quod alioquin is qui rem alienam suæ adiecit locupletaretur ex alien- iactura, quod æquum non est, siue bonæ, siue mal- fidei fuisse proponatur. *l. iure naturæ* 206. *de regu- iur.* Non esset autem necessaria hæc in factum actio si saltem utilis in rem habere locum posset, ut in *dict. l. qua ratione* 9. §. *sed non uti lit. et. vers. utique tamen* §. *de acquir. end. rer. domin.* De huiusmodi actione it- factum textus est in *l. sancimus* 21. *versic. fin. autem* *vel constata. C. de sacrosan. eccles. l. vtilen* 30. *de dona- inter virum & uxorem. l. i. in princip. §. de obligat. & actio.* Sed aprior & apertior in *l. cum autem* 53. §. *bo- titulo.*

*m. Quæ ex distantibus corporibus.* Ratio dubitandi Etiam ex corporibus distantibus corpus vnum si- perinde atque ex coherentibus & vnitis *l. rerum mixtura* 30. §. *de vsucap. l. proponebatur* 76. §. *de iudi- Ergo nihil refert an de corpore agamus, quo- constet ex coherentibus an de eo quod ex distan- tibus. Ratio decidendi. Conueniunt quidem o- mnia ista corpora in eo quod vnum corpus effi- ciunt. Sed dissimilia valde sunt, ob naturam disti- milem eorum ex quibus constant, ut sequitur i- hoc §.*

*n. Retinent suam propriam speciem.* id est, ita ut null- species consumatur, neque vnitate maioris parti- neque tanquam accessio cedens principali. Se- & si quis seruus ex aliena familia in meam tran- latus sit, aut quis aries ex alieno grege in meum ex causa furti, perinde remanet furtius nec vs- capi potest, Adeò suam retinet non modò spi- ciem, sed etiam condicionem *dict. l. rerum mixtur. in fin.*

*o. Possit me gregem vindicare* in qua vindication- etiam tuus aries veniet, tanquam qui sit ex me grege, licet non sit meus, Dummodo gregem- ptum vindicem non arietem. *l. i. §. vltim. vbi scrip- supr. eod.*

*p. Addideris.* Legendum est *addiderim*, ut conste- ex præcedente dictione *aliena*. Ridiculum enim esset querere an brachium esset tuum quod e- aliena statua meæ adiecißes. Et hunc casu- tractauit Paulus in *paragrapho si quis rei sue*, qui quis suæ statuæ brachium alienum adiecerit non quo quis brachium suum statuæ alienæ Sed

Sed & mihi valde suspensa sunt verba illa *aliena sta- tua* pro quibus non dubito quin legendum sit *tua*, atque ita Paulus scripserit. Cur enim dixisset *aliena* pro *tua* cum tecum loqueretur? Natus error est ex eo quod imperitus librarius eam putaret dictio- nem *tua* nullius sensus esse tanquam imperfectam, & cui aliquid decisset, maluit scribere *statua* quo- facto necesse fuit adici *aliena* quanquam erat ad- hac conuenientius reponere *tua* ut vicium esset in cacophonia potius quam in dictione.

*q. Non possit dici brachium tuum esse.* Ergo verum est quod supra contra Accursum disputauimus non manere dominum materiæ illum qui prius fuerat, Ideòque denegari ei vindicationem quæ alioqui sanè competeret cum nulla lege prohibita sit, quomodo competeret tigni vindicatio si non prohibita esset per legem 12. tabul. Est enim gene- ralis hæc sententia pertinens ad omnia coherentia, siue per ferruminationem coherentia, siue per plumbaturam, Nam & ratio illa sequens generalis

6. §. Tignum alienum ædibus iunctum nec vindicari potest<sup>a</sup> propter legem duode- cim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi<sup>b</sup>, nisi aduersus eum, qui sciens<sup>c</sup> a- lienum iunxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quæ in duplum ex lege duo- decim tabularum descendit.

#### Ad §. 6. Tignum alienum.

*a. Nec vindicari potest.* Ratio dubitandi. Ex lege duo- decim tabularum perpetua est auctoritas rei fur- tiuæ, id est, si quis dominium amitti non potest, ne quidem per vsucapionem, quæ ideò expressim prohibita est, irè quæ per legem Atrilium *§. furtiua* quoque res. *Inst. de vsucap.* At qui tractamus hic de ti- gno alieno per furtum subtrahito. Ergo quamuis iunctum sit alienis ædibus, non tamen potest ac- qui domino ædium, neque iure accessionis, ne- que alio vilo. E. consequenter vindicari à domino potest. eo iure quo quisquis rei suæ dominus ma- net vindicare illam à quocumque potest.

Ratio decidendi. Eadem lex duodecim tabularum prohibuit non solum ne tignum vindicari posset, quod ædibus vel vineis iunctum esset, verum et- iam ne solui posset. I. que summa providentia, in- quit Vlp. in *l. inf. de tign. iunct.* Ne vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel vinearum cultura tur- betur. Quod si lex duodecim tabularum de hoc nominatum non cauisset, utique vindicari tignum furtiuum quocumque posset, eoque nomine a- gi ad exhibendum saltem ad hoc ut separaretur, atque ita postea vindicaretur, Ex propositione ge- nerali posita initio §. *præced.*

*b. Nec eo nomine ad exhibendum agi.* Ratio dubitan- di. Etiam qui vindicare non potest, agere tamè in- terdum ad exhibendum potest ad hoc saltem, ut res separaretur si talis sit quæ separata vindicari pos- set §. *proxim. præced. supr. l. gemmas* 6. *D. ad exhibend.* At qui tignum quod fuit ædibus iunctum si separa- tum esset, vindicari posset: Nihil enim prohiberet, cum lex duodecim tabularum non nisi iuncti ti- gni prohiberet vindicationem, Ergo & agi ad ex- hibendum eo nomine potest.

Ratio decidendi. Lex 12. tabul. non tantum vin- dicari prohibuit, sed etiam solui tignum quod ædi- bus aut vineis iunctum esset. Non ergo patitur ut eo nomine agi possit ad exhibendum ut tignum soluetur. Sed sufficere domino debet quod ex ea-

est, quia tota statua vno spiritu continetur. Facit *l. fe- stumum* 14. *inst. de auro & argent. leg. m.* Licet Ac- curtius ut errorem suum tueatur aliter interpre- tetur.

*r. Vno spiritu.* Id est, inquit Accursus. vna elementa- tione: quod non probo. Ponimus enim brachium tuæ statuæ additum esse meæ, siue per ferrumina- tionem, siue per plumbaturam, atque ita non vna elementatione constat esse statuam. Deinde quid si brachium statuæ tuæ fuit plumbatum & ad- iectum statuæ meæ argenteæ? Non potest videri tota statua contineri vnica elementatione. Et ta- men perinde continebitur vno spiritu. sic enim loquimur etiam de rebus inanimatis *dict. l. rerum mixtura* 30. *in princip. de vsucap.* Intellige igitur vnica specie, vnica forma, Totus enim statuæ cor- pus vniam tantam formam habet quamuis constet ex diuersis partibus integri al. bus ductam inter se non modò formam, sed etiam si voles materiam habentibus.

dem lege habet in duplum actionem de tigno iun- cto *l. gemma* 6. *vers. aliter atque* §. *l. seq. inst. ad exhib.* *c. Nisi aduersus eum qui sciens.* Ratio dubitandi. Lex 12. tabul. non tantum vindicari tignum iunctum prohibuit, sed etiam solui. Ergo nec ad exhiben- dum eo nomine agi potest ne quidem contra fu- rem *dict. l. gemma* 6. §. *l. seq. inst. ad exhib.*

Ratio decidendi. Actio ad exhibendum duplex est, aut saltem dupliciter exerceri potest. Vno mo- do, ita ut sit præparatoria vindicationis, & hoc sen- su non competit, quia competeret ad hoc ut ti- gnu solueretur, quod lex fieri vetat. Altero modo ita ut per se fieret, deusque ad precium. & quidem tanti taxandum quanti actor in litem iurauerit, non quali possideat, sed quanti dolo malo deserit possidere qui tignum alienum sciens iunxit *l. l. i. §. v. de tign. iunct. l. res* 98. *inst. de solu. l. ad d. 7. §. cum in suo. inst. de acquir. rer. domin.* Itaque quod valde no- tandum est, dolus in hoc casu non est pro possessi- one, nec puniatur quasi possessio, sed quasi dolus. Et hoc posteriore sensu competit actio ad exhiben- dum, quia non debet parci ei qui sciens alienum tignum ædibus vineisve suis iunxit, ut scripsum est in *dict. §. vlt.* Nam & in alto fure quodlibet ita re- ceptum est eius odio, ut pluribus actionibus a- deoque furtiua etiam conditione teneatur §. *sic* *inst. de act.* Vnde Accursus notat contra hunc qui alienum tignum sciens iunxit, quinque actiones competere Vindicationem, Actionem ad exhibendum, De tigno iuncto ad duplum, con- ditionem furtiuam, & Furti. Sed malè. Vindica- tio enim non competit nec contra furem ipsum qui suis ædibus tignum iunxit, nisi soluto de- mum edificio *l. i. §. 2. de tign. iunct. §. cum in suo* *in- fin. Inst. de rerum diuis. de eo* 63. *De donationibus in- ter virum & uxorem.* Multò minus competet con- dictione furtiua quæ contra iuris regulas etiam ad- uersus furem datur *dict. §. sic itaque*, & diffici- lius quam vindicationes, quia etiam rem perse- quitur, denique actio furti pro qua substituta est specialis actio De tigno iuncto sicut & pro



caeteris omnibus, ut sola illa teneret quandiu tignum iunctum esset. Nisi quod etiam ad exhibendum actio competat contra furem aliumve male fidei possessorem qui alienum tignum sciens iunxit *d.l. 1. §. 1. Malè rursus idem Accursius addit duas priores contra eum dari quasi dolo desierit possidere. Nam in actione quidem ad exhibendum ita est, ut diximus ex *d. §. ult. l. 1. de tigno iuncto*. Sed in vindicatione ita esse non potest, quia licet perinde atque actio ad exhibendum soleat dari contra eum, qui dolo malo desit possidere, non tamen alio colore datur, quam quod dolo pro possessione sit. Non enim alius teneri vindicatione potest quam qui possidet. Lex autem *12. tabul. hoc ipso* quod tignum iunctum solui vetat, facit ne possit dominus ædium tanquam tigni possessor conveniri *d.l. 1. §. 1. ult.* Et in hoc quoque erravit Accursius, qui credidit tigni iuncti nomine & antequam exemptum sit & solutum ædificium perinde competere vindicationem atque actionem ad exhibendum, quod sanè non ita est. Ea tamen quæ rei persequutionem cõitent tollunt se inuicem, Scilicet vindicatio, & Ad exhibendum. Sicut & actio De tigno iuncto quæ datur ad duplum tolleret haud dubie actionem furti si qua competeret, sed facit potius ut nulla furti actio alia hoc nomine detur quam illa De tigno iuncto quæ non est nisi de tigno furtiuo *dicit. l. de eo §. 3.* Nec sanè vlllo iuris loco reperias fieri mentionem aliquam actionis furti quæ hoc casu competat. Sed & quod magis est actio illa de tigno iuncto si per eam dominus duplum consecutus sit, tollit vindicationem, quæ alioqui soluto ædificio competeret *dicit. §. cum in suo, in fin.* Ratio est, quia lex *12. tab. expressum* cauit, ut duplum illud pro tigno iuncto præstaretur. Non ergo voluit lex *12. tab. & pœnam* peti posse & tignum solutum vindicari. Malè item Accursius negat bonæ fidei possessorem teneri in duplum actione De tigno iuncto, sed ad simplum duntaxat: ex *dicit. l. de eo*. Actio enim quæ in duplum descendit ex lege *12. tab. non distinguit* eam qui alienum tignum ædibus suis ignorans iunxit ab eo qui sciens, ut constat ex hoc ipso §. sed tantum tignum furtiuum à non furtiuo. Nam lex *12. tabul. de solo tigno furtiuo locuta est dicit. l. 1. §. 2. de tigno iuncto*. Neque contra scriptum est in *dicit. l. de eo*, sed hoc solium, non sensu sic Diuinitos de eò tigno quod bona fide & ex domini voluntate iunctum esset. Non quod eo magis vindicari possit tignum quod furtiuum non est. (Si enim etiam furtiuum vindicari nõ potest quanto minus non furtiuum?) Sed ut intelligamus dupli actionem De tigno iuncto habere locum hoc casu non posse, sed solam, ut lex ait, vindicationem. Vide tamen longè aliam illius loci sententiam & emendationem in Fabro*

7 ¶ Item si quis ex alienis cements in solo suo ædificauerit: domum quidem vindicare poterit<sup>a</sup>. cements autem resoluta<sup>b</sup> prior dominus vindicabit<sup>c</sup>: etiam si, post tempus<sup>d</sup> usucapionis<sup>e</sup> dissolutum sit ædificium, postquam à bonæ fidei emptore<sup>f</sup> possessum sit. nec enim singula cements usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

Ad §. ult. Item si quis.

a Domus quidem vindicare poterit. Ratio dubitandi. Vindicatio nõ competit nisi domino, ut scriptum est initio huius legis. Atqui ponimus extructam domum ex cements quæ omnia sint aliena. Ergo non possunt vindicari à domino ædificij, nec proinde ipsum ædificium quod totum ex his constat.

Id enim esse videtur, quod Sabinus & Cassius dicebant naturalem rationem efficere ut qui materia fuerit dominus, idem eius quoque quod ex ea materia factum est dominus sit: quia nulla species sine materia effici potest, *l. ad eò 7. §. cum quis ex aliena in fr. de acquir. rer. domin.*

Ratio decidendi. Multum interest an de ædibus loqua-

nostro ad §. cum in suo. *Inst. de rerum diuis.* An quia tignum bona fide iunctum erat? Minime. Hoc enim non sufficeret, sed quia non erat furtiuum eam ex domini voluntate iunctum esset. Furtiuum enim tignum esse necesse est, ut locus esse possit actioni in Duplum de tigno iuncto, siue contra furem, siue cõtra bonæ fidei possessorem: Et quia lex *12. tabul. nõ fuerat locuta nisi de tigno furtiuo*, Eadem verò vtilitas publica suadebat, ut idem iuris esset in tigno nõ furtiuo quod ædibus iunctum esset. Augeri ius hoc necesse fuit eo senatuscõsulto, de quo in *Lex terna 41. §. 1. & per tot. de leg. 1. vbi multa in hac rem*, Et illud inter cetera, quod non distinguuntur hac parte ædificia rustica ab vrbis *§. sed si quis*, in illis verbis *ædibus suis vrbis atque rusticis*, ut neq; vrbis Roma à ceteris ciuitatibus *§. hoc senatuscõsultum. ead. leg.* Illud etiam malè Accursius dicit, quod bona fidei possessorem si velit eximere tignum ut se libere ab actione De tigno iuncto. Nullum enim hac parte privilegium est bonæ fidei possessoris, nisi hætenus ne teneatur actione ad exhibendum qua male fidei possessor teneretur, ut scriptum est in hoc §. & in *d. l. §. ult. de tigno iuncto*. Respexit enim lex *12. tab.* hac parte, ut & in ceteris seculis omnibus ad fauorem reipublicæ duxerat, qui semper idem est, siue bonæ siue male fidei possessor proponatur. Quid si quis non tignum ipse iunxit, sed iunctam habeat? Accursius putat idem esse ex *l. si vero 3. §. postum. §. de his qui effud. vel deiecer. §. l. 1. §. ult. inf. de flumin.* Malè. Nam actione De tigno iuncto nõ alius teneretur quam qui iunxit: cõstitutus est. Idemque mihi videtur si tignum furtiuum fuit. Nam quemadmodum possit vindicari tignum tanquam furtiuum, etiam possessor neque furatus esset, neque iux. slet, nisi lex *12. tab. prohiberet*. Ita & actione de tigno iuncto teneretur ædium est quam lex illa *12. tab. quasi pro vindicatione dedit*. Nec enim oportuit dominum cogi rem suam iuncto pretio vedere *l. non enim 9. §. rer. mot. l. nec quasi 70. inf. hoc tit.* Ceterum si tignum furtiuum non fuit, sed bona fide iunctum, neque actio de tigno iuncto locum habebit, falsum in specie *d. l. de eo*, ut scriptum ad *dicit. §. cum in suo*, neque alia vlla, sed sola vindicatio ædificio demum dissoluto *d. l. de eo 63. §. de do. inter virum & vxor.* Illud sanè verum est quod idem Accursius addit, fabrum qui mandante domino ædificij alienum tignum etiam sciens iunxit, non teneri de tigno iuncto, Nec tantum si fateatur dominus mandante se id factum esse, sed etiam si neget, quia non alius actione ista teneri potest quam qui vindicatione teneretur iure communi si lex non prohiberet. In quo numero non esset faber, sed tantum dominus ædium. Facit *l. 1. §. deiecerit. inf. de vi & vi armat.*

loquamur an de cements ex quibus ædes constat. Nec quicquam vetat dominus ædium esse illum qui tamen non sit dominus cementsorum, cum nec cementsa ipsa possidere intelligatur qui ædes possidet. *l. cum qui ædes 30. §. de usucap.* Atqui dominus est ædium quisquis est dominus soli cui ædes inhæret quia & naturali & ciuili ratione superficies credit solo, *l. 2. inf. de superfic.* Ergo vindicare potest ædes, licet non sit dominus cementsorum.

b Resoluta. Nam quandiu resoluta non sunt vindicari non possunt, tanquam quæ non vt cementsa considerari possunt, sed quasi vniuersitas quadam ædificij quæ non ad alium pertinere potest quam ad donatum soli. Ergo nec ab alio vindicari internum possunt.

c Prior dominus vindicabit. Ratio dubitandi. Quod alienum semel factum est, ad patrem donatum redire postea non potest etiam inde abruptum sit. *§. ut in quædam. sup.* Atqui domus ex his cementsis constructa tota fuit eius cuius & solium, ideoque & tota potuit ab eo vindicari, ut proxime diximus. Ergo etiam resoluta fuit, ea tamen vindicare prior dominus non potest, tanquam qui dominus esse desierit.

Ratio decidendi. Qui vniuersarum ædium siue dominus siue possessor est non ideo singularem rerum ex quibus ædes constant aut dominus aut possessor esse intelligitur, *d. l. cum qui ædes 30. §. l. qui vniuersis 30. §. de acquir. poss.* quamvis nõ ideo prior dominus vindicare materiam suam possit, quia ædificium solo cedit & quoad in eadem causa manet ad soli dominum pertinet. Sed dissoluta ædificij materia ad pristinum dominum redire dicitur *l. 2. hoc tit.* Non quia etus dominium aliquando amissum fuerit, sed quoniam ita remanebat prioris domini ut tamen vindicari ab eo non possit. Itaque cessare dominium potius quam extinctum esse, & cessare item vindicatio potius quam extincta videbatur, arg. *l. qui res 38. §. arcam. §. de solut.* Intellige tamen competere vindicationem priori domino cementsorum ita demum si bona fide ædificauerat. Nam si mala fide, videtur donasse, *dicit. l. adeo 7. §. cum in suo & §. ex diuerso. §. de v. domin.* Proinde valde mihi suspectum est quod in *d. l. 2. scriptum* video, siue bona fide siue mala ædificium extructum sit, præsertim cum sequatur statim *si non donandi animo ædificia alieno solo imposta sint*. Nisi sic intelligas quomodo interpretati sumus in *Error. pragmatic.* id est ut qui mala fide ædificauit hoc ipso videtur donasse nisi probet se animo non donandi ædificasse. Aut nisi cum Accursio *ad l. in fundo 38. §. malis intelligere* legem illam de eo qui mala fide ædificauit ex aliena materia in alieno solo. Exceptionem verò de eo qui ex sua. Priore casu redit dominium ad pristinum dominum, Posteriori verò non item, quasi donatum, quod omnino probandum est.

d Vindicabit. Nisi iam duplum æstimationis materia consecutus sit per actionem de tigno iuncto. Inquit Accursius & bene ex *d. §. cum in suo in fin. Inst. de rerum diuis.* Nam cum duplum illud præstetur pro tigno iuncto, videtur possessor ædium si-

ue bonæ, siue male fidei possessor fuit eo veluti priore tignum emisse, nec audiendus est dominus qui velit bisidem consequi *l. si quis ædes in fin. De re iudic.* Et hic sensus est *l. 2. de tigno iuncto*, vbi quidam furtiuo emendat ut extructa pro eo quod scriptum est *extructa*. Tigni ergo nomine etiam cementsa intelligimus & omnem materiam ex qua ædificij constructa est, *l. 1. §. 1. eod. tit. de tigno iuncto. l. 1. §. 7. §. ad exhib.* Sed non ideo tamen tigni iuncti nomine continebitur materia ex qua in solo alieno sit ædificatum. Tignum enim iunctum de quo solo lex *12. tabul. locuta fuit*, illud est quod alienis ædibus iunctum est, non ex quo ædes ipse tota constat. Ideoque in hoc §. & præced. separatur is qui alienum tignum suis ædibus iunxit ab eo qui ex alienis cements in suo solo ædificauit.

e Post tempus usucapionis. Ratio dubitandi. Vna eademque res diuerso iure censi non debet, *d. l. cum qui ædes 30. §. de usucap.* Ergo usucaptis ædibus ab eo qui bonæ fidei possessor eorum fuit, cementsa quoque omnia ex quibus ædes constat usucapta intelliguntur.

Ratio decidendi. Non eadem res est ædificium & singula res ex quibus ædificium constructum est si singularem & separatim accipiantur, quia cum ædificium dicimus non singulas res sed vniuersitatem ipsarum ædium intelligimus, *d. l. cum qui ædes 30. §. l. rerum mixtura 10. eod.* Ideoque verum est eum qui vniuersas ædes possidet non ideo singulas res possidere *d. l. qui vniuersas*. Atqui sine possessione nulla est usucapio, *l. sine possessione 2. §. de usucap.* Ergo usucaptis à bonæ fidei possessore ædibus non ideo usucapta cementsa intelliguntur, vel ob hoc ipsum ne alioqui necesse sit vnam & eandem rem diuerso iure censi, & usucapionem cõpleri tanquam rei mobilis simul & tanquam immobilis ut subtiliter ratiocinatur lauolentus in *d. l. cum qui ædes*.

f A bona fidei emptore. Malè hic Accursius notat aliud esse in bonæ fidei, aliud verò in male fidei possessore. Quod inquit, si per triginta annos tignum bona fide iunctum manserit, non ideo usucapitur, secus verò si mala fide, quia male fidei possessor præscribat. Et rationem diuersitatis adfert, quia contra male fidei possessorem potuit agi vindicatione etiam durante ædificio, non etiam contra bonæ fidei possessorem, Cui proinde non debet prodesse quod is non egit qui agere non potuit, *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* Ita facit Accursius quod nec ipse dissimulat, ut melior condicio sit male fidei possessoris, quam bonæ fidei, quod nullo penitus casu ferendum est, *l. si a domino 31. §. si prado 5. de hered. petit.* Neque rursus illud verum est posse vindicari tignum contra male fidei possessorem ædificio durante ut contra eundem Accursium supra disputauimus ad §. præcedentem.

g Nostra fiat. Nescio cur Accursius interpretetur quasi nostra aut cur disputer hic, An verum dominium acquiratur per præscriptionem longi temporis, cum hic locus non de præscriptione sit, sed de usucapione, per quam nemo unquam dubitauit quin dominium acquiratur, *l. 3. §. tot. rit. §. de usucap. l. 1. r additionibus 20. C. de pact.*

24. GAIVS libro septimo ad Edictum Prouinciale.

Is qui destinauit rem petere, animaduertere debet<sup>a</sup>, an alio interdicto<sup>b</sup> possit nancisci NN 4

possessionem: quia longè commodius est, ipsam possidere<sup>c</sup>, & aduersarium ad onera petitoris compellere<sup>d</sup>, quàm alio possidente petere<sup>e</sup>.

*Ad l. is qui destinavit 24.*

a *Animaduertere debet.* Bene Accursus notat esse hoc consilium, potius quàm præceptum iuris, vt & in l. pacto 15. sup. De transact. Et si hæc lex sumpta non est ex Caij libris De Euermaticis in quibus pleraque huiusmodi consilia proponit, sed ex libris ad Edictum prouinciale.

b *An aliquo interdicto, siue adipiscendæ, siue retinendæ, siue recuperandæ possessionis.* His enim tribus causis & controuersis De possessione interdicta omnia continentur, §. sequens diuisio, Inst. de interd. Plerumque enim alius possessor est, alius dominus, quia separata est causa possessionis à causa proprietatis, l. 1. §. huius autem. §. vii. possid. l. naturaliter 12. §. nihil com. nunc. Inst. de acquir. poss. Ex quo intelligimus, quàm falsum sit quod pragmatici nostri volunt, Interdictum adipiscendæ possessionis sapere naturam petitoris, & videri quem exercere directam rei vindicationem hoc ipso quod petiti mitti se in rei possessionem. Quod si ita esset vtrique dominiam probare cogendus esset is, qui ageret interdicto adipiscendæ possessionis, quod euidenter absurdum est.

c *Commodius est ipsam possidere.* Ne scilicet cogatur agere. Non enim regulariter agit is qui possidet, §. eque Inst. de actio.

d *Ad onera petitoris compellere.* Id est probandam suam intentionem. Id enim demum est onera petitoris sustinere, De iure suo necesse habere probare, l. si priusquam 15. in fin. De oper. noni. nunciat.

Ratio dubitandi. Etiam qui agit interdicto Vti possidetis cogitur probare cum sit actor, si quidem hoc interdictum duplex est, Ideo sic dictum quod vterque litigatorum in eo actor sit & reus, & actoris non minus quàm rei partes sustineat, §. pen. vers. duplicia Inst. de interd. Ergo parum prodest ei qui destinauit rem petere quod agat interdicto etiam retinendæ possessionis, vt aduersarium compellat ad onera petitoris. Idemque multò magis obrinet si quis velit agere interdicto adipiscendæ, aut recu-

perandæ. Is enim & actor est, & actoris partes multò apertius sustinet.

Ratio decidendi. Dominij probatio difficillima est adeoque penè impossibilis, cum tamen possessionis probatio sit facillima, §. commodum Inst. de Interd. Quisquis autem agit directam rei vindicationem dominij probare cogitur, l. in rem prox. sup. Nò etiam reus qui licet nihil probet nihilque præter, vincit tamen hoc ipso quo possidet, l. 2. §. vii. possid. l. 4. C. de eden. nec aliter re restituere cogitur, quàm si actor intentionem suam impleat, l. vlt. C. hoc tit. Qui verò agit interdicto nihil nisi possessionem probare cogitur, in quo nihil difficile est. Denique exitus controuersie possessionis hic tantum est vt prius pronunciet index vter possideat. Ita enim fit vt is qui victus est de possessione partibus petitoris fungatur in quaestione dominij quæ tunc demum agenda est, l. ex ius 35. de acquir. poss. Inst.

e *Quàm alio possidente petere.* Ratio dubitandi. Etiam is qui fundum vindicauit ab eo, cum quo potuit interdicto experiri, pendente iudicio vindicationis nihilominus interdicto rectè experiri potest, l. cum fundum 18. in fin. §. unde vi. Non enim possessioni statim renunciasse videtur qui vindicare cepit, l. naturaliter 12. §. nihil commune Inst. de acquir. poss. Nihil ergo interest an interdicto quis prius agat, an vindicatione.

Ratio decidendi. Non quidem interest quantum ad hoc vt possit agere postea interdicto is qui vindicare cepit aut contra. Sed interest tamen quod ad hoc vt petitoris partes in dominio probando sustineat, vel non sustineat is qui agit, l. 1. §. inter litigatores. §. vii. possid. Ergo etiam si non interdictum competat, sed actio aliqua civilis ad possessionem recuperandam, vt in specie l. indebiti 15. vers. sed & si nummi. §. De cond. indeb. consultius facit is qui in rem agere destinauerat si actione illa personali vtatur potius quàm rei vindicatione, vt se liberet à probandi dominij necessitate, Quod & Accursus noster bene notat.

25. VLPPIANVS libro 70. ad Edictum.

**I**S, qui se obtulit rei defensionis sine causa<sup>a</sup>, cum non possideret, nec dolo fecisset<sup>b</sup>, quo minus possideret: si actor ignoret<sup>c</sup>, nò est absoluendus<sup>d</sup>, vt Marcellus ait. quæ sententia vera est. sed hoc post litem contestatam<sup>e</sup>. ceterum ante iudicium acceptum<sup>f</sup> non decipit actorem, qui se negat possidere<sup>g</sup> cum verè non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit<sup>h</sup>.

*Ad l. is qui se obtulit 25.*

a *Sine causa.* Nemo enim actionem in rem pati cogitur cum liberum sit cuiuslibet dicere se non possidere, l. vlt. §. hoc tit.

b *Nec dolo fecisset.* Nam & is qui dolo fecit quominus possideret licet non possideat, perinde tamen contineri potest rei vindicatione & condemnandus est acti possideret quia dolus pro possessione est, vt sæpius supra diximus, Ex l. qui restituere 69. §. & l. qui dolo 13. §. De reg. iur.

c *Si actor ignoret,* reum scilicet non possidere, qui tamen liti se offert tanquam possessor, & accipit iudicium quod alius accipere non potest quàm qui vel possidet, vel dolo malo desit possidere. Idem autem Vlpianus hic loquitur de ignorante a-

ctore, quoniam actor qui scit eum non possidere cum quo agit vindicatione is nò tam ab alio quàm à se decipitur, & ideo reus omnino absoluendus est, vt sequitur in l. prox. Ceterum si actor ignoret omnimodo condemnandus est reus, etiam si non possideat, Non solum si expressim dixerit se possidere siue vltro, siue de hoc ipso interrogatus, Sed etiam si nulla præcedente interrogatione liti se obtulerit tanquam possessor & sine causa, cum scire deberet neque se possidere, neque alium quàm possessorem eiusmodi actione teneri. Ad eò vt prodesse illi non debeat quod putauerit se possidere, vt in l. si à re 9. §. 1. §. De excep. rei iudic. Cum multò minus imputari possit actori quod pro possessore habuerit illum qui se liti tanquam possessor siue bona

bona sine causa obtulit. Et in hoc Accursus noster meo iudicio non errat.

d *Non est absoluendus.* Intellige etiam si neget se possidere. Sera enim ista negatio est postquam, vel dixit sua affirmatione se possessorem esse, vel tale finxit offerendo se liti. Et hoc est quod sequitur ita demum id verè dici si post litem contestatam reus neget se possidere vt absoluat cum decipit actorem iudicium accipiendo. Dammandus igitur est perinde acti possessor esset, l. vlt. Inst. si vult §. pet. Nec ideo tamen verus possessor liberabitur, quominus vindicatione conueniri possit, vt eueniat in petitione hereditatis, l. nec vltam 13. alias l. etiam §. penult. in fin. §. de her. red. pet. iuu. et l. fin. in em 27. §. sed & 15. §. hoc tit. Ratio dubitandi. Is demum vindicatione tenetur, qui vel possidet, vel dolo desit possidere, vt iam toties diximus. Ergo qui neque possidet, neque dolo desit possidere, non potest condemnari licet dicat aut fingat se possidere. Nam cum finis huius actionis sit vt possessio actori restituatur, l. officium 9. de qui restituere 6. §. hoc tit. non nisi frustra experiri potest quisquis agit contra eum qui neque possidet, neque dolo desit possidere, l. qui petitorio 36. §. eod.

Ratio decidendi. Dolus semper pro possessione est, non solum si quis dolo malo desit possidere, sed etiam si se liti obtulerit tanquam possessor cum non esset vt deciperet actorem, dicit. l. vlt. §. si vult §. pet. Hactenus autem condemnatur non vt rem restituat, quam non habet, sed vt perinde cogatur præstare quanti actor in litem iurauerit, acti possideret, nec veller restituere. Nec eo magis tamen verus possessor liberatur quia non pro alio sed pro se soluit actionem is qui dolo malo mentis est se possidere. Quod autem quis propter factum suum soluit, nunquam alium liberat, l. Papinianus 28. §. manuat. Planè si ponas aliquem se liti obtulisse bona fide cum putaret se possidere, vt in d. l. si à re 9. §. de excep. rei iudic. hactenus cum eo mitius agendum erit. vt non damnetur quanti actor in litem iurauerit, quamuis non careat culpa qui se vltro liti obtulit antequàm explorasset diligentius an possessor esset, necne (solum enim dolus non etiam culpa inducit iurandum in litem, l. in actionibus 5. §. de in lit. iur.) Sed tamen culpa nomine, si fallor, damnabitur non ad rem aut rei estimationem restituendam, nisi postea factus sit possessor, vt in d. l. si à re 9. §. 1. sed ad omne id quod actoris intererit deceptum enim non esse, arg. l. qui se liti 45. sup. de hered. petis. Decipit enim hic actorem, licet eius decipiendi animum non habuerit, Maxime verò si ponas in eo fuisse actorem vt ab alio quem sciebat possessorem petere rem veller, vt in d. l. fin. autem 27. in princip. Itaque bene Accur-

sus distinguit, An actor sciat possessorem non esse illum qui se liti obtulit an ignoret. Priore casu non est reus condemnandus cum actor non tam ab eo, quàm à scripto decipiatur, d. l. prox. Inst. d. l. qui se liti 45. sup. de hered. petis. Posteriore autem casu subdistingendum est, an reum penituerit sui mendacii ante litem contestatam. acceptumque iudicium, an post: si post, nullomodo audiendus est. Si verò autè rursus subdistinguit Accursus, an ab alia certa persona volebat actor petere an verò agere simpliciter in rem vt posteriore tantam casu admittatur penitentia non etiam priore, sed malè hæc parte vt opinor. Verius enim est & Vlpiani nostri verbis conuenientius vt omni casu admittenda sit penitentia ante litem contestatam: Cum vt sequitur in hac lege non decipiat actorem is qui ante iudicium acceptum negat se possidere, licet antea dixerit aut finxit se possessorem: nec videtur se liti obtulisse qui à lite discessit. Cur enim cogatur in lite improba peteuerare? l. desistit 10. sup. de iudic. Nec pugnat quod scriptum est in dicit. fin. autem in princip. Debet enim omnino accipi de eo qui se liti obtulerit tanquam possessor. nec vnquam negauerit se possessorem ante acceptum iudicium, quæ decepit actorem ab alio petere volentem.

e *Si hoc post litem contestatam.* Nimirum quia per litem contestationem quali contrahitur: licet litigatores, l. 1. §. ad m. iuribus 7. De penul. l. delegare 11. §. 1. §. de nonat. & deleg.

f *Ante iudicium acceptum,* id est ante litem contestatam. Idem enim erat olim tempus litem contestatæ, & iudicij accepti, vel accipiendi.

g *Qui se negat possidere.* Intellige quamuis antea vel dixerit vel finxit se possidere, vt hic casus opponatur superiori. Sanè si hic se liti obtulerit dolo malo ad hoc vt alius interim vsucipiat, dubitandum non est quin ob hoc ipsum teneri debeat, Vtium non rei vindicatione, sed actione De dolo, l. pen. sup. De dolo.

h *Qui discessit, à lite.* Nam quemadmodum actor non petit ante litem contestatam sed tantum petere vult, l. amplius 15. Inst. rat. r. m. haber. Ita neque adhuc se liti offert qui se dicit possessorem ante litem contestatam, sed vult tantum se offerre, cum nulla sit lis nisi ex die contestationis, l. sed et si 25. §. si ante sup. de hered. petis. Ergo tempus litem contestatæ spectandum est vt penitentia impediatur, quod bene Accursus notat, probatque ex l. si conuenierit 18. sup. de iurisd. l. si cum dorem 22. §. eo autem tempore Inst. solut. matr. l. si quis stipulatus 57. De solut. l. electio 26. §. neque Inst. de noxal. l. liberum 16. Cod. de fidemiss.

26. PAVLYS libro 2. ad Plautium.

**N**AM, si actor scit, tunc is non ab alio<sup>a</sup>, sed à se decipitur: & ideo reus absolutur.

*Ad l. Nam si actor 26.*

a *Non ab alio.* Ratio dubitandi. Fieri potest vt qui se offert liti tanquam possessor cum non possideat, animum habeat decipiendi actoris quem fortasse putat ignorare quis possessor sit. Ergo non eo minus decipit actorem, licet sciat actor eum non possidere. Dolus enim quem ex proposito appellamus in dololi animo est, potius quàm in re

ipfa, l. dolum 6. C. de dolo. Et consequenter non debet dolus ille esse impunitus, quamuis non noceat actori, quia nec impunitus esse deberet licet dolo ipse noceret, l. procurator 11. §. in perpetuum De delict. mal. excep.

Ratio decidendi. Non ideo dolus puniendus est, quod quis habuerit animum decipiendi si nemo deceptus sit. Alio qui cogitationis penam do-



lofus pareretur contra, *l. cogitationis 18. j. De per. Nec ob id potissimum comparata est actio De dolo ut dolus vindicetur, sed ut deceptis subueniatur per speciem in integrum restitutionis, l. 1. & tot. tit. De dolo sup. At qui non ab alio sed à seipso decipitur is qui scit ea quæ dolus putat ab ipso ignorari. Neque enim volenti dolus inferitur, *l. cum dona-**

*tionis 34. C. de transact. l. 3. §. si quis volenti. De liber. hom. exhib. neque certiorari debuit, qui non ignoravit, l. 1. in fin. De act. empr. Non ergo habet quod conqueratur nisi de seipso, Ideoque reus omnimodo absolendus est, cum neque possessionem habeat, neque aliud quicquam quod vice possessionis esse possit.*

27. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**S**In autem, cum à Titio petere vellem<sup>a</sup>, aliquis dixerit, se possidere<sup>b</sup>, & ideo liti se obtulit<sup>c</sup>: & hoc ipsum in re agenda testatione<sup>d</sup> probauero: omnimodo<sup>e</sup> condemnandus<sup>f</sup> est.

*Ad l. fin autem 27.*

**a** Cum à Titio petere vellem, quem putabam possidere & qui re vera possidebat. Ceterum si certo sciebam Titium possidere, ac proinde non posse esse possessorem eum per reum naturam fieri, nequeat ut duo simul in solidum eiusdem rei sint possessores, *l. 3. §. e contrario j. De acquir. poss. l. duo in solidum 19. j. De prec. r. non debet nocere tertio qui tanquam possessor se liti obtulit, quod se dixerit possidere, quia non tam ab eo quam à me ipso deceptus hoc casu videor, ut dictum est *l. prox. proced.**

**b** Aliquis dixerit se possidere. Siue vltro id dixerit siue interrogatus. Nihil enim refert, cum vterque mentiatur, & mentiendo id agat ut decipiat actorem.

**c** Et ideo liti se obtulit. Adde, in eoq; mendacio perstitit usque ad litem contestatam, & quidem ignorante actore, ut hæc lex conueniat cum iis quæ supra proximè dicta sunt ex Vlpiano & eodem Paulo.

**d** Testatione, id est non per testes ut interpretatur Accursius, sed per denunciationem & protestationem factam testatò hoc est adhibitis testibus, ut in *l. vlt. j. De leg. com. miss. l. qui Roma 122. in princip. §. coher. des j. De verb. oblig.* Cur verò hoc casu testatio, ista requiritur? Nempe quia si post rem actam vellem dicere quod fueram à Titio petiturus nisi alius se liti obtulisset quasi possessor, non essem audiendus cum id consistat in animo. Et ideo bene Paulus addit testationem hanc in re ipsa agenda fieri debere. Ne alioqui sera sit allegatio & in fraudem aduersarij excogitata ut is omnimodo damnaretur.

**e** Omnimodo, id est nulla distinctione adhibita, An perseueret reus etiam post litem contestatam dicere se possidere, an verò neget, seque fateatur non possidere. Sera nimirum est penitentia post contestationem, ut diximus ad *l. is qui 25. sup.* Aliæ namque distinctiones illæ, An actor sciuerit an ignorauerit, Et an post vel ante litem contestatam is qui se prius obtulerat liti negauerit se possidere, necessariae sunt, ut iam diximus, quamuis Accurs. & alij glossatores contradicant. Nihilne igitur intererit an quis se liti obtulerit cum à Titio petere vellem, an cum à nullo? Hoc enim est quod Accursium fefellit. Nihil, inquam, penitus, sicut nec aut testatio aliqua interuenerit, an nulla, Quantum

**1** Possidere autem aliquis debet vtiq; & liti contestatæ tempore<sup>a</sup>, & quo res iudicatur<sup>b</sup>. Quod si liti contestationis tempore possedit: cum autem res iudicatur, sine dolo malo<sup>c</sup> amiserit possessionem: absolendus est possessor<sup>d</sup>. Item si liti contestatæ tempore non possedit

possedit. quo autem iudicatur, possidet: probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur<sup>e</sup>. Ergo & fructuum nomine, ex quo cepit possidere<sup>f</sup>, damnabitur<sup>g</sup>.

*Ad l. §. possidere.*

**a** Et liti contestatæ tempore. Ratio dubitandi. Sufficit enim qui tanquam possessor conuenitur, inueniri possessorem eo tempore quo res iudicatur, ut scriptum est in hoc ipso §. & in *l. si quo tempore 41. sup. De hered. pet. r.* Ergo non debet possidere etiam tempore liti contestatæ. Quia nec restitutio possessionis fieri aut iuberi potest antequam sit cognitum de iure petitoris, & super eo iudicatum. Hæc autem actio non ad aliud datur, nisi ut possessio restituatur, *l. officium 25. §. hoc tit.*

**b** Ratio decidendi. Sensus huius versiculi non ille est ut possidorem necesse sit possidere duobus temporibus scilicet liti contestatæ & rei iudicatæ, alioqui pugnaret cum eo quod scriptum est in *vers. seq.* Sed hic potius ut parum sit reum possidere tempore liti contestatæ si non possideat eo quoque tempore quo res iudicatur, Nisi ponas dolo delitisse illum possidere.

**c** Et quo res iudicatur. Ratio dubitandi. Sufficit actorem posse probare, quod aduersarius liti se obtulerit dixeritque se possidere usque ad litem contestatam, adeoque licet postea negauerit se possidere, *l. is qui 26. sup.* Ergo non est necesse ut reus possideat siue liti contestatæ tempore siue tunc cum res iudicatur.

**d** Ratio decidendi. Cum dolus pro possessione est, non distinguimus quo tempore interuenit, quia omnimodo puniendus est. Sed cum vera possessio facit locum huic actioni, distinguendum necessarium est an reus possideat tempore rei iudicatæ an non, ut si eo tempore possideat, omnimodo condemnatur, si non possideat absoluitur, licet possiderit tempore liti contestatæ, Nisi exinde dolo malo deliquerit possidere, ut proximè dictum est. Dices Quale quid est cum petitur tale dari debere, *l. 47. de v. sur.* Ergo spectandum potius esse tempus liti contestatæ quam rei iudicatæ. Sed aliud est quære quid dari debeat, Aliud verò, quale. Id enim tantum restituendum est quod possidetur & potest restitui tempore iudicati, sed tamè quale fuit tempore liti contestatæ, *d. l. si quo tempore 41. sup. De hered. pet. r.*

**e** Sine dolo malo. Nam qui dolo malo amiserit possessionem, adhuc possidere videtur cum dolus pro possessione sit, *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Sed etsi culpa sua citra dolum possessionem amiserit, idem est quia post litem contestatam nil distat hac parte dolo à culpa, *l. qui petitio 26. §. 1. l. si homo 45. l. si in rem 51. l. si culpa 63. j. hoc tit. l. vtiq; 16. §. 1. sup.* vbi vide quæ scripsimus. Iunge *d. l. si quo tempore 41. sup. De hered. pet. r.*

**d** Absolendus est possessor. Ratio dubitandi. Dolus contrahitur per contestationem cum ab eo tempore omnes possessores sint prædones, *l. sed et si 25. §. si ante de hered. pet. d. l. si homo 40. j.* At qui sufficit dolum semel admissum esse, ut quis perpetuo de dolo teneatur, *l. 1. §. si rem depositam. j. Depos.* Ergo nullomodo absolendus est promissor qui rem amiserit post litem contestatam etiam si sine dolo nouo amiserit.

**e** Ratio decidendi. Dolus qui per contestationem contingit præsumptus tantum est, nec nocet possessori bonæ fidei nisi quod ad fructus & causam

præstandam, Ne alioqui cogatur temerè ius suum indefensum relinquere, *l. aliud 40. vers. nec enim debet §. De hered. pet. r.* Ergo si post litem contestatam amiserit rei peritæ possessionem sine dolo culpave vlla noua quæ superuenerit, perinde absolendus est ac si possessionem illam ante contestationem amiserit. Scilicet secundum eam sententiã quam Paulus noster cuius hæc lex est probauit, non secundum eam quæ Vlpiani fuit in *l. item si verberatum 15. §. vlt. sup.* vbi dixit. Alia ratio est expressi & realiter admissi doli de quo in *d. §. si rem depositam.* Sicut & diuersa ratio est actionis personalis de qua eo loco, quæ vbi semel competere cepit, non nisi certis modis intercidit, inter quos non est possessionis amissio quæ cum ea nihil commune habet. Et actionis in rem, quæ sicuti non competit nisi ad possessionem, ita nec aduersus eum durare potest qui sine culpa sua vlla possessionem amiserit etiam si lite iam contestata, Neque si bonæ fidei possessor ab initio fuit. Nam in mala fidei possessore, admittenda est indistinctè sententia Proculi, ut omnimodo teneatur de casu superueniente, quia potuisset rem distrahere petitor ante casum si ei restituta res fuisset, *dist. l. aliud.* Hoc verò Accursius fortasse quidem sentit, sed minus clarè explicauit.

**c** Ut omnimodo condemnatur. Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset, ideoque alia interpellatione opus est, *l. non potest 23. sup. de iudic.* Ergo is qui non possedit tempore liti contestatæ, licet postea cepit possidere nihilomagis condemnandus est, Nisi ponas eum liti se obtulisse quod eo tempore diceret se possessorem, Quo casu certum est ex superioribus condemnari eum debere tametsi non possideat ne quidem eo tempore quo res iudicatur, Adeoque licet ante rem iudicatam negauerit se possidere dum ne ante iudicium acceptum, *l. is qui 25. in fin. sup.*

**d** Ratio decidendi. In iudicium vindicationis sicut venit dominium ex parte actois, ita ex parte rei nihil nisi possessio, ut ea scilicet actori restituatur. Sufficit itaque ut possessionem habeat reus eo tempore quo de ipsius restitutione facienda tractari debet, id est quo res iudicatur. Ne calid videri potest hoc casu in iudicium ex postfacto deduci, quam quod eo tempore deductum fuit quo acceptum est scilicet petite rei possessio. Sed hoc intelligendum est de possessore non qui se vltro liti obtulit dolo malo quasi possessore cum non possideret, At à quo tanquam à possessore actor petiit ob factam minus diligentem possessoris perquisitionem. Alioqui in eo qui se liti obtulisset, ea obtinerent quæ in superioribus proximè diximus.

**e** Ex quo cepit possidere. Ratio dubitandi. In iudicio vindicationis fructus omnimodo veniunt ex die liti contestatæ, tum quoque cum res amissa est & ab eius restituendæ necessitate liberatus reus, *l. vtiq; 16. §. hoc tit.* cum imputare sibi debeat quis iudicium hoc accipit, maximè verò si non possideat, quando quidem liberum ei erat negare se possidere, *l. vlt. in fin.*

**f** Ratio decidendi. Fructus non alij possunt veni-

re in restitutionem, quam qui a reo vel percepti sunt vel percipi poterunt, l. fructus 33. j. Atqui nullos potuit reus percipere antequam possideret, quia factum perceptio ex possessione est, lege Titia 48. j. De solut. licet fructuum acquisitio non possessioni, sed domino fundi imputetur, l. qui fecit 25. §. 1. j. De resur. Fieri ergo nequit ut aliorum fructuum non reus condemnatur quam quos percepit aut percipere poterat, ex quo duntaxat cepit possidere. Quamdiu enim non possedit, litis contestatio eam male fidei possessorem facere non potuit.

**g** *Damnabitur.* Ratio dubitandi. Non alia de causa condemnatur possessor ad restitutionem fructuum post litem contestatam perceptorum, quam

2. **¶** Si homo petitus<sup>a</sup>, dolo possessoris deterior factus sit: deinde<sup>b</sup>, sine culpa eius ex alia causa<sup>c</sup> mortuus sit: aestimatio non fiet eius<sup>d</sup>, quod deteriorum eum fecerat: quia nihil intererat petitoris<sup>e</sup> sed hæc, quantum ad in rem actionem legis autem Aquilæ actio du arf.

*Ad §. 2. si homo.*

**a** *Petitus.* Non extra iudicium, ut interpretatur Accursius, sed apud Prætorium contestationem. Alioquin non petit sed perere vult qui petit extra iudicium, l. amplius 15. j. Rur. rem hab. r. Et ideo bene subiicit Paulus hominem hunc petitem deteriorum f. & u. esse dolo malo possessoris. Nam cum loquatur de eo qui bonæ fidei possessor fuit ante litem contestatam, ut sequentia ostendunt, quomodo posset factus esse homo deterior dolo possessoris, si non litis contestatio cum male fidei possessorem reddidisset?

**b** *Deinde,* id est post petitionem in iure factam, litem que apud Prætorium contestatam, ut proinde male idem Accursius ponat hominem hunc mortuum etiam esse ante litis contestationem ut effugiat objectionem ex l. vique 16. supr. cod. in §. 1. vbi dicitur non modò dolum sed etiam culpam possessoris quæ post litem contestatam interuenit transire periculum rei in possessorem quod & scriptum est in l. qui petitorio 36. §. 1. & aliis plerisque locis in fr. hoc tit. Nec animaduertit Accursius tractari omnibus in locis de culpa quæ causam dedit casui superuenienti ex quo res perit vel deterior facta est. In hoc autem §. agi de re quæ deterior quidem facta sit ob dolum post litem contestatam admissum, sed quæ tamen subinde perierit nullo dolo, nullaque culpa possessoris interueniente, ut iam diximus ad d. l. vique §. 1.

**c** *Ex alia causa,* siue naturali siue fortuita cui tamen neque dolo neque culpa possessoris causam ullomodo dederit.

**d** *Aestimatio non fiet eius* Ratio dubitandi. Semel teneri cepit possessor qui dolo suo iam petitem hominem fecit deteriorum. Nec enim dubitandum est quin doli huius aestimatio fieri deberet si homo mortuus non esset, quia nec videretur restitui qui deterior restitueretur, l. 3. §. 1. j. commod. l. 1. §. fructus depositi a 16. j. de pos. Ergo non ob id liberari debet quod idem homo ille postea sine dolo vel culpa ipsius decesserit, arg. d. l. 1. §. si rem depositam 25. cod. Præsertim cum si eum possessor statim restituisse, id est tempore ipso litis contestatæ, petitor eum distrahere atque ita futuri casus periculum effugere potuisset, l. rem si verberatum 15. §. vlt. supr. hoc tit.

Ratio decidendi. Actiones omnes sicut & obli-

quod ex die contestationis factus sit male fidei possessor & prædo, dicit l. si homo 25. §. 1. sed et si lege 25. §. si ante sup. De hered. petit. Atqui non potuit contestatio facere male fidei possessorem illum, qui eo tempore nullomodo possidebat.

Ratio decidendi. Litis contestatio malam fidem ideo inducit, quia scientiam inducit rei alienæ legi nemo ambigit 10. C. de acquir. poss. l. qui fundum 7. §. qui bona fide j. pro emptor. Atqui tam scit rem aliam esse is a quo res petita est antequam possideret quam si iam eam possideret. Non enim ex possessione nascitur scientia, sed ex actoris petitione. Ergo perinde litis contestatio afficit futuram atque præsentem possessionem, ut eam efficiat mala fidei.

gationes ad hoc tantum comparate sunt ut vnusquisque acquirit quod suum interest, l. si pignus 38. §. a ier. j. De verb. oblig. l. nihil aliud 5. j. De oblig. & action. Atqui nihil interest petitoris quod petitus homo deterior factus sit dolo possessionis etiam post litem contestatam, Cum etiam si deterior factus non fuisset, perinde tamen eo sine facto suo sine casu fortuito periret. Quo casu secundum Pauli sententiam absoluit reus debeat. Non ergo facienda est vlla deteriorationis aestimatio. Adici fecundam Pauli sententiam, quia non idem est in titulo credimus & Vlpianum d. l. rem si verberatum §. vlt. qui putant etiam bonæ fidei possessorem teneri de naturali quoque in iure post mortem contingente. Ideo quod potuisset petitor rem distrahere si moram paulus non fuisset, l. litem 4. supr. De hered. petit. Quæ ratio conueniret sanè illam quæ Paulus hic narrat, quod nihil intererat petitoris, Nisi pro Paulo illa vigeret replicatio quæ posita est in d. l. vlt. de ver. oblig. nec enim debet bonæ fidei possessor eius periculi metu temere ius suum in defensum relinquere. Aliud iuris esset in actione personali, cui dolo causam dedisset. Nec enim superueniens casus extingueret dolum præteritum neque actionem ex eo natam d. §. si rem depositam, & constat ex eo quod sequitur in hoc §. de lege Aquilæ. At neque verum est quod Bartolus ad hunc §. notat, Casum superuenientem excusare possessionem à præcedente culpa. Non enim casus superueniens ille est qui excusat possessionem, sed quia definit interesse petitoris ut Paulus ait.

**e** *Nihil interest petitoris.* Ratio dubitandi. Potuisset petitor hunc hominem distrahere & quidem pluris si non deterior factus, & restitutus fuisset dicit l. rem si verberatum 13. §. vlt. supr. Ergo negari non potest, quin petitoris interest.

Ratio decidendi. Interest quidem petitoris, at non quod deterior homo factus sit, qui eque mortuus fuisset atque ita nullus precij futurus, etiam si nulla deterioratio præcessisset, sed quia non fuit restitutus eo tempore quo petitus est, Idque secundum Vlpiani & Proculi sententiam, ut proximè diximus, non secundum eam quæ Cassij primùm fuit, & quam Paulus noster perpetuò probauit, quæ non vult duriorum fieri conditionem possessoris bonæ fidei quod ad hoc ut rei petita fatum præstare teneatur

teneatur, si neque dolus, neque culpa ipsius vlla post litem contestatam interuenierit. Male verò Accursius rationem huius §. petit ex eo quod cum re perempta non comperat vindicationem, neque officium iudicis de damno subiecta principali obligatione petere substatere ex lege 2. Cod. de pos. l. qui per colutionem 39. §. 1. De act. imp. Vnde inferat aliud dicendum esse mortuo homine post litem contestatam, quasi tunc officio iudicis corroborato. Nam quis cum Vlpiano sentiat, is negabit extinguere vindicationem etiam re perempta siue ante siue post litem contestatam, dummodò post mortem, neque officium iudicis in eam rem exigeret. Si verò cum Paulo, is defendet neque ex vindicatione neque ex officio iudicis condemnari debere bonæ fidei possessorem etiam si contigerit interitus post contestationem. Itaque Accursianorum opinio, siue Vlpianum siue Paulum sequere, falsa est. Sicut & illorum qui distinguunt an istam litigandi causam possessor habeat necne. Semper enim iustam habet qui bonæ fidei possessor fuit, dicit leg. illud 40. versic. nec enim debet supr. De hered. petit. Quamquam hanc de quo Paulus agit, de iustam habere litigandi causam prout quædam homo moreretur, ex eo apparet quod Paulus ponit dolo ipsius factum esse deteriorum seruum post litem contestatam.

**f** *Legis autem Aquilæ actio durat.* Ratio dubitandi. Neque legis Aquilæ actio, neque alia vlla vquam datur ei cuius nihil interest. Nemo enim siue agendo, siue excipiendo debet audiri si

3. **¶** Sed & is, qui ante litem contestatam dolo desit rem possidere, teneretur in rem actione<sup>a</sup>. Idque ex senatusconsulto<sup>b</sup> colligi potest, quo cautum est (ut diximus) ut dolus præteritus in hereditatis petitionem veniat, cum enim in hereditatis petitione: quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur, non est absurdum, per consequentias, & in specialibus in rem actione dolum præteritum deduci.

*Ad §. 3. Sed & is, qui.*

**a** *Teneretur in rem actione.* Ratio dubitandi. Ut quis actione in rem teneatur, possidere vtrique debeat & litis contestatæ tempore & quo res iudicatur, aut saltem tempore rei iudicandæ, §. 1. supr. hac lege. Atqui neutrum horum de eo dici potest qui ante litem contestatam possidere desit dolo malo.

Ratio decidendi. Dolus pro possessione est adeoque pro continua possessione sicut & ipse dolus perpetuò durat quousque purgatus sit, l. qui dolo 13. de reg. iur. Proinde qui ante litem contestatam dolo malo desit possidere habetur pro possessore & litis contestatæ tempore, & tunc cum iudicatur. Quidni ergo etiam in rem actione tenebitur, ut condemnatur non quidem ad restituendam possessionem quam non habet, sed quanti actor in litem iurauerit, l. qui restituere 68. in fr. l. si bona fidei in fr. De noxal. act. l. 1. §. hoc autem inter dictum in fr. ne quid in loc. public.

**b** *Idque ex Senatusconsulto,* quod scilicet factum est circa petitionem hereditatis, De quo in litem veniunt §. præter hæc & pass. supr. De hered. petit. Mihi tamen videtur ab his verbis totus hic textus esse Tribonianii potius quàm Pauli, cum sit totus inelegans si verba inspicias, si verò sensum, ine-

Tom. II.

nihil eius interest, lege 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. autem in fr. De verb. obligat. l. ille a quo 13. §. si de testamento in fr. ad SC. Trebellianum. Atqui nihil interest petitoris quod homo petitus deterior factus sit etiam dolo possessoris si postea sine dolo vel culpa ipsius decesserit, ut in hoc ipso §. Paulus ait, Ergo non magis Aquilæ legis actio durare potest perempto homine qui deterior factus fuerat dolo possessoris, quam directa vindicatio.

Ratio decidendi. Nihil interest petitoris quantum ad actionem in rem, quia cum actio illa non detur nisi ad possessionem, Homini autem mortuo æquè nulla siue possessio, siue utilitas sit siue ante mortem deterior factus esset dolo possessoris, siue non esset, non potest dici ad quid vindicatio utilis esse possit re perempta. At interest sanè quantum ad actionem legis Aquilæ, Non ob id tantum quod cum sit actio personalis nihil commune habet cum homine facto deteriorum ut eius morte mori debeat, leg. 1. §. si rem depositam 25. in fr. de pos. Verum etiam quod legis Aquilæ actio damni præteriti rationem habeat non præsentis aut futuri, Cum in actionem illam veniat quanti plurimi eo anno fuit homo, anno retrosum computato, l. a valueratis 11. §. pass. in fr. ad leg. Aquil. l. doli 5. §. vltim. & l. si quis in fr. De ier. corrupti. l. quæcumque actiones 6. in fr. De obligat. & action. Denique actiones personales non nisi certis & legitimis modis perent, inter quos non est interitus rei de qua agitur, ut supra diximus.

ptus. Quid enim artinebat probari tam apertam iuris civilis sententiam ex eo Senatusconsulto quod sit longè posterius, cum lex duodecim tabularum quæ omnium antiquissima est, illa sit quæ directam & civilem rei vindicationem induxit? An fortè aliud ius erat ante senatusconsultum ut vindicatione conueniri non posset is qui dolo malo desisset ante litem contestatam possidere? vtrita dolus præteritus qui litem contestatam præcessisset, maneret impunitus? Rursus quanam obsecro consecutio ista est ut dolus præteritus etiam in specialem actionem in rem venire debeat, ideo quod veniat in hereditatis quoque petitionem? Nam quis nescit tam multas differentias quæ sunt inter petitionem hereditatis & specialem vindicationem? Non tantum si de fructibus vel impensis agatur, si modò Accursio credimus ad leg. item veniunt 20. §. fructus & ad l. planè 37. supr. De hered. petit. sed & quod ad alia quàm plurima quæ idem Accursius congerit ad hunc locum, Quarum differentiarum summa hæc est, quod petitio hereditatis bonæ fidei est, leg. vltim. in fin. Codice cod. & §. actionum Instituit. de action. Vindicatio autem non quidem stricti iuris, ut male vult Accursius, sed arbitraria, §. præter hæc eodem titulo. iunct. lege 3. §. in his quoque iudicis in fr. De usur. Hæc pro vna re singulari

OO



zi, illa pro vniuersitate, *l. i. sup. hoc titul.* Hæc etiam contra titulo possidentem, illa nequaquam nisi in casibus de quibus diximus ad *l. regulariter 9. & seqq. sup. de hered. petit. & l. si post in fin. C. cod.* Hæc in rem tantum est. Illa etiam in personam vnde & perpetua est, & personalia debita in eam veniunt, & precia rerum venditarum, *leg. hereditatis 7. eodem titul. Cod. l. nec vllam 33. aliàs l. etiam §. si. sup. cod. ill. titul. & l. quod si in diem 16. §. sed & is eo.* Denique quod in petitione hereditatis sola denunciatio facit mala fidei possessorem, *dist. l. item veniant §. petram & l. sed et lege 25. §. si ante cod. titul.* In vindicatione verò non nisi litis contestatio, *l. si homo 45. infr. hoc titul.* Quis ergo probet argumentum quo hic Tribonianus vitur tractam à petitione hereditatis ad vindicationem? Aut, quid absurdius, quam quod ille ait non esse absurdum per consequentias dolum præteritum in vindica-

4 § Si per filium, aut per seruum<sup>a</sup> pater, vel dominus possideat. & is sine culpa patris, dominive, rei iudicandæ tempore<sup>b</sup> absit: vel tempus dandum<sup>c</sup>, vel cauendum est<sup>d</sup> de possessione restituenda<sup>e</sup>.

Ad §. 4. si per filium.

a Per filium aut seruum. Ratio dubitandi. Quæ sunt facti non trahunt à filio ad patrem, nec à seruo ad dominum, *leg. qui heredi 44. infr. de condit. & demonstr. At qui possessio facti est, leg. denique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir uxori infr. De acquir. vend. poss. §. leg. 1. §. Scantota infr. si is qui testam. lib. eff. infr. est.* Ergo non potest pater per filium nec dominus per seruum possidere, quia fictio & potestas iuris non potest vsque ad ea, quæ facti sunt pertingere, *dist. leg. denique l. in bello 12. §. facti de capt. & possim.*

Ratio decidendi. Possessio licet potissimum facti sit, plurimum tamen iuris habet & ex iure mutatur, *leg. possessio 40. in princip. & l. i. infr. de acquir. vend. poss. §. leg. 1.* Facti est quatenus corporalis detentio est, iuris verò quatenus possessio vera nec nuda detentio est. Aliud enim est possidere, Aliud verò tenere, *leg. stipulatio ista 38. §. hac quoque stipulatio de verbor. obligat.* Nihil ergo vetat quominus possessio civilis quatenus possessio est acquiratur patri per filium, & domino per seruum, licet corporalis ipsa & naturalis possessio quæ tota meri facti est, non acquiratur, *leg. quod seruus 24. vbi est text. elegans infr. de acquir. poss.*

a Rei iudicandæ tempore. Rectius hoc, quam quod Haloander emendauit *vindicandæ.* Rei enim iudicandæ tempus dicimus pro eo tempore quo res iudicatur: quo potissimum tempore inspiciendum est an reus possideat, & restituendæ rei habeat facultatem, §. possidere *sup. hac lege.* Neque verò necessaria est præsentia filij vel serui, adeoque nec rei quam vindicare actor vult, si paratus sit pater vel dominus iudicium accipere pro ea re quam per filium, vel per seruum possideat, *leg. hoc si res præsens 47. infr. hoc titul.*

c Vel tempus dandum vel cauendum est. Alterutrum ergo sufficit, neque vtrumque faciendum est, quamuis contra putet Accursius qui notat distinctiones istas pro coniunctiuis accipiendas esse. Ex *l. Celsus §. vlt. infr. ad exhib. vbi tamen non de cer-*

tionem deduci, quia & ex senatusconsulto in petitione hereditatis deducitur? Aut si bona est consecratio, quidni dicimus etiam fructus præteritos & ante litem contestatam perceptos venire in vindicationem, quemadmodum & veniant in hereditatis petitione? *dist. leg. item veniant §. fructus iunct. leg. corvum 22. Cod. hoc titul.* Quenam rursum ratio illa est, quod petitio hereditatis tractatio in rem sicuti vindicatio, cum sit etiam in personam? In summa cum rei vindicatio sit antiquior senatusconsulto de quo in hoc §. agitur, dubitandum non est quin ius quod Senatus induxit in petitione hereditatis, De dolo præterito sumptum ex eo sit quod iam antea in vindicatione obtinebat, sicuti de fructibus scribit Iustinus in §. *& si in rem infr. de offic. iudic.* Est igitur tota hæc Triboniani ratiocinatio insulsa & reicienda.

to tempore dando agitur, sed tantum dicitur, si in fuga sit seruus qui exhibendus est, caute reum debere de illo exhibendo sub illa conditione, si in potestatem suam peruenerit, Et additur, si nullus sit peregrinatus vel in domini prædiis moretur, non ad aliud teneri dominum quam vt caueat. Quamquam dubitandum non est ita concipiendam hanc cautionem, vt certum tempus in ea contineatur, intra quod restitutio fieri debeat, quoties sciri potest, aut probabiliter conici intra quod tempus possit haberi facultas exhibendæ rei, & restituendæ. Nam si in fuga sit seruus, certum tempus præscribi non potest: Et ita hic locus accipi debet, vt si reus non frustrationis causa certum tempus sibi indulgeri petat intra quod restituar, dandum ei sit, nec eo minus tamen caute debeat se restitutum, §. si ad exhibendum *Instit. de offic. iudic.* aut saltem de litis æstimatione si intra tempus quod ei datum est, non restituerit, *dist. §. & si in rem eod.* Si verò nesciri possit, quo demum tempore rediturus sit filius vel seruus, forte quod nesciatur vbi sit, præsertim verò si in fuga sit seruus, sola cautio prestanda est, de possessione quandoque nactus eam reus fuerit, restituenda, Nec tempus vllum certum hoc casu dandum est, quod sine captione nimioque periculo dari non possit, *dist. l. lege Celsus §. vltim. leg. item si cum 14. §. quærens vers. ergo si in fuga sup. quod mer. caus.* Sed & interdum fieri potest vt cautio non sit necessaria, sufficiatque certum tempus reo indulgeri. Quid enim si triduum duntaxat aut ad summum, non nisi decendium petat ad rem restituendam? Cur superuacua cautione oneremus reum, cum nullum possit actor damnum pati in mora tam modici temporis? *leg. et si post res 8. sup. si quis cautio. iunct. leg. hac stipulatio 14. in si. infr. ut leg. at seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Bene igitur Paulus sententiam hanc sub distinctione cõcepit, cum tractet generaliter casum illum quo filius vel seruus absit, non expressis aliis facti circumstantiis quæ iudicis arbitrium inducere possint & de-

& debeant vt hoc vel illud statuat pro causarum & rerum diuinitate. Pendet enim totum hoc ex arbitrio iudicis, ex quo restitutionem rei fieri oportet *dist. §. quærens. vers. sic. hæc si post condemnacionem.*  
d Vel tempus dandum. Ratio dubitandi. Publicè interest mandari statim res iudicatas executioni cum ex sola executione vigorem & effectum accipiant, *l. pen. C. de execut. rei iudic. l. seruo 65. §. cum prator. §. ad S. C. T. rebell.* Ergo post rem iudicatam nõ est danda longior dilatio intra quam satisfiat iudicatio.

Ratio decidendi. Statim mandanda est executioni sententia si fieri possit, sed si tam citò fieri nequeat propter præcram faciè impossibilitatem, & appareat non frustrationis causa tantum tempus desiderari, quantum dari debere necessarium vel æquum videatur, vt iudicatio satisfiat, non debet inde id denegare, ne reum cui nihil imputari potest actus videatur ad rem impossibilem. In eo namque maxime officium & arbitrium iudicis elacet, *dist. §. 1. C. 3. infr. de offic. iudic.* Quidam verò tempus hoc ex necessitate indulgeant reo, qui actione in rem conuenus est, cum etiam illi qui perit petitionis restitutam sibi fuisse humanitatis intuitu indulgeatur? *l. cum militi 16. §. 1. infr. De compensat. l. vltim. Cod. de res. rei iudic.* Cum tamen vt plurimum ex personalis condemnatione debeatur pecunia, eius deinde difficultas plerumque magna est, impossibilitas autem vix vlla esse potest, *l. conuenus 1. 7. §. alud infr. De ver. oblig. & Vel cauendum est.* Ratio dubitandi. Noluit Præter in executione iudicati obligationes ex obli-

gationibus fieri ne fierent de lite lites, *leg. 4. §. vis Prætor. infr. De re iudic.* At qui per cautiones in iudicatio executione interpositas id euenit vt parva ex causa indicari persecutio nouo contractu ad alterius petitionis initium redigatur, *l. minor annis 40. in princ. sup. De minor.*

Ratio decidendi. Remedij veluti loco inducuntur huiusmodi cautiones, eo tantum casu, quo res aliter expediri non potest, nec aliud quicquam est quod melius dici aut fieri possit, *l. penult. sup. De hered. petit. l. postquam §. 1. v. et leg. si uelut. causæ auar. l. imperator §. infr. ad S. C. T. rebell.*  
f De possessione restituendæ. Fertur ergo, inquit Accursius, sententia condemnatoria, sed non adstringitur reus, Parum subtiliter. Nam cum hæc actio sit arbitraria non potest in ea ferri condemnatio quousque reus contumax fuerit in parendo arbitrio iudicis, §. prætor. *Infr. de act.* Ergo arbitrium præcedere necesse est, quod porro non aliud esse potest, quam vt res petita intra certum tempus restituatur, deque eo idoneè caueatur. Quod si neque intra præstitutum tempus rem restituere, neque eo nomine caute reus videret, tum demum verò condemnandus est ex bono & æquo in id omne, quod intererit petitoris restitutam sibi fuisse possessionem, vt scriptum est in *d. §. si ad exhibendam 3. in fin. infr. de offic. iudic.* sed Accursij nostri ceterorumque veterum interpretum de arbitriis actionibus tractantium perpetuus error ille fuit quod arbitrium iudicis pro sententia & condemnatione acceperunt, dualq; in iudicis sententias ferri crediderunt: quod nos in Coniecturis nostris refutauimus.

5 § In rem petitam si possessor<sup>a</sup> ante litem contestatam<sup>b</sup> sumptus fecit per doli mali exceptionem<sup>c</sup> ratio eorum haberi debet, si perseueret actor petere rem suam, non reditis sumptibus<sup>d</sup>. Idem est etiam, si noxali iudicio seruum defendit, & damnatus præstitit pecuniam<sup>e</sup>: aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem<sup>f</sup> iusulam ædificauit<sup>g</sup>: nisi tamen a paratam sit petitor pati<sup>h</sup>, tollere eum ædificium. Quod & in area uxori donata<sup>i</sup>, per iudicem, qui de dote cognoscit<sup>k</sup>: faciendum dixerunt.

Ad §. in rem petitam.

a Si possessor bonæ fidei. De hoc enim solo lex loquitur qui bonam fidem habuerit vsque in tempus litis contestatæ, & eo maxime tempore quo sumptus fecit. Nam malæ fidei possessori non possit dari exceptio doli, quæ scilicet non datur nisi ex æquitate, *l. sumptus 48. infr. AEQUITAS* autem deficit in persona eius qui sumptus fecit in rem quam sciebat alienam, *l. penult. infr. ad S. C. T. rebell.* De quo plura scripsi mus ad *l. planè 38. sup. De hered. petit. & lib. 2. Coniect. cap. 1.* Sane in bonæ quoque fidei possessore distinctiones quædam adhibendæ sunt, de quibus in *leg. in fundo 38. & dist. leg. sumptus 48. infr.*

b Ante litem contestatam. Qui enim post litem contestatam sumptus facti sunt, non nisi mala fide facti esse possunt, ab eo scilicet qui sciuit rem esse alienam, *l. si homo 45. infr.* aut saltem de iure suo vacillare ac titubare cœpit, *leg. n. mo ambig. 10. in si. Cod. de acquir. vend. poss. §. leg. 1.* Et ideo neque per doli exceptionem seuabuntur neque officio iudicis, Cui licet fieri locus soleat ratione eorum quæ post acceptum iudicium contigerunt, vt scriptum est in *l. Ad Ediles 25. §. ut em sciendum infr. De adulter. edict.* Id tamen ita accipiendum est, si æquitas suggerat, cui

nimirum iudicis officium inniti semper debet. Quamquam facilius est vt officium iudicis quam vt doli exceptio malæ fidei possessori patrocinetur, *dist. l. planè 38. sup. de hered. petit.*  
c Per doli mali exceptionem, cui nempe locus sit quoties quis per occasionem iuris civilis contra naturalem æquitatem lucrum capere vult ex damno alieno, *l. 1. §. 1. infr. De doli mal. excepti.* Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo vitatur, *l. si duorum 32. De act. empr.* Atqui iure suo vitatur qui vindicat fundum suum etiam non redditis sumptibus, qui in eum fundum facti sint quamuis à bonæ fidei possessore, quia quicquid super ædificatur aut in ædificium impenditur cedit solo, *l. 2. infr. De superfic. l. ad eod. §. cum in suo infr. De acquir. rer. domin.* Non ergo repellendus est exceptioe doli.

Ratio decidendi. Summi & stricti iuris ratio illa est, Sed æquitate ista, quod non debeat actor ex alterius iactura locupletari, Eius præsertim cui nihil imputari potest, *leg. nam hoc natura 14. de condit. indob. l. iure natura 206. de regul. iur.* Nihil autem potest imputari ei qui bona fide sumptus fecit in rem alienam quidem, sed quam tamen putabat esse suam. Danda igitur est

hoc casu exceptio doli per quam petitor summo-  
ueatur, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit  
cum rem suam vindicare cepit, nunc tamen dolo  
malo facit cum perseverat petere non redditis sum-  
ptibus. Quomodo & in specie, l. 2. §. circa infra. De  
doli mal. except. Hoc enim est quod sequitur, si per-  
severet actor petere rem suam non redditis sumptibus.  
d. Non redditis sumptibus. Cum distinctione tamen  
quam Papinianus ponit in dict. leg. sumptus 48. infra.  
si sumptus isti excedant summam fructuum ante  
litem contestatam perceptorum. De quo ibi di-  
cemus, & in l. emptor 65. eod. Item intellige de sum-  
ptibus factis ad rem meliorandam non ad fructus  
iplos percipiendos. Hi enim cum fructibus com-  
pensantur & ex fructibus ipsis deducuntur, leg. si a  
domino 36. §. ult. supra. De pet. heredit. leg. 3. §. 1. De  
compens. in reb. dotal. fact. Nec ullus casus interueni-  
re potest qui hoc genus deductionis impediat, leg.  
fundus qui 52. infra. famul. et c. j. c. Itaque non possunt hi  
sumptus seruari per doli exceptionem oppositam  
aduersus vindicationem.

e Et damnatus praestitit pecuniam. Ratio dubitandi.  
Non cogebatur bona fidei possessor praestare pec-  
uniam ad quam ex dolo serui fuerat condemnatus,  
cum posset se liberare dedendo seruum noxae,  
l. miles 6. §. 1. infra. De re iudic. Ergo non est  
danda ei exceptio doli aduersus dominum vindican-  
tem, sed debet sibi imputare cur non dederit  
seruum pro noxa.

Ratio decidendi. Vitius plerumque est litis  
aestimacionem pro seruo solui quam seruum im-  
psum noxae dedit, l. vitios 39. supra. de h. r. d. pet. Quo  
casu dolo sane facit dominus si seruum suum per-  
seueret petere non oblata indemnitate possessor  
bonae fidei, qui tanquam pro seruo suo tuen-  
do fecit, quod salius quilibet prudens pater fami-  
lias facere debuisset, & ex cuius facto lucrum  
hoc sentit actor quod seruum habet, quem si  
noxae deditur fuisset amisisset. Ergo vel per ex-  
ceptionem doli, vel saltem per officium iudi-  
cis subueniendum est bonae fidei possessori ut  
indemnitate consequatur, l. bona fidei 11. infra. De  
noxal. act.

f Per errorem, scilicet facti, cum aream in qua aedi-  
ficabar suam esse putaret. Ut intelligamus hic agi  
de eo, qui bona fide in aliena area edificauerit, Et  
aliud esse in mala fidei possessore, cui nimirum  
potest imputari cur sciens in alieno solo aedi-  
ficium posuerit, l. ad 7. §. ex diuerso in fin. De acqui-  
rend. rer. domin. §. ex diuerso. vers. scilicet. cetera. Institur. de  
rer. diuis.

g Insulam edificauerit. Ratio dubitandi. Qui per  
errorem aedificat in area aliena, quam tamen suam  
esse putat, non habet animum sibi quemquam  
obligandi, sed rem suam agendi. Ergo neque  
actionem neque exceptionem eo nomine habe-  
re debet, Ne alioqui actus operetur ultra inten-  
tionem agentis contra leg. non omnis 19. infra. De re-  
bus cred.

Ratio decidendi. Ea nimirum ratio facit ut bo-  
nae fidei possessor sumptus istos per actionem pe-  
tere non possit neque aduersus eum a quo ipse ius  
habet, neque aduersus dominum, d. l. sumptus 48.  
infra. hoc tit. sed non impedit ius retentionis, l. in hoc  
iudicium 14. §. 1. vers. hoc enim casu. infra. comm. diuis.  
quia licet bona fidei possessor eam sumptus hos  
fecit non habuerit animum sibi quemquam obli-  
gandi, multo minus tamen habuit animum do-

nandi, d. §. ex diuerso. & l. 2. C. hoc tit. l. si in area 33.  
infra. De condic. indeb.

h Nisi tamen paratus sit petitor pati. Ratio dubi-  
tandi. Hoc etiam mala fidei possessori conceditur  
ut possit tollere aedificium quod posuit in alieno  
solo, l. vitios 39. supra. de heredit. pet. Ergo cum  
bonae fidei possessoris condicio melior esse debeat,  
non sufficit quod petitor paratus sit pati ut aedi-  
ficium tollatur, sed impensas reddere omnimodo  
debet.

Ratio decidendi. Differentia est inter bonae fi-  
dei & mala fidei possessorem, quod mala fidei  
possessori nihil amplius unquam permittitur, quam  
ut tollere possit ea quae sine rei detrimento tolli  
possunt, d. l. vitios in fin. l. Iulianus 37. infra. hoc tit. Nec  
unquam datur ei deductio impensarum licet con-  
tra sentiat Cuiac. lib. 9. cap. 38. & lib. 10. cap. 1. Et nos  
dicemus latius ad d. l. 57. & seq. infra. At bona fidei  
possessori sumptus omnes regulariter reddendi  
sunt etiam voluptarij, siue eas impensas de suo  
facturus dominus fuit, siue cum fundum statim ar-  
que acceperit alteri venditurus sit. Vno tantum  
casu liberatur ne impensas cogi possit reddere si  
modò paratus sit pati, ut tollantur quae sine detri-  
mento rei tolli possunt, Is est si pauper sit neque  
rem receptam venditurus sit, neque tantas im-  
pensas de suo facturus fuerit, Ita ut eas reddere non  
possit quin laribus & sepulchris auitis carendum  
habeat, l. in fundo 38. infra. vbi Celsus ait bonum iu-  
dicem in hac questione variè ex personis causis  
que constitutere debere. Numquam enim equum est  
cogi actorem distrahere id quod receptum velit  
aut penuria coactum rem suam aduersario dere-  
linquere, ut scriptum est in l. vitium 8. de impens. in  
reb. dotal. fact. l. si seruos 25. infra. de pig. n. act. Et locus  
hic proxime citatus loquitur de sumptibus factis,  
non a bona fidei possessore qui rem suam esse pu-  
tat sed a creditore qui sciens al. etiam, fecit tamen  
rem debitoris meliorem ut difficiliorem faceret  
litionem, In quo sane est quod imputetur ei plus  
quam bonae fidei possessori, quod tamen nemo ob-  
seruat. Sensus ergo huius verbi ille est, Ad hoc sal-  
tem condemnandum aut potius ad igendum peti-  
torem, qui sumptus a bona fidei possessore factos  
non vult reddere, ut patiat aedificium tolli qua-  
tenus scilicet sine pristinae rei detrimento tolli po-  
test. Sed ita demum si causa aliqua sit propter que  
aequum videatur remitti ei necessitatem sumptuum  
reddendorum. Quenam ergo differentia erit in-  
ter bonae fidei possessorem qui aedificauit in area  
aliena, & eum qui puerum alienum artificis in-  
struxit? Differentiam enim aliquam esse subiicit  
Paulus in §. seq. nec tamen Accursius eam explica-  
re potest. Dicendum est nullam differentiam esse  
eo casu quo petitor sit diues, vel venalem habeat  
rem quam petit, l. nisi venalem 29. infra. Sed illo tan-  
tum casu quo petitor sit pauper quem necesse sit  
re sua carere si adigatur ad sumptus reddendos.  
Hoc enim casu recurrendum est ad remedium il-  
lud quod vnicum superest ut permittatur posses-  
sori tollere quod sine detrimento tolli potest, Cui  
remedio facile locus est in area aedificata, sed non  
in puero instructo ut scriptum est in d. §. ult.

i In area uxori donata. Ratio dubitandi. Si vir uxori  
aream donauerit, & vxor in ea insulam aedificaue-  
rit, insula quidem sine dubio mariti est, sed eam  
tamen impensam mulierem seruaturam placet.  
Ita ut si maritus vindicet insulam retentionem  
facere

facere mulier debeat, l. sed si vir 31. §. si vir uxori a-  
ream infra. De donat. int. vir. & vxor. Ergo non idem  
est hoc casu quod in superiore in quo ad aliud non  
tenetur petitor nisi ut patiat tolli aedificium.

Ratio decidendi. Seruare quidem impensam  
debet mulier, sed ita demum si maritus habeat vn-  
de reddat. Non enim si sit adeo pauper ut ob non  
redditam impensam re sua sit alioquin cariturus.  
Qui solus casus est in quo admittimus non ad  
aliud tenei petitorum quam ut impensam tollat,  
Et quidem ita si hoc etiam concurrat ut non velit  
rem suam alij vendere. Nam si vendere voler,  
quantumvis pauper impensam quoque omnem  
reddere omnimodo debebit, d. l. nisi venalem 29.

6 § Sed si puerum meum cum possideres, erudisses<sup>a</sup>: non idem obseruandum<sup>b</sup>, Pro-  
culus existimat: quia neque carere seruo meo debeam<sup>c</sup>: nec potest remedium idem ad-  
hiberi<sup>d</sup>, quod in area diximus.

Ad §. ult. sed si puerum.

a Erudisses, siue doctrina, siue artificio aliquo. Nihil  
enim refert ut constat ex l. seq. & l. 1. C. de infant. expos.  
b Non idem obseruandum. Ratio dubitandi. Non  
minus fauorabilis est bonae fidei possessor qui ser-  
uum alienum quem suum esse putat, erudit, quam  
qui in aliena area suam esse putans aedificat. Imò  
tanto fauorabilior quanto praeclearior & dignior  
res est eruditio quam aedificatio, & artificio,  
quam aedificium. Ergo non aliud obseruandum  
est in puero bona fide erudito, quam in aedificio  
bona fide extracto.

Ratio decidendi. Idem iuris est utroque casu  
cum petitor est diues, potestque sumptus reddere  
de suo, d. l. 1. C. de infant. expos. Sed si tam pauper sit  
ut non habeat unde reddat, & ita futurum sit, ut si  
eruditionis impensam reddere cogatur, cariturus  
sit re sua, Quam scilicet cogatur eo casu vel alte-  
ri vendere, vel possessori derelinquere, Non po-  
test idem iuris esse, Non quia minus fauorabilis  
ille sit qui alienum seruum bona fide erudit, sed  
quia rei natura repugnat ne possit tolli eruditio a  
puero, quomodo posset tolli aedificium ab area.  
Quamquam et si qua arte tolli eruditio a puero  
posset: non ideò tamen permittendum esset pos-  
sessori eiusque malitiae adeò indulgendum ut eam  
tolleret, quae sublata non idcirco sibi esset profu-  
tura, l. in fundo 38. vers. neque malitias infra. hoc tit. l. pro  
voluptariis 9. in fin. infra. De impens. in reb. dotal. fact. Et  
ita hic locus conciliandus est cum d. l. 1. non quo-  
modo ab Accursio. Nec aliter intelligi meo iudicio  
debet quod scriptum est in l. 4. §. si minor infra. De  
doli mal. except. si minor infantem mihi donauerit,  
deinde cum vindicet, exceptione doli mali repel-  
lendum eum esse nisi alimenta reddat, & si quis a-  
lius in eum probabilis sumptus factus est: Nimirum  
ut hoc obtineat si minor habeat de suo unde possit  
reddere. Alioqui non magis aequum est carere il-  
lum seruo suo quam si alius non dominus quasi  
dominus donasset bona fide accipienti. Praesertim  
cum per eiusmodi donationem minor domi-  
nium serui non amiserit, Propter quod & vindica-  
tio ei competit, quia minori non permittitur rem  
sua donare cum donare sit perdere, l. fili in familia 7.  
in princip. infra. De donat. Ne quidem cum decrero  
l. vit. vers. cum autem C. si maior fact. alien. fact. sine de-  
cret. rat. hab. Excepta sola donatione propter nu-

infra. d. l. in fundo 38. in fin. Tantò magis in area vxori  
donata, quòd cum donatio illa sit legibus & iuri-  
bus improbata, videtur vxor comparanda male fi-  
dei possessori potius quam bonae fidei possessori, l.  
1. §. si vir uxori infra. De acq. poss. Sed tamen verius est  
comparandam eam bonae fidei possessori, l. fructus  
45. infra. De vxor. quia quod sibi donatum est habet ex  
voluntate mariti, l. de eo 63. infra. De don. int. vir. & vxor.  
k Per iudicem qui de dote cogit. Nam in iudicio  
De dote quarendum olim erat de rebus donatis  
vxori, ob quas scilicet retentio dotis permissa esset  
iure veteri, quousque ius illud à Iustiniano subla-  
tum est fauore dorum in l. vnic. §. tunc Cod. de re  
vxor. act.

ptias ut ibidem scriptum est, & in l. 1. C. si aduers. do-  
nat. Quem titulum obseruandum ideò est non pos-  
se locum habere aduersus aliam donationem quam quae  
minore immoderata facta sit propter nuptias, ut in  
d. l. 1. aut quae inducatur ex consensu quae minor ac-  
commodauerit patri aut alij rem minoris donanti  
ut in l. 1. co. ti. Nam aduersus alias donationes à mi-  
nore factas & quae ipso iure non valeant restitutio  
inepta esset cum minor sit ipso iure manitus, l. in  
causa 6. §. 1. supra. De minor. Non ergo distinguendum  
est cum Accursio an possessor causam habeat à vin-  
dicante an non, sed an petitor tam diues sit ut sum-  
ptus possit reddere. Nam si potest, debet indistin-  
ctè. Si non potest, attamen interdum adhuc debet,  
scilicet duobus illis casibus qui ponuntur in leg. ib.  
§. seq. si petitor eum seruum venalem habeat. Aut si  
ante iudicium acceptum denunciatum sit ei ut sol-  
uerit, ille autem dissimulauerit. Nulla igitur diffe-  
rentia est inter puerum alienum bona fide erudi-  
tum, & aream alienam bona fide aedificatam, si pe-  
tor sit diues. Nec rursus si pauper quidem sit, sed  
tamen venalem habeat rem quam petit, aut ante  
litem contestatam denunciatum ei fuerit. Extra hos  
duos casus sicuti melioris conditionis est pauper  
quam diues petitor, Ita & deterioris possessor qui  
seruum alienum bona fide erudit quam qui in aliena  
area bona fide aedificauit quia hic habet quod pos-  
sit ex area tollere, ille nihil quod ex seruo.

c Neque carere seruo meo debeam. Ex his verbis appa-  
ret tractare hic Paulum de petitore inope, qui si  
sumptus in puerum factos per oppositam doli ex-  
ceptionem reddere deberet aut seruo ipsi caren-  
dum haberet aut laribus & sepulchris auitis, ut lo-  
quitur d. l. in fundo 38. infra. iunct. l. si seruos 25. infra. De  
pignor. act. l. impensa 79. §. 1. De verb. signific.

d Nec potest remedium idem adhiberi. Ratio dubitandi.  
Quoties nihil sine captione inuestigari potest id e-  
ligendum est quod minimum habeat iniquitatis, l.  
quoties nihil 200. de reg. iur. Atqui minus iniquum est  
faueri bonae fidei possessori qui seruo erudiendo  
impedit, cum nihil propterea imputari ei possit,  
quam domino cui hoc saltem potest imputari cur  
non diligentior fuerit in seruo suo perquirendo &  
vindicans. Ergo quod dicimus non posse adhiberi  
remedium ut scientia puero auferatur facere potius  
debet ut omnino summoendus sit petitor qui  
propter inopia impensam non potest reddere, quam ut eo



prætextu impensæ iacturam bonæ fidei possessor  
pariatur, & ex eius iactura petitor locupletetur, *leg.  
planæ 38. sup. de hered. pet. l. nam hoc natura 14. infr.  
De condit. indeb.*

Ratio decidendi. Longè durius & iniquius est  
dominum ob impensam ab alio licet bona fide fa-  
ctam amittere dominum, rei suæ, quàm iacturam  
impensæ illum facere qui pecuniam tantum suam  
in rem alienam impendit. Cùm non sit hic modus  
vitijs ex iis ex quibus rerum dominia vel acqui-  
runtur vel amittuntur. Ergo quamuis iniquum sit  
locupletari petitorum ex iactura bonæ fidei posses-  
soris, quia tamen iniquius esset cogi dominum ino-  
pem ob eiusmodi impensam re sua carere, cogi-

28. G A I V S libro 7. ad Edictum Prouinciale.

**F**ortè quod pictorem aut librarium <sup>a</sup> docueris: dicitur non aliter <sup>b</sup> officio iudicis æ-  
stimationem haberi posse.

*Ad l. Fortè quod pictorem 28.*

<sup>a</sup> Pictorem aut librarium. Exempla sunt pueri erudi-  
ti non doctrina & scientia, sed artificio, Nisi lar-  
gius sumpto doctrinæ & scientiæ nomine. Nihil  
tamen hac parte inter hæc interest.

<sup>b</sup> Non aliter, Adde quàm si venalem, &c. quomodo  
sequitur in *l. proxim.* Non enim habet hæc lex sen-  
sum perfectum nisi iungatur cum sequentibus, in  
quibus rationem dubitandi & decidendi adfere-  
mus.

29. P O M P O N I V S libro vicenimo primo ad Quintum Mucium.

**N**isi si venalem eum habeas <sup>a</sup>, & plus ex pretio eius <sup>b</sup> consecutus sis <sup>c</sup> propter arti-  
ficium.

*Ad l. Nisi si venalem 29.*

<sup>a</sup> Si venalem eum habeas. Mutat personas, inquit Ir-  
nerius, de reo ad actorem, Et verè. Nam de actore  
locutus fuerat Paulus in prima persona, de posses-  
sore verò in secunda. Hic contra de actore in se-  
cunda. Sed id Triboniano excidisse hoc loco mi-  
randum non est cum centones istos componeret  
ex varijs variorum Iureconsultorum libris. Nam &  
idem incauto ei plerumque excidit in eodem §. vt  
alibi non semel ostendimus.

<sup>b</sup> Et plus ex pretio eius. Ratiō dubitandi. Nemo idè  
obligatur quia accepturus sit ab alio, quod ipse  
præstiterit, *l. nemo idèo 171. de reg. iur.* Ergo nõ debet  
petitor qui venalem seruum habuit, ob id magis  
teneri bonæ fidei possessori quod seruum venden-  
do eruditum, plus ex eius pretio sit consecutus.

Ratio decidendi. Quod plus consecutus sit  
petitor ex pretio serui eruditi non obligat eum ad  
impensam bonæ fidei possessori restituendam, sed  
æquitas illa naturalis, quæ neminem patitur locu-  
pletari ex iactura alterius, Maxime verò eius, qui  
bonæ fidei possessor fuerit, & cui nihil imputari  
possit, *l. iure natura 206. eo. tit. De reg. iur.* Quæ tamè  
æquitas, licet naturalis, contraria æquitate maiore  
tollitur quæ non vult cogi dominum inopem re  
sua carere, ob id solùm quod sumptum in eam bo-  
na fide factum restituere non possit. At hæc con-  
traria æquitas quam maiorem dicimus incipit ces-  
sare, si petitor seruum hunc venalem habeat, & ve-  
lit vendere vbi eum acceperit. Hoc ipso enim vult  
seruo carere. Nulla ergo iniuria ei fit, etiam si eo  
careat, quia volenti non fit iniuria, *l. in diem 9. §. 1.  
infr. de aqua & aqua plu. arc.* Nec rursus in hoc, quod  
impensam præstat, quam ex venditione serui con-  
sequitur, cum tantò plus eum venditurus sit quan-  
tò preciosior is factus est ex impensa bonæ fidei

possessoris. Nec parum fauetur petitori, quod e-  
tiam si plus sit in pretio serui ob eruditionem  
quàm impensum fuerit ad eum eruditionem, non  
lucrum omne petitor possessori reddere cogitur,  
sed eatenus tantum quatenus est impensum, *l. in  
fundo 38. vers. & si plus. Iunge d. l. in fundo in §. l. quod  
si hæc 10. infr. De impens. in rebus dotal. fact. vbi eleganter  
dicitur impensas voluptarias fieri ex voluptarijs  
vtilibus cum factæ sunt in rem promercalem & ve-  
nalem, quia scilicet tantò plus illa venditur. Adde  
d. l. si seruos 25. infr. De pignor. act.*

<sup>c</sup> Consecutus sis. Addit Accursius, aut si alia similis  
æquitas sit, vt, inquit, in *d. l. in fundo.* Quasi eo loco  
duplex casus proponatur in quo petitor etiam  
inops summouendus sit exceptione doli si seruum  
suum vindicare velit nõ redditis sumptibus. Quod  
tamen non ita est. Vnus enim ibi tantum casus  
proponitur & quidem in fine legis. Ille ipse scilicet  
qui in hac lege si petitor inops, rem à se peti-  
tam venditurus sit. Proponitur quidem initio il-  
lius legis alius casus, si petitor eandem impensam  
facturus fuerat: quod vtique non ad alium petito-  
rem referri potest quàm ad diuitem. Sed error Ac-  
kursij & cæterorum hac parte ille est, quod tres  
hos casus distinguit tanquam pares & æquales, si  
petitor non sit rem suam venditurus, si non fuit  
eas facturus impensas quas possessor fecit, si sit  
pauper. Quasi his tribus casibus petitor non de-  
beat sumptus restituere bonæ fidei possessori,  
Cùm è contrario debuisset Accurs. dicere, Regu-  
lam iuris illam esse vt sumptus omnes bonæ fidei  
possessori restituendi sint à petitore, Exceptionem  
verò hanc vniam, Nisi petitor tam pauper sit vt  
eos reddere non possit quin re sua carere cogat-  
ur: subexceptiones verò ad hanc exceptionem  
duas, quarum prior sola ponitur in *dict. l. in fundo in  
fin.*

*fin.* Posterior autem in *l. prox. seq.* Prior est si petitor  
pauper rem petita venalem habeat, vt & in hac le-  
ge, Posterior, si actori denunciatum sit ante litem  
contestatam vt solueret, eoque dissimulante posita  
sit doli mali exceptio. Alius casus si eandem impen-  
sas petitor facturus fuit, neque ad exceptionem, ne-  
que ad iubeptiones pertinet, sed petitori diuiti  
soli conuenit, quem teneri iustum est non ob id  
quod eas impensas æquè facturus fuerit, sed quia  
diues est, & vtilium quoque impensarum restituenda-  
rum facultatem habet. Quamquam euidentior

iuris & æquitatis ratio est in persona petitoris qui  
non solùm diues sit, sed etiam eandem impensas  
facturus fuit. Ideoque Celsus in *d. l. in fundo* exem-  
plum de hoc posuit, cum exempla vndique con-  
quireret, in quibus euidentior æquitas suaderet  
bonum iudicem variè ex personis causisque con-  
stituere debere, sicut lex illa initio præfatur. Nam  
& idè non contentus ille tractare de inope peti-  
tore ponit tam inopem esse illum, vt laribus & se-  
pulchris auitis carendum habeat si obligetur ad  
sumptuum restitutionem.

30. G A I V S libro 7. ad Edictum Prouinciale.

**A**vt si antè <sup>a</sup> denunciatum sit actori, vt impensam solueret: & eo dissimulante, posita  
sit doli mali exceptio.

*Ad l. aut si ante 30.*

<sup>a</sup> Si ante. Intellige, Ante acceptum iudicium, li-  
tèque contestatam, quæ prior Accursij interpre-  
tatio est. Nam posterior, in qua tamen perlit, & à  
qua non valde abhorret Iacob. Cuiacius *lib. 9. Ob-  
seru. 30.* omnino inepta est, quæ ponit factam denun-  
tiationem actori, antequàm impensa facta esset,  
eoque pertinuisse denunciationem vt actor pete-  
ret seruum si suum esse putaret, aut si non peteret,  
sciret imminere sibi necessitatem reddendorum  
sumptuum quicumque postea fierent, Idque in  
pena dissimulationis, vt in *l. 2. C. si alien. res pignor.  
dat. sit.* Quasi ad eam denunciationem petitor dis-  
simulauerit seruum suum esse, atque ita se obstrin-  
xerit exceptioni doli pro sumptibus post denun-  
tiationem factis, Aut quasi imputandum sit peti-  
tori cui ante impensam factam denunciatum est,  
vt si suum seruum existimaret impensam solueret,  
cur non ipse solueret, aut saltem prohiberetur quo-  
minùs à possessore solueretur. Quæ Cuiacij inter-  
pretatio est. Nam imò verò Caij sensus est, Hunc  
esse casum vnum in quo ne quidem inopi petitori  
parcitur, si ante litem contestatam, sed tamen post  
motam controuersiam quæ possessorem de iure  
suo vacillantem & titubantem fecerit *l. nemo ambi-  
git 10. C. de acquir. post. l. sed et si lege 25. §. si ante. sup. de  
petit. hered.* possessor denunciauerit petitori non vt  
ageret (ponimus enim iam cepisse illum agere) sed  
vt solueret impensam, quæ nimirum iam facta esset  
& ante denunciationem. Alioqui quomodo posset  
fieri denunciatio ad extorquendam solutionem e-  
ius summæ quæ nondum impensa esset? Si ergo ita  
facta denunciatione actor dissimulet, non quidem  
seruum suum esse quem iam petere incipit ab hoc  
ipso possessore, sed quia neque paupertatem suam  
allegat, neque aliud quicquam propter quod ad-  
uersus eum vindicantem doli exceptio dari nõ de-  
beat, si sumptus iam factos non offerat, Ideoque  
Prator dictando iudicium directæ vindicationis,  
& in concipienda iudicij formula, ponat exceptio-  
nem doli, qui vetus iudiciorum ritus erat, Erit om-  
nimodo petitor summouendus per illam exceptio-  
nem, Nec ei quicquam proderit allegare apud iu-  
dicem paupertatem, aut aliquam si alia habuit non  
reddendorum sumptuum rationem, quam dissi-  
mulauit apud Prætozem. Est enim exceptio hæc  
non peremptoria, sed dilatoria, vt cætera omnes  
quæ paupertatis fauorem habent, quas omnes ces-  
sare æquum est si postea superueniant facultates  
*Auth. hoc si debitor. C. de pig. l. cura 4. §. descendentium j. de  
muner. & honor. l. ab his 10. §. auitis de vacat. & excus.*

*muner.* Proinde ante litem contestatam opponi  
eam necesse est quamuis postea probari sufficiat *l.  
exceptionem 19. C. de probat. l. ult. C. de except. iunct. l.  
prescriptionem 8. eod.* Itaque hic petitor dissimulatio-  
videtur remittere non quidem exceptionem propriè  
sumptam quæ soli reo non actori competit, sed re-  
plicationem quæ & ipsa exceptio est & iisdem re-  
gulis cõtinetur *l. 1. 2. & 3. D. eod.* Nec enim quemad-  
modum Prætor dat actionem hæc petitori sub ex-  
ceptione doli posita in fauorem bonæ fidei posses-  
soris, Ita & dare potest exceptionem possessori sub  
replicatione in fauorem actoris, si actor apud Præ-  
tozem dissimulauerit id ex quo & propter quod  
replicationem ei dare ac in eadem formula pone-  
re Prætor debuisset si id ipsam allegasset apud eum  
actor quod nunc allegat apud iudicem datum. De-  
nique cùm iudex datus sit adstrictus formulæ, vt  
glebe, facere non potest quin pronunciet summo-  
uendum esse petitorum non propter dissimulatio-  
nem si causam proximam & immediatam respi-  
cias, sed propter appositam in formula exceptio-  
nem doli, pro possessore nulla in contrarium re-  
plicatione debilitatam. Quamquam obseruandum  
est aduersus exceptionem doli nullam solere aut  
posse dari replicationem quod nulla ratio æquita-  
tis possit tueri eum qui est in dolo, sed si quid est  
ex parte actoris, quod alioquin equitatem replica-  
tionis possit inducere, id ipsum impedit ne reo vl-  
la doli exceptio accommodetur, sed aliqua verbis  
alijs concepta quæ replicationem possit admitti-  
re. Inde fit vt certus sit de litis victoria reus si Præ-  
tor in formula iudicij posuerit exceptionem doli,  
dummodo nec materia desit, nec probatio mate-  
riæ illius exceptionis. Et idcirco eleganter Caius  
noster sic loquitur *posita sit doli mali exceptio.* Aliud  
enim est poni exceptionem doli mali, Aliud oppo-  
ni. Ponitur à prætoze, id est, apponitur, scil. in for-  
mula: Opponitur verò à reo, Ponitur post litem  
contestatam, quia nec ante dictatur formula, Op-  
ponitur verò vt plurimum ante litem contesta-  
tam, quamuis & postea opponi possit vsque ad sen-  
tentiam, tanquam quæ peremptoria sit. Cæterum  
extra ius aut iudicium opponi nunquam potest, vt  
nec sine actione & per modum querelæ, vt loqui-  
tur Cuiacius, quia nullus ante institutam actionem  
locus exceptioni esse potest, Et querela omnis quæ  
sine actione proponitur, actio ipsa est potius quàm  
exceptio, vt cernere est in querela inofficij testa-  
menti, in officiosæ donationis, adeoque in querela  
non numeratæ pecuniæ, quamuis huius nominis  
exceptio sit vulgaris & vsitata. Nec quoties à reo

opponitur doli exceptio apud Prætorum, statim Prætor eam ponit in formula, sed ita demum si nulla æquitate contraria debilitetur, quæ replicationi materiam dare possit. Quod cum euenit ut replicationis danda æquitas non desit, dat quidem prætor reo exceptionem, sed non sub nomine doli ut replicationi locum relinquat, quam doli merito profus excluderet. Ut ecce in casu nostro si post motam controuersiam reo denunciante auctori ut impensam factam solueret actor non dissimularet, sed paupertatem suam allegaret, propter quam cogere re sua carere, quam tamen receptam uellet, Prætor utique daret ei formulam sub exceptione illa, si bona fide factos sumptus possessor redderet, sed huic exceptioni subiceret replicationem, Nisi actor sua paupertate nimia sumptus illos reddere impediretur, Quam replicationem illa quoque pro reo duplicato elidere deberet si actor eam rem quam nullis sumptibus redditis uult sibi restitui statim alteri venditurus probaretur. Sed si possessore bonam fidem suam sumptisque a se factos allegante actor dissimulet, nulla alia Prætoris partes esse possunt, quam ut det quidem actori actionem in rem, sed sub exceptione doli quod in dolo euidenter actor sit qui nulla

allata causa uult locupletari ex iactura alterius, & quidem bonæ fidei possessoris. Et hic germanus huius legis sensus est quem nec ab Accursio, nec ab aliis perceptum esse non mirabitur quisquis uidebit pendere ista ex vetere ritu iudiciorum quem ex antiquitatis & Romanæ historiæ memoria repetendum veteres illi glossatores omnes ignorauerunt, sed neque à Cuiacio perceptum fuisse magis miror. Ergo Ratio dubitandi ad hanc legem illa fuit quod neque denunciatio possessoris, neque dissimulatio actoris paupertatem suam non allegantis auctorem in dolo constituere potest, cum nullam ex ea dissimulatione damnium reus sentiat. Non potest igitur ea res præbere reo exceptionem doli. Ratio decidendi. Neque denunciatio, neque dissimulatio dat materiam eius exceptionis, sed æquitas illa naturalis quæ non patitur locupletari auctorem ex iactura bonæ fidei possessoris. Et quam æquitate nihil impedit, nec proinde exceptionem doli cum paupertas nulla allegatur. Denunciatio igitur & exceptio necessaria est, ut extorqueat a reo replicationem, Quam si nullam adferat, sed dissimulet, nihil aliud facere Prætor potest, quam ut in formula ponat exceptionem doli.

31. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**C**eterum, cum de fructibus<sup>a</sup> serui petiti queritur, non tantum pubertas<sup>b</sup> eius spectanda est: quia etiam impuberis aliqua operæ esse possunt. Improbè tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt<sup>c</sup>, quod artificio sumptibus possessoris didicit.

Ad l. Ceterum 31.

**a** Cum de fructibus. Alius hic tractatus est de fructibus, Alius uero de impensis, de quibus hucusque dictum est. Impensæ reddendæ sunt præsertim bonæ fidei possessori. Fructus uero restituntur possessori à malæ fidei possessore. Et idè legem hanc intelligit Accursius de eo tantum qui malæ fidei possessor sit, quasi legis sensus sit, Teneri hunc de fructibus perceptis & percipiendis, ut in l. finitius 33. inf. At non etiam de bonæ fidei possessore qui scilicet non tenetur de fructibus nisi exstantibus, l. certum 22. C. hoc rit. Sed malè, in eo iudicio. Non enim hic agitur de fructibus restituendis à possessore, sed de iis qui compensari possunt & debet cum sumptibus in rem petitam factis, Quod potissimum euenit in persona bonæ fidei possessoris pro quo debet haberi ratio expensarum. Idque constat tam ex hac ipsa lege, uersic. improbè tamè & ex l. seq. quam ex l. sumptus 48. j. eod. Est igitur totus hic tractatus De fructibus, de solo bonæ fidei possessore.

**b** Non tantum pubertas. Sentus est non esse computandos fructus ex puero alieno bona fide perceptos ab illo tantum tempore quo is pubes factus sit, si eius licet adhuc impuberis operæ aliqua esse potuerunt, puta si nomenclator sit, vel histrio, l. ut in fin. j. De liber. caus. Ratio dubitandi. Impuberis si quæ sunt operæ non possunt esse tantæ ut alimentis quæ impuberi præstanda sunt, sufficiant. Nam infantis nullæ penitus esse possunt, l. arboribus 12. §. de illo 3. j. De usufr. aut saltè eius qui minor sit quinque annis, ut scriptum est in l. ut. §. 1. inf. de oper. seruor. Post infantiam uero, quænam possunt esse operæ cum ætas illa pupillaris ad pubertatem usque, etiam ea quæ uidet, ignorare existimetur? l. ante fin. C. de fals. moner. Nec enim multum distant im-

puberes à furiosis, l. Fulcinius 7. §. planè inf. quib. ex caus. in pess. cas.

Ratio decidendi. Impuberis qui modò infantiam excelescit operæ aliqua esse possunt, d. l. ut in fin. de lib. caus. ubi exempla adferuntur nomenclatoris (sic enim malo legere quam ut vulgo, nomenclatoris cum à calando sic dicatur) & histronis. Ex quibus operis redigi sanè plus potest quam necesse sit impendi in alimenta, Ideoque harum etiam operarum tanquam fructuum rationem haberi oportet, ut cum impensis in puerum factis compensentur. Exemplo impensarum factarum in solum alienum, d. l. sumptus 38. inf. hoc rit.

**c** Qui ex artificio eius percipi potuerunt. Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non cogitur cum sumptibus quos in rem alienam bona fide fecit, alios fructus compensare, quam quos ipse percepit non etiam illos quos percipere potuit. In solo namque malæ fidei possessore id obtinet ut eos quoque fructus reddere teneatur quos non percepit si modò percipere potuit, adeoque si eos percepturus fuerat petitor, l. si nauis 62. in fin. j. hoc rit. Atqui loquitur hæc lex de bonæ fidei possessore, ut supra diximus. Ergo nihil attinet hinc querere de fructibus qui percipi potuerunt etiam si aliunde percipi potuissent, quam ex artificio quod ille sumptibus possessoris didicisset.

Ratio decidendi. Differentia illa inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei possessore obtinet quod ad fructus perceptos ante litem contestatam, Sed non quod ad ceteros qui post contestationem percepti sunt, aut percipi potuerunt. De quibus etiam tamen hoc loco agitur, & in quatuor legibus sequentibus. Hoc ergo sibi uult Paulus, etiam si ex die litis contestatæ nulla sit differentia inter bonæ fidei

fidei possessorem de quo solo agit & prædonem quod ad fructus attinet, ut omnes restitui debeant, & qui percepti sunt & qui percipi honestè potuerunt l. si bono 4. inf. hoc rit. Improbè tamen petitorum desideraturum, ut contra bonæ fidei possessorem æstimetur fructus pueri petiti qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificio didicit sumptibus possessoris. An ergo idem dicemus in quolibet malæ fidei possessore, ut putat Accursius? Nec enim tam fauorabili interpretatione dignus est is qui ab initio malæ fidei possessor fuit, quique in eum puerum erudiendum impendit quem sciebat alienum esse, quo casu est sanè quod ei imputetur non cur erudierit, sed ut eam impensam donasse uideatur. Et hic sanè casus ualde singularis & notandus est in quo melior sit condicio bonæ fidei possessoris, quam malæ fidei possessoris, quod ad fructus, Cum tamen dici solet post litem contestatam omnes possessores esse pares hac parte, d. l. si bono 4. inf. hoc rit. §. si amos. de hered. petit. Neque pro Accursio quicquam facit quod ipse allegat ex l. uer. similit. C. de alienat. & palud. Non enim ibi agitur de malæ fidei possessore, sed de illo

potius, qui bona fide rem publicè uitilem fecit, & incultas paludes ad frugum utilitatem transtulit: in quo ne statim tribuitis onerandus sit ratio illa equitatis facit quam adferunt Imperatores ne doleant diligentes operam suam agri dedisse cultura, & ut diligentiam suam sibi damnosam non esse intelligant. Quæ ratio ad bonæ fidei possessorem tantum accommodari potest, qui in puerum erudiendum impendit bona fide, quique si teneatur etiam ad eos fructus quos non percepit ex artificio serui, sed quos tamen percipere potuit post litem contestatam, utique damnium ex diligentia sua sentiret, cum tamen satis sit lucrum ei eripi, quod sit compensatis fructibus iis solis quos ex contestationis die percepit. At malæ fidei possessori non modò lucrum eripi, sed etiam damnium fructuum inligi non est iniquum in pœnam malæ fidei, ut non modò eos æstimari oporteat, quos ipse culpa sua non percepit, sed illos etiam quos percipere petitor potuisset si rem suam habuisset d. l. si nauis. in si. Fructus tamen in operis seruorum sicut in ceteris reb. intelligi oportet deductis impensis necessariis, puta alimentorum l. si nectus 4. j. de oper. seruor.

32. MODESTINVS libro 3. Differentiarum.

**Q**uod si artificem fecerit<sup>a</sup>: post uicesimum quintum annum<sup>b</sup> eius, qui artificium consecutus est impensæ factæ poterunt pensari<sup>c</sup>.

Ad l. quod si artificem 32.

**a** Fecerit. Scilicet bonæ fidei possessor, Nempè de hoc solo lex loquitur, ut & superiores proxima, & sequentes. Nam in malæ fidei possessore nihil tale tractari potest, in cuius nimirum persona nulla penitus habetur ratio impensarum, neque ut deducantur, neque ut cum fructibus compensentur, quos omnes omnimodo & sine ulla distinctione restituere malæ fidei possessor cogitur, etiam quos percepit vel percipere honestè potuit ante litem contestatam, Ad eò ut nec compensare eos possit cum impensis a se factis, præsertim si tales sint, quæ tolli sine rei detrimeto nequeant, quod unum ei fauorabiliores leges præstant l. uiles 39. in fin. sup. de hered. petit. At quoniam in persona bonæ fidei possessoris est contractio habetur ratio impensarum omnium ut per doli exceptionem seruentur, si habeat petitor unde illas restituat, & ita tanè ut compensandæ sint pro rata cum fructibus ab eo non solum post litem contestatam, sed etiam antea perceptis, idè tractandum necessariò est de fructibus & qui percepti sunt & qui percipi honestè potuerunt quoties queritur de impensis etiam à bonæ fidei possessore factis, Ad effectum scilicet non restitutionis, sed compensationis. De qua cum hæc lex loquatur proinde factè est non nisi de bonæ fidei possessore intelligi debere, contra quam Accursius noster senserit.

**b** Post uicesimum quintum annum. Omnimodo legendum est post quintum annum. Nam ab eo tempore operæ hominis aliqua esse incipiunt l. ut. uers. si annor. j. de oper. seruor. Atque ita post obseruatum uulgaris lectionis mendum, etiam Cuiacio placeat competere lib. 9. Obseru. c. 38. ubi ait definitionem huius temporis sumptam fuisse ex lege Julia per quæ libertus operarum obligatione soluitur si filium unum quinquennem habuerit l. qui libertinus 37. De oper. libert. Nam si in operis æstimandis nec pubertatis spectanda est, ut scriptum est in l. proxim. præced.

quantò minòs spectanda erit iuuentus: ut bene prædicto loco Cuiacius argumentatur. Cur non ergo earum operarum ratio habebitur, ut compensentur cum impensis etiam priusquam seruus uicesimum quintum annum impleuerit?

Ratio dubitandi. Infantis operæ nullæ esse possunt l. arboribus 12. §. de illo inf. de usufr. Atqui infans dicitur qui minor est septennio l. si infans 18. Cod. de iur. delib. in sponsalibus 14. j. de sponsal. Ergo non à quinque, sed à septem annis computandæ & æstimandæ sunt operæ.

Ratio decidendi. Infantem accipere debemus in hoc tractatu non impropiè puerum certæ ætatis, sed propriè illum qui fieri non possit, ut in l. 3. qui admitt. ad bonor. possess. post. l. u. §. sufficiat. j. de admin. tutor. & iur. de bonor. poss. iur. infans. Talis enim infantis nulla certè possunt esse operæ, sed post quintum annum, quo tempore uix est ut impubes fieri non possit, aliqua esse possunt d. l. ut. de oper. seruor. & d. l. qui libertinus. de oper. libert.

**c** Impensæ factæ poterunt pensari. Scilicet cum fructibus perceptis, à quo tempore puer quinquennis fuit. Non autem ut Accurs. interpretatur cum fructibus perceptis ante 25. annum. Quidni enim compensabuntur cum fructibus etiam post uicesimum quintum perceptis si priorum annorum fructus compensationi non sufficiant: Aut si fructuum præcedentis temporis maior æstimatio est quam impensarum, Quidni restituentur etiam qui percepti sunt ante uicesimum quintum annum, quamuis à bonæ fidei possessore si modò sint percepti post litem contestatam? Alioqui certum est compensari tantum eos posse, restitui uero non debere. Denique non loquitur Modestinus in hac lege de impensarum compensatione cum fructibus faciendâ post uicesimum quintum annum, sed de impensis compensandis cum fructibus perceptis post eam ætatem, ut probant uerba illa post uicesimum quintum annum. Quæ res manifestè deregit uitium reced-



pta lectionis. Quid enim fiet de fructibus ante vice-  
cesimum quintum annum perceptis? Nullane illo-  
rum ratio habebitur? Atqui æquum est haberi iam  
inde ab elapso quinquennio, ut probauimus. Ergo  
de quinto anno non de vicefimoquinto Modestini-  
um scripsisse fatendum est. Ex hoc verò Accursij  
errore ille etiam nascitur, quod legat compensationem  
hanc non ab homine fieri, sed à lege impen-  
satarum omnium quæ in puerum factæ sunt, &  
fructuum ex puero perceptorum, siue impen-  
sæ sint æquales, inquit, fructibus, siue inæquales. Quod  
non ita est. Nam si impen-  
satarum quantitati modus  
fructuum non omnino respondeat, dubitandum  
non est quin superfluum, id est, quod plus est in  
sumptibus quàm in fructibus debeat petitor resti-  
tuere bonæ fidei possessori. Sicut eueniret in fructibus  
fundi compensandis cum impen-  
satis in eum fundum factis d. l. sumptus in fin. Quamuis è contra-  
rio non debeat bonæ fidei possessor reddere quod  
plus percepit fructuum nomine quàm impende-  
rit, quia omnes fructus lucratur si sint consumpti  
nec alios restituit quàm qui vel adhuc extant tem-  
pore litis contestatæ, vel post litem contestatam per-  
cepti sunt. Ceteros omnes retinet quamuis perce-  
ptos post annum pueri vicefimoquintum, & qui-  
dem ita ut eos habeat in lucro, nisi quatenus cum  
impen-  
satis bona fide factis compensare cogitur, ut  
diximus. Ideo quæ nimirum tractat Modestinus nõ

in quod usque tempus, sed à quo demum  
recepti fructus ex operis serui compe-  
santur cum sumptibus in puerum eradiendum  
sunt. Hæc verò aliter & male ab Accursio explicata esse  
mirandum non est quem vulgata lectionis men-  
dum haud dubiè saltem ex parte fecerit. Quamquã  
in eo errauit vltro & sine causa quod legem hanc  
de solo malæ fidei possessore intelligit, quæ ut pro-  
bauimus, loquitur de solo bonæ fidei possessore.  
Quid ergo si nullos ex puero fructus possessor hic  
percepit? Nocebit ei, inquit Accursius, quia nihil  
erit quod possit tollere, ut diximus in l. fin aut 27.  
§. vlt. sup. Rectè si eum casum tractemus quo peti-  
tor sit adeo pauper, ut non possit cogi hos sumptus  
in puerum factos reddere quin puero ipso caren-  
dum habeat. Aut si poneres cum Accursio non tra-  
ctari hoc loco, nisi de malæ fidei possessore, quem  
nos negamus posse vllas impen-  
sas deducere, sed tantum tollere quas fecit si absque puero instanti  
id fieri possit. At cum loquatur hic Modestinus de  
solo bonæ fidei possessore, nec distinguit diuitem  
petitorem à paupere, debuit Accursius ad propo-  
sitam questionem respondere cum distinctione.  
Ut si quidem pauper sit petitor nocet possessori  
quod nullos fructus percepit, si verò petitor sit  
diues, tantò plus impen-  
satarum nomine reddere  
possessori debeat quantò minores fructus posses-  
sor percepit.

33. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**F**ructus non modò percepti, sed & qui percipi potuerunt honestè estimandi sunt, &  
fideò, si dolo & culpa possessoris, res petita perierit: veriore[m] putat Pomponius Tre-  
batij opinionem putantis, cuiusque fructuum rationem habendam quousque haberetur, si  
non perierit: id est, ad rei iudicandæ tempus, & Iuliano placet. Hæc ratione: si nuda pro-  
prietatis dominus perierit, & inter motas vsusfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad  
proprietatem vsusfructus reuersus est: ratio fructuum habebitur.

Ad l. fructus 33.

**a** Sed & qui percipi potuerunt. Ex his nimirum verbis  
infert Accurs. & cum eo ceteri legem hanc loqui  
de solo malæ fidei possessore, cuius odio receptum  
est, ut non tantum perceptos fructus restituere te-  
neatur, sed etiam omnes eos qui ab ipso adeoque  
qui à domino percipi potuerunt l. si natus 62. §. vlt.  
infr. Sed malè. Nam imò verò de solo bonæ fidei  
possessore Paulus hoc loco tractat, sed de fructi-  
bus post litē contestatā perceptis aut percipiendis  
in quibus nullum bonæ fidei possessor habet pri-  
uilegium tanquam qui ex die litis contestatæ cœ-  
perit esse in mala fide, l. si homo 45. §. l. sed et si 25. §. si  
ante sup. de hered. petiti. Id quod apparet tam ex eo quod  
Paulus ponit rem petitam petiisse dolo aut culpa  
possessoris, quæ distinctio non nisi in bonæ fidei  
possessore cadere potest, cum malæ fidei posses-  
sor indistinctè teneatur de interitu rei etiam citra  
culpam suam contingente, ut dixi ad l. item si verbe-  
ratum 15. §. vlt. & l. seq. sup. ex l. illud. 40. sup. De hered.  
petiti. Quam ex illo etiam quod tractat Paulus de  
habenda ratione fructuum in rei vsque iudicandæ  
tempus. Nec enim res iudicari potest nisi post li-  
tem contestatam. Denique tota hæc lex est de re  
petita, quæ post non dicitur peti nisi per conte-  
stationem, l. amplius 15. infr. at. rem habet. Agit ergo  
de fructibus post litem contestatam perceptis, ut  
& l. ex diuerso 35. infr. vbi apertius hoc est ex illis  
verbis si petitor litē contestatā vsusfructum legauerit.

**b** Honestè. Ratio dubitandi. Non debet honesta  
interpretatio lucrum inhonesti quæritus adferre  
malæ fidei possessori. l. si possessor 52. §. de hered. petiti.  
Atqui tractamus de fructibus perceptis post litem  
contestatam, ut proximè diximus. Ergo à malæ fi-  
dei possessore, licet bonæ fidei possessor antea fuis-  
set. Ratio decidendi. Primum iuris præceptum  
est honestè viuere, l. antep. §. 1. sup. de iustit. & iur.  
Proinde nemo credendus est posse id facere quod  
honestè non possit, l. filius 15. §. De condic. insti. Er-  
go nec potuisse fructus alios percipere, quàm  
quos honestè percipere potuisset. Verum ad per-  
cipiendos tantum fructus hoc pertinet, non etiam  
ad perceptos. Percepti enim quamuis inhonestè  
omnes restituendi sunt, l. ancillarum 27. §. vlt. sup. de  
hered. petiti. Ex illa scilicet ratione, quam attulimus  
ex d. l. si possessor 52. eod. tit.

**c** Si dolo aut culpa possessoris. Requirit semper Paulus  
dolum & culpam possessoris ut teneatur de rei pe-  
titæ interitu naturali etiam post litem contestatam  
contingente. Nimirum cum tractat de bonæ fidei  
possessore quem alioqui non putaret teneri con-  
tra Proculi, Vlpiani & sequacium sententiam, ut  
suprà diximus. Ceterum non tantum possessoris  
ipius culpa & dolo in hoc iudicium venit, sed et-  
iam heredis, l. si in rem 42. iunct. l. qui petitorio 36. §.  
1. si homo 45. infr. eod.

**d** Ad rei iudicandæ tempus. Noli intelligere cū Ac-  
cursio ex tempore moræ. Significatur enim his verbis  
terminus

terminus ad quem non terminus à quo. Nec rur-  
sus verum est fructus in hoc iudicio vnquam debe-  
ri ex die mortis. Nam si bonæ fidei possessor fuit  
reddere debet extantes omnes etiam qui ante mo-  
ram percepti sunt, consumptos vero nullos nisi ex  
die litis contestatæ. Sin malæ fidei possessor, omnes  
restituere cogitur sine vlla temporis distinctione,  
quia ex die possessionis quo mala fides cœpit, sem-  
per moram tacere intelligitur. Sensus ergo huius  
loci est. Etiam bonæ fidei possessor debere fru-  
ctus rei petite quæ dolo culpæ ipsius petiti, non  
tantum in diem vsque quo petiit, sed etiam in rei  
vsque iudicandæ tempus.

Ratio dubitandi. Nec malæ fidei possessor ad alios  
fructus tenetur quàm qui vel percepti ab eo  
sunt, vel percipi honestè potuerant l. si natus 62. §. 1.  
infr. Atqui mortui hominis fructus nulli sunt, nec  
esse possunt, Imò nec vlla hominis æstimatio si ce-  
ducatur ad id instantis quo moritur, licet eo instanti  
adhuc viuat l. pen. §. de condi. insti. Ergo licet non  
potest, ut ex die quo petitus homo mortuus est, li-  
cet dolo vel culpa possessoris, & post litem conte-  
statam, vllt tamen fructus debeantur in diem vs-  
que rei iudicatæ. Ratio decidendi. Res quæ post  
litē contestatam petiit dolo vel culpa possessoris  
perinde habetur ac si adhuc extaret, & homo etiam  
ex stipulatu debitor & post mortem mortuus adhuc  
creditor viuere l. si natus 62. §. 1. quitur. & §. vlt. inf.  
de verber. oblig. Ergo ipius quoque fructus æstima-  
ri possunt quales quantique æstimantur si non  
perierit in tempus vsque quo rei iudicatur, Cum  
hoc casu etiam post rem petitam necessaria sit  
sententia nõ in modò propter fructus & partus, & sti-  
pulationem de euictione, sed etiam propter rem  
ipsam peremptam l. vlt. §. 6. in princip. & §. 1. sup. l.  
qui petitorio 36. §. 1. Planè si homo petitus in eam  
valetudinem inciderat, ut nullas operas præstare  
posset, multò minùs æquum erit operas ipsius ali-  
quas æstimari post ipsius mortem quas nec si vixis-  
set, præstare tamen vllas potuisset l. p. n. §. hoc tit. Ne  
scilicet alioqui plus profit heredi in casu hęcto, quàm  
veritas in casu vero, contra regulam iuris. Sanè post  
rem iudicatā nulla ratio est ut fructus vlli æstimen-  
tur, quia nec in hoc iudicium venient etiam si res  
non perierit, Alioqui euenire necesse esset ut ho-  
mo post litē contestatam mortuus qui pro adhuc

viuo haberetur in perpetuum viuere crederetur,  
quia non posset dari initium temporis à quo de-  
beret incipere haberi pro mortuo, qui tamen iam  
semel re vera mortuus non amplius postea num-  
quam posset. Præter id quod tunc quoque eam pe-  
titus homo viuit eo adhuc tempore quo res iudi-  
catur, nihil tamen iudex pronuciare potest de fru-  
ctibus postea percipiendis, quia ad eum nil perti-  
net futuri temporis tractus l. §. 1. §. de vsur.

**e** Si nuda proprietatis dominus perierit. Scilicet nuda  
proprietatē. A quo verò? An à fructuario, vel  
alio qui ab ipso causam habet: ita putat Azo, Non  
etiam si ab eo qui sit prorsus extraneus. Quasi eo  
casu quo contra extraneum agatur habenda sit ra-  
tio fructuum prius etiã quàm vsusfructus amissus  
sit, quia nullam illi seruitutem debet dominus nuda  
proprietatis, arg. l. loci 4. §. competit. §. si iudicat.  
vlt. §. l. pen. vlt. quod si forte §. si vsusfr. petiti. Sed  
malè, & parum accommodatè ad superiorem hu-  
ius legis sententiam, cui hæc quoque connectitur.  
Vult enim Paulus dicere petitori nuda proprietatis  
restituendos esse à possessor fructus etiam quos  
non percepit si modò eos percipere potuerit,  
Potuit autem ex quo die vsusfructus amissus est  
non antea, Ergo & fructus æstimandi erunt in pro-  
posito ex die amissi vsusfructus, non in vltimus te-  
trorsum tempus. Quod si poneres actū ratiõ vindic-  
atione contra fructuarium, vel abum qui ab eo  
causam haberet, dubitandum non esset quin tene-  
retur ille ad restituendos fructus perceptos ante a-  
missum vsusfructum, quia eos percepisset, Non  
etiam ad ceteros exinde percipiendos, quia nec si  
voluisset percipere, tamen illos potuisset, finito ni-  
mirum vel amisso iam vsusfructu. Est igitur hic lo-  
cus intelligendus de fundo fructuario quem domi-  
nus vindicat ab extraneo penitus possessore, non  
ab ipso vsusfructuario.

**f** Ratio fructuum habebitur, quamuis possessor eos  
fructus non percepit, sed forte vel fructuarium i-  
pse, vel fructuarij heres, vel alius quilibet nullo iu-  
re. Sufficit enim quod possessor eos percipere po-  
tuerit, quomodo certe potuit ex die amissi vel fini-  
ti vsusfructus. Anterioris ergo temporis fructus  
nulli debebuntur, cum eos possessor honestè per-  
cipere non potuerit, quando durauit vsusfructus.  
Sic in l. vid. amicus 19. §. de v. iur. lunge l. prox. §. q.

34. IULIANVS libro 7. Digestorum.

**I**dem est, & si per alluionem pars fundo accesserit.

Ad l. idem est 34.

**a** Idem est, ut scilicet possessor fundi hoc casu con-  
demnandus sit ad fructus eius quoque portionis  
quæ per alluionem accessit post litem contesta-  
tam, & inter moras iudicij, quamuis in spe-  
re tempore litis contestatæ nulla huiusmodi fructuum ra-  
tio haberi possit.

Ratio dubitandi. Eadem est ad hanc legem, quæ  
ad versic. vlt. legis præcedentis. Illa nimirum, quod  
tempore litis contestatæ & cum perita res est, nulli  
fructus percipi aut peti poterant pro ea parte quæ  
postea per alluionem accessit, quia nondum illa  
accesserat, sicut & in specie vltima legis præceden-  
tis nihil fuerat petitum præter nudam proprietate-  
m, quæ fieri non potuit ut fructus villos fecat l. vi-  
deamus 19. §. de vsur. Ergo non possunt fructus vlli  
in hoc iudicium venire, tamen si postea pars fundi

per alluionem accesserit parti petite, aut vsusfru-  
ctus redierit ad proprietatem. Nec enim videtur  
iudex datus de ea re quæ post iudicium acceptum  
accessit, sed potius noua interpellatione opus esse  
l. non potest 23. sup. de iudic.

Ratio decidendi. Id omne debet possessor red-  
dere quod petitor habere potuisset in tempus vs-  
que rei iudicatæ si litis contestatæ tempore resti-  
tura ei res fuisset l. præterea 20. sup. hoc tit. l. prox. §. 1.  
infr. eod. Alioqui res non videretur restituta dicti. §. 1.  
Atqui si res petita fuisset restituta petitori, potuis-  
set ille percipere fructus eius quoque partis quæ  
post litē contestatam accessit fundo per alluio-  
nem, quia ponimus eam accessisse inter moras iu-  
dicij & ante tempus rei iudicandæ, Sicut & in su-  
periore specie potuisset percipere fructus qui per  
consolidationem vsusfructus cum nuda proprie-

tate ex fundo prouenerunt. Nam & consolidatio- nem illam posuimus factam inter moras iudicij, vt Paulus loquitur, id est, post litem quidem contesta- tam, sed ante rem iudicariam. Ergo eos quoque fru- ctus restituere possessor debet, licet nullos per- ceperit, quia sufficit percipi eos potuisse. Et hoc est quod ait Paulus in *l. procedite* his verbis *hac ratione*, id est, quia diximus non tantum perceptos fructus restituui, sed etiam eos omnes qui percipi honeste potuerunt in tempus vsque rei iudicandae. Hoc enim necessarium addendum est vt bona sit illatio, & vt sequentia congruant praecedentibus, quod ta-

35. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**E**T ex diuerso, si petitor a, lite contestata vsumfructum legauerit b, ex eo tempore, ex quo discessit a proprietate c, fructuum rationem non habendam quidam recedunt pu- tant.

*Adl. & ex diuerso 35.*

a Si petitor plena proprietatis, vt bene Accursius noiter explicat.

b *Vsumfructum legauerit.* An ei ipsi a quo rem pete- bat, Quasi si extraneo legasset, habenda nihilomi- nus fructuum ratio esset ex quo etiam vsumfructus a proprietate discessisset? Ita putat Accursius secutus illam Azonis sententiam & interpretationem quam nos refutauimus ad *fin. l. 3. sup.* Sed male, vt puo. Nam cum vsumfructus a petitore legatus est extraneo, apparet non fuisse petitorum aut ipsius heredeum, ab eo tempore fructus villos percepturum ex fundo petito, tamen si lite contestata tempore restitutus fundus fuisset. Illos enim legatarius per- cepisset, non minus quam si fundus ei ipsi a quo petebatur legatus esset. Vt roque igitur casu verum est non esse habendam rationem fructuum vt ad eorum restitutionem possessor condemnatur, nisi in id vsque tempus quo vsumfructus a proprietate discesserit. Nec tantum si ponas fructus illos a pos- sessore perceptos non fuisse, qui casu minorem habet dubitationem, cum eos neque perceperit, neque percipere iure potuerit, sed etiam si eos per- ceperit. Vt enim fructuum ratio haberi nulla pro petitore debeat, non iam incipiendum est an fru- ctus nullos possessor perceperit, quam vtrum ali- quos vel nullos percepturus fuerit petitor si resti- tuta ei res fuisset. Atque nullos percipere potuisset heres petitoris ex ea re cuius vsumfructum petitor alij legasset. Ergo nec ad villos condemnandus est possessor quamuis omnes perceperit.

Ratio dubitandi. Legatum a petitore factum post litem contestatam non purgat malam fidem pos- sessoris quae ex contestatione inducitur. Atqui ma- la fides illa est quae obligat possessorem ad restitu- tionem fructuum omnium & perceptorum & per- cipiendorum, vt diximus ad *l. fructus 33. & alibi pass. sup. hoc tit.* Ergo non eodem modo teneri debet possessor ad restitutionem fructuum saltem eorum quos per- cepit ne ei mala fides sua prodesse incipiat ob le- gatam quod alteri & in alterius fauorem facta sit. Praesertim vero si petitoris heres idemque peti- tor paratus sit ei canere de ipso defendendo aduer- sus fructuarium, vt in *l. per. sup. de hered. pet.*

Ratio decidendi. Nuda proprietatis fructus nul- lus esse aut intelligi potest *l. videamus 19. j. de vsur.* Atqui nuda fuit proprietatis ex quo tempore ab ea discessit vsumfructus. Ergo ab eo tempore nulla fructuum in fauorem petitoris haberi ratio potest, Non quasi ab eo tempore fauorabilior sit possessor,

men Accursius praetermisit, vt facile quis intel- ligeret non esse illum assecutum sententiam le- gis.

b *Per alluionem.* Nam portio quae per alluionem adcreuit, non personae, sed portioni adcreuit *l. si Titio 33. §. 1. j. de vsufr.* Ergo habiturus eam quoque actor erat si alia portio quae petebatur ei restituta fuisset tempore lite contestata. Et ideo mirum non est venire illam in iudicium quo alia portio vindicabatur, scilicet tanquam causa qua- dam rei petite, arg. *di. l. praeterit 20. sup. & l. pro. seq. §. 1.*

qui saltem per contestationem in mala fide consti- tutus est. Sed quia exinde nullum ius super fuit do- mino nuda proprietatis ad repetendos fructus qui facti ipsius petitoris ad alium pertinere ceperunt. Itaque summouetur hoc casu petitor a petitione fructuum non iure aliquo vel fauore possessoris, sed ob non ius ipsius petitoris, vt euenit aliis pleniusque casibus *l. de i. §. competit. j. si seruit. vindic. l. vit. C. hoc tit. l. ult. de acquir. poss. §.*

c *Ex quo discessit a proprietate,* id est, a quo tempore adita est hereditas illius qui vsumfructum legauit. Ab eo enim duntaxat tempore legari vsumfructus dies cedit, & actio de vsumfructu competere incipit, quia cum vsumfructus ex fruendo consistat, tunc demum constituitur vsumfructus, cum quis iam frui potest. Nemo autem frui potest ante aditam hereditatem, non solum quod tamen incertum sit an legatum praestandum sit, sed etiam quia nemo adhuc est qui vsumfructum tradere possit, & a proprietate separare *l. vni. in princip. & §. dies aut. infr. Quam. dies vsufruct. legat. cod.* In eoque differt hoc legatum a ceteris quorum dies cedit a morte testatoris, quonia in iure non in facto consistunt. Vsumfructus vero licet ius sit & in iure consistat po- tius quam in corpore *l. dominus 66. §. fundo l. cum si- lius 75. §. dominus. de leg. 2.* tamen ex facto maximè aestimatur, id est, ex fruendo, *di. l. vni. c.*

Ratio dubitandi. Quamuis vsumfructus a proprie- tate discesserit, non ideo tamen fructuarium facit fructus suos priusquam satis dederit de re restituenda, & de fruendo fruendo arbitrio boni viri, *Ex tit. vsufr. quae caueat. Not. in l. C. de vsufr. & in l. uxori fru- ctu 24. j. de vsufr. legat.* Ergo non eodem modo fructuum ratio habenda est contra possessorem etiam postquam vsumfructus a proprietate discessit, In id scil. vsque tempus quo satisfactio praestita sit.

Ratio decidendi. Statim atque vsumfructus a proprie- tate discessit, proprietatis nuda remanet, Ergo nullum ius superest proprietario ratione fructuum vt eos petere possit a possessore cum nuda proprie- tatis fructus nullus intelligi possit, vt iam dixi- mus *ex di. l. videamus 19. de vsur.* Nec proinde que- rendum est an fructuarium suos fructus facere po- tuerit, an non. Quamquam verius est fructuarium facere fructus suos omnes quos perceperit, nulla etiam praestita satisfactioe cum imputari possit he- redi aut alij qui vsumfructum tradidit cur tradide- rit ante satisfactioem. Nam nec satisfactio aliter deberetur quam si petatur. Nec repugnat quod scri- ptum est in *di. l. uxori* vsq. verbis *post impletam ex se- natus*

*nam. consulto cautionem.* Non enim ad cautionem de vsumfructu quodlibet dandum id pertinet, sed ad eam quae necessaria omnino est, vt pecuniae, & nominum, & ceterarum rerum quae vtu consumuntur, & de quibus ibi agitur, quam vsumfructus constitui possit *l. 1. §. j. quod. tit. & l. 1. in iud. de vsufr. caruor. quae si coniam.* His adhaeret Ac- cursius quod est onem de fructibus a bona vel male fidei possessore perceptis, Cui tamen prior locus erit ad *l. bona fidei §. de acquir. ind. r. d. omni.* Sum- ma haec est. Bone fidei possessorem facere omnes fructus suos, nec minus naturales, quam industria- les, Non tamen absolute, vt eos laeretur si non eos, vel vsumperit, vel consumperit, sed interim, id est, quando res non euenit vt per vindicatio- nem *di. l. bona fidei. ian. c. §. j. non domino. infr. de vrom. di. vsufr. qui ser. §. vni. infr. de vsur. l. 4. §. post. in iud. in re. quod. leg. 4. §. l. iud. de vsufr. ap.*

**I** Vbi autem a ienem fundum petij, & iudex sententia declarauit meum esse a; de- bet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore c, & de fructibus condemnaturum non debere enim luero possessoris cedere fructus, cum victus sit, alio- quin, vt Manucianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui & quare habeat, quod non esse. habituru possessor, si statim possessionem restituisset?

*Ad §. 1. Vbi autem.*

a *Di. l. in iud. meum esse,* fal's nimirum allegatio- nibus deceptus, & talis probationibus. Nec enim sufficit ei qui agit directa rei vindicatione, vt dominum se alleget, si non etiam probet, & qui- dem plenissime *l. in iud. 24. l. vlt. & pass. C. hoc tit. l. si quis possidet. l. de leg. ad probationem domini 21. Cod. de probat.*

b *Etiam de fructibus.* Ratio dubitandi. Fructus non veniunt in vindicationem nisi iure domi- nij, quia scilicet non iure feminis, sed iure soli percipiuntur *l. qui ser. 25. §. 1. infr. de vsur.* Ergo non possunt deberi fructus ei, aut ad eum pertinere, qui fundum alienum petiit. Maxime vero si e- ius fundi dominium ad possessorem ipsum per- tineat qui per errorem & iniuriam iudicis con- demnatus fuit. Nec enim sententia potest con- struere & acquirere alicui dominium, sed tan- tum id quod esse declarat *l. si autem 8. §. sed si queritur. infr. si seruit. vnde.* Ergo probato er- rore iudicis in adiudicatione petiti facta rei alienae nulla fructuum condemnatio sequi po- test.

Ratio decidendi. Res iudicata pro veritate ha- betur *l. res iudicata 207. De regulis iuris Ling. omnium 25. De statulib. homin.* ne alioqui nullis futuris sit litium finis *l. 2. & 4. Cod. de re iudic. ar.* Et ad reipu- blicae utilitatem pertinet vt rerum iudicatarum praecipua sit auctoritas, mandenturque execu- tioni tamen si per errorem aut per sordes, vel gra- tiam iudicatum sit *l. seruo 65. §. cum pr. or. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo post senten- tiam pro non domino latam qui dominus pro- nunciatus fuit habendus ille est pro vero domi- no, & consequenter possessor pro non domi- no, etiam si verè dominus antea fuisset. Ergo & de fructibus perinde condemnari possessor de- bet, atque condemnandus esset si dominium ve- rè ad actorem pertinere. Non enim debent fru- ctus cedere luero possessoris qui victus est. Ce-

Tom. II.

Nam cum res euincitur & vindicatur, condem- nandus est bone fidei possessor, vt fructus omnes qui extraxit, vt naturales, siue industriales sint, res- tituat, officio scilicet iudicis. eademque rei vindic- atione qua rem ipsam vindicat non alia. Loqui- mur autem de perceptis ante litem contestatam, Nam qui postea percepti sunt, omnes restitui de- bent tanquam a male fidei possessore percepti *leg. certum 22. C. hoc tit.* At male fidei possessor om- nes omnino fructus simul cum ipsa re restituere de- bet, cum hac tantum differentia quod extrantes ab eo per vindicationem petendi sunt, consumpti ve- rò per conditionem repetendi *l. in iud. §. 3. Cod. de conuict. ex leg. & fin. c. inf.* Scripsi pluribus *lib. 6. Conuict. cap. 8.* vbi etiam de sententia & emenda- tione *leg. fructus 33. de vsur.* quae sola totam hanc questionem difficilem & inexplicabilem interpre- tibus fecit.

derent autem si non eos restituere teneretur. De- nique cum iudex pronunciauit, licet per erro- rem, fundum esse petitoris, hoc ipso cogitur arbi- trari, eum restituere debere petitori. Atqui non vi- deretur id arbitrari si non eodem errore posses- sorem de fructibus condemnaret, nec rursus vi- deretur restitutus fundus qui plenissime restitu- tus non esset, & cum omni sua causa *leg. pr. tercia. sup. leg. videamus 38. §. in Favianam. infr. de vsur. l. 2. §. 1. infr. commod.* licet eo loco non agatur de re resti- tuta sine fructibus, sed de re quae deterior reddi- ta est.

c *Eodem enim errore.* Ratio dubitandi. Quod non ratione, sed errore factum est numquam trahi debet ad consequentias *l. quod non ratione 39. sup. de legibus,* quia nec errantis voluntas vlla vel con- sentis esse intelligitur *leg. si per errorem 15. inf. de in- iurijs.* Ideoque corrigendi sunt errores vbi depre- henti sunt, non multiplicandi. Ergo si appareat male ac per errorem pronunciatum esse de fundo, nulla ratio est vt eodem errore de fructibus quo- que contra possessorem pronuncietur. Ne alioqui duplex fiat iniuria possessori cui vnam factam esse satis sit.

Ratio decidendi. Causa fructuum ita est con- iuncta cum causa dominij, vt ab ea separari non possit, cum fructus non iure feminis percipiuntur, sed iure soli. Necessario igitur facere iudex debet, vt fructuum restitutio concomitetur aut saltem sequatur rei restitutionem. Alioquin dum id ageret ne erraret in facto, erraret euidenter in iure quod esset multo absurdus. Error enim iu- ris intolerabilis est in iudice, facti verò tolerabi- lis etiam in eo qui alioquin prudentissimus sit, *leg. 2. de iur. & fact. ignor.* Estque hic casus elegantissi- mus inter eos qui adferri possunt, vt probetur exemplis, Multa in iure nostro admittenda esse quamuis absurda & iniqua, ob hoc solum ne quid absurdus & iniquus emerget. Nam erro- rem errore cumulari a prudente & sciente iudice absurdum sanè est. Sed tamen esset absurdus

PP



aliter ius constitui ob orationes illas quas supra attulimus, & quæ à Paulo hic subiiciuntur. Facit *l. ita vulnervatus* 1. *verfic. quod si quis absurdè. infr. ad leg. Aquilianam.* An per eandem sententiam, aut saltem eodem die & partibus comminus adhuc constitutis, ut loquitur *l. criminato* 3. *Cod. de fructibus & lit. expens. l. Paulus respondit* 42. *infr. de re iudicat.* Ita Accursius, Nempe ut idem addidit si agatur de fructibus, non nisi iudicis officio debitis, quales sunt ij potissimum qui ante litem contestatam percepti sunt. Iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit quæcumque in iudicio versantur. Ea autem quæ ante iudicium acceptum contigerunt non valde ad eum pertinent *l. A Ediles* 25. §. *item sciendum est de edict. edict.* Porro iudicis officium nullum superesse potest post terminatum principale negotium per sententiam definitivam *dict. l. terminato. l. qui per collisionem* 49. §. 1. *de actio. empt. leg. 4. Cod. d. pos.* Aliud est in fructibus debitis iure actionis quales sunt ij qui ante litem contestatam percepti sunt etiam à bonæ fidei possessore si extant. Possunt enim vindicari *dict. l. certum* 22. *Cod. hoc titul.* Quemadmodum & malæ fidei possessori condicerentur *l. C. de condit. ex leg. & sin. caus.* Videtur autem mihi Paulus hoc loco de his fructibus sentire qui iure actionis peti possunt, & consequenter etiam post sententiam quantumcumque temporis intervallo. Nec enim facile potest evenire, ut eo ipso instanti quo fertur sententia, at ne quidem eo ipso die appareat sententiam per errorem prolatam esse. Quanquam nec aliud iuris esse puto in fructibus perceptis post litem contestatam, & qui non nisi officio iudicis veniunt in hanc actionem, de quibus sanè solis hæc lex loquitur, ut constat ex ratione illa quam Paulus adfert quod non debeat possessor habere id quod non esset habiturus si statim mihi possessionem restituisset, ubi bene Azo statim, id est, inquit, lite contestata. Nempe quia veniant in necessariam consequentiam eius quod à iudice pronunciatum, & pro-

2 ¶ Petitor possessori de evictione cauere non cogitur <sup>a</sup> rei nomine, cuius æstimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem <sup>b</sup>.

Ad §. 2. petitor.

<sup>a</sup> Cauere non cogitur. Ratio dubitandi. Litis æstimatione similis est emptioni *leg. 2. infr. pro emptor.* & qui litis æstimationem accepit, venditoris loco esse intelligitur *l. si servum* 10. *eodem.* At qui venditor non solum tenetur de evictione ex natura contractus *l. si in venditione* 60. & *tot. titul. infr. de evictio.* sed etiam cauere debet eo nomine, id est emptori habere licere *l. ex empto* 11. §. *idem Nervatius. de actio. empt. leg. emptor duplam* 17. *de evict. l. pacta conventa* 72. *de contrahend. empt.* Ergo & qui litis æstimationem accepit tenetur de evictione *l. si propter res amotas* 22. *infr. ver. amotar.* & cauere cogendus est.

Ratio decidendi. Qui obtulit æstimationem litis cum rem ipsam restituere possit, imputare sibi debet cur non potius rem restituerit. Ideoque quamvis aduersarium de evictione obliga-

tum habeat, cautionem tamen ab eo petere non potest *l. id. boque* 1. *cod. l. si pignori* 39. *infr. famil. ercifund. l. si servus furtivus* 12. §. *cauere. De condit. furtiv.* Nam si rem restituisset, habuisset actor quod petebat, nec cauere coactus fuisset. Absurdum verò est superuacua cautione quam onerari ex facto aduersarij cui possit imputari, argument. *leg. hoc stipulatio* 14. *in fin. ut legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Vnus tamen casus excipiendus est, in quo etiam is qui litis æstimationem accepit, nihilominus de evictione cauere cogitur. Casus ille est in *l. si donata* 3. §. *de donation. inter virum & uxorem.* Si res donata coniugà coniuge extant nec reddantur. Tunc enim æstimatione faciendâ iusto precio, cauereque possidenti debet de evictione simpli quanti ea res sit, Et rationem Papinianus reddit, qui possidenti causam donatam præstiterat, id est, ut Accur-

sus

sus hæc explicat, à donatore causam possessor habuerat.

<sup>b</sup> Qui non restituit rem. Ratio dubitandi. Ei cui potest imputari aliquid nõ debet cedi actiones puta si quis dolo malo deuit possit tere *leg. is qui dolo* 69. *infr. l. mulier* 19. *infr. qui potior. in pign. hab.* Atqui hunc qui obtulit æstimationem litis cum rem restituere possit actiones cedere petitor debet *leg. si culpa* 63. *infr. hoc tit.* Ergo nihil potest ei imputari.

Ratio decidendi. Nullum petitoris damnum aut incommodum est in cedendis actionibus, cum ex ea cessione is qui cessit nullomodo obligetur. Quod diuersum est in prestanda cautione, tum

3 ¶ Eorum quoque, quæ sine interitu diuidi non possunt, partem petere posse constat.

Ad §. 2. eorum quoque.

<sup>a</sup> Partem petere posse. Ratio dubitandi. Rei quæ est communis pro indiuiso nulla pars est quæ ita sit vnus ut non sit etiam alterius *l. alud* 40. *infr. de ritu nuptiarum.* Et id demum dicimus rectè nostrum esse cuius nulla pars ad alium pertineat. *l. rectè dicitur* 2. *de verbor. significat.* Atqui si qui vindicat, dicit & debet probare rem suam esse *leg. ad rem* 23. *sup. ad l. Quiritus. §. argento. de aur. & argent. legat.* Ergo eorum quæ communia sunt nec sine interitu diuidi possunt, nulla pars per vindicationem peti potest. Ratio decidendi. Rei communis partes certæ sunt & distinctæ inter condiuisores, saltem iuris intellectu non diuisione corporum, siue diui-

quoque cum sine fideiussoribus caneretur, cum earatione actor in obligatione renuncietur, atque ita tantò pauperior fieri videatur, sicut è contrario locupletior fieri dicitur qui ab obligatione liberatur *l. si papili* 66. *in fin. de solution. d. p. ceter.* *l. D. accept. p. d. l. Porro* qui non æquum videatur vel hoc saltem consequi possessorem, quod sine dispendio actoris futurum est *l. in creditor.* 3. *infr. de iudic. l. 2. §. ut in l. aris. infr. De aqua & aquæ plus arc. d. Obserua tamè si quaratur an possessor qui litis citationem præstitit hoc plò fiat dominus rei petite. Distinguendum est an res præsens sit an absens, ex *l. hoc sit res* 45. *infr. vbi dicemus.**

di res possint, siue non possint *l. A Lenius* 66. §. *Aurorum. de leg. 2.* Nec pars vnus est pars alterius licet nulla pars in corpore communi possit demonstrari aut etiam intellectu petipi quæ non ita communis pro indiuiso. Nihil ergo vetat quin possit quisque ex sociis partem suam vindicare pro indiuiso, sed multò magis si res talis sit quæ diuidi nullomodo possit, puta si sit res mobilis *l. Pomponius* 8. *in fin. sup. vbi dixi sup. hoc titul.* Nec proinde verendum est ne tam incerta sit hæc petitiõ, ut non possit ex ea sequi condemnatio, ut *leg. idem Pomponius* 7. *sup. Quinquam* nihil vetat etiam incertæ partis vindicationem dari si iusta causa interueniat *l. que de tota* 77. §. *infr. cod. Iunge leg. non possimus* 7. *sup. si pars b. red. petat.*

36. G A I V S libro 7. ad Edictum Provinciale.

¶ Vi petitorio iudicio <sup>a</sup> vitur <sup>b</sup>, ne frustra experiatur, requirere <sup>c</sup> debet <sup>d</sup>, an is, cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desit possidere <sup>e</sup>.

Ad l. qui petitorio 36.

<sup>a</sup> Petitorio iudicio, id est, directa rei vindicatione per quam scilicet res petitur. Vnde & petitor dicitur qui vindicat verius quam actor, & vindicatio ipsa petitio magis propriè quam actio. *l. actio in personam. infr. de oblig. & act. l. pecunie* 178. §. *actionis. de verbor. significat.* Ad differentiam etiam possessorij iudicij per quod res non petitur, sed tantum de rei possessione disputatur.

<sup>b</sup> Vitur, id est, uti vult, ut bene Accursius interpretatur. Iudicium enim nullum est nisi post litem contestatam, & apud iudicem datum, Interrogatio autem faciendâ est in iure, id est, apud Præto-rem ante litem contestatam vtrum reus possideat necne. Et debet reus respondere an possideat, & pro qua parte *l. qui servum ante op. §. in iure. infr. de interrogat. in iur. fac.* An non verò etiam apud iudicem heri hæc interrogatio potest? Vtique si aduersarium petitor elegerit. At non etiam si quis tanquam possessor cum non esset se liti obtulerit, cum hic perinde condemnandus sit ac si possideret *l. fin. autem* 27. *in prin. sup. eod.* Non sit autem hæc perquisitio, nisi ad eum finem ne frustra actor experiatur si alius possessor sit quam qui conuenitur, & is qui conuenitur in ea causa sit, ut quia non possidet condemnari non possit.

<sup>c</sup> Requirere, scilicet vel per interrogationem in iure

faciendam, vel per diligentem aliam quamlibet inquisitionem.

<sup>d</sup> Debet. Ne scilicet alioqui facile eueniat, ut frustra in rem egerit contra non possidentem. Itaque consilium illud est, inquit Accursius, non præceptum. Ratio dubitandi. Etiam si petitor non inquirat an reus possideat, necne, ad officium tamen iudicis dari maximè pertinet, ut de hinc ipso inquirat, ut & in vindicatione pignoris, & in qualibet alia in rem actione *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione. infr. de pign.* Ergo non necesse est ut de eo petitor inquirat ante litem contestatam.

Ratio decidendi. Actio in rem nõ contra alium dari postquam contra eum qui rem possidet, eamque defendere paratus est. Frustra ergo instituitur contra non possidentem. Et ob id nimirum inquit ex officio suo iudex an reus possideat si se necget possidere nec liti vltro se obtulerit. Nimirum ut eo casu quo comperiat reum non possidere eum abfoluat, & petitor in sumptus litis temerariæ condemnet *dict. §. in vindicatione.* Planè si reus se liti obtulerit, id sufficere actori, ut reus condemnetur etiam si nec possideat, nec dolo desierit possidere, ut dixi ad *l. is qui se obtulit* 25. *sup. eod.*

<sup>e</sup> Vel dolo desit possidere. Ratio dubitandi. Qui dolo desit possidere non possidet. Ergo non nisi frustra potest conueniri per actionem in rem ad restituendam id quod non habet, ad cuius resti-

tuendi non habeat facultatem, arguam. *L. officium 9. sup. hoc titulo.* Ratio decidendi. Dolus pro possessione est *L. qui dolo 131. & L. parum 150. de regul. iur. l. si rem 17. de excep. rei iud. l. 2. §. hoc interdictum. Ne quid*

**1** *¶ Qui in rem conuenitur, etiam culpæ nomine a* condemnatur. Culpæ autem reus est possessor, qui per insidiosa loca seruum misit *b*. si is perit, & qui seruum à se petitum, in harena esse concessit *c*, & is mortuus sit: sed & qui fugituum à se petitum non custodit, si is fugit *d*, & qui nauem *e* à se petitam, aduerso tempore *f* nauigaturum misit, si ea naufragio precepta est.

*Ad §. 1. qui in rem.*

**a** *Etiam culpe nomine.* Ratio dubitandi. Possessor conuenitur rei vindicatione tamen in bona fide fuerit ante litem contestatam, tamen ex die contestationis malæ fidei possessor factus tenetur de naturali interitu rei etiam citra moram contingente, quia iam cum culpam admisit intelligitur cum litem contestari maluit quam rem restituere *L. nemo 81. §. 1. inf. de verbor. obligat.* quandoquidem si rem eo tempore restituisset, potuisset petitor rem distrahere atque ita precium lucratus fuisset *litem si verberatum 15. ultim. sup. hoc tit.* Ergo non est adhibenda distinctio quæ in hoc §. adhibetur. An possessoris culpa aliqua interuenit post litem contestatam, an nulla.

Ratio decidendi. Fuit illa sententia Proculi à Paulo relata in *l. illud 40. sup. de hered. petit.* & ab Vlpiano probata in *dict. §. ult. & in l. cum res 47. §. ult. de leg. 1. & à Caio in l. si plures 14. §. 1. inf. de pos.* Sed quam tamen Paulus improbavit in bonæ fidei possessore, quippe qui non debeat huius periculi metu insuam temerè indefensum relinquere *d. l. illud.* Eo igitur tantum casu admittit Paulus teneantur possessorem de interitu rei post moram contingente, adeoque post litem contestatam, si vel dolus, vel saltem culpa possessoris aliqua interuenierit quæ dederit causam morti. Non ergo requiritur dolus, sed vult sufficere culpam, quam nec Proculus, nec Vlpianus requirebat. Et hoc sibi vult Paulus illa dictione *etiam* quæ est implicatiua, ac si diceret *non tantum doli, sed etiam culpæ nomine.* Non quomodo Accurs. explicat *non solum propter fructus, Dixi ad l. vti que 16. in princip. & §. 1. sup. lunge l. si homo 45. inf. eod.*

**b** *Per insidiosa loca seruum misit.* Ratio dubitandi. Non debet bonæ fidei possessorius suum indefensum relinquere metu periculi quod accidere potest post litem contestatam, nec eò minùs vti re petita tanquam sua quam suam esse putat, dum ne aliter vtatur quam faciebat ante litem contestatam, & facturis esset etiam hodie si lis nondum contestata esset, arguam. *dict. l. illud 40. vers. nec enim debet. sup. de hered. petit.* Ergo nulla culpa est possessoris qui seruum petitum misit per insidiosa loca, æquè missurus etiam si contestatio nulla præcessisset. Quid enim si non aliter negotia sua per ser-

*in loc. public. & leg. electio 26. §. 1. de noxal. action.* Sufficit autem actori vt possit extorquere condemnationem pecuniariam, & litis æstimationem, quæ pro re sit.

uum illum expedire potuit?

Ratio decidendi. Litis contestatio facit vt ex eo saltem tempore cæperit possessor quantumuis antea bonæ fidei de iure possessionis suæ vacillare ac titubare *L. nemo ambigit 10. C. de acquir. end. poss.* Ex igitur tempore debuit tantò cautior esse, ne quæ ei culpa imputari posset, ac eum seruum non iam quasi suum, sed quasi alienum tractare, cum imprudentia & negligentia quæ in propriis seruis culpanda est, in alienis sit etiam coercenda *l. si constat 24. §. si maritus. inf. solu. matrim.* Non ergo debuit seruum hunc mittere per loca insidiosa, cum prospicere posset euenturum facile vt ex ea causa periret *l. si quis domum 9. §. idem querit. inf. locat.* Iunge *litem quaritur 12. §. si quis seruum. eod.*

**c** *In harena esse concessit.* Idem est si seruum infirmum neglexerit, & ideo seruus mortuus sit qui hodie viveret si diligentius habitus fuisset *l. si seruum 91. in princip. de verb. oblig.* **d** *Si is fugit.* Ratio dubitandi. Videtur adhibenda distinctio an seruus hic qui fugit custodiri debuerit, an non. Nec enim omnimodo tenetur bonæ fidei possessor ob fugam serui *l. si à bona fidei 21. & sequent. sup. eod.* Ratio decidendi. Ea distinctio non cadit in seruum quem constat esse fugituum, de quo solo hic §. loquitur. Fugituum enim est non qui nunc fugit, sed qui fugere solitus est *l. quid sit fugituum 17. in princip. & §. idem ait. inf. de adilit. e. dict.* Iunge *leg. si pecuniam 5. §. penult. de condit. sin. caus.*

**e** *Et qui nauem.* Ratio dubitandi. Nauis non ad aliud paratur quam vt nauiget *l. arboribus 12. §. 1. inf. de usufruct.* vbi dicitur ob hanc causam, Nauis usufructu legato posse eam nauigaturum mitti à fructuario, licet naufragij periculum imminet.

Ratio decidendi. Culpa est mittere nauem nauigaturam aduerso tempore & periculoso, Sicut & si minùs idoneis hominibus bonæ fidei possessor eam commiserit *l. vti que 16. §. 1. sup.* Et multò magis si sine gubernatore nauem immiserit, & tempestate orta temperare non potuerit, atque ita nauem perdidit *d. l. item quaritur. §. si magister nauis, & præced. inf. locat.* Nec enim naues in hoc parantur, vt temerè his periculis obiciantur.

**f** *Aduerso tempore, id est ab Octobri vsque ad Aprilis 13. in fin. C. de naufrag.*

37. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

**I** Vlpianus libro octauo Digestorum scribit: Si in aliena area ædificassem, cuius bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificauit, quo iam sciebam alienam: videamus *a*, an nihil mihi exceptio proficit: nisi fortè quis dicat *b*, prodesse de damno sollicito. Puto autem, huic exceptionem non prodesse *c*, nec enim debuit *d*, iam alienam certus *e*, ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum est *f*, & sine dispendio domini aræ tollat ædificium, quod posuit.

*Ad l. Iulianus 37.*

**a** *Videamus an nihil mihi exceptio proficit.* His verbis Iulianus modestè, vt solent iure consulti, sententiam suam exprimit, nõ dubitanter, Et concludit quod paullo post subiicit apertius, Nihil mihi exceptionem prodesse debere.

**b** *Nisi fortè quis dicat.* Ratio dubitandi est quæ his verbis exprimitur, quod in dubio fatendum sit huic possessori qui certat de damno vitando potius quam petitori qui certat de lucro captando ex iactura alterius contra naturalem æquitatem. Quæ res solet inducere exceptionem doli *l. 1. & 2. & pass. inf. de dol. mal. excep. iun. & l. nam hoc nauis 14. de condit. indeb. l. iure nauis 206. de reg. iur. l. plane 37. sup. de her. pt.* Sed ratio decidendi est quæ in hac ipsa lege subiicitur, quod non debuerit hic possessor iam certus alienam esse arcam in ea ædificium ponere, debetque sibi imputare, Nec proinde damnum vltimè sentire intelligitur, cum quod quis ex culpa sua duntaxat sentit sentire non videatur *leg. quæ quis 203. de reg. iur.* Nec debet ei prodesse quod ab initio bonæ fidei possessor fuerit. Certum enim est eum de impensis deducendis queritur non aliud tempus inspicere debere quam quod factæ sunt *l. adio 7. §. pen. in illis verbis vti que si nescit qui ædificauit, & ruitum & tanquam in suo bona fide ædificauit. De acq. rer. dom. inf. & §. ex diuerso. inf. de rer. diuis. quæ cum de fructibus percipiendis agitur, bonæ fidei possessor intelligatur quando fundus euius non fuerit, licet ex postfacto cognoscat re esse alienam *l. qui scit 25. §. ult. inf. de usufr. licet & bona fidei ab initio interuenisse sufficit vt vti capio cõpleatur l. vnic. C. de transact. vti cap.* In eoque videtur mihi errasse Accurs. quod distinguit ad hæc legem, & alibi passim, An loquamur de eo qui iam inde ab initio & semper fuerit malæ fidei possessor, an verò de eo qui ab initio fuerit bonæ fidei, postea verò cæperit esse malæ fidei, de quo in hac lege Quasi prior donare videatur. In posteriore verò media via eligatur quæ ponitur in hac lege, vt tali possessori exceptio quidè doli denegetur, sed tamè permittatur tollere ædificiũ quod posuit duntaxat id faciatis sine dispendio domini. Nulla enim iniuris ratio, aut æquitatis fauorabiliorè efficit eum qui paullo ante ædificationem malæ fidei possessor esse cæperit, quam eum qui ab initio possessionis suæ talis fuit. Quomodo igitur conciliabimus Iulianum nostrum qui hoc loco permittit possessori tollere ædificium quod posuit in area quam alienam esse iam tam sciebat, cum supradictis iuris locis qui negant posse illum vindicare materiam ædificij ne quidem diruto ædificio quasi ex voluntate ipsius alienatam. Nam cui non permittitur tollere materiam diruto etiam ædificio, quanto minùs permittendum est vt diruat ædificiũ quod tamen fieri necesse est si potestas ei fiat tollendi ædificij. Per id quod nec videtur hoc fieri posse, quin offendantur lex 12. tab. qua parte ignem tignum solui vetat, vt diximus ad *l. in rem 23. §. pen. & vti. sup. hoc tit.* Et si aliud est tignum alienum iungi ædibus, Aliud verò ex alieno tigno ædes constitui, vt diximus ad *l. in rem 23. §. ult. sup.* Ego verò non dubito quin totum hoc temperamentum sed hoc ei concedendum est, vt sine dispendio domini aræ tollat ædificiũ quod posuit, Triboniano adscribendum sit potius quam Iuliano vel Vlpiano. Sicut & quod scriptum est in *l. vti-**

*les 39. in si. ab illis verbis vt tamen, & in l. plane 38. tit. de exequando bonæ fidei possessore & prædonem in vtilium impenfarum deductione, quemadmodum ad eas leges partim iam indicauimus. Pugnare enim hoc temperamentum cum lege 12. tab. si ponas fuisse aliquas prius ædes quâtuordecim quibus alienum tignum iunctam sit, per nouam ædificationem. Itaque cum legibus & locis supra citatis, adeoque quod magis mirandum est cum eo ipso quod Tribonianus immutauit in *dict. l. plane, vbi ille sub Pauli nomine dat prædoni deductionem vtilium impenfarum perinde ac bonæ fidei possessori, Hac sola differentia quod in bonæ fidei possessoris persona, expensarum ratio haberi non potest, nisi per exceptionem doli l. si autem 27. §. vti. sup. l. sumptus 48. inf. hoc tit.* In persona verò prædonis vult Tribonianus hoc contineri officio iudicis, nec doli exceptionem deiderari, quam scilicet videt nullomodo accommodari posse prædoni, aut alij cui libet malæ fidei possessori qui ipse in dolo est. In quo facit conditionem prædonis meliorem si potest ille vincere etiam non opposita doli exceptione quam bonæ fidei possessor opponere necessarium debet, Nisi quod addit ibidè Tribon. in eo esse differentiam inter possessores, quod bonæ fidei possessor omnimodo impensas deducit etiam res non exte in quam fecit. Prædo autem non aliter quam si res exte ac melior sit. Mouet etiam me vt Triboniani aut saltem mali alicuius interpretis manum agnoscam, quod video in fine huius legis ita scriptum esse *sine dispendio domini* pro eo quod scribi debuit *sine rei detrimento* quod longè diuersum est. Nam *sine dispendio* nihil ferè aliud est quam *sine sumptu*. Quis verò suspicari poterat sumptibus domini ædificiũ quod à malæ fidei possessore constructum esset tolli debere? Sed neque facile possum animaduertere, quodnam rei detrimento esse possit, & aræ si ædificium ex aræa tollatur. Qui enim fieri potest vt non eadem sit & maneat aræa quæ antea fuerat? Fateor vix fieri extra hunc casum posse, vt tollantur impensæ vtilis, quin verendum sit ne quid damni rei fiat. Ideoque nec alio vilo iuris loco reperias permitti ei qui vtilis impensas, præsertim mala fide fecit in rem alienam, vt eas tollat: sed tantum vt eas deducat, siue per doli exceptionem si bonæ fidei possessor fuit, siue per officium iudicis si malæ fidei, vt in *dict. l. plane*, excepto prædone qui rei vindicationem conueniatur. De quo in *l. domus 5. C. hoc tit.* & qui melioris conditionis ideo est quod animum donandi numquam habet. Sed cum ædificatum est in area, in qua nihil erat præter aræam, vix veteri quis possit ne cum aræa detrimento id fiat. Loquor de impensis in rem alienam factis, quoniam aliud est si quis in rem suam impenderit, quæ postea per restitutionem in integrum ei auferatur, vt in *l. sine herede 22. §. interposito. vers. item respondit. inf. de admin. tut.* qui vnus locus videtur mihi causâ dedisse ceteris omnibus corrumpeendis. Quasi verò non debeat esse deterior condicio malæ fidei possessoris qui sumptus quos in rem alienam sciens fecit donare intelligitur, quam eius qui in rem suam impendit, & cui causam possidendi præstitit venditio vel donatio ab ipso actore facta, vt in *dict. §. interposito, & in l. si donata 36. l. de eo 63. inf. de donat. inter virum & vxor.* Nec obstat quod scriptum est in *l. pro. seq. vers. sufficit tibi, vt nos ad eum locum dicemus.**



Denique nullus est iuris locus qui cum hoc consentiat. Nam ceteri omnes, vel negant habendam rationem ullam in pensam in persona male fidei possessoris, quasi qui eas impensas voluntate sua alienasse ac donasse videatur, vt d. l. ad 7. §. pen. de acquir. rer. domin. & §. ex diuerso. Inst. de rer. diuis. Vel dicunt habendam eam ex æquitate, vt possit eas deducere perinde ac bonæ fidei possessor si modò res extet, ne petitor ex ipsius iactura locupletetur, vt d. l. planè. At nulla lex est, præter hanc, quæ dicat permitendum esse malæ fidei possessori non prædoni, vt tollat ædificiū quod in aliena area posuit. Fefellit, vt pto interpretem, si interpretes potius aliquis quam Tribonianus fuit qui hæc verba addidit, quod scriptum vidit in d. l. viles 39. in fin. sup. de her. pet. Et tamen potestas vi fieri tollendoris eorum qua sine detrimento ipsius rei tolli possunt. Sed obseruare debuit, præter id quod is etiam locus æquè suspectus est, non nisi de voluntariis impensis ibi tractari, vt & in d. §. ut exposito. vers. item respondit, & in l. pro voluptariis §. de imp. in reb. dot. al. fact. & in l. vnic. §. si d. nec ob impensas. vers. quod si voluptariis. C. de rei vvor. action. Hic verò de vtilibus quarum non parem, sed meliorem esse conditionem oporteret, si qua impensarum ratio in persona malæ fidei possessoris haberi potest. Ideoque & meliorem facit Tribon. in d. l. planè, & d. l. viles data prædoni ob viles deductione & retentione, ob voluptarias vero sola eas tollendi potestate. Adde quod voluptarias impensas tolli hæc duodecim tabularū non prohibet, quomodo verat tignum solui, & ædificia dirui. Non ergo defendi hoc temperamentū potest, vt neque meo iudicio quod additū legimus in d. l. dominus §. in fin. C. hoc ut. ab iis verbis, nisi necessarios. Nam & illa exceptio pugnat cum reliqua lege, & contextus ipse verborum minuselegans est. Quod si hæc tibi coniectura nostra non probabitur, nihil habeo quod melius possim dicere quam quod pro confirmanda Accurij sententia scripti ad d. l. planè 38. sup. de hered. pet. vbi totam hanc questionem satis sum prosecutus.

c. Hinc exceptione non prodesse. Scilicet doli quæ omnimodo necessaria est possessori, etiam bonæ fidei ad seruandos stupus in aliena re bona fide factos d. l. fin autem 27. §. vlt. sup. & l. sum ptus 48. in fin. eod. Nec obstat quod scriptum est in d. l. planè 38. sup. de pet. hered. non desiderari exceptionem doli, sed officio iudicis hoc ipsum contineri, vt sumptus viles deducat. Obseruandum enim est agi eo loco non de vindicatione quæ arbitraria actio est: præterea. Inst. de action. sed de petitione hereditatis quam bonæ fidei esse iam olim plerique putabant, quorum sententiam Iustinianus confirmauit in l. vlt. in fin. C. de pet. her. §. actionum. Inst. de act. Porro bonæ fidei iudicis doli exceptiones ipso iure insunt. sed et si 21. sol. matr. l. huiusmodi §. 4. §. qui seruum. de leg. 1. Non etiam iudicis arbitrariis quæ propius accedunt ad naturā strictorū, licet verè nec stricta sint nec bonæ fidei. l. 3. §. in his quoque. §. de vsur. Nihil ergo veterat

38. CELSUS libro tertio Digestorum.

**I**N fundo alieno quæ imprudens emerat<sup>a</sup>, ædificasti, aut conseruisti<sup>b</sup>, deinde euincitur. bonus iudex variè<sup>c</sup> ex personis causisque constituet<sup>d</sup>. finge & dominū eadē facturum fuisse<sup>e</sup>: reddat impensam<sup>f</sup>, vt fundū recipiat, vt quæcō duxat: quo preciosior factus est<sup>g</sup>. & si plus pretio fundi accessit<sup>h</sup>, solum quod impensum est. finge pauperē<sup>i</sup>: qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris auitis<sup>k</sup> carēdū habeat<sup>l</sup>: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possim<sup>m</sup>: dū ita, ne deterior sit fundus<sup>n</sup>, quam si initio non foret ædificatum. Constitutum verò<sup>o</sup>: vt, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor

his re-

doli exceptionem etiam bonæ fidei possessori pro deducendis sumptibus necessariam esse si rei vindicatione agatur, vtilem verò etiam in petitione hereditatis d. l. viles 39. §. 1. tamen non esset necessaria si hereditatis petitione ageretur. Quamquam & in petitione hereditatis absurdum est dicere, quod scriptum est in d. l. planè, Officio iudicis contineri deductionem impensarum, vt eorum ratio habeatur etiam in persona prædonis, quia nec doli exceptio desideretur. Tunc enim officio iudicis, & æquitate iudicij bonæ fidei suppletur exceptio doli quasi implicite comprehensa verbis illis formulæ ex bono & æquo eam expressim eam opponi a reo, & in formula apponi nihil prohiberet. Alioqui quod expressè non posset inesse, cur pro eo quod tacite insit habeatur? Atqui non posse prædo qui in continuo & perpetuo dolo esse obiciere doli exceptionem ne ex dolo suo lucraretur. Ergo nec in eius fauorem dici potest officio iudicis contineri, vt sola iudicij æquitate habeatur in eius persona ratio impensarum. Nulla enim in æquitate tunc vaquam potest ei qui est in dolo prætorum. §. 1. de dol. excep. l. pen. in fin. D. ad SC. Trebat. Nisi quod prædoni facilius permittitur, vt viles impensas tollat quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt d. l. dominus §. in fin. C. hoc ut. quia non potest videri habuisse animum donandi, vt supra diximus quod in alio quolibet malæ fidei possessore in alieno solo scienter ædificante diuersum est.

d. Nec enim debuit. Ratio non tantum iuris est, sed etiam æquitatis, & ideo probat optime non solum in iure nullam malæ fidei possessori deductionem aut retentionem impensarum nomine competere posse, sed neque ex æquitate, eam sibi propriam culpam debeat imputare. Nec minus eadem hæc ratio probat non esse concedendum malæ fidei possessori vt sine dispendio domini area tollat ædificiū quod posuit. Cur enim hoc ei concedamus cum possit culpa ipsi obici cur temerè in alieno solo sciens ædificauerit, Ad eò vt nec diruto ædificio permittatur ei materiam vindicare d. l. 7. §. pen. de acquir. rer. domin. d. §. ex diuerso. Inst. de rer. diuis.

e. Iam alienam curus. Sic Florent. & elegantiū quam vulgo iam in alienam arcam curus. Ceterum ostendit hæc diuersas lectiones non sibi temperasse interpretes, quin ad hanc legem manum apponerent, & Vlpiano viderent.

f. Sed hoc ei concedendum est. Hoc verò temperamentū est, quod supra diximus & probauimus Triboniano, vel malo alicui interpreti potius quam vel Iuliano, vel Paulo adscribendum esse. Extat enim eiusdem Iuliani alia sententia in l. si in area 33. in fin. de condit. in deb. Bonæ fidei possessorem qui in aliena area ædificauit nullo alio modo quam per retentionem impensas seruare posse: quod vtique falsum esset saltem ex parte si ei potestas fieri deberet tollendi ædificij, vt hoc loco scriptum est. Iunge que dicemus ad l. prox. seq. vers. sufficit tibi permitti.

his rebus ablatis fiat ei potestas. neque malitiis indulgendum est: si rectoriū (puta) quod induxeris, picturamque corrudere velis, nihil laturus, nisi vt officia. Finge eam personam esse dominū, quæ receptum fundum mox venditura sit: nisi reddat, quantum prima parte reddi oportere diximus: eo deducto, tu condemnandus es.

Ad l. in fundo 38.

a. Quem imprudens emerat. Ex his verbis apparet totam legem hanc loqui de bonæ fidei possessore, vt & ceteras ferè omnes huius tituli quæ tractant de impensis in rem aliena factis. Cum de iis, quas malæ fidei possessor fecisset, ius certissimum inter prudentes esset nullo modo seruari eas posse neq; per doli exceptionem, neque officio iudicis, neq; per retentionem, nec deniq; ita vt earum tollendarum potestas ipsi fieri deberet.

b. Conseruisti. Sic Florent. At in aliis plerisque consensu quam diuersitate lectionis etiam Accursius obseruat. Florentina lectio rectior est. Non enim de seruatiōe hinc agitur sed de plantatione vt lex conueniat tractatui De impensarum in rei vtilitate factarum repetitione. Nam quæ sicut ad percipiendos fructus ille etiam malæ fidei possessori præstantur, non minus quam bonæ fidei possessor, si a domino re. §. vlt. sup. De hered. pet. In quibus tamen non continebuntur impense seminis tanquam vltio alienatæ & donatæ. l. qui alienum 4. in §. De donat. Vide Cuiacium lib. 11. obseru. cap. 39.

c. Bonus in lex variè. Sensus est si de impensis a bonæ fidei possessore factis quaratur nihil certi posse constari, sed pro personarum causarum quæ varietate bonam iudicem aliter atque aliter constituere debere, vt scilicet aliquando & regulariter pariatur eas deduci per doli exceptionem. Nempe si petitor sit tam diues vt non ideo re sua cariturus sit, qui casus nullam omnino exceptionem & distinctionem admittit. Aliquando autem inbeat rem restitui petitori nullis redditis sumptibus, Nimirum si tam pauper sit petitor vt non habeat de suo unde possit impensas solvere. Sed hæc pars distinctionis duas exceptiones habet, Vnam si pauper ille petitor habeat rem venalem, vt ponitur in fine huius legis, Alteram si petitori ante litem contestatam denunciatum sit vt solueret, itque distimulauerit, vt in l. aut si ante 30. vbi diximus sup. Extra hunc casum succeditur inopi petitori vt bonæ fidei possessor impensarum suarum iacturam facere potius quam vt ille re sua carere cogitur. Nisi quod hæc tenus consultum bonæ fidei possessori vt impensas tollat quæ tolli iure possunt (quid enim si tignum iunctum velle soluere contra legem 12. tabul.) sed hoc ipsum ita dum ne tamen deterior fiat fundus quam si ab initio ædificatum non fuisset, Et ea quoque lege, vt quod bonæ fidei possessor vult tollere, ipsius effici possit & ei esse vsui, Ne alioqui malitiis indulgeri videatur. Et hic totius legis huius verus sensus est.

d. Ex personis causisque constituit. Ratio dubitandi. Rei vindicatio non est actio bonæ fidei, sed arbitraria ac proinde quæ ad strictas & stricti iuris actiones propius accedit, §. præterea Inst. de action. Ergo non permittitur in ea iudici dato rem ex bono & æquo æstimare, quod proprium est iudicio bonæ fidei, §. actionum eod. tit.

Ratio decidendi. In arbitrariis actionibus necessario præcedit arbitrium iudicis de re restituenda. Ac ni arbitrio iudicis res restituatur, tum de-

num ex bono & æquo condemnatio fit. d. l. §. præterea. Atqui arbitrium iudicis tale semper esse debet quale viri boni, cum iudex quilibet sit & esse debeat vir bonus. Vir autem bonus in huiusmodi quaestione proculdubio aliter atque aliter constituere debet pro personarum & causarum varietate.

e. Finge dominū eadē facturum fuisse. Ratio dubitandi. Etiam si non fuerat dominus eadē impensas facturum quas bonæ fidei possessor fecit, non eo minus tamen danda esset bonæ fidei possessori exceptio doli ad eas deducendas, dummodò non esset dominus tam pauper vt re sua ideo caendum haberet. Vnica enim exceptio hæc est quæ ad propositionem illam subici possit & debeat, l. fin autem 27. §. vlt. vbi dixi sup. ad l. ædificiū §. de impensarum reb. dot. fact. Ergo frustra singas dominum eadē impensas facturum fuisse, cum distinctio neque hæc neque alia vlla in petitore diuite adhibenda sit.

Ratio decidendi. Non ille Celsi sensus est, vt bonæ fidei possessor impensas a se factas non aliter possit deducere quam si dominus eas facturum fuit, sed hic potius vt eo saltem casu quod dominus eadē impensas facturum erat, non debeat bonus iudex hæsitare quin permittat bonæ fidei possessori deducere impensas per doli exceptionem. Cui ceteris etiam casibus locus esse debeat, licet minus euidenti ratione æquitatis, si alleget petitor se non eadē impensas facturum fuisse. Nam cum ex contrario apparet fuisse illum facturum, qua fronte potest ille denegare earum restitutionem? Planè cum facturum non fuit, videtur iuari colore aliquo æquitatis, sed non tanto quin maior ratio faciat pro bonæ fidei possessore quin iniquissimum esset morari in damno cum nihil ei possit imputari Petitorum verò locupletari ex aliena iactura cui saltem imputari potest quod negligentiore fuerit in iure suo persequendo.

f. Reddat impensam. Verbum est imperat in malæ facti scriptum est vt reddat, vt scilicet a iudice qui de huiusmodi actione cognoscit. Malè vulgo reddat.

vt fundum recipiat, alioqui repellendus erit per doli mali exceptionem, l. fin autem 27. §. vlt. sup. Ratio dubitandi. Non facit dolo qui iure suo vitur, l. si duorum §. 2. de act. empt. Atqui iure suo vitur qui fundum vindicat a possessore quol bet etiam bonæ fidei, licet non reddat impensas cum superficies semper cedat solo nec tantum ciuili, sed etiā naturali ratione, l. 2. §. De superficie. Non ergo repellendus est exceptioe doli etiam si fundum petat, nec impensam reddat.

Ratio decidendi. Dolo facit qui per occasionem iuris ciuili lucrum captare vult ex damno alterius contra naturalem æquitatem, l. 1. §. 2. in fin. De doli mal. excep. pt. Atqui caprat lucrum petitor ex damno bonæ fidei possessoris & quidem per occasionem iuris ciuili, cum impensas bona fide in rem suam factas non vult restituere, Eo pretextu quod superficies cedat solo. Ergo in hoc casu locus est exceptioni doli.

usque eo ditior, ut quo preciosior factus est, id est quāto pluris vendi nunc possit ob impenas in eum factas. Ita enim fit ut voluptariæ quoque impenas veniant in deductionem tanquam quæ ex voluptariis fiant viles quoties venditur res in quam factæ sunt: scilicet quia multo pluris res venditur, *l. quod si hæ res 10. §. de impenis in reb. dotat. fact.* Ratio dubitandi. Etiam voluptariarum impenarum ratio habenda est in fauorem bonæ fidei possessoris ut eas perinde atque necessarias & viles deducat per exceptionem doli, ut constat ex hac ipsa lege, & ex *l. viles 39. §. 1. sup. de hered. petit.* At qui per voluptarias impenas non fit fundus melior aut utilior. In eo namque differunt ab vtilibus quod vtilibus aliquam utilitatem adferunt. Voluptariæ verò non nisi ad voluptatem & ornatum fiunt, *l. quod dicitur 5. §. ult. & seqq. §. de impenis in reb. dotat. fact.* Ergo dicendum est omnes impenas bonæ fidei possessori restituendas esse etiam voluptarias non eo usque duntaxat quo preciosior factus est.

Ratio decidendi. Per voluptarias impenas non fit quidem fundus melior aut utilior, sed tamen fit preciosior, id est maioris precij quia tantò pluris æstimaretur si venderetur. Ideoque appositè Celsus preciosior scripti non autem melior vel utilior quia de precio tractari non potest, quin fiat relatio ad venditionem, ubi quæque enim precium est, ibi & venditio est, Non etiam si de bonitate tantum vel utilitate agatur. Inde etiam est, quod tum etiam cum petitor pauper est, nec habet unde impenas possit reddere, voluptariarum quoque impenarum ratio habenda est, si modò petitor eam rem mox venditurus sit ut scribitur in fine huius legis, quia tanto plus ex precio consecuturus est, *l. nisi si venalem 29. sup. hoc tit.*

*h. Et si plus precio fundi accessit.* Noli cum Azone interpretari *et si pro quamvis*, sed ita potius acsi scriptum esset *quod si propter impenas plus accesserit precio fundi quam impenas sit*, puta si quod plerumque evenit propter impenam quæ non sit nisi centum aureorum res aucta sit precio trecentorum aureorum. Hæc enim casu non trecentos aureos sed centum duntaxat petitor restituet bonæ fidei possessori. Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor impendit rem quidem alienam, sed tamen quasi in rem suam, & ut suam negotium gereret, non ut petitoris, ob id que nimirum non actionem habet pro repetitione impenarum, sed tantum retentionem quia neminem sibi obligare voluit. *l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. diuersum §. Commun. diuid.* Ergo si plus accesserit precio fundi, quam impenas sit, debet id cedere lucro possessoris non petitoris, ac proinde totum id debet possessor petitori reddere non illud solum quod impensum fuit.

Ratio decidendi. Ratio quæ possessori fauet ut impenas omnes bona fide factas petitor ei restituere debeat, non tam iuris est, cum ex summo iure permittendum ei esset rem suam vindicare nullis rebus sumptibus quia superficies solo cedit, ut diximus, quam æquitatis, quod non debeat bonæ fidei possessor cui nihil imputari potest, morari in damno, neque ex ipsius iactura petitor locupletari. Sufficere igitur ei debet ut indemnitate consequatur, nec illud etiam consequi debet ut lucrū sentiat. Nam nec doli exceptio eò usque produci potest ut noceat petitori rem suam vindicanti si modò plenissimam indemnitate bonæ fidei possessori offerat. Ergo satis est ei reddi quantum ab

eo impensum est, licet res longè pluris facta sit, *l. si fundum 12. in fin. §. de in rem vers.* Non ergo semper eadem ratio est contrariorum, inquit Accurs. Ex *l. 1. §. si ut §. de aqua & aqua plus arcend.* Scilicet ubi non eadem ratio est in utroque contrario, sed diuersa ut in hac specie.

*i. Finge pauperem.* Hic verò casus est & quidem vnicus in quo excusatur petitor ne expensas etiam necessarias & viles in rem suam bona fide factas cogatur reddere possessori. Si pauper sit, At non ut quælibet paupertas sufficiat sed quæ sit tanta, ut si non audiat petitor propter exceptionem doli, nisi redditis prius sumptibus, necesse sit eum carere vel re ipsa quam petit, vel sepulchris & laribus auitis.

*k. Laribus sepulchrisque auitis.* Exaggeratio est ad summam paupertatem, & egestatē significandam, sicut & quod initio legis dixit Celsus *iunge dominum eadem facturum fuisse* non nisi ad petitorum valde locupletem exprimentum pertinet. Nec enim alij quam qui valde locupletes sunt tantas impenas præsertim verò etiam voluptarias facere solent, & volunt, Quamuis non è contrario facile accidat, ut eas facere velint omnes qui possint. Nimirum cum id tantum ageret Celsus ut ostenderet de hac quaestione nihil certò ac generaliter definiti posse ut neque de ceteris quæ in sola æquitate consistunt & ex facti circumstantiis pendunt. *de accessionibus 14. De diuersis temp. præscript. l. mora 32. §. de iur. l. 3. §. 1. De testib. l. pen. in fin. de impenis in res dotat. fact.* Satis ei fuit illa conquerere & adferre exempla in quibus euidentior æquitas apertissimè ostenderet aliter atque aliter pro casuum varietate constitui ius debere.

*l. Carendum habeat.* Ratio dubitandi. Non possunt sepulchra vendi, adeoque nec donari, sed monumentum parum vendi vel donari necesse est priusquam locus religiosus fiat ut possit venditio valere vel donatio, *l. 5. §. 6. in princ. & §. ult. §. De relig. & sumptibus fun. l. 5. §. secundum hac inf. De donat. int. vir. & vxor.* Ergo verendum non est ne laribus & sepulchris auitis carendum habeat hic petitor, etiam si cogatur impenas omnes reddere, quæ in rem suam bona fide factæ sunt. Nec enim res sacræ, religiose, & sanctæ in hominum commercio esse possunt aut in cuiusquam bonis, *l. in tantum 6. §. sacro res & seqq. sup. de ver. dinis.*

Ratio decidendi. Quædam sunt quæ licet sola non possint alienari tamen per vniuersitatem trāseunt ut res dotalis ad heredem, & res cuius aliquis commercium non habet, *l. quædam 62. §. de acquir. rer. domin.* In eo numero sunt iura sepulchrorum, Trāseunt enim cum vniuersitate bonorum, si fortè quis bona sua vniuersa vendat alteri, quamuis placeat restituta ex Trebelliana vniuersa hereditate iura sepulchrorum nihilominus remanere penes heredem, *l. quia perinde 42. §. 1. l. si patroni 55. §. qui fideicommissam vers. nec ignaro §. ad SC. Trebell. in cuius verficuli verbis illis qui iura sepulchrorum adquiri insequuntur, vereor ne sit erratum, legendumque adhuc pro acquiri & fortasse quæ pro qui.* Nempe quia per restitutionem illam hereditatis vniuersæ heres non definit esse heres, *§. restituta Inst. de fideic. hered.* quomodo definit totius patrimonij sui dominus esse is qui totum vendit. Voluit ergo Celsus hac exaggeratione, cum significare, qui ad reddendas impenas ut fundum suum reciperet cogeretur bona sua vniuersa vendere ad peram usque

usque & sacculum, ut interpretes nostri loqui solent, aut quomodo Celsus noster multò elegantius, Ad lares usque & sepulchra maiorum, quæ etiam si vendi possent nemo tamen quantumcunque precio vellet vendere.

*m. Sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis.* Non ergo tibi permittendū est omnia tollere quæ velis, quamuis non ex eo futurum esset ut res petita deterior fieret, quàm si ædificauit ab initio non fuisset. Sed sufficit tibi permitti ea tollere quæ possis, id est non quæ factò ipso tolli possint, (quid enim non possit) sed quæ ius tolli patiat. Nam nec facere posse credimus quod iure facere prohibemur. *l. condictiones 14. §. sequi. §. De condic. institut.* Proinde si in alieno solo quod tuis ædibus contiguum erat, ædificaueris ut nouas aedes prioribus iungeres, multò magis autem si ædificaueris in solo alienis ædibus contiguo, Aut si in alieno fundo iam ædificato superædificaueris, qui propius legis huius videtur casus esse, non permittetur tibi tollere, tignum iunctum, quia id lex duodecim tabularum nominatim vetat, *l. de tigno iuncto d. in rem 23. §. pen. sup. hoc tit.* Vetat autem non solum fauore illius cuius aedes sunt quibus tignum iunctum fuit (ita enim tibi liberum esset tollere, soluere quod non alienis, id est tuis ædibus iunxisse,) sed fauore publico diruantur ædificia, & ruinis ædificiorum urbs deformetur, *d. l. de tigno iuncto.* Porro tam absurdum & iniquum esset atque ab utilitate publica alienum ut posses tu tignum soluere in iuro domino ad quod iure soli pertinere cõpisset ædificium quod tu ex tignis & cæmentis tuis construxisses, quàm si velles tignum tuum furtiuum soluere, quod ædibus alienis iunxisset. Maxime verò cum tu ipse tignum iunxeris licet alia mente, & ut tibi non etiam ut soli domino prodesse. Quid ergo si in area aliena nullis ædibus contigua ædificaueris bona fide? An permittetur tibi totum ædificium tollere, quod in area illa posuisti? Vtique, quia licet ita futurum sit, ut ædificium diruatur, quod non facile ferendum est, Nulla tamen lex est, quæ hoc prohibeat, cum lex 12. tabul. locuta sit tantum de tigno iuncto, & quidem ædibus alienis. Cæmenta autem ex quibus aedes constant licet inter se iuncta sint, & tigni appellatio ne cõrineantur, *d. l. de tigno iuncto. l. tigni 7. §. ad exhib.* non tamen continentur appellatione tigni iuncti ædibus de quo solo lex locuta fuit. Et ideo separatur is qui tignum iunxit alienum suis ædibus ab eo qui ex alienis cæmentis in suo solo ædificauit in *l. in rem 23. §. penult. & vl. §. hoc tit.* ut ad eum locum obseruauimus. Permittendum igitur est bonæ fidei possessori ut tollat ædificium quod in aliena posuit area, *l. si autem 27. §. penult. §. 3.* Sed non tantum casu, quo aliter futurum esset ut moueretur in damno, petitor propter summam egestatem suam ab impenarum restitutione liberetur. Ut intelligamus sit agatur de malæ fidei possessione, in quo non distinguimus an petitor diues sit an pauper, nihil tale tractari posse, nec vquam permittendum ei esse ut tollat ædificium quod in alieno solo mala fide ædificauit, Quamuis contra scriptum legamus in *l. prox. præced.* quæ vel hac sola ratione dubitare nemo debet corruptum fuisse à Tribonianò, ut ad eum diximus. Nam quod similiter scriptum videtur ad *l. domum 1. §. hoc tit.* non ad malæ fidei possessorem pertinet, sed ad prædonem cuius alia ratio est, ut ibidem scripsimus. Itaque

prudenter Celsus ita scripsit, *sufficit igitur permitti tibi tollere ex his rebus quæ possis*, non expresse eo quæ illa sint quæ liceat tibi tollere vel non liceat, quoniam ex lege duodecim tabularum id pendebat, & ex senatusconsulto illo de quo Ulpianus in *l. ceteris 41. §. 1. & pass. de legat. 1.* Satisque fuit monere, non esse tibi generaliter & indistinctè permittendum tollere omnia quæ velis, sed ea tantum quæ possis. Præsertim cum non eum casum tractaret quo in area aliena ædificata esset, aut in alieno solo, sed in alieno fundo, quo nomine id significatur quod iam aliquomodo ædificatum sit, ut proinde quicquid superædificatum aut inædificatum erat nihil nisi tignum iunctum esset quod lex 12. tabul. solui prohibebat. Vnde fit ut totus hic verus c. ad solas impenas voluptarias referri possit, ut sequentia legis ostendunt, & nos postea dicemus. Sequitur

*n. Dum ita ne deterior sit fundus.* Obserua esse hanc si non prorsus nouam clausulam, tamen nouam partem superioris clausulæ, Nec ita scribere Celsum, ut sufficit permitti tibi tollere omnia quæ sine rei detrimento tolli possunt, quomodo paulò in cõsuetudine scriptum est in *l. viles 39. in fin. sup. d. h. red. petit.* sed ita ut sufficiat permitti tibi ea tollere quæ possis, id est tuis tibi per leges liceat tollere. Hoc ipsum tamen non simpliciter & indistinctè, sed ita demum si non ex eo deterior futurus sit fundus, quàm fuerat ab initio priusquam in eo ædificaretur. Quod nostri non obseruant qui omnes locum hunc sic intelligunt acsi scriptum esset Permittendum tibi tollere omnia quæ velis dammodò sic tollas, ut nullum pristino statui rei detrimentum inferatur. Cum tamen ante omnia inspicendum sit an id quod vis tollere sine rei detrimento tale sit quod tollere possis. Quemadmodum enim prius est ut aliqua res sit mobilis quam ut moueatur, Ira & prius est ut iure tolli possit, ne dicam eam barbaris ut sit iure tollibilis, quam ut iure tollatur. Sed & obseruatione illud dignum est, quod quoties loquuntur Iureconsulti de faciendâ potestate tollendarum expensarum quæ in rem alienam factæ sint, præterquam si in area aliena ædificatum sit, de solis voluptariis loquuntur, non etiam de necessariis aut de vtilibus, ut ad *leg. sup. attigi ex l. sine herede 22. §. interposito vers. sic respōdit §. De admin. tutor. l. pro voluptariis 9. d. impenis in res dotat. fact. l. viles 39. in fin. sup. de hered. petit. l. vnc. §. sed nec ob impenas vers. quod si voluptaria Cod. de rei vxor. act.* Extra id quod scriptum est in *l. domum C. hoc tit.* Nimirum quia in tollendis voluptariis verendū non est, ne quid fiat contra legem 12. tab. quæ tignum solui vetat. Cum tamen neque necessarias, neque viles facile tolli possint quin ea lex offendatur, Excepto fortassis vnicò illo casu quo impena facta sit ad ædificandum in aliena area, quia tunc nihil est quod de tigno ædibus iuncto tractari possit nisi ponas aream in qua ædificatum est ædibus iam ædificatis contiguam fuisse, ut supra posuimus. Sed non est is casus quem Celsus hic tractat. Ponit enim bonæ fidei emptorem ædificasse non in area aliena, sed in fundo alieno. Fundi autem appellatione omne ædificium ut & omnis ager continetur, quamuis in communi vsu loquendi vrbana ædificia aedes dicantur, rustica verò, villæ *l. fundi appellatione 211. de verb. signific.* In eoque maxime differt locus à fundo, quod locus non fundus sed portio





quod scit alienum ut videatur impensam omnem donasse, *l. ad 7. §. ex diverso v. r. c. r. d. §. De acquir. rer. domin. l. si servus servum 27. §. solutam i. ad. eg. A. quil. n. in calo. l. Julianus 37. sup. hoc tit. quanto magis idē obtinere debet in istis redemptoribus qui voluntatem habent alienandi omnia quae in aedificium illud impendunt, *l. si servus 61. §. locum i. de furt. Quid enim tam naturali aequitati conveniens est quam voluntatem domini rem suam in aliu transferre volentis rata haberi: *l. qui ratione 9. §. hā quoque res De acquir. rer. domin. Nam licet voluntas domini sola nō sit sufficiens ad transferendum dominium, nec si traditū se quatuor nisi praecedat aliquis titulus & quidem non quil. bet, sed qui sit iustus & habilis ad translationem dominij, *l. omni quā mada 3. eod. l. 3. §. si v. i. p. r. Locatio autem non fit ex eorum numero qui in eam rem habiles & idonei existimantur, *l. non solum. In proposito tamen locatio facta intelligitur quae tacitam in se venditionem includit omnium elementorum quae ad aedificandum sunt necessaria, quia & eorum precium in illa quantitate quae sub merceis nomine conven-*****

ta est proculdubio continetur: neq; verō aliter videri possent redemptores quod promississent praestitisse, quā si aedificium quod exiunt suo sumptu, facerent alienum. Quomodo autem facerent si cuncta sua & quicquid ad aedificandum impendunt non alienarent: Est autem alienatio nihil aliud quam dominij translatio, *l. C. de fund. dot. l. a. l. i. n. a. t. i. o. n. i. s. 28. §. de verb. signifi. Quamquam in eo aperte errat Accursius quod redemptores istos vocat conductores. Locatores enim potius dicendi sunt, non materiae ex qua aedificant, sed operarum suarum quas potius tales futuras pollicentur, ut omnia ad aedificandum necessaria de suo cōferant. Non quidem certo precio sed certa mercede in qua tamen, ut dixi, etiam precium totius collatae materiae & mactae continetur. Unde & redemptores facti appellantur, ut appareat talem esse hanc locationem ut emptionem quoque & consequenter venditionem quandam contineat. Non tamen novum omnino est ut ex locationis quoque causa dominium transferatur, ut in exemplo quod affert Accursius ex *l. in nave Sanfij 31. §. locat. 1.**

**I**ulianus recte scribit libro duodecimo Digestorum, mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, potest in rem actione petere.

*Ad §. 1. Iulianus.*

Ratio dubitandi. Speciale est in creditore ut quamvis non sit dominus pignoris quia pignus rei propriae non potest consistere *l. neque pignus 45. De reg. iur. adeo ut nec pignus personariae possit creditore facto domino, *l. penult. §. 1. ad fin. §. De exc. pr. rei iudic. vendendo tamen pignus transferat dominium rei obligatae in emptorem, Tot. tit. De distract. pig. D. & C. & apud Iustinianum in *T. i. quib. alien. licet vel non. ita ut is qui a creditore em. t. v. i. n. c. de proprietate non possit, *l. qui a creditore 18. C. de distract. pig. nempe quia vendit pignus ex domini voluntate sine expressa siue tacita, *l. si commenerit 4. §. de pignorat. act. quod sufficit ut dominium transferatur in emptorem etiam ab ipso domino pignus venditum videatur, *l. si servus 61. §. locum i. de furt. Atqui vindicatio fundi non datur nisi domino, *l. in rem 23. in princip. sup. hoc tit. Ergo fundum a muliere pignoratim creditore & a creditore postea venditum non potest mulier ab emptore vindicare.*******

Dec. Cum mulier pro aliquo intercedit contra SC. Velleianum non tantum principalis obligatio inefficax constituitur auctoritate senatusconsulti, sed etiam pignorum si quae dedit mulier aut si-

deissorum pro ea intercessione acceptorum obligatio nulla est, quia totam obligationem Senatus improbat, *l. si mulier 16. in fin. §. ad SC. Vell. quotiescunque scilicet mulier pro alio intercedit, *l. 1. & p. §. eod. Porro etiam datio pignoris intercessionem facit, *l. quamvis 8. in princip. Ergo creditor qui a muliere pro alio intercedente pignus accepit & vendidit, nullum pignus accepisse, nullumq; vendidisse videtur propter senatusconsulti prohibitionem. Neque ergo pignoris dominium aliquod translatum videri potest, *l. mulier 11. C. de distract. pig. Cum ex acta nullo & a legibus aut senatusconsultis prohibito dominium transferri non possit, *l. nō dubium 5. C. de leg. 2. Et iura quae loquuntur de distractione pignorum intelligenda sunt de pignoribus ritē acceptis & ritē venditis, *l. 1. & tot. tit. C. si vendit. pign. ag. si. Bona igitur ratio est quae in *l. si. q. adfertur ex Cato quod nullum pignus hic creditor vendidisse videatur. Ad danda tamen exceptio est ex *l. mulier. Nisi mulier dissimulatione marito obligante res uxoris tanquam proprias ignorantiam creditoris circumscripserit. Neque enim Senatusconsultum subvenit calliditati mulierum, sed infirmitati, & deceptis non decipientibus, *l. 2. §. sed ita dominum §. ad Velleian.*********

40. G A I V S libro 7. ad Edictum Praevinciale.

**Q**uia nullum pignus creditor vendidisse videtur.

*Ad l. Quia nullum 40.*

Ratio dubitandi. Pignus constituitur voluntate debitoris si modo rem suam det pignori eamque tradat creditore. Est enim contractus pignoris ex eorum numero qui re contrahantur, *l. 1. §. creditor quoque 7. De oblig. & actio. §. creditor Insti. quib. mod. re contrahat. Quod si traditio nulla se quatur adhuc tamen sola conventionione hypotheca contrahitur, *l. 4. in fin. l. §. 1. in fin. de pignorat. si rem 9. §. proprie §. de pignorat. act. Atqui ponimus mulierem**

de qua agimus & convenisse de pignore & dominam fuisse rei quam pignoris nomine tradiderit creditore. Non ergo dici potest nullum eam pignus dedisse aut nullum pignus venditum a creditore fuisse.

Dec. Nihil potest facere conventio neque traditio cui legis aut senatusconsulti prohibitio resistit, ut proxime diximus ex *l. nō dubium 5. C. de leg. 2. vbi dicitur nec insinuandum hoc casu quicquam prodesse quod & scriptum est in *l. si quis inquilinos 112. §. ult.**

*112. §. ult. de leg. 2. licet iure Canonico aliud sit propter religionem insinuandi quoties citra dispensationem salutis aeternae servari potest, *cap. cum contingat. Extra. De iur. iur. & equum p. d. De pact.**

*116. In proposito autem Senatusconsultum Velleianum improbat omnem intercessionem mulieris & consequenter etiam pignoris donationem, *l. 1. §. quamvis San. princ. & pass. sup. ad SC. Velleian.**

41. V L P I A N V S libro 17. ad Edictum.

**S**i quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. Sed & si cui in diem addictus sit fundus: antequam adiectio sit facta, ut in rem actione potest: postea non poterit.

*Ad l. Si quis hac lege 41.*

Ratio dubitandi. Rei vindicatio competit domino, *l. 1. in rem 23. sup. & pass. hoc tit. Atqui is qui emit sub pacto adiectionis in diem si res ei tradita sit factus est dominus, cum titulus venditionis etiam facta sub eo pacto sit habilis ad transferendum dominium, ut et alia quaelibet venditio, *l. n. u. q. u. m. m. d. 3. De acquir. rer. dom. Nec enim venditio quanta sit cōferat conditionalis sed pura quae tamen possit resolvi sub conditione, *l. 1. & 2. in §. De iudic. ad l. l. ut appareat interim esse illum dominum, eumq; tanquam dominum rem illam pignori dare posse, *l. vbi aut em. 4. aliis l. si ex duobus §. f. d. & Ad. v. c. l. l. Ergo quamvis postea melior condicio allata sit atque ita extiterit condicio pacti adiectionis in diem, non eo minus tamen potest emptorem vindicare eum ex vi solius pacti non possit dominium quod semel emptori quantum fuit ad venditorem recurrere siue nova retroraditione. Non enim nudis pactis, sed est traditioe detentur, sed tantum traditionibus dominia rerum transferuntur, *l. traditio 20. C. de pact. Nec rursus idē minus aliquid nostrum videri debet quod eius dominium aliquo casu a nobis abire possit, *l. non idē 65. in §. hoc tit. Denique licet res sub eo pacto vendita aut sub lege commissoria computetur in bonis venditoris quoties de ratione leg. s. f. d. i. a. i. n. e. u. n. d. a. q. u. e. r. i. t. u. r. e. t. i. a. m. q. u. a. m. c. o. n. d. i. c. i. o. n. e. r. e. s. o. l. u. e. n. d. a. v. e. n. d. i. t. i. o. n. i. s. e. x. t. i. t. e. r. i. t. *l. si n. u. l. i. b. e. r. 38. in §. ad l. §. f. l. e. non tamen potest venditor tanquam dominus eā vindicare ne quid post euentum conditionis allatae; meliorem condicionem, sed tantum habet actionem ex vendito, *l. 3. C. de pact. in. empt. & vendit. Quid ergo prodest etiam allata meliore condicione vindicationem emptori denegare quam nec venditori concedere possumus?********

Dec. In traditionibus rei quodcumque pactum appositum sit, valet *l. in traditionibus 44. sup. de pact. Atqui si valet pactum appositum in traditione rei venditae sub pacto adiectionis in diem ut si intra certum tempus melior condicio aut quandoque allata sit nullo certo tempore praefinito quomodo hanc legem Azo intellexit, res inempta fiat, aut quod effectu idem est ad venditorem revertatur, Cōsequens omnino est ut post allatam meliorem condicionem res sic vendita quamvis tradita incipiat esse penes emptorem sine titulo, cum titulus qui praecesserat redactus sit ad non titulum potestatis pacti. Potest enim condicione venditionem resolventis tollit intellectum prioris venditionis, arg. *l. si patroni 55. §. ult. ad SC. T. r. b. l. ita fit ut dominium quod a venditore abscesserat & in emptorem transferat, non possit residere penes emptorem non magis quam si emptio nulli praecessisset. Nihil enim refert an nulla venditio praecesserit an quae praecessisset finita adeoq; resoluta sit. Nec enim nuda tra-**

ditio dominium transferre potest quam non aliquis titulus idēq; habilis praecedat, *l. n. u. q. u. m. n. u. d. a. Neque tamen illud etiam statim consequens est ut dominium quod non residet penes emptorem recurrat ipso iure ad venditorem. Requiritur enim actus retroraditionis, id est ut interveniat retroraditio *l. 1. C. quā d. lic. ab empt. d. i. c. l. ab empt. i. c. §. si pr. de pact. vbi dixi & laicus in vltima parte Chiriaci De error. pragmat. Ob eam q; causam necessaria est venditori actio personalis ex vendito, per quam cogat emptorē ad retroraditionem, *l. 1. C. de pact. in. empt. & vend. In eoq; errat Accursius qui putat speciale esse in lege commissoria & in pacto adiectionis in diem speciale esse ut ex his causis dominium transferatur sine vlla traditione, & recurrat ad venditorē sola pacti potestate. Quod si ita esset utique sequeretur danda ei vindicatio etiam contra emptorem contra quam d. fert scriptum sit in *l. 1. Neque rursus hanc Accursii sententiam aliter admittunt interpretes, quam si pactio facta sit per verba merē directa ut vocant, puta inquitur si convenerit ut in casum non solati precij aut maioris oblati res inempta fiat, non etiam si per obliqua pura si convenerit ut res vendita ad venditorem revertatur, quomodo Bartolus ad hanc legem distinguit. Atqui in huius legis specie ponit Iureconsultus factam fuisse conventionem per verba obliqua non per directa. Ergo nec si ea interpretum distinctio vera esset quae certe falsa est cum nullo casu possit dominium redire ad venditorem sine retroraditione, Accursij tamen sententia probari posset. Quem illud sane sefellit, quod credidit legem hanc eo ipso quod denegat actionē in rem emptori tantquam qui desierit esse dominus, videri eam concedere venditori atque ita praesupponere in antecedens necessarium recurrere dominium ad venditorem. Nec animadvertit Accursius in hoc casu contingere nescio quid singulare, ut dominium rei venditae sub pacto, ut aiunt, resolutio, cuius condicio extiterit neque venditoris sit neque emptoris. Non venditoris quia cum per traditionem illud amiserit, non potest recuperare citra retroraditionem. Non etiam emptoris quia licet factus antea fuerit dominus per traditionem factam ex iusto titulo precedente, desit tamen esse dominus amisso titulo ex quo possidebat, incipitque res vendita & tradita penes eum esse sine causa, quasi numquam vendita, & quasi in eum casum deducto negotio a quo dominij translatio incipere non potuisset: Nuda scilicet facta traditione quae nec vllam exceptionem parere posset. Est enim prodita quidem exceptio rei venditae & traditae contra venditorem etiam qui factus sit dominus eius rei quam prius cum aliena esset vendiderat. Qui sensus est totius *T. r. De except. rei vendit. & tradit. Sed exce-*****

Tom. II.

QQ



ptio rei tradite tantum nulla est siue res illa numquam vendita fuerit, siue quod effectu idem est, vendita quidem sit, sed ad eum casum peruenerit, ut numquam vendita fuisse videatur, saltem iuxta veterum illorum sententiam qui putabant irrita fieri omnia quæ ad eum casum peruissent à quo incipere non potuissent, *l. quia in eum casum 16. inf. ad leg. falc. l. debitor 83. De leg. 2. 2. quauis ea propositio non placuerit omnibus, ut constat ex leg. 5. inf. ad leg. falc. l. existimo 98. inf. De verbor. oblig. aut saltem non fuerit perpetua, l. penultim. §. ult. eod. tit. l. in ambiguis 85. §. 1. De reg. iur. Nec pro Accursio facit quod obicit ex *l. is qui 11. §. antepenult. inf. quod vi aut clam.* si postquam melior condicio allata est aliquid operis vi aut clam factum sit interdictionem competere venditori. Non est enim bona similitudo interdicti & vindicationis. Hæc enim competit ei tantum qui est dominus, qualis non est venditor ante retrotraditionem, *d. l. 3. C. de pact. int. empt.* Interdictum autem etiam non domino si modo ipsius interfit, *d. §. antep. Interest autem venditoris propter actionem personalem quam habet ex vendito contra emptorem ut res ei retrotradatur, d. l. 3.* Neque rursus obstat quod idem obicit pignus quod medio tempore fuerat constitutum ab emptore cui res vendita fuerat sub pacto additionis in diem finiri statim atque allata melior condicio est ex *l. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 4. §. sed & Marcellus inf. De in diem addit.* Ut enim tale pignus finiatur sufficit emptorem desinere esse dominum quod nos ita esse fatemur, nec illud etiam requiritur ut venditor rursus dominus fiat, quem citra retrotraditionem dominum fieri negamus. Planè cum de ponenda legis falcidie ratione quaeritur, res sub hoc pacto vendita aut sub lege commissoria, interim computatur in bonis venditoris, id est prius etiam, quam per retrotraditionem redierit in dominium venditoris, *l. statuliber 38. in fi. ad leg. falc. id.* Quod tamen ita videtur accipiendum si condicio venditionem resoluens iam extiterit. Alioquin nihil causæ est cur res vendita quæ interim verè emptoris est ob id solum computetur in bonis venditoris quod ad eum redire aliquo casu dominium possit, *leg. non idè 66. inf. hoc tit. & dict. §. sed & Marcellus.* Nisi quis dicat singulari quodam iure ita comparatum esse in tractatu legis falcidie quod ibi non tam de præciso rerum dominio cuius sit, quaeri oporteat, quam de ipsarum æstimatione: Certum autem est re aliqua vendita sub lege commissoria, vel sub pacto additionis in diem, Debere venditorem omnimodo aut rem habere si fiat inempta aut rei precium, & quidem maius quam quanti res per venditorem æstimata est, si fortè melior condicio aliqua offeratur. Vnde etiam est, quod quamuis statuliber interim sit heredis pleno iure quousque libertatis condicio extiterit, *l. si debitor 45. §. ultim. inf. De fideicom. libert. ita ut à cæteris seruis nihiloterè distare videatur, l. statuliberi à cæteris 29. in prin. inf. De statulib.* Interim tamen familiam heredis non auget quantum ad ponendam rationem legis falcidie, *d. l. statuliber.* Nimirum propter incertum conditionis & spem discessuri ab eo quandoque dominij, aut potius propter implicitum casum libertatis, ut loquitur Paulus in *l. ult. sup. si ex noxal. caus. agat.* Certè quando res inempta esse desit aut propter non solutum sua die precium, aut ob meliorem allatam conditionem, apertior ratio est ob quam*

dici debeat computandam esse rem in bonis venditoris, licet dominium rei nondum ad eum redierit, Nimirum quia iam habet actionem personalem ad rem recuperandam, Qui autem habet actionem, ipsam quoque rem habere videtur, *l. is qui actionem 15. De reg. iur. Fefellit Accursiu, ut puto, quod scriptum vidit in l. commissoria 4. C. de pact. int. empt. non vindicationem rei eligere, quibus verbis innuitur, esse igitur in potestate venditoris si precium venditionis sua die solutum non sit, eligere vindicationem quam potest eligere non potest si dominus eo tempore non inueniretur. Neque sanè aliquo casu id fieri posse negamus, sed eo tantum admittimus quo per venditorè sub huiusmodi pactis distrahentem, precaria factum possessio emptori tradita sit, Quomodo tradi ut pluiumum solebat id maxime curantibus venditoribus, ut in casum resolutæ venditionis saluam haberent vindicationem nec eam cum actione personali ex vendito commutaret, ut innuit *d. l. 3. eod. tit. & d. l. is qui 11. §. ant. p. §. quod vi aut clam.* Hoc enim facti precarij rogatio ut vera possessio intelligatur esse penes concedentem non penes rogantem, *l. certè 11. §. is qui rogauit l. & habet 16. §. cum qui §. de precar.* Extra hunc casum cum olim dubitaretur an venditori post commissam legem venditionis salua esset venditori vindicatio, an actio tantum ex vendito, Decisa questio est rescripto Imperatorum Antonini & Seueri & constituta ut sola ei competat ex vendito actio, ut refert Vlp. notter ita omnino intelligendus in *l. 4. in prin. §. De leg. commiss.* Sæpius autem *d. l. commissoria 4. C. de pact. int. empt. & vend.* hic est ut qui post diem solutioni precij præstitutum cum posset eligere vindicationem, quia nimirum possessionem rei non nisi precaria tradiderat, maluit precium petere, & precij vltimas, non sit postea audiendus si commissoriam legem velit exercere, id est nec ei permittedam sit ut agat ex vendito, quia scilicet commissoria legi renūciasse intelligitur, *l. de lege 6. §. ult. & l. seq. §. eod. tit. De leg. commiss.* Et hæc demum distinctio adhibenda est in hac questione, Id est an res vendita tradita sit emptori absolute an precario tantum, Non quoadhibet Bartolus & post eum cæteri, An lex commissoria vel pacto additionis in diem cõcepta sit per verba directa, quomodo fingunt cõcepta fuisse in *d. l. commissoria, an per obliqua, ut in d. l. 3. cod. siue nãque cõuenierit ut res incepta fiat ut in l. 1. De leg. commiss.* aut ut sit empti nisi melior condicio intra certum tempus afferatur, ut in *l. de in diem addit.* quæ verba volunt nostri esse directa, Siue ut fundus ad venditorem reuertatur, ut in *d. l. 3. C. de pact. int. empt.* aut ut à venditione recedatur, sicut in hac lege, Quæ verba vocat illi obliqua nihil omnino interest quantum ad hoc ut eo magis vel minus dominium recurrat ad venditorem, sed retrotraditio semper necessaria est, tum quoque cum disertis verbis conuenit ut post euentum conditionis dominium ad venditorè pertineat, ut in *l. 1. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Quia quod in ea lege scribitur contra legem hoc casu seruandam esse non ita debet accipi quasi dominium ipso iure ad venditorem reuertatur, sed ut actio ex contractu detur ut dominium restituatur, quemadmodum in *l. 2. eod. tit.* Itaq; fallitur & fallit Bart. cum posteriorè huius legis partè quæ loquitur de additione in diem intelligit de additione facta verbis directis, Priorem verò de ea quæ verbis obliquis, Quasi non sit illa verè dicenda additio cum cõuenit ut allata meliore condicione ab emptione discedatur quæ est rudi-*

ridiculum, ut constat ex *l. 2. & pass. ill. tit. De in diem addit.* Quare nec potest se Bartolus euoluere ex ea difficultate quam statim ex sua illa distinctione nasci videt. Nam si conuentione sic concepta ut si quis alius meliorem conditionem adferat ab emptione discedatur, dominium idè non potest ipso iure ad venditorem recurrere quod conuenit per obliqua verba facta sit. Ergo, inquit dominus emptor remanet, & cõsequenter actio in rem ei competit, quod tamen lex nostra negat. Hinc nimirum cogitur ille Vlpianum sic interpretari, ut huic emptori denegeret actionem in rem aduersus venditorem tantum aut alium, qui ab eo causam habet, non etiam contra cæteros. Omnino malè. Quomodo enim fieri potest ut quantum ad istos sit dominus, quantum verò ad illos non sit? Et quod ait Vlpianus non posse illum in rem agere sicut indistinctè scriptum est, ita & generaliter intelligendum ut nullo casu possit in rem agere tanquam qui nullo casu possit se dominum aut emptorem dicere post allatam meliorem conditionem quando quidem finita emptio est, ut ideam Vlpianus noster docet in *d. l. 4. inf. De leg. commiss.* & finito titulo acquisitionis, ipsam quoque acquisitionem finiri necesse est, & traditionem ex non nuda fieri nudam, sicuti solemus dicere causam finitam recidere ad non causam, *l. 1. §. siue ab initio §. De condit. fin. caus.* Sed primus hac in re Bartoli error ille est quod putat, si venditor non fiat ipso iure dominus per euentum conditionis, Emptorem igitur dominum remanere: quæ mala vtrique consecutio est, cum inter hæc duo medium illud sit ut neuter dominum se possit dicere, Nec apertior alius textus quaerendus est quo probemus contra Bartolum, Venditionem factam sub pacto additionis in diem per verba etiam obliqua concepto non minus resoluta ipso iure ac finiri ut emptor desinat esse dominus. Licet non eo minus verum sit neq; ad venditorem hoc casu dominium recurrere, At non ratione illa quam Bartolus comminiscitur quod pacto facta sit per obliqua verba, sed quia nec si per directa verba factam eam proponeres, posset tamen recurrere citra retrotraditionem, quæ ad hoc certè omnino necessaria est, Quæ cum ita sint illud solum in hac lege explicandum superest, Quid ergo inter priorem & posteriorem speciem interfit si in vtraq; & additio in diem & iisdem verbis facta conuenio proponatur. Accursius respondet

¶ *Si seruus mihi, vel filiusfamilias fundum vendidit, & tradidit, habens liberam peculij administrationem: in rem actione uti potero. Sed & si domini voluntate, domini rem tradat: idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit, vel tradidit: in rem actionem mihi præstabit.*

*Ad §. 1. Si seruus mihi.*

Ratio dubitandi. Traditio non plus iuris transferre in accipientem potest, quam fuerit penes tradentem, *l. traditio 20. inf. De acquiren. rer. domin.* Atqui filiusfamilias vel seruus qui rem paternam aut dominicam vendidit & tradidit, non fuit eius rei dominus nec si liberam peculij administrationem habuerit, quia peculium licet dicatur esse veluti patrimonium filij vel serui, *l. 5. §. penult. & ultim. l. hinc quaritur 19. §. 1. inf. de pecul.* magis tamen est patris vel domini, *l. 3. §. sed verum l. patri 27. in princip. sup. De minor.* Ergo is qui à filiofamilias vel seruo rem aliquam peculiarem emit, &

quod nec improbare audeo Bartolus primam partem accipiendam esse de re mobili, Posteriorè verò de immobili. Et ego probò. Ipsa enim verba ostendunt in secunda parte tractari de fundo. Ad quid verò si etiam in prima de fundo quoque Vlpianus tractat? Et verò in hoc potissimum tractatu De rei vindicatione cum de vindicanda re aliqua simpliciter loquantur Iureconsulti de re mobili semper intelligunt, siue quod res immobiles specialius nomen habeant etiam sui generis, (fundi enim dicuntur aut agri aut ædificia aut prædia, *l. locus 60. l. questio est 115. l. fundi 211. De verb. signif.*) quod in res mobiles non cadit, quæ nullum aliud generis nomen specialius habent, siue potius quod in res mobiles magis propriè cadebat illa vindicationis formula quæ in iure apud Prætores usurpanda erat, *Haec rem ex iure quiritium meam esse aio,* ut diximus ad *legem primam, sup.* cum res mobiles faciliè in ius ad Prætorè duci vel ferri possent, quod innuit, *l. 1. §. si quis ius dicit. non obtemp.* vbi diximus, Immobiles verò non possent, sed tantum pars aliqua glebæ vel cæmentorum quæ totum fundum aut totum ædificium repræsentaret, vnde nec in rem immobilem cadit illa distinctio, quæ circa rem mobilem vindicatam adfert Paulus in *l. hæc si res 47. inf. cod.* an res præsens sit an absens. Et ita certè omnimodo sentiendum est. Idè autem subiectam ab Vlpiano mentionem fundi postquam de re vendita in genere locutus fuit, quod videri posset difficultis ut emptor fundi in diem additæ desineret esse dominus fundi post allatam meliorem conditionem, quam emptor rei mobilis, solet enim facilius & dominium & possessio rerum immobilium amitti quam immobilium, ut apparet ex eo quod multo breuiore tempore res mobiles & vltimè capiebantur olim & hodie vltimè capiantur, Immobiles verò longiore, *leg. vnic. Cod. de vsucap. transform. & Inst. Tit. De vsucap.* Item ex eo quod Papinianus scribit in *l. si rem mobilem 47. iunct. l. peregrè 4. §. ultim. inf. De acquiren. possess.* Sed enim nulla in huius legis specie differentia est inter rem mobilem distractam sub pacto additionis in diem & rem immobilem, quoniam eadem iuris ratio est cum de dominio rei per conuentionem aut amittendo aut acquirendo tractatur. Et hoc est quod Vlpianus hic docere voluit.

per traditionem accepit, non idè videri potest factus dominus, nec proinde vindicationem habere quæ non datur nisi domino, *leg. in rem 23. sup.*

Dec. Nihil interest an quis rem suam tradat per seipsum an per alium, sufficitque adesse voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, *§. nihil autem interest 42. Inst. de rer. diuis. l. si seruus 61. §. locati inf. De iur. l. si seruus 14. inf. De acqu. possess.* vbi additur ex hac etiam causa dari emptori accessionem possessionis ac si à patre ipso vel à domino emisset, Videtur enim pater vel dominus vendidisse cum filiusfamilias vel seruus

vendiderit siue ex patris aut domini voluntate expressa vendiderint, puta patre vel domino mandante, ut in *versic. seq.* subiicitur, siue ex tacita quæ satis interuenisse creditur hoc ipso quo pater vel dominus liberam filiofamilias vel seruo administrationem peculij permittit, Eadem enim hac parte vis est expressæ & tacitæ voluntatis, *di. l. seruum 14. & di. l. §. locani.* vbi duo isti casus æquiparantur. Et ad utramque voluntatem pertinet quod scriptum est in *l. qua ratione 9. §. hæc quoque res inf. De acquir. rer. domin.* nihil esse tam conueniens æquitati naturali quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. 2. inf. si quis à parent. manum. sit.* Idemque est si ponas rem venditam esse & traditam à procuratore liberam negotiorum administrationem habentes, licet mandato nihil expressum sit de venditione, quod tamen in alio procuratore cui totorum quidem bonorum administrationem, sed non libera data esset non similiter dici posset, *leg. procurator cui §. 8. & seq. iunct. l. procurator totorum 63. sup. de procurat.* Sic è contrario dicimus nihil referre quantum ad acquirendum dominium an alius rem sibi meo nomine traditam, meo quoque nomine ex mandato meo acceperit an ego ipse, *l. si procurator 13. iunct. leg. res ex mandatu 59. inf. De acquir. rer. domin. l. quartus 40. §. ult. & l. sequ. inf. ad SC. Trebell.*

*a Sed et si domini voluntate.* Rectè Accursius expressa, ut sit hic nouus casus & diuersus à superiore qui pertinet ad tacitam voluntatem. Inter quam tamen & expressam hac parte nihil interest ut modò diximus. Proinde eadem dubitandi & decidendi rationes aptandæ sunt ad hanc posteriorem partem quæ ad superiorem, Nisi quod cum

expressa voluntas est domini mandantis procuratori suo ut rem illam vendat & tradat, si longè minor dubitatio esse videtur, Quoniam expressa voluntas nullum interpretationi locum relinquit, Tacita relinquit. Procurator cui expressum mandatum est ut fundum Cornelianum vendat & tradat, habet expressam domini voluntatem. Is verò cui & generalis & libera bonorum administratio data est, habet tantum tacitam. Inde est quod neque procurator hic, neque filiusfamilias aut seruus quantumuis liberam habens peculij administrationem, donare non potest quasi nec ea mandantis voluntas fuisse videatur cum donare sit perdere, *leg. filiusfamilias 7. §. 1. inf. de donat.* Cum tamen dubitari non possit quin valitura esset donatio si ex domini vel patris voluntate expressa facta esset, *leg. tam is 25. §. 1. De donat. caus. mort.* Excipiendus tamen etiam alius casus est in quo nec is cui libera administratio concessa est alienare potest, Nimirum si quid fraudulenter & malafide alienare tentauerit, Verbis enim mandati bonam fidem semper inesse constat, *l. creditor 60. §. ultim. inf. mandar.* Ut de verbis fideicommissi quibus rogatus quis est restituere id quod ex hereditate supererit, Papinianus scribit in *l. Titius 54. inf. ad SC. Trebell.* Verba enim generalia semper sunt restringenda ex eo quod iustum honestum & æquum est, *leg. §. si tecum & leg. penultim. inf. ad exhib. l. cuius interfuit u. cum duob. seqq. inf. De iur. Nihil autem tam contrarium est bonæ fidei quam dolus qui non solum prodesse numquam debet, sed nec impunitus remanere, *l. procurator 11. §. 1. inf. De doli mal. except.**

42. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

**S**I in rem actum sit: quamuis heres possessoris, si non possideat, absoluitur: tamen, si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

*Ad l. Si in rem 42.*

Ratio dubitandi. In omnibus actionibus etiam quæ in personam diriguntur, quale quid est cum petitur, tale dari debet, *l. 2. inf. de iur. ideo que solemus ferè semper in omnibus inspicere tempus litis contestatæ, l. §. 1. post acceptum 18. sup. hoc tit. l. §. vinum 22. inf. de reb. credit.* Atqui tempore litis contestatæ ponimus defunctum possidisse rem quæ vindicabatur: Ergo etiam si postea absque dolo malo eam rem possidere desierit, non eo minus condemnandus est is, qui tempore litis contestatæ possidebat. Quid enim potest imputari ei qui litem benè ac vtiliter contestatus est ut ius suum in tuto collocaret? Proinde nec ipse heres absolvendus est etiam si possideat, cum in omne ius defuncti succedat, nec sua ignoracione vicia defuncti excludat, *l. cum heres 11. inf. De iur. tempor. prescript. l. vicia 11. C. de acquir. poss. multo que minus malam fidem defuncti quæ oritur ex contestacione, l. sed et si 25. §. si ante sup. de hered. pet. l. si homo 45. inf. hoc tit.*

Dec. Vindicationis iudicium tale est ut in eo condemnari nemo possit, nisi qui possideat tempore rei iudicandæ, quia sicuti non datur hæc actio nisi contra eum qui possidet tempore litis

contestatæ, *leg. qui petitio 36. sup.* ita neque condemnatio ferri nisi contra eum qui possideat tempore condemnationis cum non alia sit causa condemnandi rei quam quia rem petitam non restituit, In quo tamen nulla ipsius culpa est si neque possideat eo tempore quò iuberetur restituere, neque dolo malo desit possidere, *leg. sin autem 27. §. possidere sup. l. qui restituere 68. inf. eod.* Ergo absolvendus est heres possessoris, si ipse non possideat rem quam defunctus possidebat, eummodò nihil in ea re fecerit dolo malo, Ne alioqui deterioris conditionis sit quam defunctus qui nec ipse condemnandus esset sed absolvendus si absque dolo possidere desisset. Est autem multò facilis, ut sine dolo vilo heres possessoris non possideat rem quam defunctus possidebat quia licet omnia defuncti iura transeant in heredem, possessio tamen non transit nisi corporaliter fuerit adprehensa, *l. cum heredes 23. inf. De acquir. poss.* Nec enim potest hereditas transferri in heredem nisi quod ipsa habeat, Non habet autem hereditas possessionem, quia possessio tota facta est, hereditas autem iuris ut ratiocinatur *Vlpianus ex Scauola in leg. 1. §. Scauola inf. si is qui testament. lib. est. inf. iunct. leg. hereditas 50. sup. De hered. petitio. leg. denique 19. sup. à ex quibus caus. maior.*

*maior.* Quod si filis non fuerit contestata cum defuncto non est querendum de absolucione heredis. Cui & absolutio & condemnatio qualibet præsupponat iudicium acceptum & ceptum. Finis enim iudicij & litis est sententia quæ vel absolucionem continet vel condemnationem, *l. 1. inf. De re iud.* Est igitur hæc lex restringenda ad casum litis contestatæ, In eoque errat Accursius qui ad verbum absoluitur notat ab is nihil esse contestatæ, quia sic non contestata nihil est quod de absolucione tractari possit, & illa tantum quæstio superesse potest, An ex propria sua persona conueniri possit possessoris heres qui non possidet. Quæ tamen quæstio propemodum inepta est cum vindicationes & ceteræ in rem actiones non nisi ex præsentis possessione nascantur, *l. non alius 24. §. sed si possidet sup. De iudic.* Sed aliud est Absolui debere, Aliud contentum non posse.

*a Tamen si quis ex persona.* Ratio dubitandi. Etiam cum defunctus dolo malo desit possidere post litem contestatam, non eo minus tamen verum est heredem ipsius neque possidere, neque dolo malo desisse possidere. Nec enim dolo defuncti dolo heredis est. Vnde sit ut neque ex dolo defuncti, heres teneatur nisi hæcenus ut si quid ex eo dolo ad heredem peruenierit, id ei auferatur, *l. sicuti 8. de regul. iur. cum finit. in.* Ergo quamuis defunctus conueniri propter dolum suum poterat, non est tamen bona consecutio ut heres quoque ipse conueniri possit qui nullius doli conticis & particeps est, siue dolo defuncti post litem contestatam intenerit, siue ante litem contestatam.

Dec. Multum interest an defunctus actione in rem conuentus, qui possidebat tempore litis contestatæ desierit possidere ante litem contestatam, an post. Si autè, nulla certè causa est cur propter eum dolum heres conueniri possit rei vindicatio-

ne, quæ ut modò dicebamus nascitur ex præsentis possessione vel vera, vel ficta, Cum hic heres neque possideat neque dolo malo desierit possidere, Solaque in factum actio superest contra heredem per quam dolo defuncti vindicetur, quatenus heres ex eo dolo locupletior factus est, *leg. non aut. 52. vbi dicimus in p. cod.* At cum post litem contestatam acceptumque vindicationis iudicium intercessit dolo defuncti, qui dolo desierit possidere, transit illud ipsum vindicationis iudicium in heredem non tam propter dolum quam propter vim & potestatem accepti iudicij in quo defunctus quasi contraxisse intelligitur, *l. §. ad rem ferbit inf. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. alius 29. inf. De nou. t. quemadmodum ex alio qualibet quæ contractu defuncti etiam heres conueniri possit. Nec quod si super eo dolo non sit contestata cum post contestationem acciderit, ad rem facit cum ea omnia quæ post litem contestatam accidunt circa restitutionem rei petitæ in iudicio verentur, *l. Adiles 21. §. non exultans inf. De adilit. adit.* Idem iuris est si possessor fructus aliquos perceperat post litem contestatam de quibus restituendis condemnandus fuerat officio iudicis, *§. 1. inf. de officio iudic. l. coram 22. Cod. hoc tit.* Nam si ante condemnationem decellerit, perinde officio iudicis condemnandus erit heres eodem vindicationis iudicio quamuis rem ipsam neque possideat, neque dolo malo desierit possidere, quoniam post litem cum defuncto contestatam transit iudicium in heredem quale fuerat cum defuncto inchoatum. Et quod heres neque possidet neque dolo desit possidere facit tantum ut ex propria persona conueniri vindicationis iudicio nequeat, non etiam ut non possit tanquam heres illius qui eo nomine non tantum conueniri poterat, sed etiam fuerat iam conuentus.*

43. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

**Q**Uæ religiois adherent, religiosa sunt. & idcirco nec lapides inædificati, postquam remoti sunt vindicari possunt, in factum autem actione peritur: extra ordinem fibentur: ut is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. Sed si alieni, sine voluntate domini inædificati fuerint, & nondum functo monumento, in hoc detracti erunt, ut alibi reponerentur: poterunt à domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt, ut reponerentur: similiter dominum eos repetere posse constat.

*Ad l. Quæ religiois 43.*

Ratio dubitandi. Religiosam quidem locum facit quilibet voluntate sua, sed mortuum inferendo *l. in tantum 6. §. religiosum sup. de rer. diu.* Non igitur adiungendo tantum rem aliquam profanam rei religiois, id est sepulchro & monumento in quo quis conditus sit. Nec enim quicquid circa sepulchrum est statim religiosum sit, *l. 4. vers. profana l. locum 9. C. de relig. & sumpt. funer.* Ergo quæ tui natura non erant religiois non ob id religiosa fieri possunt, quod religiois adherent.

Dec. Ea quæ religiois ita adherent, ut eis inherant, eorum pars quadam sunt propter inherentiam cum anelli & separari non possunt quin id quod religiosum est non modò tangatur, sed etiam ledatur & offendatur. Fiant itaque religiosa, Nec nouum est ut quod ratione adiancti nouam naturam induat, & non iure enseatur, *l. qui patri 59. inf. De acquir. hered.* Et ideo benè insert Paulus lapides inædificatos etiam si à sepulchro remoti sint

per alium vindicari tamen à domino non posse cum ea quæ sunt religiosa in nullius bonis sunt, Vindicatio autem soli domino vel quiritario vel saltem bonitario competat, *leg. in rem 23. in princip. & §. 1. sup.*

*a Et idcirco.* Ratio dubitandi. Hi lapides non alia de causa erant religiosi quam quia sepulchro adherent, & ut diximus propter adherentiam. Ergo si remoti & separati sint à sepulchro desinēt esse religiosi ut cessante causa cesset effectus, ac proinde vindicare illos dominus poterit, Exemplo eius quod dici solet de tigno iuncto, quod licet quantum iunctum est vindicari non possit propter prohibitionem legis 12. tab. postquam tamen iunctum esse desit vindicari iam per pristinum dominum potest, *l. in rem §. pen. & ult. sup. iunct. l. 1. & 2. in r. De tigno iuncto l. 1. C. hoc tit.*

Dec. Quæ religiosa semel facta sunt, non nisi certis & religiois modis religiosa esse desinunt, ne quæ ex cuiusquæ voluntate pēder ne quod sunt aliquant









caueretur ei ne quidem de actionibus præstandis, cum dolus intercessit, secus si culpa tantum *l. is qui dolo 69. & seq. iun. & l. si culpa 63. j. hoc tit.* Si verò neque dolus neque culpa interuenierit absolueudus est *l. si autem 27. §. 1. sup.* Ex quo apparet hanc legem necessariò intelligendam esse de reo qui non desierit possidere, ac proinde qui restituenda rei facultatem habeat, nec noua possessionis adprehensione egeat, sed tantum noua dominij voluntate ad eandem rem ex noua causa, nouòque titulo possidendam, mutandamque sibi causam possessionis, quod ei facere licet utique hoc casu *l. non solum 33. §. quod vulgo j. de vsucap.*

*a Quam si cauerit.* Ratio dubitandi. Petitor possessori cauere non cogitur de euictione eius rei nomine cuius æstimationem accepit, quia imputare sibi possessor debet cur rem petitam non restituerit *l. ex diuerso 35. §. petitor. sup. hoc tit.* Ergo nec in proposita specie cogendus est cauere petitor,

## 48. PAPINIANVS libro secundo Responsorum.

**S**umptus in prædium, quod alienum esse apparuit, à bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donauit, neque à domino peti possunt: verum, exceptione doli posita per officium iudicis, æquitatis ratione seruantur: scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant. etenim, admittà compensatione, superfluum sumptum, meliorem prædio facto, dominus restituere cogitur.

*Ad l. sumptus 48.*

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari bonæ fidei possessori qui sumptus fecit, siue necessarios & vitales, siue etiam voluptarios in rem alienam quam putabat esse suam. Cum neque possit ei obijci quod eos sumptus donasse videatur quomodo solet obijci ei qui sciens in alieno solo ædificauit *l. ad 7. §. ex diuerso. versic. certè. Inst. de acquirend. rer. domin. l. si seruus 27. §. si solutam. j. ad leg. Aquil.* Neque quod voluerit callido consilio dominum onerare iis sumptibus ne tam facile rem suam possit vindicare & recuperare, quod interdum obijciunt creditori in rem pignoratam supra quam necesse sit eroganti *l. si seruos 25. j. de pig. norat. act.* Ergo danda est bonæ fidei possessori ultra petitiō huiusmodi sumptuum saltem per vitale iudicium negotiorum gestorum, Cum negari non possit, quin domini negotium vitiliter gesserit bonæ fidei possessor qui alienam rem suo sumptu meliorem fecit, Alioqui locupletabitur petitor ex iactura bonæ fidei possessoris, quod neque contra prædonem admittendum esset *l. plane 38. sup. de hered. pet. l. si pupilli 6. §. sed et si quis. sup. de negot. gest.* Dec. Is qui bona fide in rem alienam impendit quam putat esse suam, non habet animum obligandi alium quemquam, cum se putet rem suam gerere. Itaque nullam ex eo sumptu actionem potest sibi acquirere, siue directam, siue vitalem, quia non vult, Ne alioqui actus operetur ultra intentionem agentis contra regulam iuris *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cum 29. j. commun. diu.* quod in prædone diuertum est qui nec donandi animum habere potest, cum habeat è contrario animum de prædando *d. §. sed et si quis.* Neque tamen idè fit ut petitor ex bonæ fidei possessoris iactura locupletetur, Cum si rei vindicatione possessor conueniatur, possit sibi consulere possessor & sumptus omnes etiam voluptarios quos bona fide fecerit seruare per retentionem, opposita doli exceptione, quod in dolo sit petitor qui per occasionem iuris

cum eadem ratio contra possessorem locum habeat.

Dec. Aliud est cauere de euictione, ut in *dict. §. petitor.* Aliud verò cautionem, de qua hic agitur, præstare. Prior cautio potest damnosa esse petitori, secuta nimirum euictione. Posterior non potest esse damnosa cum sit in potestate ipsius facere ne per eum fiat rem traditum non iri. Cui verò æquum non videatur id saltem præstare petitori possessori quod sine ipsius dispendio & incommodo futurum sit *l. in creditore 38. j. de iust.* Solus possessoris dolo si forte is dolo malo possidere desierit petitor liberat ne hanc quidem posteriorem cautionem præstare cogatur nec actionibus vllis cedere *l. is qui 69. & seq. j. hoc tit.* non etiam si culpa tantum ipsius intercesserit, ut supra diximus ex *l. si culpa 63. cod.* Longè alia species est quam Pomponius circa furem tractat in *l. ei qui 9. §. 1. inf. de iur. vt & Accursius noster bene explicat.*

ciuilis contra naturalem equitatem lucrum captare velit ex damno alieno *l. 1. l. Paulus respondit 14. inf. de doli mali except. d. l. in hoc iudicium. §. 1.* Quod si retentione vi vel noluerit bonæ fidei possessor, vel per iuris imperitiam nesciuerit sibi debet imputare ac de seipso conqueri qui retentionem quã solam habebat omiserit *l. si in arca 33. j. de condit. indeb. l. h. res 21. secundum nostram illius legis emendationem quam in Chiliade nostra docuimus inf. ad SC. Trebell.* Nec videtur damnum vllum sentire quod ex culpa sua sentit *l. quod quis 203. De reg. iur.* Scripti latissime ad *d. l. plane. sup. de hered. pet. l. vbi totam hanc questionem tractauit De sumptibus in alienam rem factis, siue à bonæ fidei possessore, siue à prædone, aut à malæ fidei possessore.*

*a Neque ab eo, qui prædium donauit.* Ratio dubitandi. Qui alienum prædium donauit non caret dolo, cum species furti sit & rapinæ largiri ex alieno, & sibi acquirere beneficij debitorem *l. si pignore 54. §. 1. inf. de iur. Quod si donauit prædium quod putabat esse suum adhuc potest ei imputari cur non fuerit diligentior in inquirendo cuius prædium verè esset, Non solum quod donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. §. 1. j. de donat.* sed etiam ne donatarij specie beneficij decipiat. Beneficio enim adiuuari quemque oportet non decipi *l. in commodato 18. §. 1. j. commod.* Ergo danda est bonæ fidei possessori actio saltem contra donatorem pro sumptibus quos bona fide in rem alienam sibi donatam fecit, non facturus si donatio ei facta non fuisset, Præsertim cum nullam pro eorum sumptuum repetitione actionem habere possit contra dominum, ut proxime diximus. Dec. Semper succurrendum est donatori ne ex liberalitate sua periclitetur *l. ex hereditate 49. inf. & l. seq. j. de re iudic.* Vnde est quod dicimus ad res donatas edictum ædilitium non pertinere *l. ad res donatas 62. De adilit. edict.* nullamque inter donatorem & donatarium comparatam esse iure ciuili actionem, quia nec donatio proprie contractus*

tractus est *l. interdicitum 14. j. de precar.* Nisi cum donator dolo malo aliquid fecisse probatur *l. 1. Cod. de iur. dor.* Nec enim donatoris dolum nocere donatario æquum esset. Verum nec in proposito actio vlla competere posset aduersus donatorem etiam, qui sciens alienum prædium donauit. Cum quod pertinet ad sumptus in eam rem factos à donatario nihil videatur eius interesse, quippe qui eorum nomine indemnitate possit sibi acquirere per retentionem rei aduersus dominum vindicantem. Quod ei debet sufficere, ne læsum se aut deceptum conqueri possit, Quandoquidem plus cautionis est in re quam in persona, ut habet iuris regula *l. plus cautionis 25. De reg. iur.* Maxime verò cum possideat cui ius est retinendi *l. 1. j. de pig.* Melius enim & commodius est possidere quam agere *§. communium. Inst. de interd. §. 1. Inst. de action. l. 3. inf. De compenf.*

*b Exceptione doli opposita per officium iudicis.* Iam alibi monuimus hæc potestatem verba per officium iudicis esse irreptitia & delenda, Non solum quod in iudicis arbitriis quale est iudicium vindicationis nullus officio iudicis locus relinquatur nisi quantum ad arbitrium quod vel absolutionem præcedere debet vel condemnationem, & quantum ad fructus post litem contestatam perceptos *§. 1. Inst. de officio iudicis.* Sed etiam quia cum exceptio doli posita est in formula Prætoris iudex datus secundum eam iudicare cogitur, nec tam officio quam ex necessitate formulæ obstringitur, ut eam exceptionem admittat, & ipsius æquitate actorem summo ueat. Itaque quod sit ex vi formulæ subiicit iudicem iuris necessitati. Quod autem officio iudicis committatur ipsius quodammodo potestati commissum intelligitur. Quod videretur alludere I.C. in *l. non quicquid 39. sup. de iudic.* Fecellit fortasse interpretem, quod scriptum vidit in *dict. l. plane 38. sup. de hered. p. tit.* contineri officio iudicis vi impensas necessarias & vitales iubeat præstari etiã prædoni, neque doli exceptionem ad hoc desiderari. Sed præter id quod totus ille locus mihi valde suspectus est, ut ad eam dixi, debuit etiam interpres obseruare tractati ea lege de hereditatis petitione quæ bonæ fidei est *l. d. l. in fin. C. cod. ill. tit.* ac proinde admittit facile officij iudicis per quod suppleri solent omnes exceptiones, maxime verò doli & pacti in omnibus bonæ fidei iudiciis *l. sed si idè 21. j. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum. de legat. 1. l. 3. de rescind. vendit.* At vindicatio bonæ fidei actio non est, sed arbitraria quæ ad strictas actiones propius accedit in eo, ut doli exceptionem in formula exprimi necesse sit *dict. l. Paulus 14. j. De doli mal. except. dict. l. in hoc iudicium 14. §. 1. j. commun. diuid. l. quocumque 13. j. tit. proxim.*

*c Scilicet si fructuum.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor facit omnes fructus suos sola perceptioe *l. si fructuarius mensem 13. §. 1. j. quibus mod. vsusfr. amittit.* Interim quidem, ut loquitur Paulus in *l. bona fidei 48. inf. de acquir. rer. domin.* id est, ut semper explicauimus, quousque bonæ fidei possessor vindicatione conueniatur, si modò ante conueniatur, quam eos vel consumpserit, vel vsuceperit. Nam his duobus casibus, siue consumpserit eos, siue vsuceperit, non quidem potest magis facere suos, cum id quod iam meum est magis meum fieri non possit *§. sic itaque. Inst. de action.* Sed tamè facti suos, iam non interim ut antea, sed absolute, ita ut nullo casu eos restituere teneatur ne quidem officio iu-

dicis, sed lucretur omnino *l. 4. §. si post litem. inf. de reg. iud. l. 4. §. lana. j. De vsucap. iun. & l. fructus 45. inf. De vsur.* Hoc enim facit, & meretur fauor bonæ fidei, qua tantundem præstare possidenti solet quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Ergo si quos sumptus bonæ fidei possessor fecerit in rem alienam, ex qua etiam fructus aliquos ante litem contestatam perceperit, non debet pati eorum sumptuum cum fructibus compensationem, Ne ea compensatio cuiusdam restitutionis vice esse videatur ex parte bonæ fidei possessoris, sicuti ex parte agentis petere videtur qui obijcit compensationem *l. amplius non peti 15. j. tit. rem habet.* Illud sane constat compensationem quamlibet habere vim solutionis, & quidem quæ fiat iure *l. si ambobus 10. j. de compensat. l. si constat. C. eodem.* Atqui non potest creditori solutio fieri in ea re quæ iam sit creditoris. De suo enim debitorum solueret oportet, non de alieno, imò nec de ea re in qua ius aliquid alius habeat qui possit eam euincere *l. si rem 20. l. si quis alium 4. l. si ueni 78. l. qui res 98. & pass. j. de iur.* Atqui fructus à bonæ fidei possessore ante litem contestatam percepti ad ipsum pertinent, ut diximus, adeoque pleno dominij iure, ut ait *l. in pendentium 28. j. de vsur.* Nec tantum ad eum pertinent, iure dominij interim, sed etiam merito ipsius lucret cedunt si eos vel consumpserit vel vsuceperit. Quomodo igitur fieri potest, ut eorum compensationem pati cogatur cum sumptibus quos etiam bona fide in rem alienam fecit, & quorum solutionem extorquere posset per retentionem opposita doli mali exceptione, tamen si fructus nullos perceperit?

Dec. Æquitas sola illa est quæ merum ius compensationis inducit *l. inter tutores 36. j. de admin. tutor.* Et rursum æquitas illa est quæ bonæ fidei possessori dat retentionem pro sumptibus bona fide erogatis, ut hæc lex ait. Et æquitatis huius non alia ratio, quam ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur, & præterea ne bonæ fidei possessori sua sit damnosa bona fides, sine qua credibile est non fuisse illum in rem alienam sumptus facturum. Quæ ratio vtraque cessat in eo bonæ fidei possessore, qui ex re illa fructus aliquos ante litem contestatam perceperit, siue illos consumpserit aut vsuceperit, siue non. De omnibus enim lex hæc sicut generaliter loquitur ita generaliter intelligenda est, Cum bonæ fidei possessor non magis quam dominus possit conqueri, quod tantos sumptus fecerit in eam rem quæ fructuum suorum emolumento sumptus illos persolvere poterit & compensare. Itaque hoc casu nec alio præterea vllò verum est bonæ fidei possessorem non lucrari fructus ante litem contestatam perceptos etiam quos consumpserit, vel vsuceperit, sed ex iis debere sibi solvere, quantum ab eo sumptuum factorum nomine per retentionem habere, & consequi potuisset, ut & Accursius & Bartolus ad hunc locum tractant. Et ad *l. in fundo 38. sup.* idem noster Accursius bene admonet hoc notandum esse. Pauci enim sunt qui fuerint idem responsuri si non Papinians tam aperte hoc ipsum expressisset, non tantum in hac lege, sed etiam in *l. emptor 65. in sine principij. j. hoc tit.* Et quamuis tam aperta sint Papiniani verba, ut nulli aut interpretationi locum relinquunt, Cum tamen hic tractatus ex facto lapsus apud nos incidisset, Vix tadem pragmaticis nostris persuadere potui, ut hoc ius admitterent, Contra persuasi ex eo, quod apud Iohannem Paponium non valde alioqui bonum iuris

authorem scriptum videt lib. 18. §. 1. Titul. 1. de  
*restit. fruct.* §. 1. ubi suauiter addit contra pronun-  
 ciandum esse ex hac ipsa lege, si modò, inquit, in  
 ea legis quomodo in quibusdam editionibus ad-  
 notatum refert à lite contestata pro eo quod vulgo  
 legitur ante lit. in cont. statam. Non repugnans, quin  
 secundum receptissimam editione Papiniani sen-  
 tentia & auctoritas pro nobis urgeat. Nec animadu-  
 uertens hanc eandem sententiam ab eodem Papi-  
 niano repetitam esse in *diel. l. emptor*, vbi tamen nō  
 nisi de fructibus ante litem perceptis tractatur, Ni-  
 si forte & eo loco putat Paponius scribi debuisse à  
 lite pro eo quod scriptum legitur ante lit. em. quod  
 æquè ridiculum esset. Vix enim sic vna loquun-  
 tur Iureconsulti, vt dicant à lite quin addant *con-  
 testata*. Ne cal' a quam Papiniani videtur fuisse senten-  
 tia Modestini in *l. quod si artificem 32. §. hoc iur.* cum  
 sit impensis à bonæ fidei possessore factas posse  
 compensari cum fructibus ex eo artificio percep-  
 tis post annum vicennium quintum eius qui ar-  
 tificium consecutus est. Neque verò vllam adhuc  
 editionem videre potui quæ varietatem illam le-  
 ctionis à Paponio obseruatam probet. Sic & quod  
 scriptum est in *l. super empti 16. Cod. de iur. impen-  
 sis quas ad meliorandam rem vos erogasse consuevit*,  
*habita fructuum ratione restitui vobis sub. b. r.*, puto  
 ex supradictis legibus, & ex hac potissimum esse  
 intelligendum vt ad fructus ante litem contesta-  
 taram perceptos maximè pertineat, Vt mihi Pa-  
 ponij emendationem à viro doct' si uo Dionysio  
 Gothofredo probari possit. Sequamur ergo in-  
 trepidè Papiniani sententiam, quæ & variis Sena-  
 tus nostri consultis ac Definitionibus comproba-  
 ta est, sumptus in rem alenam bonæ fidei factos  
 cum fructibus ante litem contestatam perceptis,  
 licet consumptis bona etiam fidei, compensari tam-  
 en ex æquitate oporteat, Quis facta compensa-  
 tione quadam æquitatis cū æquitate, vt & in *l. Si-  
 chun aut Pamphili 35. §. naturalis. §. de solut.* Quid-  
 ni verò cum etiam delictorum compensatio fieri  
 possit & pœnarum *l. viro 39. §. solut. matrim. iunct. l. 1.  
 mult. r. 47. eod. t.* Planè si poneret fructus quos bonæ  
 fidei possessor ante litem contestatam perceperat  
 vsucaptos ab eo fuisse antequam sumptus in eam  
 rem faceret facilius admitterem nō debere locum  
 esse huic compensationi. Cum plenior iure sint  
 acquisiti quam qui per solam consumptionem, vt  
 maior sit potestas legis quam consumptionis, Ne  
 alioqui post vsucapionem deterior sit condicio  
 bonæ fidei possessoris quod ad fructus istos perti-

net quam si ab initio & ipsa perceptione suos eos  
 nec fecisset *l. in bello 12. §. si fructus. §. De capti. & possi-  
 lina*. Quamquam generalia huius responsi verba  
 restitutionem hanc vix admittant. De fructibus au-  
 tem post litem contestatam perceptis ne quidem  
 imperitiores pragmatici dubitant quin compen-  
 sari possint qui & restitui debent tanquam mala  
 fide percepti *l. pret. v. a. 201. si homo 47. & pass. sup. hoc  
 1. §. sed et si 2. §. si ante sup. d. hered. per. l. 4. §. post litē  
 fruct. §. quid*. Plus enim est restituere quam compen-  
 sare, & idèd' facilius est vt in compensatione veniat  
 fructus ante litem contestatam percepti quam in  
 restitutionem. Ceterum quo casu compensatio fit,  
 non nisi ad concurrentem vtque quantitatem fie-  
 ri potest. Superfluum itaque id est, quod in fructi-  
 bus amplius est quam in sumptibus lucro possessori  
 cedit. Et contrariò autem si quid plus sit in sum-  
 ptibus quam in fructibus, id oppositi doli mali ex-  
 ceptione per retentionem æquitate ratione serua-  
 bitur. Quæ totius legis huius vera sententia est. Pos-  
 simè tamen à Cuiacius nostro sic accepta quasi eam  
 de fructuum restitutione aut compensatione cum  
 sumptibus faciendâ queritur, nihil interit inter  
 bonæ & malæ fidei possessorem. Cum tamen Pa-  
 pinianus de solo bonæ fidei possessore loquatur,  
 Non alia de casu vt eandem illam est quam quod  
 in malæ fidei possessore aliam admittendum putet.  
 Nam nec dissimulari vit doct' si uis quin Papinia-  
 nus eandem locutus sit de donatore non de vendito-  
 re, quia, inquit, & rectè donator de euicitione non  
 tenetur *l. 2. §. d. euit. Venditor* tenetur in qua ac-  
 tione onit etiam quod emptor bonæ fidei in  
 rem venditam impendit *l. si conuenerit 9. l. super  
 empti 16. §. d. ut* Quod si eandem locutus sit Papinia-  
 nus de donatore ad exclusionem venditoris, an nō  
 toulit eandem de bonæ fidei possessore ad exclu-  
 sionem malæ fidei possessoris? Non quasi non te-  
 nea vt ipse compensare fructus quos ante litem  
 contestatam percepit cum sumptibus si qui sint  
 sumptus quos per retentionem seruare possit. Sed  
 qui tenetur omnes restituere sine vlla distinc-  
 tione fructuum ante vel post litem contestatam per-  
 ceptorum. Nec iustus fructuum compensatione  
 facta cum sumptibus superfluos sumptus petere  
 potest malæ fidei possessor, nisi adhibitis distinc-  
 tionibus quas attulimus ad *diel. l. pl. 2. vbi totam  
 hanc Cuiacij traditionem consutatimus, & ad d. l.  
 in fundo*, vbi quæ distinctiones adferuntur circa  
 personam bonæ fidei possessoris, etiam ad hanc  
 legem aptandæ sunt.

49. CELSVS libro 18. Digestorum.

Solum partem esse ædium existimo: nec alioquin subiacere: vti mare nauibus.

Ad l. solum 49.

Ratio dubitandi. Solum in quo ædificatæ sunt æ-  
 des videtur subiacere ædibus sicut mare nauibus,  
 quia non magis possit subistere nauis in mari si-  
 ne aqua quam ædes absque solo, Et quemadmo-  
 dum potest mare esse sine nauibus, ita & solum si-  
 ne ædibus, Ideòque nec destructis ædibus solum  
 perit, sicut nec mare sublati & dissoluti, aut nau-  
 fragio amissis nauibus. Ergo quemadmodum ne-  
 mo nisi stultè dixerit esse mare partem nauis, ita  
 nec videtur dici posse solum partem ædium.

Dec. Superficies quæ superimponitur solo non

tantum contigua est vt nauis mari, sed continua &  
 cohærens ei, vt cum solo coniuncta efficiat vnum  
 totum quod constat ex solo & superficie *l. cum qui  
 ades 23. §. De vsucap.* Quod non similiter dici potest  
 de aqua maris, vt cum nauis coniuncta faciat vnum  
 totum. Subiacet enim tantum nauis, vt possit nauis  
 subistere, quomodo perinde subisteret si subia-  
 ceret ei solum, quod vtrique subiacet eam nauis æ-  
 dificatur, aut ædificata instruitur antequam nauis  
 gaudi causa mittatur in mare. Est igitur solum pars  
 ædium & quidem maxima, cui etiam superficies  
 cedit *l. qui res 98. §. ar. a. §. de solut.* Hinc est quod æ-  
 dificia licet ex mobilibus construantur immobilia  
 tamen

tamen censentur, etia cohærent solo, quod est im-  
 mobile, Nam autem mobilis est, siue moueam ab  
 hominibus, vt remaneat à fluctibus in mari qui &  
 ipsi mobiles sunt. In d. mare ipsum sit immobile  
 quatenus suis centis fluctibus cohercet. Non ergo  
 est bona cõparatio nauis & maris cum solo & ædi-

bus. Melior & restior illa fuerit, si quis carinam  
 nauis solo ædium equiparet, quia sicuti superfi-  
 cies solo cedit, & naturali & iudi ratione, vtrius  
*lex 2. ar. de superfic.* ita & toties nauis proprietaria  
 carinæ causam sequitur *l. Admirus 61. inf. hoc ti-  
 tulo*.

I. Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.

Ad §. 1. Meum est.

Ratio dubitandi. Quod ex re mea superest, non  
 ratio est illi si ipsa res quæ erit mea. Nec enim quis-  
 quam bene dixerit eorum mei bouis mortui esse  
 illum bouem qui sit meus. Aut eorum ex qui-  
 bus ad locum eorum non erit, de fructu adhi-  
 cio esse adfructum aut partem adfructi quod am-  
 plius nullum est. Vnde si vt mortui boue qui fuerat  
 legatus, neque caro, neque corium legatario  
 debeatur, *l. in bono 49. in princ. inf. de leg. 1.* ne-  
 que neque carinam de fructu adfructi vindicare  
 possit qui tenentis adfructi dominus fuit *l. in bono qui  
 ad 2. ar. de vsucap.* Non ergo semper verum est,  
 meum esse quod ex re mea superest, etiaque vin-  
 dicandi ius me habere. Videturque sententia hu-  
 ius §. 1. infringenda ad eas res quæ habent partes ho-  
 mogeneas, etiaque quatuor singule sui totius nomen  
 & naturam retinent, qualis est candelos. Nam qua-  
 liber pars eandem est fundus, non singulariter qualibet  
 pars bouis est boue nec qualibet pars adfructi est ad-  
 fructum. Dec. Dominium quæ est iuris, afficit to-  
 tam rem, & singulas partes totius rei, eam domi-  
 nium est si totum est in toto, & totum in qualibet  
 parte, vt solent cetera quæ sunt iuris, & incorpo-  
 ralia. Hoc enim si candelos insuit & penetrat in quanti-  
 tate vel minimam partem rei cuiuslibet, siue diuisi-  
 bilis sit, siue indivisibilis, & siue partes habeat  
 homogeneas siue heterogeneas. Nec enim potest  
 hac in re alia esse ratio partis, alia totius, vt quod  
 meum est totum, alterius quoque pro parte esse  
 videtur, ne vt & eadem res diuerso iure censea-  
 tur quod absurdum esse ait *diel. l. cum qui 23. ar. de  
 vsucap.* Porò dominium quod semel alienus fuit,  
 non nisi certis modis potest desinere eius esse, In-  
 ter quos modos ille non est si aliqua ex parte res  
 perierit. Nam pro alia parte quæ superest nihil ve-  
 rat dominium retineri quod amissum nunquam  
 fuit. Nec magis bona est cõsecutio si quis ex amif-  
 sione dominij pro parte rei quæ perit tantum ex  
 parte, vel si quis inferre aliam quæque parte amif-  
 sam esse si ex eo quod res pro parte perit inferre  
 quis vellet. Totam igitur rem perisse: aut omnes  
 rei partes integrales, quod sanè falsum esset, tum  
 quoque cum talis res proponere tur cuius forma  
 & species perierit. Destructa enim domo super-  
 sunt cetera, tigna, & lapides. Superest etiam area,  
 Et dissoluta nam superstant tabule ex quibus nauis  
 constabat, quas si non fuerint alienæ tunc cum nauis  
 componebatur, necesse est eius manere cuius  
 nauis fuit. Multum tamen in contrarium urgere  
 videtur, quod scriptum est in *d. l. mortuo boue 49. De  
 legat. 2.* Mortuo boue neque carnem, neque corium  
 debent. Cum enim dominium rei legatæ tran-

eat resti via à testatore in legatarium quasi num-  
 quam factum hereditas *l. legatus 80. de leg. 2. l. 1. in  
 ar. de ar. dist. 1.* esse est dicere cur in tuo boue qui  
 fuerat legatus, quod superest ex boue, id est, caro  
 & coria legatario nō debeatur. Ob hanc rationem  
 causam cogit Accursius diuinate, In illa specie  
 vel non fuit ille bouem legantis, vel ante cedentem  
 legati diem, puta viuo testatore aut ante implemē-  
 tum conditionis sub qua legatus boue fuerat, lega-  
 tarium deceisset. Quibus duobus casibus, etia rei  
 legatæ dominium quod non fuit tunc tunc transire  
 in legatatum non possit, mortuum non est, neque car-  
 nem, neque corium legatario debent, tamen bo-  
 uis alieni si mortuus non esset legatario valeret si  
 modò per damnationem factum esset vt vel bos  
 ipse si emi possit vel facem ipsius ædificio lega-  
 tario debeatur, vt Vlpianus scribit in *l. 1. ar. De  
 legat. dum modò alienum testator fecisset, l. vnum  
 ex familiis 67. §. si rem De leg. 2. l. cum alienum 10. C.  
 de leg.* Sed malo ego textum illum aliter intelligere  
 & conuenientius verbis illis. Non de rei vindica-  
 tione de qua hic agitur, sed de actione personali  
 quæ competit iam olim & competit etiam hodie  
 ex testamento pro omni legato vtiliter dato siue  
 per vindicationem relictum sit siue per damna-  
 tionem. Non enim ait Paulus mortuo boue lega-  
 to (quo nomine prudentes nostri passim legatum  
 vindicationis intelligunt) neque carnem neque  
 corium vindicari posse à legatario quod sanè dici  
 non possit si modò post diem legati cedentem le-  
 gatarius deceisset, sed neque carnem neque cori-  
 um legatario debent: Quæ locutio ad persona-  
 lem tantum actionem pertinet, non ad vindica-  
 tionem excludendam. Cum id quod iam est le-  
 gatarij magis eius fieri non possit, §. si itaque Inst.  
*de adiu. ad. mort. ex pluribus 196. De reg. iur.* Proinde  
 non sunt ista contraria vt legati bouis carnem &  
 corium vindicare possit legatarius tanquam do-  
 minus, Nec tamen possit actione personali petere  
 carnem aut corium, quia verum est neque carnem  
 legatam esse neque corium, sed bouem cuius ap-  
 pellatione neutrum istorum certè continetur, quia  
 boue etiam ex carne & corio tanquam ex partibus  
 suis integralibus constat, quæ dominij iure non ad  
 alium vtrique pertinere possunt quam ad quem boue  
 ipse pertinet. Ergo etiam mortuo boue qui legatus  
 fuit cum superant ex ea re quæ fuit legatarij nisi  
 frigas cum Accursio aut legantis nō fuisse bouem  
 aut antecedentem legati diem perisse, poterit le-  
 gatarius & carnem & corium vindicare, quomodo  
 potest alius quilibet id quod suum est, *l. Quintus  
 25. §. argento, De ar. & arg. legat.*

50. CALLISTRATVS libro 2. Edicti monitorij.

Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non rectè hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.



Ad l. si ager 50.

Ratio dubitandi. Venditio perficitur solo consensu nec requirit traditionem §. cum autem Inst. de empr. & vend. indeque est quod post perfectam consumptionem periculum rei emprae & venditae totum pertinet ad emptorem l. necessarius 8. §. de peric. & commod. rei vendit. quod tamen non ad alium pertinere solet. §. ad dominum l. que sortibus 6. C. de pign. act. l. contrarius 23. De reg. iur. Ergo dominium rei venditae acquiritur emptori ex die perfecta venditionis etiam citra ullam traditionem, & consequenter permittendum est emptori ut rem quam enit vindicet ab extraneo quocumque possessore.

Dec. Aliud est loqui de venditionis perfectione, aliud verò de translatione dominij. Prius est & facilius, ut venditio perficiatur §. ut ex ea dominium transferatur. Nam sicuti perfici ea necesse est priusquam perfecta sit, ita & perfecta esse oportet priusquam dominium ex ea transferatur, secuta quoque traditione. Cum non nudis pactis & conventionibus, sed tantum traditionibus & usucapionibus rerum dominia transferantur l. traditionibus 20. C. de pact. Sicut enim sola & nuda traditio, id est, quae non habet aliquam causam precedentem, eamque iustam & habilem ad dominium transferendum transferre dominium numquam potest l. numquam nuda 31. §. De acq. rer. dom. Ita neque nudus titulus acquisitionis quantumlibet iustus potest inducere translationem dominij, nisi secuta demum traditione. Est enim traditio sive per iustus modus dominij acquirendi non tantum bonitatis aut iuris gentium, sed etiam quiritarij ut Vlpian. refert in Fragment. Tit. 19. de acq. rer. Nec quod interim & ante traditionem periculum iam emptoris sit, ad

¶ Sed heres de eo, quod hereditati obuenit, recte ager, etiam si possessionem eius adhuc non habuerit.

Ad §. si heres.

Sed heres de eo quod hereditati obuenit. Ratio dubitandi. Dominium non acquiritur sine traditione aut saltem sine possessionis adprehensione, ut modo diximus Atqui hereditas non solum incipere non potest possidere, sed neque continuare inchoatam à defuncto possessionem, quia hereditas iuris est l. hereditas 50. §. de hered. per. Possessio autem facti sive à pedibus, sive à sedibus dictam velis l. 1. in princ. & in §. si vir uxori. §. de acq. poss. l. denique sup. ex quibus caus. maior. quae proinde non potest cadere in hereditatem quia licet hereditas vicem personae sustineat l. hereditas 34. §. de acq. rer. dom. ut tamen persona facta est quae nec pedes nec manus habet. Porro si cuti nulla possessio penes hereditatem est, ita neque vlla transferri ab hereditate in heredem potest absque corporali adprehensione possessionis l. cum heredes 23. §. De acq. poss. cum id tantum in heredem transferre possit hereditas quod ipsa habeat, ut ex Scævola ratiocinatur Vlp. noster in l. 1. §. Scævola. in §. si is qui testam. lib. eff. inst. Ergo nec heredi vindicatio dari potest antequam factus sit dominus per adprehensionem possessionis. Dec. Sicuti traditio vnus est ex modis sex dominij transferendi & acquirendi, ita & lex, eodè Vlpiano teste in d. Tit. 19. de acq. rer. Et quidem potissimus, quia nec traditio quicquam prodest ad dominium transferendum, nisi causam aliquam precedentem habeat iustam, & legitimum, id est, à lege approbatam & habilem ad

rem pertinere. Id enim sit non quasi emptor iam sit dominus, sed quia in ipsius potestate est ut venditorem cogat ad tradendum nisi malit venditor praestare quam emptoris intererit l. 1. §. de act. empr. l. si traditio 4. C. eod. l. contractus 9. de fid. instrum. Nec est bona comparatio hac parte nec bona illatio à periculo ad acquisitionem dominij, ut docet Vlp. in l. is qui in putum 1. §. Aristot. ver. §. ergo si possidet. §. quod vi aut clam. Quae locum miror non fuisse observatum à Cuiacio toties scribente Periculum rei venditae nec dum traditae ad venditorem tanquam ad dominum pertinere, Contra quam scriptum sit in d. §. cum autem, & aliis penè innumeris Pandectarum locis. Ut à nobis latius in Cōstitutarum libris tractatum est. In hoc sane Cuiac. recte sentit quod cum omnibus fateretur venditorem manere dominum quandiu traditio secuta non est, ideòque nec vindicationem emptori posse competere priusquam res ei tradita sit, sed tantum actionem ex empto contra venditorem l. qui pendente 25. l. Quinius Mancius 40. §. de act. empr. l. pen. C. eod. Ergo quod in hac lege dicitur de amissa possessione agri venditi, ut eo nomine vindicationem habere emptor non possit, non ita potest accipi quomodo Accurs. noster accipit, ut intelligatur de emptore qui agri venditi possessionem amiserit iam sibi tradita, sed de possessione quam venditor ipse amiserit ante traditionem. Quo demum casu verum est quod lex ait non posse emptorem vindicare, Quod utique falsum esset si dominus per traditionem factus fuisset, quoniam amissa possessionis in persona emptoris praesupponit eius acquisitionem, acquisitionem autem traditionem. Neque enim traditio quicquam aliud est quam translatio possessionis.

inducendam dominij translationem l. numquam nuda 31. in §. de acq. rer. dom. l. 3. §. si visus perit. Inde est quod hereditas quemadmodum inducitur per legem ita & capax est acquirendi dominij, & in heredem transferendi licet non sit capax traditionis faciem dæ, aut accipiendae dicit l. cum heredes, in princ. & l. cum miles 30. sup. ex quibus caus. maior. vbi dixi. Atqui recipit hereditas augmentum & diminutionem l. item veniant 20. §. item non solum. sup. De her. per. Augmentum, inquam, ex iis maximè quae hereditati obveniunt, aut per seruos hereditarios aut ex ancillarum partu, aut ex foetu pecorum, l. sed et si 25. §. vltim. & l. seq. eod. ill. tit. Ergo sicut hereditas transfert ipso iure dominium rerum omnium hereditarum in heredem per aditionem solam hereditatis, sine vlla corporali adprehensione possessionis, ita & earum quoque rerum omnium quae hereditati obveniunt, & quae hereditatem augendo pars quaedam non equidem essentialis, sed integralis factae sunt totius hereditatis. Consequens igitur est ut huiusmodi rerum vindicationem heres habeat, tanquam effectus dominus non per traditionem, sed per legem. Atque hanc huius versicali rationem adferre interpretes debuerunt, non quae ab illis vulgo adferri solet quod titulus hereditarius sit vniuersalis, Quasi differentia hac parte constituenda tantum sit inter titulum vniuersalem & singularem. Quod non ita est: Cum par & aequalis potestas sit tituli singularis, & vniuersalis, quoties

quoties legis auctoritas se interponit. Puta si agatur de legatis & donationibus causa mortis quae ad exemplum legatorum capiuntur l. 1. & 2. §. tit. pro. v. l. si partem 19. §. si per fundum instr. quemadmodum seruamur. Nemo enim dubitat quin titulus legati & donationis causa mortis sit singularis, cum non sit legatarius, ut nec donatarius successoris iuris, sed rei certae §. legatarius. Inst. de testam. ordin. Et è contrario titulus bonorum possessionis, itaque restituta ex fideicommissio hereditatis, sunt vniuersales tituli, Ille quidem introductus iure pratorio, Hic verò ex auctoritate potissimum Senatusconsulti Trebellianici. Et tamen certum est non nasci ex iis titulis dominium quiritarij, sed bonitatis dumtaxat, quia quod ad priora attinet qui est pratorius certum est Pratorè dominium ex iure Quiritium facere neminem potuisse, si deo, nec heredem quia legè facere non potuit §. quos autem Inst. de bonor. poss. tit. l. 1. §. de bon. poss. Quod autè ad posteriorem, quia licet Senatus potuerit & dominum facere & heredem propter quod Senatusconsultum proxime accedant ad legum auctoritatem eodemque iure cessantur cum sint legibus similes constitutiones, Non tamen potuit facere ut heres qui post restitutam quoque hereditatem heres est §. restituta. Inst. de fideicom. her. transfert dominium in fideicommissarium, Ne alioqui alterutrum euenire necesse esset ut vel heres ipse esse deberet aut vni homini duo in solidum heredes essent, atque ita idem dominium penes duos in solidum reperiretur. Quorum omnium nihil ex iuris ratione admitti potest l. qui solutio 88. §. de hered. in l. l. §. si et corio 50. §. si duobus v. h. i. c. l. c. commod. l. quod contra 141. §. vni duo. de reg. iur. Fecit §. POMPONIUS libro 16. ad Sabinum.

¶ In rem actum sit, & in heredem possessoris iudicium datum sit: culpa quoque, & dolus malus heredis in hoc iudicium venit.

Ad l. si in rem 51.

Ratio dubitandi. Cum lis contestata fuerit, & acceptum iudicium aduersus defunctum, iudicium transit in heredem quasi ex causa hereditaria, & quale inchoatum fuit contra defunctum. Nam si ex persona heredis condicio obligationis inmutatur non potest l. 2. §. ex his §. de verb. oblig. multò minus potest inmutari condicio iudicij quod ex causa hereditaria exercetur l. si is qui Roma 33. vbi dixi sup. de iud. Atqui iudicium inchoatum cum defuncto tale erit ut non alterius, quam ipsius defuncti dolus, & culpa eo iudicio contineri & exerceri possit, non etià futuri heredis qui nec dum vllus erat, nec quis futurus esset sciri adhuc poterat l. qui liberis 8. §. 1. §. de liber. & posth. l. sciendum 70. in §. de verb. sign. Ergo & translatio iudicio à defuncto in heredem, dicendum est solius defuncti dolum & culpam in iudicium venire debere non etiam dolum aut culpam heredis. Nam neque per litem contestationem quisquam quasi contrahit cum herede litigatoris, sed cum ipso litigatore cum quo litem contestatio fit l. 3. §. idè scribitur §. de pecul. l. delegare 1. §. 1. & l. aliam 29. §. de nonat. Dec. Numquam reculare probè litigator potest

§. IULIANVS libro 55. Digestorum.

¶ Cum autè fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desit: heredes eius in re quidè actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factu actio aduersus eos reddi debet per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerint.

Ad l. cum autem 52.

¶ Cogendi non sunt. Ratio dubitandi. Heres vicem

tamen prator ut statim post agnitam datamque à Pratore bonorum possessionem hereditariae sit statim in bonis possessoris d. l. 1. §. 1. §. de bon. poss. Itemque Senatus ut facta fideicommissi restitutione ex SC. Trebelliano statim res omnes hereditariae fiant in bonis fideicommissi prius etiam quam corporalis eorum possessio adprehensa sit l. fidei. 63. in princ. inst. ad SC. Trebell. Nepe quia hi duo tituli non modò vniuersales sunt, sed etià per similes titulo hereditario, quoniam & bonorum possessor & fideicommissarius loco heredum sunt l. 2. de bon. poss. l. 1. §. pass. ad SC. Trebell. sicut & dominium bonitarium subfidiatum, & quodammodo vicarium est dominij Quiritarij, sed quod tamen minus proprie dici absolute dominium possit at quod faciat tantum ut quis rem in suis bonis habeat l. vni. C. de mol. iur. Quirit. tollend. l. quoniam 7. §. de iur. dot. Rursum tituli venditionis & donationis licet singulares sint non minus legatorum, de quibus supra diximus, possunt tamen per se sufficere ad dominium in Ecclesiam transferendum si quid ei forte venditum vel donatum proponatur l. vni. C. de sacros. eccl. An fortassis fauore Ecclesiae ut vulgò creditur? Minime verò, Sed ex auctoritate & potestate legis Iustinianae quae hoc induxit, licet negari non possit quin legi fauore Ecclesiae causam dederit. Denique lex sola est quae verum & plenum dominium Quiritarij transferre potest sine vlla possessionis adprehensione. Quod verò Accursius noster adiecit de pacto commissorio & additionis in diem, quali ex huiusmodi pactis dominium ipso iure transferatur citra vllam traditionem, sanè salustissimum est, & à nobis comprobata euidentissimè contraria sententia ad l. si quis hac lege 41. sup. hoc tit.

quominus de dolo suo & culpa teneatur si quid pendente iudicio admiserit, siue dolo malo, siue culpa sua. Qua enim fronte id postulare? Aut quid tandem interest, an ex causa hereditaria iudicium quis exerceat, an ex persona propria? Ergo tunc quoque cum lis contestata est cum defuncto non tantum defuncti, sed ipsius etiam heredis dolus, & culpa in iudicium venire debet quomodo locum hunc bene Accursius noster, & melius quam Azo exposuit. Quod si lis cum defuncto contestata non esset, nihil de dolo aut culpa defuncti tractari posset, sed tantum de dolo aut culpa heredis, qui eo tamen casu tanquam possessor alius quilibet non tanquam heres actione in rem teneretur l. de eo 18. §. vlt. inst. ad exhib. Vbi additur exceptio quae & hic addenda est, Nisi dolo malo defuncti aliquid admissum sit ex eo dolo hereditas locupletior ad heredem peruenerit. Tunc enim heres non tanquam possessor licet possideat, sed tanquam heres ex dolo defuncti conueniendus & condemnandus est, non quidem in solidum, sed quatenus tantum locupletiore hereditatem nactus fuit, ut subiicitur in lege sequenti.

¶ defuncti sustinet, eademque cum ipso persona esse ceterur l. quomodo 9. §. 1. sup. de ed. l. heres & hereditas





quia neminem sua taciturnitate & dissimulatione decepti, nec dāni occasione cuiquā praubit, quomodo cōtingeret in specie *d. lapud Celsum 4. §. quāsim est. §. de dol. mal. excep. l. mulier. i. C. de distr. pig.* Et præterea solet doli exceptio esse odiosior nec propterea tam facile dāda quoties alia cōperit per quam excipienti æquē consultum esse possit, qualis est in proposita specie exceptio rei iudicatæ. Satisque dolus aduocati in eo punitus, quod quamuis contra eum nihil iudicatum sit, exceptione tamen rei iudicatæ summouetur, si postea rem suam vindicare velit, siue pro petitore cui adlittebat, siue contra petitorem iudicatum proponatur. Quid enim rei interest dūmodō aliqua exceptione actor repellatur? Alia causa est eius qui aduocationem praubit legatario legatum petenti ex testamento quod hodie aduocatus vel inofficiosum dicere,

in *d. l. vlt. in princ.* Sufficit enim qualis qualis adprobatio testamenti, vt à querela inofficiosi testamenti quis summouetur, vt ea lex ait. Negari autem non potest quin aduocatus qui vltro & sponte nec vlla officij necessitate coactus aduocationem praubit legatario legatum petenti adprobet testamentum, vt ad eum locum scripsimus. Cū ex testamento inofficioso, & tanquam à demente facta legata nulla peti possint, adeoq; nec per clausulam codicillarem peti à venientibus ab intestato *l. Titia 14. co.* Denique facilius est qualis qualis approbatio testamenti quam amissio dominij. Nec curus in personam aduocari adstantis legatario petenti legatum, tam facile potest cadere illa distinctio, An id fecerit sciens, an ignorans ius quod habebat conquirendi suo nomine de eo ipso testamento tanquam inofficioso.

55. IULIANVS libro 55. Digestorum.

**S**i possessor fundi, ante iudicium acceptum<sup>a</sup>, duobus heredibus relictis decesserit: & ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit: quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet.

*Ad l. si possessor 55.*

Ratio dubitandi. Actiones quæ defuncto & in defunctum competeant, transeunt in omnes eius heredes pro hereditariis portionibus tanquam per legem *12. tab. ipso iure diuisa l. 1. C. si cert. pet. l. 1. §. 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. l. 2. l. vlt. §. pass. C. de hered. act.* Ergo si possessor fundi etiam ante acceptum iudicium duobus heredibus relictis decesserit ab altero ex his solo fundus totus peti nō potest quamuis totum eum possideat, nec debet ille in solidum condemnari, cū non nisi pro parte heres sit. Sed à singulis pro hereditariis portionibus fundus peti debet. Dec. Lex duodecim tabul. personales quidem actiones diuidit inter omnes heredes defuncti pro hereditariis portionibus. Sed reales & vindicationes non item *d. l. 1. §. 2. C. si vnus ex plurib. hered.* Et ratio dineritatis euidens illa est, quod actiones personales transeunt in heredes iure hereditario, quoniam hereditas est quæ ipsos obligat, quomodo ratiocinatur *l. C. in l. siue a certis. 17. inf. de duobus reis.* At vindicatio non datur contra heredē, quia heres est, sed quia possessor, cū nascatur ex præsentī possessione *l. non alias 24. §. si d. si postulat. sup. de iudic.* Ergo nec quatenus heres, sed quatenus possessor est. Proinde qui ex heredibus nihil possidet ex eo fundo quem defunctus totum possedit, pro nulla parte conueniri actione in rem potest. E contrario si totum fundum vnus possideat, ab eo solo & in solidum vindicare fundum petitor poterit, & solus ille heres in solidum condemnabitur.

56. IULIANVS libro 78. Digestorum.

**V**indicatio non vt gregis, ita & peculij recepta est: sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

*Ad l. vindicatio 56.*

Ratio dubitandi. Cū dicimus siue gregem siue peculium dicimus quid vniuersale & genericū quod multas sub se res singulas continet, & quidem corporales, quarum dominus non alius est, quam qui gregis aut peculij dominium habet: Vnde est quod etiam aucto vel diminuto, siue grege, siue peculio, idem tamen grex idemque peculium esse intelligitur: quia tam grex quam peculium non

minùs quam hereditas & augmentum recipit & diminutionem *l. grege 13. in princ. inf. de pign. grege legato 21. §. sequ. de legat. 1.* Ergo quemadmodum non solum capita pecudum quæ sunt in grege vindicari possunt, sed etiam grex ipse. Ita & dicendum videtur permittendam domino peculij vindicationem non modò singularum rerum quæ sunt in peculio, sed ipsius etiam peculij. Cū vindicare quisque possit id quod suum potest

potest dicere, *l. Quintus 25. §. argento §. De aur. & arg. cur. legat.*

Dec. Vindicari possunt ex demum res quæ sunt corporales, & oculis demonstrari possunt & in quas cadere potest vetus illa & solemnis formula vindicationis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Eiusmodi verò est grex, non etiam peculium, quia grex significat non tam ius quoddam vniuersale quam pluralitatem rerum singularum & corporaliū quæ vnico illo & generico gregis nomine continentur, nec vllomodo dici aut videri potest nomen iuris §. grege *Instit. de legat. 7. §. in peculio & seqq. §. de pecul.* Ergo cū sit quid incorporale quod neque tangi neque oculis percipi potest *l. 1. §. vi. sup. de rer. diuis. §. apud Iustin. Tit. De reb. corpor. & incorpor.* non potest ipsum vindicari quamuis res peculiare singulari si corporales sunt vindicari possunt. Non enim magis res peculiare corporales sunt peculium quam res hereditariae sunt hereditas, quæ tamen differunt ab hereditate toto genere, *l. in fideicommissaria 18. ver. quoties §. ad SC. Trebell.* Nec ad rem pertinet quod iura quoque licet sint res incorporales nihilominus vindicantur, vt puta seruitutes, *Tot. tit. §. si serui. vindic.* Vindicantur enim tanquam iura & per actionem bonifloriam quæ nullum & in multis distat à vindicatione rerum corporaliū de qua agitur in hoc titulo. Quid? Nōne etiam hereditas vindicatur per hereditatis petitionem quæ in rem actio est, *l. si d. et si 25. §. an ep. sup. De hered. petiti.* Cur non ergo etiam peculium sicut hereditas? Respondeo hereditatis petitionem iure ciuili inductam esse ac necessariò inducendam fuisse vt vero heredi aduersus factum heredem aut qui pro pradone ac pro possessore hereditatem possideret, aliqua actione incurreretur. Sed peculij petitionem nullam esse, quia nec peculium alius habere potest quam filiusfamilias aut seruus cum quibus nec pater nec dominus actione vllam habere potest, *l. 4. sup. de iudic. l. cum seruo 107. De regul. iur.* Cū autem ius peculium legatum est, quo demum casu incipit locus fieri quæstioni de vindicatione peculij, si modò &

per vindicationem legatum sit peculium, & morte patrisfamilias testamentum confirmatum sit: Dominium quidem rerum corporaliū quæ in peculio fuerunt, transit in legatarium & quidem recta via, quasi numquam factum heredis, *l. legatum 80. de leg. 2. l. a Titio 64. §. De furt. sed dominij ipsius peculij, quod in iure constitit, transire non potest vt neque aliorum legatorum quæ in iure constitunt, & in genere ob idq; in rebus incertis, *l. si quis seruus 8. §. vlt. §. l. §. D. de legat. 2.* Denique à quo posset legatarius peculij, id est serui cum peculio legati peculium illud petere? Non vtiq; à seruo qui legatus est cum peculio, quia cum eo vt iam diximus, nulla actio esse potest. Non etiam ab herede quia deit habere ius illud peculij, hoc ipso quo deit habere seruus cuius erat peculium, quæque cum peculio legatus fuit. Consequens igitur est vt vindicare peculium legatarius à nullo possit, sed tantum res singulas peculiare si quæ forte & corporales sint & ab herede aut ab alio quolibet possideantur. Quod si quæ in peculio fuerunt actiones quas in legatarium transferri æquum sit, non vindicatio hoc nomine competet, sed actione personali ex legato agere legatarius sportebit vt actiones illas tanquam adhuc hereditarias & in hereditate contentas præter legatario aduentis peculiare debitorum, *l. peculio §. l. l. l. l. §. de pecul. legat.* Vindicatio igitur peculij nulla esse potest sed tantum singularium rerum corporaliū. Quid ergo si in peculio vnus tantum fundus sit? an quia vindicari fundus potest, peculium quoque saltem hoc casu vindicari posse admittimus, Quasi nihil inter sit inter peculium & fundum peculiarem cū nihil in peculio est præter fundum. Minimè verò. Est inanda enim sunt omnia ex naturali aptitudine non ex emergentis casus qualitate, vt apud Accursium Azo ratiocinatur. Et fallacia est accidentis si quis à fundo peculiari ad peculium argumentetur, aut contra, vt idem Accursius notat, sic philosphi solem dicunt esse speciem non indiuiduum, quia licet vnicus sit, tamen aptitudine plures soles potest comprehendere. Sic D. Thomas singulos Angelos singulas Angelorum species constituere scripsit, quia singularium specierum plures Angeli esse possunt quamuis non sint.*

57. AFRICANVS libro sexto Questionum.

**I**S à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est. Quærebatur, si alterutri eorum, iussu iudicis, fundum restituisset, & postea secundum alterum petitorum res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnū traheret. Respondi, vt prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisficeret<sup>b</sup>, si alter fundum euicisset, eum præstare.

*Ad l. Is à quo 57.*

Ratio dubitandi. Non potest is cuius non interest cautionem aliquam postulare, ne superuacua cautione quis oneretur, *l. hac stipulatio 14. inf. vt legat. seu fideic. seruand. nomin. caueat.* At qui nihil videtur interesse possessoris qui duobus separatim vindicationis iudicis conuentus cōdemnatur vni ex petitoribus qui prior vincit vt ei rem restituat, quia cū non possit ei imputari cur iudici paruerit cui parere habuit necesse, *l. nō videntur data 167. §. 1. De regul. iur.* abfoluendus necessariò est in po-

steriore iudicio, tanquam qui nec possideat dolo malo, adeoq; nec culpa vlla sua deserit possidere, *l. sin autem 27. §. 1. sup. hoc t. & in l. prox. seq.* Ergo nulla cautio necessaria est. Er verò cū is qui vincit, suo iure vicerit suoq; sumptu & diligentia, Cur propter nouam alterius aduersarij personam onerandus est præstatione cautionis, & quidem non nuda, sed quæ satisfactionem admixtam habeat, id est dationem fideiussoris quem nec semper inuenire facile est, *l. 2. §. vlt. sup. De iudic.*

Dec. Post litem contestatam ab eo petitore qui siue prior siue posterior iudicium accepit tameri

nondum vicerit, nihil in eius præiudicium fieri potest neque à possessore neque à iudice. Cum per litis contestationem ius actoris semper in toto collocetur siue in rem, siue in personam actum proponatur. Quid enim amplius facere possit vel diligentissimus petitor quilibet, quam ut aduersarium pronocet ad iudicium, & rebus omnibus adhuc integris litem cum eo contestetur? Vnde est quod litis contestatio non tantum actionem alioqui temporalem, & breui perituram perpetuat, *l. ult. sup. De ser. sed etiam ex tricennali facit quadragenariam, l. ult. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* Ergo si alius petitor citius vicerit, quod in pari quoque petitoris vtriusque diligentia potest facile contingere, Officio tamen iudicis incumberet ut non aliter iubeat victum possessorem victori fundum restituere quam si possessori caueat vel nuda cautione si persona victoris suspecta non sit, vel satisfactio si sit suspecta de indemnitate possessori præstanda, si alter quoque petitor fundum euicisset. Alioqui duplex damnum possessor traheret, ac pateretur, si iam vni condemnatus ab altero quoque vinceretur cui æquè condemnandus esset si fundum ei non restitueret, quem tamen priori iam restitutum vtrique alij rursum restituere non posset. Nec enim absoluti posset quasi qui neque possideret, neque dolo malo suo aut culpa vlla possidere desisset, Cum iam eo restitutionis tempore in ea causa res fuerit ut secundam alium petitorum pronunciarum posset, quod euenire posse debuit & possessor & petitor & iudex prospicere *l. pen. vbi dixi sup. De hered. petit. l. si quis dominum 9. §. 1. locat.* Et si enim nihil potest imputari huic possessori qui ab vno ex petitoribus victus est ei que petita fundum iussu iudicis restituit si modò iudici prædixerit ab alio quoque eundem fundum peti, (alioqui dolo carere non videretur, *l. dolo 41. §. ad leg. falcid. iunct. l. ut prætor. 7. §. permittitur sup. De minor.*) Atq; tamen nec imputari similiter quicquam potest alteri petitori, qui suo tempore litem contestatus fuit, & cuius integrum ius & illibatum cõseruari oportet: quod non fieret si omiſſa priore lite quam aduersus possessorem instituerat, nouam litem contra victorem instituire cogeretur. Itaque quod dicimus tam in petitione hereditatis quam in speciali in rem actione absoluendum esse possessorem qui etiam post litem secum contestatam desit sine dolo & sine vlla culpa sua possidere, *l. si quo tempore 41. §. d. l. permittit. sup. de hered. petit. & d. l. si in autem 27. §. 1. sup. hoc t. exceptionem accipit ex hac lege, & ex d. l. penult. si ex alia causa possidere desierit quam ut fundum alij restitueret etiam iubente iudice. Non enim potest aut debet ius vnius litigatoris, alterius æquè litigantis ius ledere, Et sententiam inter alios latam alij iam litiganti nocere certè non oportet. Quid ergo si possessor victus & fundum peritum restituere victor iussu declarauerit iudici eam litem quæ mota sit ab alio petitore, & sibi caueri petierit vel satisfari, & nihilominus iudex eum adegerit ad fundi restitutionem nullo cautionis onere iniuncto victori? Vix sanè est ut non absoluti omnimodò hic possessor debeat aduersus alium petitorum, Cum non solum nihil dolo malo fecerit, sed etiam facturus dolo fuerit si iubenti iudici parere recuſasset, Nisi fortè dicamus ei posse imputari cur ab eiusmodi iussu iudicis, & à cautionis præstatione denegata non appellauerit. Quod et si*

datum videretur, nec facile admittendum ut constet ex eo quod Ulpianus scribit in dicit. *l. ut prætor §. permittitur 3. De minor.* Id tamen à in proposita specie, non modò tolerandum, sed etiam inducendum videretur ut possessori nihil imputari possit, Cum euident sit iniuria iudicis, qui quod ex officio suo facere debet non facit, & eum iniquitatem creditibile sit emendaturum Prætorum à iudice appellatum fuisset, Longèq; minor est ratio appellandi à Prætorum in specie *d. §. permittitur*, quam appellandi à iudice pedaneo in specie huius legis. Planè si proponas victum possessorem petisse à iudice, ut victor eam cautionem præstaret, eiusq; petitionis repulsam passum fuisse, & ob eam causam appellasse: Deinde victum etiam fuisse non tantum apud Prætorum, sed etiam apud præfectum vrbi qui supremus appellatum iuratum index erat, ut in *l. A. Emilius 41. sup. De minor.* non dubito quin hoc saltem casu absoluti possessor debeat contra alium eiusdem fundi petitorum, cum nihil petitoris ei possit imputari ne quidem per mendacium. Extra hunc casum non dubitat Alphenus quin duplex damnum trahat & sentiat possessor si non prospiciat sibi per huiusmodi cautionem. Ergo nec dubitat quin postquam vni petitori condemnatus est, alij quoque condemnandus sit. Et ratio specialior huius iuris illa est, quod vna lis cum altera sic conexa est ut nulla fiat iniuria victori qui iam dominus pronunciatum est, si alterius litis exitum expectare cogatur cum fieri nequeat ut plures eiusdem rei sint domini in solidum, Nec in eo vlla sit iniuria primo victori si iussu vicerit ac tanquam verus dominus, Cum sit certissimum, id quod vnius est alterius esse non posse, *l. si inter 15. §. De except. rui iudic.* Satisque est quod interim non retardetur executio rei iudicæ, & alterius nihilominus petitoris illatum ius conseruatur, *d. l. pen. sup. De hered. petit.*

a Et postea secundum alteri petitorum res iudicatur.

Ratio dubitandi. Non potest fieri ut duo sint eiusdem rei domini in solidum, *l. §. si duobus infr. Commod.* ideoq; nimirum quod vnus est certum est alterius non esse, ut modò diximus ex *d. l. si inter 15. infr. De except. rui iudic.* Quo modo igitur fieri potest ut pro duobus eundem fundum iure dominij separatim perentibus res iudicetur?

Dec. Potest hoc variis casibus contingere, ex quibus duos proponit Accursius, Vnum, si prior petitor, qui à non domino emerat Publiciana egerit, & obtinuerit, alius verò qui verus fuit dominus egerit directa in rem actione. Alterum, si fundum legatarum sub conditione heres vindicauerit pendente conditione tanquam dominus quod facere iure potest, *l. non ideo 66. §. hoc tit.* Existente verò conditione eundem fundum vindicauerit legatarius, tanquam qui iam inde ab initio fundi dominus fuisse intelligatur, quasi ex puro legato, quippe quod licet ab initio fuerit conditionale impleta tamen quandocunq; conditione purum fuisse retroſingitur, *l. & consequenter 12. §. res qua inf. famul. erci. l. quadam 15. §. De reb. dub.* Posterius exemplum rectum est, Sed non prius, quia in hoc titulo non agitur de Publiciana quæ vtilis tantum & prætoria in rem actio est, sed de directa & ciuili in rem actione. Sed potest addi aliud exemplum, quod facile occurrit si per errorem & imperitiam aut fortis iudicis pro vno ex petitoribus pronuncietur qui

qui se dominum fidei præbauerit eum tamen non esse dominum, ut in *l. §. ad leg. falcid. §. 1. sup. hoc tit.* Rebus enim iudicatis omnimodò standum est, *l. si patris 12. §. si quis dicit de heredi. libor.* etiã cum perperam iudicatur, *l. si vno 6. §. de heredi. prætor. infr. ad §. T. rebell. etiam res iudicata pro veritate habeatur, vel §. l. si quis dicit de heredi. libor. res iudicata 207. De leg. 1. tit.* Minus autem non est contrarias fore eam timere sententias tam quoque cum inter eosdem litigatores separatis iudiciis agitur, *l. singulis 6. infr. de except. rui iudic.* Quanto magis si & in diuersis iudiciis & inter diuersas partes?

§8. PAULVS libro tertio Epitomarum Alfeni Digestorum.

**A** Quo seruus petebatur, & eiusdem serui nomine eum eo iurti agebatur, quarebat, si vtroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius seruus ab eo euictus esset: respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisfactum esset (quod pro eo homine iudicium accepisset) si quid ob eam rem datum esset, id rectè præstari, sed si prius de iure iudicium factum esset, & hominem noxæ dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorum iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem æstimare: quoniam nihil eius culpa, neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.

Ad l. A quo seruus §8.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad legem præcedentem quantum ad primam partem legis quæ est de serui postillare commento serui nomine à diuersis actoribus, & diuersis actionibus ab vno scilicet per vindicationem ab altero per noxalem actionem. Nam si prior vicerit ille qui seruum iure dominij vindicabat & ita eum euicerit, placet non alter officio iudicis iubendum & cogendum possessorem tradere seruum domino, quam si is caueat de possessore qui iam noxale iudicium accepit defendendo aduersus alium noxali iudicio agentem, Nimirum quia noxale iudicium etiam contra nouam possessorem eundemq; dominum exerceri possit si cum priore possessore iudicium acceptum non fuisset, quandoquidem noxa sequitur caput, *l. qui ex plurib. 20. l. ult. & pass. infr. de noxal. actio.* Ac proinde nulla sit iniuria petitori seruum euicenti si cogatur cauere de possessore defendendo in noxali iudicio, qui si alium non defenderit seipsum defendere cogetur. Exemplo eius, quod diximus ad legem præcedentem de possessore fundi conuento à duobus eundem fundum vindicantibus. At in secunda parte huius legis, quæ est de eo casu quo possessor victus sit noxali iudicio prius quam directa rei vindicatione, Ratio dubitandi propter quam videbatur possessor cogendus ut lris & serui petiti æstimationem præstaret ob id quod seruum iam a se noxæ deditum posteriori victori non traderet, illa est quod non videatur carere dolo aut saltem culpa

b *Ut possessori caueat vel satisfarct.* Bene Accursius cauendum esse nuda cautione si persona petitoris qui primus vicit & cui fundus restituitur, non sit suspecta, Per satisfactioem verò si sit suspecta ex *l. si iudicior 7. §. 1. sup. qui iussu d. cogant.* Bene etiam idem Accursius notat non esse locum huic cautioni præstanda officio iudicis si fundi restitutio facta sit ante præstitam aut imperatam cautionem quia nec officio iudicis locus vllas relinquatur post factam rei petita restitutionem qui vltimus finis totius effectus est vindicationis. Nam & in actionibus personaribus idem euenit, *l. 4. C. de post. l. qui per collisionem 4. §. 1. infr. De action. empr.*

possessor qui seruum hunc noxæ dedit non exacta cautione ab actore de lite aduersus alium vindicantem defendenda. Atque ita Azo & Accursius senserunt, arg. *l. dolo 41. §. ad leg. falcid. §. 1. h. res aut. m. 4. §. hoc cautio §. si cui plus quam per leg. falcid.* Sed decidendi ratio fortior pro Paulo hæc est quod dolo neque dolo malo, neque culpa illa possessoris contigerit quominus rem traderet. Quibus verbis significat Paulus non obſcurè nullius doli aut culpe conticium esse possessorem qui noxali iudicio victus seruum degerit pro noxæ non petita cautione. Et sanè ita est, Nimirum quia, ut ait Bartolus, qui seruum dedit pro noxæ non aliter satisfacere intelligitur, quam si seruum pleno iure faciat accipientis, ita ut nullo casu euinci possit, *l. si noxale 27. l. De noxal. act. l. si hominem 69. §. 1. De solut.* Atqui non facit accipientis pleno iure is, qui accipientem in obligatione retinet ut fundum alteri vindicanti & euicere volenti cogatur restituere. Non igitur potest imputari ei cur satisfactioem non exegerit quam si petere, facultatem sibi noxæ dedende præcipere, Nisi fortè quis imputare adhuc ei velit cur seruum noxæ dedere maluerit, quam lris æstimationem præstare. Noxæ enim dedentis posita, *l. miles 6. §. d. cum §. de re iudic.* Sed hoc multò minus dici potest, quia numquam æquum est ex delicto serui dominium cogi aut possessorem plus præstare quam quanti seruus est. Quæ vnica fuit ratio inducendarum omnium noxalium actionum, *l. 1. §. de noxal. act. §. 1. Inſtit. cod. tit.*

§9. IULIANVS libro sexto ex Minicio.

**H**abitator in aliena ædificia fenestras & ostia imposuit, eadem, post annum, dominus ædificiorum dempsit. Quo ro, is, qui imposuerat, possitne ea vindicare. Respondit, posse: nam quæ alienis ædificiis connexa essent, ea, quamdiu iuncta manerent, eorundem ædificiorum esse. simulatque inde dempra essent, continuo in pristinam causam reuert.

Ad l. Habitor §9.

Ratio dubitandi. Quæ alienis ædificiis connexa

sunt eorundem ædificiorum sunt ideoq; nec tolli nec vindicari per priorem dominum possunt. Er-



go etiam si postea dempta sint & refixa ab aedificij domino nihilominus vindicari poterunt per eum qui aedificio alieno ea iunxerat, Cum dominium semel acquisitum non nisi certis & legitimis modis admittatur, inter quos non est nuda ista rerum que antea aedificiis connexa erant, separatio.

Dec. Quae coherent aedificiis alienis fiunt quidem aedificiorum, & consequenter eius cuius sunt aedificia, sed non absolute & simpliciter, at tantisper duntaxat, id est quantumdiu connexa & fixa sunt, Cum nec aliam ob causam fiant aedificiorum alienorum quam quia connexa sunt. Ergo quantumdiu connexa sunt, & fixa ne alioquin limitata & temporalis causa perpetuum habeat effectum, §. cum in suo Insti. De rer. diuis. in l. ad. 7. §. cum in suo. unde is Institutionum locus sumptus est, *De acquir. rer. domin.* Ergo si habitator alienarum aedium siue inquilinus sit, ut ponit Accursius siue donatarius habitatoris, ut in *lin. adib. 9. in princip. l. Aquilius Re-*

*gulus 27. l. Lucius 32. j. De donat. fenestras & ostia im-* posuerit in aliena aedificia, & eadem dominus aedificiorum post finitum locationis tempus, dempserit, (sic enim legendum est ut Florent. non ut alibi *deprestit*) poterit habitator easdem fenestras demptas & ostia vindicare. Nec potest ei obici quod videatur ea donasse quae in alieno solo sciens posuit. Ea namque donandi praesumptio in solos male fidei possessores cadit, *l. ad. 7. §. ex diu. r. fo. vers. cer-* te & *l. si servus 27. §. si olivam j. ad leg. Aquil.* in quo numero hic habitator esse non potest cum iustum habitandi titulum habeat siue inquilinus sit, habeat etiam ex conducto actionem contra locatorem, per quam cogat eum pati ut tollere ei liceat, sic tamen ut damnum infecti caueat, ne is alioqui dum auferret deteriorem aedium conditionem faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat, *l. sed adde 19. §. si inquilinus ostium j. locat.*

## 60. POMPONIUS libro vicenonono ad Edictum.

**Q**uod infans, vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est.

*Ad l. Quod infans 60.*

Ratio dubitandi. Factum cuique suum nocere debet non alteri, *l. scilicet 155. De regul. iur.* & ignorantia infantis vel furiosi quae per aetatem aut furiosum contingit, alteri capto si esse non debet, quomodo de pupilli ignorantia scriptum est, *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo j. Quo in j. aud. credit.* Non ergo debet impunitum esse quod infans vel furiosus possessor perdidit aut corrupit.

Dec. Impunitum esse debet quicquid dolo & culpa caret. At qui infantem tuetur innocentia consilij, furiosum vero infelicitas fati excusat, *l. infans 12. j. ad leg. Cornul. de scar.* ubi dicitur, Nec si infans aut furiosus hominem occiderit, quod multo gravior est, teneri tamen eo nomine posse quasi deliquerint. Delictum enim non est sine dolo. Isti autem neque doli neque culpae ullius capaces sunt.

## 61. IULIANUS libro 6. ex Minicio.

**M**inicius interrogatus, si quis nauem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem nauis maneret, respondit manere. sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Iulianus notat: nam proprietates totius nauis, carinae causam sequitur.

*Ad l. Minicius 61.*

Ratio dubitandi. Quod ex re mea fit meum est, *l. de eo 18. §. si quis ex vno j. ad exhib.* Ergo & quod ex re mea reficitur. Nam & qui reficit facit.

Dec. Nauis refecta dummodo per partes licet tota ex alienis tabulis, eadem tamen nauis est quae erat antea quia pristina formam & speciem suam semper retinuit, numquam vel amissam vel immutatam. Cuius autem rei eadem species & forma remanet, eadem quoque res esse intelligitur, *l. proponatur 76. sup. de iudic.* Ergo & eiusdem domini manebit cuius fuit antea. Idem ad idem verum est ut nec aliud possit dici si tota nauis uno impetu dissoluta sit dummodo ea mente ac destinatione ut ex iisdem tabulis reficeretur, quoniam ea vis est huius destinationis ut nauim quam nec dissolutam in pristino suo statu retineat, *l. inter stipulantem 83. §. sacram j. de verbor. oblig. l. qui res 98. §. arcam inf. de solut. l. quid tamen 10. §. in nauis inf. quib. mod. vsusfr. amitt.*

*a Sed si in aedificanda.* Ratio dubitandi. Cum quis ex aliena materia speciem nouam facit eius res est non qui materiae fuit dominus, sed qui speciem & formam indidit si modo talis materia sit quae ad sua initia redigi non possit secundum mediam Erciscundorum sententiam qui contrarias alioquin & pugnantes Proculi & Cassij opiniones hac distinctione adhibita conciliarunt, *l. ad. 7. §. cum quis & l. in omnibus 24. j. de acquir. rer. domin.* Ergo si ex meis tabulis nauem tibi feceris, erit tua nauis non mea, quoniam cupressus non maneret sicuti nec lana vestimento facta sed cupressum & laneum corpus fieret. Atque ita respondit Paulus, quamuis & Sabinianus & Erciscundus in *l. sed si mens 26. eod. titul.*

Dec. Alia ratio videtur constituen da nauis, alia carereturum rerum ex aliena materia factarum. Nauis enim non est priusquam totam speciem & formam nauis habuerit, ut neque res ceterae cum dici soleat ad prudentibus nostris non minus quam a philoso-

philosophis substantiam cuiusque rei ex forma existimadam, & formam illam esse quae dat esse rei, *l. Iulianus 9. §. sed quis rem j. ad exhib.* At quoniam aedificium nauis incipit a carina, fatendum est carinam quae inferior pars nauis est & quae idem nauis praestat quod area domui primam esse partem quae facta sit, & quae tamen quia nondum nauis est nec certam formam & speciem ullam habet, nisi carinae, non alterius esse potest quam cuius sunt tabulae ex quibus compacta est. Porro cuius carina est, eius quoque nauis esse consequens est quae superaedificatur, quia sicuti superficies & naturali & ciuili ratione cedit solo sine quo non posset ipsa sub-

stiteret, *l. 2. j. de superfic.* ita & proprietates totius nauis sequitur causam carinae, ut non ad alium pertinere possit quam ad quem proprietates carinae pertinet. In eoque differentia elegans est inter nauim & species ceteras quae nullam formam inchoationem habent a qua totius & plenioris formae perfectio pendeat. Quae differentia a Minicio & Iuliano subtiliter hic obseruata, a Paulo videtur praetermissa in *d. l. sed si mens*, ab Accursio autem & Azone alioque interpretibus nullomodo intellecta, ut ex ipsorum glossis facile intelligere quis potest, & apertius ex his quae nos pluribus ad hanc legem scripimus non infeliciter, *lib. 6. Coniect. cap. 5.*

## 62. PAPINIANUS libro sexto Quaestionum.

**S**i nauis a male fidei possessore petatur, & fructus aestimandi sunt, ut in taberna, & area, & quae locari solent. Quod non est ei contrarium quod de pecunia deposita, quae heres non attingit, vsuras praestare non cogitur, nam etsi maxime vectura, sicut vsura, non natura peruenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desidiari potest, quoniam periculum nauis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis feneretur.

*Ad l. si nauis 62.*

Ratio dubitandi. Vectura nauis & vecturae fatuum in quo totus ferè nauis fructus consistit non fructus naturalis sed ciuilis est sicut vsura quia non natura peruenit sed iure percipitur & ex negotiatione, ut hic Papinianus ait. Atqui pecuniae depositae quam hereditatis possessor non attingit licet male fidei possessor fuerit vsuras nullas debet ut ex eodem Papiniano nostro Vlpianus refert in *l. in ueniit 20. §. Papinianus 8. De hered. pet.* Cur enim praestaret vsuras pecuniae quam non attingit, & quas proinde nec percipit nec percipere naturaliter ac sine negotiatione potuit? Ergo neque vecturam nauis praestare debet etiam male fidei possessor nauis quae petitur per vindicationem.

Dec. Generaliter cum de fructibus contra male fidei possessorem aestimandis quaeritur, constat animaduerti debere non a male fidei possessor fructus sit, sed an petitor frui potuerit si ei possidere licuisset, ut in hac ipsa lege Papinianus ex Iuliano docet. Atquin si petitor possedisset nauem, utique commodum & lucrum vecturae pro fructu percipisset, Ergo etiam si male fidei possessor nauim non exerceuerit, ideoque nec ullam vecturam perciperit, (si quam enim percipisset, nullam omnino dubitationem res haberet) dicendum tamen est vecturam eum praestare debere tanquam fructum si non naturalem, saltem ciuilem, *l. mercede 29. sup. De hered. pet.* Quemadmodum respondendum esset in mercede & pensione quae licet exacta non fuerit, exigi tamen potuit pro taberna & area quae locari solet. Nam & ex areis locatis obuentiones quaedam proueniunt olim solebant, *l. vsusfructu 7. §. 1. inf. De vsufr. l. huius 6. inf. qui potior. in pign. hab. l. 3. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Nec bona est comparatio vecturae nauis, cum vsura pecuniae qua fallus heres in hereditate reperta tamen nunquam attingit. Etsi namque verum est nullam eius pecuniae vsuram debere, diuersitas tamen, & diuersitatis ratio in eo est, quod imputare non potest possessor male fidei, cur pecuniam illam depositam & in hereditate repertam non fenerauerit, vel ob id maxime quod pecunia fenerata soleat esse periculo feneratoris si forte debitor fiat non soluendo, Cuius periculi metu etiam

plerique dominorum abstinere a feneranda pecunia, & quod magis mirum videri possit etiam tutoribus & curatoribus pecuniam pupillarem feneratori dare ob eam causam prohibitu est *Novell. 72. De his qui oblig. se lib. v. perib. cap. 6. §. quonia. autem.* Unde lumpa est *Auth. nouissimè C. de adm. & per. tutor.* Proinde nemo dixerit certum esse quod verus heres qui pecuniam hereditariam peti fuerit eam feneraturus si hereditatem possidere ei licuisset. Fortassis enim dulcedini vsurarum periculi metum anteposuisse. Qui ratione solemus dicere, Tamen mandatarius vsuras debeat eius pecuniae quam sub vsuris credidit, cum mandatarius ei esset ut gratuitam mutuam daret, Nullas tamen debere si eam suo periculo fenerauerit, *l. idemque 12. §. si mandauero 8. in fin. j. mandat. iun. et. l. si vnus 67. §. 1. j. Pro socio.* At potest imputari male fidei possessor cur nauem non exerceuerit, cuius scilicet proprius vsus in eo est ut exerceatur, & nauiget, *l. arboribus 12. §. 1. inf. De vsufr.* non etiam pecuniae ut feneretur. Nec potest mala fidei possessor hereditatis si nauem non exerceuerit, eam exculationem praetere, quod veritas sit ne periculum nauis in se transferret, Cum nullo casu periculum nauis ad eum pertinere possit, Nisi forte aduersa tempestate & contra solutum nauigationis usum possessor eam nauem manifesto periculo exposuerit. Hoc enim casu non caret dolo aut culpa, quae cum praecedat casum non excusat per casum superuenientem, *l. qui petitorio 36. §. ult. sup. hoc tit.* Est igitur manifesta ratio diuersitatis inter vecturam & vsuram. Longeque facilius est ut quis ad vecturam quam ut ad vsuram condemnatur, quia non sicuti vsura contra naturam est secundum Aristotelem quod pecunia sui natura sterilis res est nec aliam pecuniam parit, (unde nec vsusfructus in eo constitui potest, sed tantum velut vsusfructus nec vsus sed abusus, *l. 3. inf. de vsufr. ear. rer. qua vsu consum.*) Ita possumus dicere vecturam nauis esse contra naturam. Non quod nauis vendi possit aut locari non etiam pecunia, ut Cuiacius ad hanc legem scribit, valde in hoc laborans, sed quoniam ut iam attingimus nauis non in hoc habetur ut maneat ociosa, & inutilis, sed contra ut exerceatur, & nauiget. Pecunia vero non ad hoc ut feneratori collocetur, & vsuram pariat, sed ut

in usus vite necessarios expendatur, cetera quoque res omnes estimet, l. 1. De contr. empt. l. 1. De rer. permut. l. 1. si in i. p. l. 1. De fiduciis. l. 1. De pecunia 12. l. 1. De verb. signific. Vnde fit ut pecunie quae otiosa fuit usure nunquam debeantur ne quidem ex bonae fidei iudicis, l. qui sensus 13. §. ult. in fr. De usur. Quamquam ne tunc quoque cum pecunia otiosa est, omnino tamen inutilis dici potest, cum praesidij causa haberi videatur, quod non est inutile. Si quidem verissimum est & quotidiana rerum experientia comprobatur quod Celsus refert in l. si eborum 7. §. ad legem. Proculum dicere solitum audisse se rusticos lenes dicentes pecuniam sine peculio fragile esse, pecuniam appellantes id quod praesidij causa sponderetur. Cum tamen natus quae otiosa est, sit omnino inutilis, quae tamen in id tantum comparata est ut utilitatem aliquam auferat, quae potest vix alia quam vectura vlla esse potest. Quid tamen si possessor hereditatis pecuniam in hereditate repertam sibi collatam, citas quoque ita sui periculi fecerit, deinde a debitoribus usuras perciperit. An non eas sibi peritione hereditatis praestare tenebitur? Negat Accursius, quia equum sit usurum lucrum ad ipsum spectare ad quod pecunia totius periculum peruenit. Ex d. l. si unus 67. §. 1. pro socio & l. postulant. §. ad ad SC. Tribell. Cuiusmodi vero adimat propterea quod post Senatusconsultum possessori cuiuslibet etiam bonae fidei omne lucrum auferendum sit, l. post Senatusconsultum 28. §. 1. de her. act. l. Ca. ad l. 1. De his quibus in l. l. Et ad leges ab Accursio allegatas respondere in d. l. si unus 67. §. 1. Pro socio tractari de usuris pecuniae

communis, Nos hinc tractare de usuris pecuniae alienae, Et ad d. l. postulant §. 1. respondet agi eo loco de usuris ab herede rogato perceptis ex hereditaria pecunia ante restitutionem hereditatis fideicommissariae, ac proinde de usuris eius temporis quo pecunia dominium ad ipsam pertinebat non ad fideicommissarium. Sed quid responderet ad idem quo 10. §. si mandauero in fr. mandat. ubi dicitur mandatarium qui pecuniam alienam quam mucro gratuitam dare iustus erat fecerit usuras quas percipit restituere non debere licet alioquin nullum lucrum ex mandato facere debeat, sed gratuitam, & abstinere omni lucro sine praestare vltio negotiorum gestore loquitur Tryphonius in l. qui sine usuris §. supra. De usur. §. si mand. l. si mandatum 59. §. 1. in fr. mandat. Nempe quia usuras illas non tam ob mandatum consecutus est, aut ex sola negotiatione pecuniae, quam veluti in precium periculi quod in se tantum faciendo pecuniam, vltio inuenit non obsequit. Cur non ergo idem dicitur etiam in hereditate possessoris ut usuras quas redigit ex pecunia hereditaria sibi teneat propter periculum quod in se suscepit, itaque sic in re enim Accursio aduersus Cuiacium sentio, Nec pro repugnat Senatusconsultum quod de hereditatis peritionibus factum est, & quo vir doctissimus mouetur. Pertinet enim ad omne lucrum quod hereditatis possessor quilibet ex aliena illa hereditate percipit. Hic autem de quo agimus usuras percipit non tam ex hereditate aut pecunia aliena, quam ex suo periculo.

¶ Generaliter autem, cum de fructibus estimandis quaeritur, constat animadverti debere: non an male fidei possessor fructus sit, sed an petitor sui poterit: si ei possidere licuisset, quam sententiam Iulianus quoque probat.

Ad §. 1. Generaliter.

a. Generaliter autem. Articulus hic coniunctius ostendit connectendam esse hanc etiam cum verbis precedentibus, non pro se parato accipiendam, quomodo tamen non solum a vulgaribus interpretibus, sed ab ipso etiam Cuiacio accipitur. Sic verò connectenda est ut syllogismi, quo unico Papinianus in hac lege vitur, maiorem propositionem efficiat quae semper ex iure firmenda est. Minor autem ex ceteris quae in lege praecedunt, & quae ad propositam facti speciem pertineat, constituitur, quemadmodum in propoenda decidendi ratione ostendimus. Est verò haec sententia generalis pertinens ad quoscunque male fidei possessores sine hereditatis petitione, siue speciali actione in rem conueniantur ut officio iudicis condemnandi sint ad omnes fructus non tantum quos perciperint sine honestate, siue inhonestate perciperint, exceptis tantum usuris perceptis ex pecunia quam suo periculo fecerunt, ut proxime diximus, sed etiam quos honestate percipere potuerint. Nec rursus ad hos tantum sed etiam ad illos quos ipsi neque perciperit, neque percipere potuerit,

si modò petitor eos percepturus honeste fuerit si ei possidere licuisset, l. si possessor 52. ubi dixi in fr. de her. act. l. fructus 33. §. 1. in fr. De re iudic. Nam si petitor eos percepturus non fuerit non potest imputare possessori eos non perceptos, ut bene hic Accursius notat ex l. cum hereditas 43. anteponit, in fr. de h. v. d. petiti. Quod cum generale sit in omnibus male fidei possessoribus, consequens est ut pertineat etiam ad bonae fidei possessores post litem contestatam cum eo tempore pro male fidei possessore bus quantum ad fructus habeatur, l. si ante eod. §. l. l. si homo 45. §. 1. in fr. hoc tit. Ratio dubitandi iniquum videtur cogi quem reddere id quod non habeat, nec unquam habuerit, l. mulier 22. §. sed enim in fr. ad SC. Tribell.

Dec. Sibi debet imputare male fidei possessor cur alienam possessionem inuaserit, aut retinuerit eius hereditatis aut alterius rei quam sciebat ad se non pertinere, Neque tamen huius iuris aequitas tam ex persona possessoris qui condemnatur estimanda est, quam ex persona petitoris qui ampliores fructus percipere potuisset si rem suam possideret.

63. P APINIANVS libro 12. Quaestionum.

SI culpa, non fraude, quis possessionem amiserit: quoniam pati debet estimationem: S audiendus est à iudice, si desideret: ut aduersarius actione sua cedat. cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis estimationem percipit, possidente, debet adiuari: nec facile audiendus,

diendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere.

Ad l. Si culpa 63.

Ratio dubitandi. Bonae fidei possessor, de quo solo haec lex intelligitur (nec enim male fidei possessor cessio actionum vigere unquam potest, non magis quam is qui dolo malo possessionem amittit, l. is qui dolo 69. in fr. hoc tit. l. mulier 19. §. qui petitor in praeor. hab.) dolum solum praestare debet, non etiam culpam nisi lite denum contestata quod eo tempore tam sit factus male fidei possessor, l. si homo 45. §. 1. in fr. hoc tit. Ergo si culpa non fraude possessionem amiserit, nullam eo nomine estimationem pati debet, ne quidem à iudice.

Dec. Ob eam nimirum causam intelligenda est haec lex de bonae quidem fidei possessore sed qui possessionem amiserit post litem contestatam, ut interpretes omnes consentiunt ex d. l. si homo 45. §. 1. in fr. hoc tit. Atque in eo Accursius & Cuiacius consentiunt.

a. Non fraude. Ergo si fraude & dolo possessor amiserit possessionem rem petita, pati quidem estimationem tanto magis debebit, sed non erit audiendus si desideret ut aduersarius actiones suas cedat, quia est indignus propter dolum suum ut ei hoc auxilio succurratur, d. l. is qui dolo 69. in fr. hoc tit. Ratio dubitandi. Aequitatem semper est id alteri praestare quod sine suo dispendio facere possit, l. in er. auctore 38. in fr. in fr. De iur. Atqui nullum dispendium est in praestandis actionibus possessori à quo petitor non modò iustum rei suae precium sit consecutus, sed etiam iniustum, & quantum ipse per suum in litem iusturandum sine vlla taxatione constituerit. Cum eo casu rem suam tantum vendidisse videatur, l. eius rei 46. §. sequi. in fr. hoc tit. Et ita esse ut praetextu doli non debeat actionum cessio denegari, probatur apertissime ex eo quod scribit Marcellus in l. in depositi 12. in fr. De re iudic. In depositi vel commodati iudicio, quamuis dolo aduersarij res absit, condemnato tamen succurri solere, ut dominus actionibus suis cedat.

Dec. Dolus possessoris qui rem à se petitam per fraudem amiserit & dolo desit possidere non debet manere impunitus, l. procurator 11. §. 1. in fr. De doli mal. except. Et quamuis punitur iam in eo quod aduersus hunc reum estimatio sit non à iudice, sed ab ipso petitore per iusturandum, in litem tamen hoc quoque nomine punitur quod actor caueat ei non debet se actiones quas eius rei nomine habeat ei se praestaturum, l. is qui dolo 69. in fr. eod. ubi dicemus latius & respondebimus ad dict. l. in depositi. Sed culpa tantum non dolo vel fraude interveniente cessio actionum omnino permittenda est ex aequitate, dict. l. in creditore in fr. Et si enim dici solet quod quis damnum ex culpa sua sentit sentit non videri, leg. quod quis 203. De regul. iur. Nemo tamen non videt digniorem esse cui succurratur eum cui culpa tantum quam cui dolo imputari potest, l. si puer 38. in fr. in fr. De admin. tutor.

b. Cum tamen Praetor. Ratio dubitandi. Cessio actionum videtur vltimum remedium & subsidium quod non comperit nisi quolibet alio deficiente, dict. l. in creditore 38. l. rem hereditariam 65. ibi

nec remedio locus esse videatur. §. De emitt. Ergo non potest concurrere cum auxilio Publicianae actionis quam tamen fatetur hic Papinianus dari debere à Praetore huic reo litis estimationem soluit contra extraneum quemlibet possidentem.

Dec. Publiciana datur ex aequitate praetoria etiam non domino si modò titulum aliquem iustum habeat etiam à non domino, ut dicemus ad Tit. seq. De public. in rem act. Atqui licet de quo agimus qui ob amissam culpa sua possessionem, litis estimationem inult, habet iustum titulum, scilicet estimationem litis quae similis est emptioni, l. 1. §. 3. in fr. pro emptor. Quidni ergo habeat Publicianam, nec tantum contra extraneum possessorem, sed etiam contra dominum? ut sequitur in hac lege, Quamuis ratione domini regula iuris repugnet, quae vult Publicianam actionem iusti domini exceptione subinueniri. Sed fallit illa regula plerisque casibus de quibus dicemus ad l. penultim. in fr. tit. 1. inter quos hic vnus est. Et si enim Publiciana non datur nisi traditione aliqua non minus quam iusto aliquo titulo praecedente ut Accursius obiicit ex leg. sed et si 7. §. vltim. aliis l. traditionem in fr. tit. 1. in proposito autem casu non ponimus factam esse traditionem vllam post praestitam litis estimationem. Illa tamen ratio inducit Publicianam etiam contra dominum, quod reus titulum habet ab ipso domino, adeoque habet etiam dominium si ex solo titulo absque possessione acquiri dominium possit. Nec tamen indiget noua adprehensione possessionis ut habeat Publicianam, quia sufficit quod antea possederit, & iacturam possessionis praestita litis estimatione redemerit ab eo qui litis estimationem accipiendo aequè possessionem traditurus fuerat si eam habuisset. Nam si vtrumque in istius persona concurreret, ut & possessionem & titulum à vero domino haberet, non tam danda ei Publiciana tractandum esset, sed de directa rei vindicatione quam vtrique veri domini iure exercere possit. At quoniam neque possessio ei tradita est à domino accipiente litis estimationem, neque possidebat ille eo tempore certum est ex sola domini voluntate dominium sine possessione transferri in eum non potuisse, ideoque nec verum esse posse quod Accursius noster post Azonem tentat dandam ei vtilem in rem actionem: Ex leg. vltim. Cod. de heredit. vel action. vendit. Quomodo enim actionem in rem siue directam, siue vtilem quae iure dominij aut quasi dominij competat, habere potest is qui neque dominus, neque quasi dominus est, nec unquam fuit? Neque verò Bartolus hoc diffitetur, Sed ut Azonis & Accursij sententiam tueatur, nouum proponendi libelli modum comminiscitur, quo actor de sui authoris potius quam de suo iure experiri videatur. Nec rursus video quid ad hanc speciem pertineat quod scriptum est in dict. l. vltim. ubi agitur de actione in rem vendita. Non enim emit actionem in rem is qui pro se petita praestat litis estimationem, neque possit etiam si maximè vellet eam emere contra seipsum non magis, quam cum seipso agere, l. ne cum filiofamilias 16. in fr.



De furti. sed liberat se ab actione & rem de qua erat controverfia emere intelligitur. Sicuti nec possit petitor accipiendo æstimationem litis eam actionem vendere contra seipsum. Et tamen Papinianus noster non dubitat, quin huic reo qui litis æstimationem præstitit si nulla ei cessio facta fuerit, succurrendum sit data ei contra ipsum quoque dominum actione. Non igitur de actione in rem siue directa quæ non nisi procuratorio cedentis nomine exerceri potest, *l. planè 3. inf. fam. exercisund.* quod & Bartolus fatetur, siue vtili potest intelligi quam nec Bartolus aliã esse vult quam quæ competat ex cessione, Nisi quod confundit cessionem cum emptione, & ius emptum cum iure cesso, quod tamen hac parte est ridiculum. Nam si ob præstitam litis æstimationem ius petitoris hoc ipso cessum intelligeretur, quid illa opus esset cessione, quam tamen faciendam esse Papinianus ait? Emit ergo rem ipsam & rei petita dominium is qui præstat litis æstimationem, nec tamen idè sit dominus ut Bartolus quoque admittit licet emat à domino, quia scilicet non accipit possessionem à domino, nec eam penes se habet. Quæ de causa Martinus interpres hanc legem coarctabat ad eum casum, quo præsens res esset tempore præstite æstimationis. Omnino malè, Quia quidem eo casu dominium statim acquireretur reo, qui proinde nõ indigeret auxilio Prætoris extraordinario, cum directam & civilem in rem actionem habiturus esset eo casu non modò contra quemlibet aliũ possidentem, sed etiam contra eum qui dominus antea fuisset, quiq; accipiendo litis æstimationem pro re præsentis dominium suum in rem transfuderet. *l. eius qui 26. cum seq. sup. hoc tit.* Igitur de sola Publiciana intelligi potest & debet auxilium illud Prætoris, quod tunc reo dandum esse vult Papinianus etiam si nulla ei cessio actionum facta esset. Estque hic vnus casus ex illis in quibus datur Publiciana etiam contra dominum, & quos recensimus ad *l. pen. inf. tit. pro. x.*

*c. Nec facile audiendus erit.* Ratio dubitandi. Etiam post acceptam litis æstimationem prior dominus remanet dominus, ut modò diximus, quia nec volens potuit suum dominium aut amittere, aut in aduersarium sine possessione transferre. Nec ratio vlla est propter quã succurri debeat ei qui litis æstimationem soluit, data ei Publiciana contra dominum, Nisi ratio illa æquitatis quod ferendum nõ sit ut domi-

## 64. P A P I N I A N V S libro vicensimo Questionum.

**C**um in rem agitur: eorum quoque nomine, quæ vlti non fructui sunt, restitui fructus certum est.

*Ad l. Cum in rem 64.*

Ratio dubitandi. Non potest quis habere fructum vsus, quia seruitutis seruitus esse non potest, *l. 1. inf. de vsufr. legat.* Ergo cum in rem actum est earum rerum nomine quæ vlti tantum non fructui esse possunt fructus præstari & restitui non possunt.

Dec. In iudicio vindicationis, adeoq; in actionibus in personam quæ rem aliquam persequuntur omnis causa post litem contestatam præstanda est, id est omne id quod habiturus fuerat actor si litis contestatæ tempore restituta ei res fuisset, *l. præterea 20. sup. hoc tit.* quia quale quid est cum petitur tale dari debet, ut idem Papinianus noster ratiocina-

mus & rem habeat, & precium quod euid enteret set contra bonam fidem, *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 30. 7. De act. empt.* Atqui hæc ratio cessat si paratus sit dominus conuentus Publiciana restituere precium quod accepit, ut retineat dominium quod nondum amittit. Videntur enim eo adhuc tempore omnia esse integra, & facile admittere ut rebus omnibus in pristinum statum restitutus vtrimque à negotio discedatur. Ergo nihil causæ est cur audiendas non sit dominus si pecuniam quam ex litis æstimatione accepit, paratus sit reddere, cum ita futurum sit ut vtrique parti consulatur & indemnitas præstetur, quod curare semper ut fiat bonus iudex quantum potest debet, *l. ex his 8. §. que inf. fraud. credit.*

Dec. Numquã priuandus quis est eo lucro quod sibi alicuius periculi velut certo, precio sibi cõparauit. Nam quemadmodum secundum naturam est cuiusque rei commodam sequi quem sequitur incommoda, ut habet regula 10. *De reg. iur. ita & naturalis rationi ac acquirati conueniens est ut eius sit lacrum cuius est periculum: si quidem in periculo damnum aliquod semper versatur vel ob metum ipsum damni. l. 1. periculi precium 5. in prin. De nau. tit. f. 200.* Atqui cum reus pro re petita litis æstimationem soluit, subit periculum amittit. Id illius pecunie si forte rei possessionem quam culpa sua amiserat recuperare aut nasci non potuisset. Nec enim ob id magis repetitionem vllam pecunie habere potuisset. Ergo neque permittendum est petitori qui litis æstimationem accepit, ut in eius arbitrio sit eam pecuniam reddere quam non suo sed iudicari hoc est cõdemnari periculo suscipere maluit. Nemo enim audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus, vulg. *l. pen. C. de solut. l. si pater 12. C. de inoff. testam. nec talis inconstancia ferenda est per quam fiat ut leges ipsæ in dubio esse quodammodo videantur, l. que omnia 25. sup. de procur. iunct. l. ult. in fi. C. de bon. que liber. Vno tamen casu audiendus est petitor volens pecuniam reddere, Nimirum si in dolo fuerit is qui litis æstimationem soluit, ut in hoc quoque puniatur dolo quod electionem retineat petitor quam alioqui non haberet *Ex l. ei qui 8. u. inf. de furt. vbi hoc ipsum scribitur in fure qui semper est in dolo.* Itaque benè hic Papinianus *nec facile audiendus erit*, ut significet aliquo igitur casu audiri eum debere.*

tur in *l. 2. inf. De vsur.* Ergo etiam si de ea re vindicanda tractetur quæ vlti tantum non etiam fructui esse possit, puta de vasis aut vestimentis, fructus quoque debentur, id est quanti ex eorum locatione si locata fuissent mercedis nomine percipi potuit, *l. videmus 19. §. præterea iunct. l. 3. §. ult. inf. de vsur.* Fructus enim debentur cum dicimus, vtilitates rei intelligimus, non vsum ipsum aut fructum rei. Nam & prudentes nostri cum dicunt vsum, vel fructum in numero singulari, seruitutem ipsam vsus vel vsufructus intelligunt, aut saltem factam ipsam vrendi fruendi: Cum verò fructus in plurali, corpora ipsa fructuant significant. Vlti esse possunt vasa & vestimenta.

Fructus

Fructui esse non possunt, cum totus eorum fructus in vlti consistat, ita ut etiam vrendo consumatur, adeoque & non vrendo. Fructum tamen alioquem admittere possunt & vtilitatem, non si quis vtarur iis, sed si locentur. Nam quin locari possunt, dubium non est, tamen non ad illam vltimam comparata sint ut locentur. Est siquidem vltimam vltimam ut & carcerum ferè omnium duplex vsus, naturalis vnus, accidentalis alius. Quomodo Aristoteles in Ethicis scribit vsus calcei naturalem esse, ut pedem vestiat, accidentalem ut vendatur vel locetur, Itemque vsus pecunie naturalem esse ut res omnes æstimet, accidentalem verò ut ipsa ex qualitate & bonitate sua intrinseca æstimetur, & plures etiam interdum vendatur, quàm quanti publico hominum commercio æstimatur, ut scripsi pluribus in tractatu De nummariis solutionibus.

## 65. P A P I N I A N V S libro 2. Responsorum.

**E**mpor prædium, quod à non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quàm si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum prædium habuit, vlturumque medi tempore superfluum reciperauerit. scilicet si minus in fructibus ante litem percepti sint. nam eos vlturis, nobis duntaxat compensati, sumptuum in prædium factorum exemplo æquum est.

*Ad l. Emptor 65.*

Ratio dubitandi. Emptor qui ex precio rei alienæ sibi venditæ soluit pecuniam, quæ creditori debebatur, non idcirco dominum eundemque debitorum liberat, cum non ea mente soluerit ut ipsam liberaret, sed potius ut sibi ipsi prospiceret aduersus creditorem, fortassis agentem hypothecaria & pignus vindicantem. Nemo enim solvendo ad suam vtilitatem id quod alius debet liberat debitorem, *l. Papinianus 28. inf. mand. l. si quid poss. §. 31. sup. De hered. petis.* Soluit autem emptor ad suam vtilitatem & suo potius nomine quàm debitoris, siue idè soluat creditori, ut ius suum confirmet, quod facere potest etiam quilibet creditor pignoratitius, *l. 1. prior 5. C. qui potior. in pign. hab. siue ut offerendo debitum summoueatur hypothecariam quod etiam male fidei possessor quilibet potest facere, cum non sit querendum de iure possessoris soluto pignore, l. Paulus 12. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Non ergo potest videri dominus factus locupletior ex solutione facta creditori per possessorem cum non sit debitor ipse liberatus. Is enim demum sit locupletior qui liberatur à creditore, *l. si pupilli 66. inf. de solut.* & consequenter non eo magis doli exceptione repellendus est, quod vindicans fundum suum à possessore non offerat ei debitum quod à possessore solutum est, cum nihil dolo faciat qui non id agit ut ex aliena iactura locupletetur.

Dec. Quod solutum est à possessore creditori domini eiusdemque debitoris, quamuis non liberet debitorem ipso iure, acquirat tamen ei exceptionem doli per quam se tueatur aduersus creditorem si forte creditor pergat aduersus eum agere quasi nondum liberatum, *l. si sci 8. §. vltim. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Improbis enim est creditor qui bis idem consequi velit, *leg. si quis dolo 5. in fin. inf. De re iudicat.* Est ergo locupletior dominus fundi cum ex aliena bonæ fidei possessoris pecunia sibi acquirat perpetuam doli exceptionem, Cum nihil effectui intenderit an cre-

Atque ita omnino intelligi hæc lex debet, non quomodo habent duæ priores Accursij interpretationes quarum prima est, loqui hanc legem de iis rebus quæ vlti consumuntur, Quasi verò recipiant ille vltimam magis quàm vltimam fructum, quod falsum esse idem Accursius benè vidit, Altera verò loqui hanc Papinianam de iis commodis quæ haberet quis tanquam mens vltimam tamen non esset fructuarius, Etii enim non pauca sunt huiusmodi, ut dicimus ad libram sequentem, non tamen de commodis rei petitis aut petendis Papinianus hanc loquitur, sed de re ipsa petita per actionem in rem, quæ res vlti tantum esse possit non fructui. Nostra igitur interpretatio probanda omnino est, quæ tertia eiusdem Accursij fuit, & à Cuiacio quoque itenno Papiniani interpreta comprobata.

ditor nullam ipso iure actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem elidi possit, *l. nihil interest 11. De reg. iur.* Præsertim cum ea exceptio non temporalis, sed perpetua est, qualis est exceptio doli, ex qua etiam conditio indebiti compereret si quid forte per errorem solutum esset, *l. qui exceptionem 40. inf. De condit. indebit.* Equum igitur est repelli per exceptionem doli dominum vindicantem fundum qui fuerat pignoris iure obligatus creditori si non offerat possessori quicquid creditori solutum est, *leg. 2. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si creditor 23. inf. De pign. act.* Nec tantum fortis nomine, sed etiam vlturum quæ priori creditori debita, ac soluta fuerunt, cum carens locupletior factus sit dominus idemque debitor quatenus à creditore suo liberatus est, Eatenus autem liberatus sit quatenus fuit obligatus, siue in sortem, siue in vlturas, cum in omnem causam pignus datum intelligatur, *l. Lucius 18. inf. qui potior. in pign. hab.* Adèd ut dubitatum sit an vlturas quoque vlturum præstare debitorem oporteret, quod tamen displicuit Papiniano quem Vlpianus refert & probat in *l. creditor 12. §. sciendum est eod. titul.* ratione illa, quod non alterius negotium gessisse intelligatur, sed magis suum, *l. secundus creditor 22. Codic. de pign. act.* Alioqui probandum esset etiam vlturum vlturas deberi cum vlturas fortis loco sunt, nec tanquam accessiones debentur ut in actione negotiorum gestorum, *leg. idem quoque 10. §. si procurator 6. l. qui negotia 34. §. 1. & vltim. inf. mand. dat.* Nec tantum veteres vlturas bonæ fidei possessori restituere dominus debet, id est quæ prior creditori promiserat, sed etiam nouas, id est quæ currere cœperunt à die dimissi prioris creditoris ex pecunia possessoris. Nec enim melior fieri debet conditio debitoris, ut nullas amplius vlturas debeat ob id solum quod ex alterius pecunia liberatus sit, Mutauit enim duntaxat creditorem, Non quasi possessor in ius & locum creditoris





in pendenti esse non potest ne quidem potestate fictionis postliminij quæ omnium potentissima est, Cuius civis Romanus captus ab hostibus interim verè sit servus hostium & in ipsorum potestate secundum præsentem statum, qua de causa necessaria fuerunt duæ illæ contrariæ fictiones legis Corneliae & postliminij non tam ad impediendam servitutem, ut neque captivitatem, quam ad delendam memoriam captivitatis. Vindicatio igitur in pendenti esse non potest quia ex præsentem

## 67. SCAEVOLA libro primo Responsorum.

**A** Tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectioem fabrum induxit, is pecuniam inuenit. Queritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia fortè perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus eius esse, cuius fuerat.

## Ad l. A tutore 67.

Ratio dubitandi. Pecunia fortuito inuenta & casu magis quam data opera est inventoris saltem pro parte dimidia, Pro alia verò dimidia eius est in cuius fundo reperta fuit. Sic enim de thesauro in alieno fundo casu inuentis proditum est in *l. inquam nuda 31. infr. De acqu. rer. domini. §. thesauros Instit. de rer. diuis.* Ergo pecunia de qua hic tractatur, inuenta à fabro quem is qui emerat domum pupilli à tutore induxerat ad eam domum refectioem ad fabrum pertinere debebit, non ad pupillum cuius fuit domus, quam ponendum est ritè ac rectè venditam fuisse, id est solemniter, & cum decreto, Nec rursus ad emptorem, qui domum emendo non potest videri cogitasse de illa pecunia quam in ea domo esse ignorabatur.

Dec. Non omnis pecunia quæ fortuito casu in-

dominio pendet, ut diximus, non ex futuro. Sic è contrario dicimus, Actiones noxales, & alias si que sunt quæ non nisi contra dominum dantur, etiam contra eum dari qui interim dominus est licet aliquo casu fieri possit, ut ab eo dominium abeat & recedat, *l. si quis servum 36. infr. de nox. lit. act.* Nimirum quia non eo minus verum est interim esse illum dominum quòd aliquo casu desinere possit esse dominus, ut hæc lex ait.

venitur cum à nemine sciretur ubi esset, thesaurus idè est. Nam in thesauro quidem id obtinet, quod modò diximus, quia thesaurus dominum nullum habere creditur, nec cum quoque in cuius fundo reconditus inuenitur. Sed in pecunia siue de recenti, siue iam inde à longo tempore perdita non recondita aliud est, Id est, que in ea pecunia quæ per errorem & incuriam ab eo ad quem pertinebat, non fuit ablata. Hæc enim nihilominus eius permanere intelligitur, cuius antè fuit, quia dominium semel acquisitum non nisi certis & legitimis modis amittitur, inter quos neque error est, ut diximus ad *l. minor officium 54. supr. hoc tit.* neque obliuio. Infirmitas enim memoriam damnium quidem possessionis adferre interdum solet, *l. per. gr. è 44. l. si rem mobilem 7. infr. De acqu. poss. sed pro proprietatis, & dominij numquam.*

## 68. VLPIANVS libro 51. ad Edictum.

**Q**ui restituere iussus, iudici non paret. contendens non posse restituere, siquidè habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur, & fructuum dumtaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si verò non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit is, quantum aduersarius in litem sine vili taxatione in infinitum iurauerit, damnandus est. Si verò nec potest restituere, nec dolo fecit, quò minus possit non pluris, quam quanti res, id est, quanti aduersarii interfuit, condemnandus est. Hæc sententia generalis est: & ad omnia siue interdita, siue actiones in rem, siue in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituatur, locum habet.

## Ad l. Qui restituere 68.

Erimus in huius legis explicatione tantò breviores, quanto sumus longiores *lib. 16. Coniect. cap. 17.* ubi ostendimus totam legem Tribonianum esse non Vlpiani, cuius nomine Tribonianus euidenter abusus est, ut totum ius vetus quod in rei vindicatione ceterisque arbitrariis actionibus omnibus obtinebat peruerteret, earumque naturam immutaret. De quo etiam fusillimè scripsimus in *Decad. De error. pragmat.* ubi multa tractauimus circa actiones arbitrarias non tantùm ab aliis interpretibus, sed à nobis quoque antè ignorata, quæ hinc petere superuacuum esset.

## 69. PAVLVS libro tertiodecimo ad Sabinum.

**I**s qui dolo fecit, quò minus possideret, hoc quoque nomine punitur, quòd actor cauere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei præstaturum.

## Ad l. Is qui dolo 69.

Ratio dubitandi. Nemini potest iniquum videri ut cogatur actor reo præstare id quod sine ipsius actoris dispendio futurum sit, *leg. in creditore 38. in fin. infr. De emitt.* Id enim est quod vulgari brocardo iactari solet, Id quod vni prodest & al-

teri non nocet facilè concedendum esse. Atqui in cessione actionum quas quis aduersus alium habeat, nullum cedentis incommodum aut dispendium est. Ergo nec is qui dolo fecit quò minus possideat in hoc etiam puniri debet ut nullas et actiones præstare actor teneatur. Præsertim cum

ad satis superque dolo possessoris in eo puniatur, quod in pecunia doli sui & contumacia & condemnationem pati cogitur quanti actor in litem iurauerit *l. non doli 7. de fideiuss.* Neque rursus novum est ut ei quoque qui ob dolum suum condemnatur, actiones ab actore præstari oporteat quòd admodum in specie *l. in depositi 12. §. de re iudic.* ubi dicitur in depositi & commodati iudicio, quamvis dolo aduersarius ablit, condemnato tamen succurri solere ut ei actionibus suis dominus cedat.

Dec. Dolo nunquam impunitus esse debet *l. procurator n. §. n. §. de doli mal. cap.* In eo autè maxime puniendus est in quo admissus est *l. rescriptum 6. §. de his que vi indig. n. §. fideiuss. 2. §. aliis l. Paulus 7. ad leg. Falciid.* At qui in proposito specie dolo eius quem ponimus dolo malo desisse possidere admittitur fuit circa possessionem ipsam admittendam. Ergo etiam in hoc puniri debet ut actor non debeat actione in rem præstare quam eius rei nomine habet aduersus quemlibet alium possessorem cum actio illa pertineat ad possessionem auocandam quam dolo malo auisit, & qua actione primus ipse tenebatur, adeoque ex qua etiam post amissam possessionem nihilominus ipse condemnatur *dist. l. proax.* Quid enim absurdius, quam cedi, cõdemnato eam ipsam actionem ex qua sit cõdemnandus? Multò minus verò cogendus est petitor cauere de actionibus cedendis. Nec enim tam facile est cauere quam actiones præstare, Maxime si cautio facilitationem deideret, & fideiussorem quem inuenire plerumque difficile est *l. 2. §. ut. §. de ind.* Neque ad hanc cautionem pertinet quod scriptum est in *l. hæc si res 47. supr. cod. hoc tit.* neque rursus ad hunc casum, quo is qui rei vindicatione conueniatur dolo malo desierit possidere, ut ad illam legem explicauimus. Aliud est si quis ex suo contractu depositi vel commodati & ex dolo suo condemnatus sit, quomodo semper euenit cum depositarius condemnatur qui non nisi de dolo tenetur. *l. contractus 23. de regul. iur. l. si vnus 27. §. illud nulli. §. de pact. l. 1. §. si conuenit, & seq. §. de posit.* Nihil enim veteratei qui non ex actione in rem & directare rei vindicatione conuenitur, sed personali actione ex contractu depositi vel commodati, vindicatione cedi ab eo qui deposuit vel commodauit. Alia enim actio illa est quam ex qua fuit secuta condemnatio. Nam de actione personali ceddenda contra eum qui non contraxit, nec obligatus est, tractari certè nullo modo potest. Non dico cum Accursio, Non deliquisse depositariam aut commodatarium in contractu depositi aut commodati, nec in eo quicquid fecisse dolo malo. Et si enim bona fide contraxe-

runt, & eo contractum genere quod est bona fidei, tantò magis tamen deliquisse videri debet qui circa executionem contractus bona fidei tam improbè ac dolo malo versati sunt, ut de rupta fide arguantur *l. et apud quem 7. §. cod. in depositi.* Propter quam causam tunc minus iis succurrendum esset si non ratio nila pro ipsis faceret quam accursio, quod circa eam ipsam actionem quam præstari sibi det derant, n. deliquerunt. Non dico cum Accursio & Cuiacio distinguenda esse hæc parte iudicia bona fidei à strictis. Quasi verò vindicatio non sit arbitraria actio, De quo cauere nemo ex antiquis interpretibus vnquam dubitauit, ut nec quicquam ex recentioribus si illos excipias contra quos disputauimus in vltima parte Ch hadis nostræ De erroribus pragmaticorum. Aut quasi arbitraria iudicia sint etiam stricta, aut ut Cuiacius putat constituant speciem iudiciorum stricti iuris. Diuidit enim ille stricta iudicia in arbitraria & non arbitraria. Quòd a quò falsum est. Constituit enim tertiam speciem à iudiciis bona fidei, & stricti iuris differentem, ut constat ex Papiniano in *l. 3. §. in his quoque 7. de usur.* & ex Iuliano in *§. præterea si magis præcedentes §. §. Infr. de iur. iur.* Et quamvis habeant pleraque similia eam iudiciis strictis, ut inter cetera, quòd adfert Cuiacius ut exceptiones doli & pacti non ipsis insint quomodo insunt iudiciis bona fidei, sed in formula apponi eas necesse sit, ut diximus ad *l. sumptus 48. supr. cod. ex l. quæcumque 13. & seq. §. in proximo.* Itè quæ cum iudiciis bona fidei, quòd in illis & arbitrium redditur, & condemnatio fit ex bono & æquo *dist. §. præterea.* In eo tantè differunt & à bona fidei iudiciis & à strictis quòd arbitrium in his præcedere necesse est ut possit sequi vel condemnatio si arbitrio paritum non sit, vel absolutio si arbitrio fuerit obtemperatum: quòd in aliis omnibus iudiciis siue bona fidei sint, siue stricti iuris diuersum est. Fator quòd addit Cuiacius, iudicis officium plenius esse in iudiciis bona fidei quam in arbitrariis, ideoque minus caute locutos esse Græcos cum dixerunt generaliter Iudicia arbitraria imitari naturam iudiciorum bona fidei, Sed non idèd consequens est quòd ille inferat, ut arbitraria iudicia stricta dici debeant, ut aut legis huius ratio petenda ex eo sit, quòd sint stricta, linò petenda ex eo est, quòd is qui condemnatur numquam possit sine rubore petere, ut cedat sibi ea ipsa actio ex qua condemnatur si ex dolo suo & contumacia condemnatur *l. si plures 8. in fin. infr. de admin. & per. tutor.* Nam si ex culpa tantùm condemnatur, aliud est *l. si culpa 63.* ubi dixi *suprà hoc titulo.*

## 70. POMPONIUS libro 29. ad Sabinum.

**N**ec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab iniusto domino rem iusto pretio comparare.

## Ad l. nec quasi 70.

Ratio dubitandi. Reus qui vindicationis iudicio conuentus præstitit litis æstimationem, & pro litis æstimatione quanti petitor in litem iurauerit, non potest dici non habere titulum quandoquidem litis æstimatio pro emptione est *l. 1. & 3. infr. pro emptor.* nec potest videri, adeo qui precium numerant *l. nemo prado est 126. de regul. iur.* Quidni ergo habebit Publicianam? Exemplo eius qui si non dolo malo culpa sua amisit rei petita possessionem, De

quo diximus in *l. si culpa 63. supr. hoc tit.* Dec. Nemo ex sua improbitate consequi actionem debet *l. itaque 12. §. de furt.* Neque enim cuiusquam dolo patrocinari ei debet ut suam condicionem faciat meliorem *l. non fraudantur 154. §. 1. de regul. iur.* Atquin is qui dolo desit rem petitam possidere, & ex ea causa condemnatus est, quanti actor in litem iurauerit si ea ratione Publicianam sibi acquireret vtiq; ex dolo suo actionem in rem vtilem sibi compararet, Quod esset tantò absurdius, quòd actiones





quasi dominium, ac proinde in necessarium antecedens traditionem sine qua non magis vtile dominium aut quali dominium acquiri potest quam ipsum dominium verum: nec facilius acquiritur quasi dominium quam dominium, Nisi quod dominium acquiri non potest nisi a domino, Quasi dominium verò non nisi a non domino. Eandemque ob causam requirit etiam Vlpianus ut prior emptor precium soluerit. Quia in venditionis causa speciale est, ut non sufficiat ad transferendum dominium traditam esse rem a venditore, eodemque domino, sed præterea necesse sit precium solutum esse, aut aliter eo nomine satisfactum. Ita disponente lege duodecim tabularum, ut refert Iustinianus in §. *conditio* 41. *Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi* 19. *l. ut res* 33. *de contr. empt. l. Paulus respondit* 38. §. *quæstio* 7. *de liber. caus.* Ad eò verum est quod modò diximus ad inducendam Publicianam cum quis emit a non domino illa ipsa requiri omnia,

73. VLP IANVS libro 17. ad Edictum.

**I**n speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit. hoc enim petitoris munus est, non possessoris. quod & in Publiciana obseruatur.

*Ad l. In speciali 73.*

Ratio dubitandi. In iudicio vindicationis non queritur nisi de dominio, & ob eam causam dicitur quæstio dominij *l. in re* 23. & *pas. sup. hoc tit.* Ergo sicut actor, qui se dominum dicit, non aliter audiendus est, quam si probet se dominum esse, & pro qua parte, ita neque audiendus videtur possessor, qui controuersiam dominij facit si non dicat pro qua parte se contendat esse dominum, Vt in eo tantum sit melioris conditionis quam petitor quod petitoris solius est probare non etiam possessoris qui conuenitur *l. ult. C. hoc l. qui accusare* 4. *C. de edend.* Dec. Vindicatio datur ei quidem soli qui se dicit & probat dominum, sed contra quemlibet possessorem etiam qui se non dominum esse fatetur si modò restituenda rei habeat facultatem *l. officij* 9. *l. qui petitorio* 36. *sup. hoc t.* Nam petitor non probante possessor etiam si nihil præstiterit absoluenus est *dict. l. v. & d. l. qui accusare*, cum quisquis possidet semper in causa pari hoc plus iuris habeat quod possidet *l. 2. inf. et i. possid.* Cur ergo ardeatur possessor ut dicat pro qua parte dominum rei petita ad se pertinere dicat, cum etiam si nulla ex parte ad eum pertineat, debeat tamen vincere? Plane an possideat & pro qua parte possideat, cogitur si de eo interrogatus sit, responderet *l. qui seruum* 20. §. *in iure* 7. *de interrog. in iur. faciend.* Quòd si aliquando contingat ut contingit non semel, inter eos exerceri vindicationis iudicium qui ambo se contendunt esse dominos, quemadmodum in vtraque specie *l. quoties* 15. *C. hoc tit.* non eò magis tamen arctandus erit possessor, ut dicat pro qua parte sit dominus, sed inspicit tantum oportebit vter possessor, &

*Ad §. 1. Superficiario. & ad l. 74. Id est, & 75. Prætor.*

**I** Superficiario

74. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

**I**D est, qui in alieno solo superficiem ita habet: ut certam pensionem præstet.)

75. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

**P**rætor, causa cognita, in rem actionem pollicetur.

Ratio

*Ad §. 1. Superficiario, & Ad l. Id est 74. & Ad l. Prætor 75.*

Ratio dubitandi. Actio in rem quam vindicationem appellamus non alij datur quam ei qui sit dominus vel gentium iure vel ciuili *l. in rem* 23. *sup. hoc tit.* Atqui superficiarius, d est, ut Paulus explicat in *l. seq. is qui in alieno solo superficiem ita habet*, ut certam pensionem annuam eo nomine præstet, nentio iure dominus est superficiæ. Cum & naturali & ciuili ratione superficiæ ad eum pertineat, ad quem & solum ipsum pertinet *l. 2. inf. de superfic. l. 3. §. sed si supra ades. inf. et i. possid.* Ergo in rem actio dari superficiario non potest. Dec. Actio quidem directa ei competere non potest, quia nullo iure dominus est. Sed tamen datur ei a Prætoris vtilis in rem, quia superficiarium prætor tuetur etiam contra dominum, propterea quòd possessionis suæ titulum habeat a domino ipso qui superficiem ei constituit hac lege ut quoad pensionem conuentam ex locationis lege solueret, superficiem ipsi auf ferri non posset. Quam ob causam proposuit Prætor interdictum De superficiebus, Nectantem exceptionem ei dedit si fortè aduersus legem venditionis dominus ab eo rem vindicaret, sed etiam in rem actionem vtilem si fortè a domino possidente vti superficie prohiberetur *l. in princ. & §. is autem* 7. *de superfic. l. 1. §. ult. & l. seq. §. si ager veitig. vel emphy. est. dicit.* Sed tamen dat prætor parcius & difficultus actionem in rem quam aut interdictum aut exceptionem, quia non dat nisi causa cognita, ut hinc Vlpianus ait. Causæ autem cognitio in eo versatur, An superficiem quis conduxerit ad tempus, an verò in perpetuum aut saltem ad non modicum tempus, ut primo casu denegetur in rem actio, duobus verò posterioribus concedatur *l. l. §. quod ait Prætor De superfic. l. vlt. §. si ager veitig.* Item in eo an superficiem quis conduxerit a vero domino, an a non domino, Itemque an conuentam pensionem soluerit superficiarius, an verò in ea soluenda cessauerit, Nam si vel a non domino conduxerit, vel a domino quidem, sed cui in soluenda pensione annua moram fecerit, actionem in rem vtilem habere non potest qui nec directam haberet, tamen si non modò superficiem, sed etiam solum

ipsum a non domino emisset, Nisi quòd cum emit superficiem & eius possessionem bona fide accepit, tandem placuit Publicianam ei dandam esse, ut Accursius noster putat, probatque ex eo quòd de vectigalibus fundis scriptum est in *l. cum superficies* 12. §. *in vectigalibus* 7. *in princ.* Nec enim vectigales fundi multum distant a superficiariis. Neque rursum dignus est, cui succurratur is qui legem non seruat conductionis aut alterius contractus ex quo superficiem possidet *l. l. in princ. de superfic. & l. 2. §. ager veitig. vel emphy. perat.* Adieci aut alt. v. *constratit* quia licet edictum & interdictum prætoris de sola superficie conducta loquatur, Nihil tamen interest hac parte an superficiem quis conduxerit, an emerit. Titulus enim venditionis etiam secuta traditione dominium superficiæ non magis transferre potest quam titulus locationis, cum necesse sit dominium superficiæ semper dominio soli cedere *dict. l. 3. §. sed si §. inf. et i. possid. dict. l. 2. de superfic.* quamuis alioqui titulus venditionis si traditio sequatur sit habilis ad transferendum dominium *l. nunquam nuda* 3. *de acquir. rer. domin.* non etiam titulus locationis *l. non solent* 36. *locat.* Atque ita Vlpianus idem noster edictum illud Prætoris De superficiebus interpretaturia *dict. l. 1. §. 1. de superfic.* Itemque Paulus in *l. prox. seq.* cum superficiarium diffinit eum qui in alieno solo superficiem ita habet ut certam pensionem præstet. Tam enim habet qui superficiem emit quam qui conduxit, Imò tantò verius, quantò vtilior est titulus emptionis, quam conductionis ad habendū & acquirendum: Et habere is demum intelligitur qui sic rem tenet ut ei auf ferri non possit *l. habere licere* 57. *de emich. l. stipulatio ista* 38. §. *bi qui sunt* 7. *de verb. obliq.* Nec tamen superioribus consequens est, ut quia vtilis in rem actio aliqua est, aliquid etiam sit vtile dominium, Quod tamen nostri ferè omnes interpretes vulgò existimant: quòd iam refutauimus errorem *lib. 20. Coniect. cap. 11.* & dicemus ad *l. 7. si ager veitig. vel emphy. est. dicit.* Nò autè sola vtilis actio in rem datur superficiario, sed & cæteræ omnes actiones vtilis ei hodie dantur, quæ domino soli directæ darentur *l. tutor* 16. §. *ult. §. de pig. act. l. 3. §. si ex §. 0. de oper. noni nunciat. l. 1. §. quia autè* 5. *§. 1. de superfic.*

76. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

**Q**uæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem & de parte intelligenda sunt, officioque iudicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui iubet, quæ simul cum ipsa parte restitui debent.

*Ad l. que de tota 76.*

Ratio dubitandi. Non semper eadem est ratio & proportio partis quantum ad partem quæ totius quod ad totum. Nam debitor qui fundum totum pignori datum posset luere, soluendo totum debitum, non potest partem luere soluendo partem debiti cum pignus sit indiuisibile *l. quandiu. C. de dist. pignor.* Similiter is cui fundus legatus est sub conditione si decem Titio dederit, quauis posset totum fundum consequi dando decem, attamè dando partem pecuniæ nihilomags partem legati consequeretur, quia condicio indiuidua est *l. cui fundus* 56. *de cond. & demonst.* Rursum plurius est res tota si æstimeretur quatenus tota quam si pars quatenus pars est, quia non tam facile reperientur qui partem rei velint emere quam qui rem totam *l. tutor* 16. §. *ult. §. de minor. l. si quis aliam* 46. §. *de fo-*

*lur.* propter incommodum communionis in quam is incidit, qui partem solam alicuius rei acquirat *l. si nò fortem* 26. §. *si centu. D. de condit. indeb.* Possentque alia multa non dissimilia in hanc sententiam cogeri ex Accursio nostro ad *l. qui scit* 25. *in princ. §. de iur. vbi allegat l. ex mille* 64. *de emich. l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis. sup. de inoffic. testam. l. sed et si* 25. §. *ad eo. sup. de hered. petu.* Dec. Idem juris esse solet in parte quod in toto, vbi totius & partis eadem ratio est, non vbi diuersa. Est autem diuersa non modò in indiuiduis, sed etiam in aliis plerisque, maximè verò circa æstimationem & acquisitionem. At in iudiciis & actionibus quoties pars aliqua petitur, eadem præstationes pro parte veniunt quæ in totum venirent si totum peteretur, Vt puta quod dictum est in præcedentibus de fructibus & sumptibus præstandis in totius rei vindicatione, Idem pro parte obtinebit si pars fundi vindicetur, quomodo

hic Accursius bene explicat. Denique non est hoc principium iuris ne quis fallatur, Sed vnum ex Doctorum nostrorum brocardicis quibus nihil est periculosius, aut fallacius si pro regulis aut quod esset stultius pro iuris principis accipiantur. Et tamen videns passim apud interpretes, nostraque aetatis Doctores eos qui magis sapere sibi videntur, nihil tamen ferè aliud sapere quam ista brocardica, iisque passim abuti tanquam si certissima essent

1 Incertæ partis vindicatio datur, si iusta causa interueniat. Iusta autem causa esse potest, si fortè legi Falcidiæ locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quæ vix apud iudicem examinatur, iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat. itaque talis dabitur actio. eadem & de certis rebus intelligemus.

*Ad §. 1. Incertæ.*

Ratio dubitandi. Sententia qualibet certa esse debet vt faciat ius certum, siquidem non potest non facere ius sententia quæ valet cum pro legatario habeatur. *l. ingennum 25. D. de stat. homin. l. res indicata 208. de regul. iur.* Ius autem semper certum est. *l. 2. de iur. & fact. ignor.* Atqui non potest certa esse sententia cum incertus est libellus, & incerta actio quoniam debet sententia cõformis esse libello. *l. or fundus 19. j. commun. diuid. l. vlt. C. de fideic. liberr.* Incertæ igitur partis vindicatio dari non potest, non magis quam incerta ferri sententia vel de incerta quantitate. *l. or. r. C. de sentent. que sine cert. quam it. preser.* Tantoque magis in vindicatione obtinere hoc debet, quod vindicatio non datur nisi contra possidentem. *l. is qui destituit 27. sup. hoc tit.* Incerta autem pars possideri non potest. *l. locus 26. inf. de acquir. poss.*

Dec. Curare quidem iudex debet vt quantum fieri potest sententiam certam proferat. *§. curare. Instit. de action.* Sed tamen aliquando accidit vt fieri hoc nullomodo possit propter incertitudinem quæ subest ex parte rei, licet ius actoris certum sit, Quo casu pugnat iuris subtilitas cum casus necessitate, vt in *l. si mulier 39. §. ex off. in fin. j. de iur. dor.* Estque huius rei exemplum in hereditatis quidem petitione apertissimum in *l. 1. §. vlt. l. 3. & 4. sup. si pars hered. per.* Sed in singulari vindicatione ac specialia actione in rem difficilius est vt incertæ partis petitio & vindicatio admittatur. Potest tamen interdum iusta causa interuenire ob quam admittenda sit, vt in exemplo quod Caius adfert in hac lege, Cum actor ignorat probabiliter quanta & quanta sit portio quam habet in re petita, nec tamen dubitari potest quin ea in re portionem aliquam habeat, Vt puta si hominem legatum petat legatarius & certum sit falcidiam interuenire. Nam quemadmodum non potest totus homo ex legato peti eius partem aliquam iure falcidiæ penes heredem remanere necesse est, Ita nec fieri potest, vt non aliquam hominis partem habere legatarius debeat, cum lex falcidia minuat tantum legata, nunquam absorbeat. *l. in quantitate 74. §. vlt. j. ad legem falcid.* Nisi cum plura sunt legata & omnium falcidia ex vno deducitur, vt in *l. si fundus 23. cod. t.* vbi propter falcidiam perit legatum vix, manente legato fundi tanto pleniore, & in *l. Plautius 49. §. 1. cod. r.* An ergo examinanda erit apud iudicem, qui de vindicatione cognoscit, tota quæstio legis falcidiæ? Minimè verò. Neque enim ad hoc datus est vt cognoscat de falcidiâ, de qua nec cognosci possit, nisi inter omnes legatarios, vocati que iis omnibus & acti-

iuris principia, Non animaduertentes toties illa fallere quoties facti diuersitas rationis quoque diuersitatem aliquam inducit. Nihil enim tam certum est in iure nostro quam ius ex ratione semper æstimandum esse. *l. quod contra. l. quod non ratione 31. de legib. sup. l. i. l. iud. 32. j. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam inf. de iust. rupt.* Tunc igitur idem ius est in toto quod in parte, cum eadem ratio est partis, quæ totius.

mata tota quantitate patrimonij quæ mortis tempore fuit. *dist. l. in quantitate 74. in princip. & §. vlt. l. 1. §. cum dicitur. j. si cui plus quam per leg. falcid.* Sed vt cognoscatur de legato & dominio petat rei legatarius. Necessariò igitur hoc casu permittendum est vt incertæ quoque partis vindicatio fiat, Estque hic casus vnus ex iis in quibus vt habet regularis iuris pontificij, necessitas facit licitum quod aliter esset illicitum. Idèoque non aliud est in cæteris casibus in quibus eadem necessitatis ratio locum habet ob ignorantiam probabilem certæ partis, Puta si peculium sit legatum, & incertum sit in quantum res peculiares diminuuntur per id quod domino debetur. *l. et si non omnes 8. §. 1. j. Commun. diuid.* Quid? Nonne incertum est legata vique ad quartam partem minuitur. *§. tot. r. ad leg. falcid.* Ita sanè est si ex hereditate nihil sit apud heredem. Alioquin cum ex omni eo quod habet heres iure hereditario cõficere sibi quartam debeat, & in eam hoc imputare, *l. in quartam 91. cod. tit.* vique necesse est tantò minus ex legatis detrahi falcidiæ nomine, quanto amplius est quod iam heres habet. Quid autem quantumque illud sit omnino incertum est, vt bene Accursius nostraratiocinatur: Potestque portio quæ deducenda est aliquando quinta esse, aliquando sexta aut decima secundum eam bonorum quantitatem quæ iam penes heredem reperitur. *l. in ratione 25. in princ. l. in ratione 30. in princ. cod. tit.* Quid rursum? An non ex edicto prætorio iubetur & cogitur heres falcidia quoque interueniente totum legatum præstare legatario, si modò satisfider ille de omni eo quod supra legem falcidiam acceperit, restituendo. *l. 1. & cod. tit. si cui plus quam per leg. falc.* An verò dicendum est cum Hugolino quem Accursius probare videtur non esse locum edicto nisi cum de hoc ipso dubitatur, an falcidia locum habitura sit, non autem cum certum est falcidiam interuenire, nescitur verò pro qua parte interueniat, nisi paratus sit vltro reus totum legatum soluere, & satisfidationem pro incertæ quantitatis restitutione accipere? Sed malo dicere, Prætoris edictum ad personalem actionem quæ pro legato competit, restringere, vt cum demum habeat locum cum ex testamento aduersus heredem agitur, non etiam cum res legata vindicatur. Nam vt scribit Vlp. in *dist. l. 1. propositum illud edictum est vt succurreretur heredi qui non ita facile probare potest locum esse legi falcidiæ, aut quatenus sit ei locus. At cum legari vindicatio sit, nulla heredis ratio habetur, qui etiam si maximè conueniatur, quia fortasse quod plerumque sit rem legatam possideat,*

non

non tamen quasi heres sed quasi possessor conuenitur, nec fauore vltro maiore dignus est quam alius possessor quilibet, licet sit etiam heres. Nascitur enim vindicatio vt & alia quælibet in rem actio ex præfenti possessione, vt sapius in hoc tractatu diximus. *Ex l. non actus 24. §. si si possessor sup. De iud. l. 1. C. de alien. iud. cum. cons. fact.* Propter quam causam videbatur difficilius vt incertæ partis admitti vindicatio deberet, cum incerta pars possideri non possit. *l. 3. §. incertæ inf. De acquir. poss.* Sed fallacia ista est accidentis vt Accursius nostraratiocinatur, quia non incertam partem rei legatæ possidere videri potest is qui rem legatam totam possidet, quamuis non totam rem illam petere propter falcidiam legatarius possit, sed incertam duntaxat eius partem. Sed & in actione personali facit interdum legis falcidiæ incertitudo vt heres non tantum à mala fide, sed etiam à mora excusetur, vt ne quidem per litis contestationem eam contraxisset intelligatur, vt in *l. 3. in princip. de off. iur.* quod vti que abhorret à iuris communis regula quæ post litem contestatam, adeoque post motam controuersiam partes facit possessores omnes, id est prætoribus. *l. si quis ex l. 3. §. si ante sup. de her. pot. l. si bona 25. sup. hoc tit.* Non est simile quod Accursius nostraratiocinatur pro simili adfert ex *l. 1. §. si quis argentum inf. De poss.* Ibi enim non admittitur incertæ partis vindicatio, at ne quidem actio, sed pondus quod certum deduci in petitionem debuerat, ex iusta causa ob deficientes alias probationes actoris reintuendo certum sit. Quod ergo Caius hic scribit, Eadem & de cæteris rebus intelligenda esse non tam ad alias causas pertinet extra causam legatam, quam ad cæteras res legatas extra hominem, vt intelligamus nihil interesse an de homine legato tractemus quod ad incertæ partis vindic-

ationem attinet, an verò de quilibet alia re legatæ siue talis sit quæ iuris intellectu partes tantum habere possit, vt homo, siue talis quæ etiam corporis diuisione, vt fundus, quomodo Papinianus loquitur in *l. Albius 69. §. duorum. De legat. 2.* Exemplum est in peculio legato, de quo in *dist. l. et si non omnes 8. §. 1. j. Commun. diuid.* Quod autem lex ait tali dabitur actio non sic accipiendum est, vt Accursius accipit quasi tali dixerit Caius pro taliter pro incertæ parte, sed prout sonat, *Tali dabitur actio: posteriori qualis est leg. u. r. i. n. hominis petens legatæ per vindicationem antiquam ferri posse quantum de hominis leg. no. d. d. e. r. o. d. e. b. e. a. t. p. r. o. p. t. e. r. i. n. t. e. r. u. e. n. i. e. n. t. e. r. e. m. p. o. s. s. e. s. s. i. o. n. e. l. e. g. i. s. f. a. l. c. i. d. i. e.* Constans ergo faciet legatarius si legatum petat actione personali ex testamento per quam sit consecutus totum legatum præfata ex edicto satisfidatione, siue dubitetur an lex falcidia locum habitura sit (qui tamen primus certè ac magis proprius edicti casus est) siue iam sciatur locum esse legi falcidiæ, sed tamen nesciatur adhuc quantum illa ex legatis detractum sit, quo etiam casu aequitas edicti perinde locum habet. Nam si legatum per vindicationem, quæ proprie dicenda petitio est, admittitur quidem ad incertæ partis petitionem, sed ad effectum perducitur, neque sententia, neque actio prius potuit quam ostenderit legatarius quid & quantum sit in legato, quod tamen nec ipsum aliter sciri potest, quam constet quid & quantum sit in falcidiâ, quoniam prius danda est heredi falcidia quam legatum, cum neque aliud in legato esse intelligatur, quam quod deducta falcidia superest, adeoque nec aliter lex falcidia legandi facultatem liberam cui Romano restituit, quam si quarta primum integra testamenti iure heredi relinquatur. *l. 1. inf. ad leg. falcid.*

77. VLP. IANVS libro 17. ad Edictum.

Quædam mulier fundum ita non marito donauit per epistolam, & eundem fundum ab eo conduxit, posse defendi. in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistula emitteretur: quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non interuenisset.

*Ad l. quedam mulier 77.*

a Non marito. Nempe quoniam aliud est si mulier marito donauerit, cum non valeant donationes inter virum & uxorem, sed moribus populi Romani prohibita sint, vt bene Accursius explicat ex *l. 1. & 3. De donation. inter virum & uxorem.*

Ratio dubitandi. Ex donatione inter virum & uxorem quamuis prohibita, vt ex alio quolibet contractu nullo quamuis non transferatur dominium, quia iuris autoritas resistit, transferitur tamen possessio, quippe quæ magis facti quam iuris est. *l. 1. §. si vir uxorem inf. de acquirend. possession. l. denique 19. sup. ex quib. caus. maior.* Ergo nihil hac parte interest an mulier donauerit marito, an non marito, cum vtroque casu possit transferre possessionem, quæ porro translata intelligitur si eundem fundum quem donauit, à donatario conducat: Quisquis enim conduxit non tam sibi, quam ei à quo conduxit possidere intelligitur, adeoque possessorem facere illum à quo conduxit

Tom. II.

si is antea non possidebat. *l. si quis ante 10. inf. cod. ill. tit. vbi* additur enim qui conduxit non tam possidere quam esse in possessione. Aliud verò longè esse Possidere, Aliud verò In possessione esse.

Dec. Ex contractu quidem nullo transferitur possessio, sed non etiam dominium quod alioquin per possessionem acquireretur. Tunc enim dominium per mediam possessionem acquiritur cum proprietatis à possessione separari non potest, vt loquitur *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Atqui possessio in hac specie necessariò separanda est à proprietate, cum iuris autoritas resistat translationi proprietatis non etiam possessionis, vt diximus. Ergo donationem à muliere oportet factam esse non marito, vt valeat donatio, quoniam non ex qualibet traditione transferitur dominium, sed ex ea tantum quæ sit non nuda, id est, quæ facti sit ex causa iusta, vt loquitur *l. nunquam nuda 31. De acquir. rer. domi.* id est, iure ciuili cognita & approbata. Qualis non est donatio inter virum & uxorem. Porro non datur vindicatio nisi domino

T T



*l. in rem 27. & pass. sup.* Nec enim sola possessionis acquisitio tribuit vindicationem aliamve vllam actionem in rem, sed interdita tantum & remedia possessionis. *l. officium 9. l. is qui destinavit 24. sup. eod.* Bene igitur lex ponit factam à muliere donationem non marito cum tractet de danda donatio vindicatione.

*b. Quasi per ipsam acquisierit possessionem.* Ratio dubitandi. Nemo potest sibi mutare causam possessionis. *l. 2. §. quod vulgo. D. pro don. l. non solum 33. §. quod vulgo. inf. de v. s. cap. l. 3. §. illud. inf. de acquir. poss. ff.* Ergo mulier quæ rem donatam possidebat antea quæ suam, non potest eam quasi conductam & tanquam colona possidere.

Dec. Non mutat sibi hæc mulier causam possessionis, sed definit possidere, & ministerio suo donatarium possessorem facit, vt eleganter scriptum est in *l. quod meo 8. cod. de acquir. poss. ff.* Neque rursus nouum est vt metet quis sibi causam possessionis ex superueniente noua causa. nouoq; titulo dicitur. *l. non solum. §. quod vulgo de v. s. cap.* quod hic contingeret, si conductio posset iustum præbere titulum possidendi. Sed non præbet, quia possidere nihil aliud est quam sibi habere & animo domini. *l. pignori 13. inf. de v. s. cap. l. officium 9. sup. hoc tit.* Qui autem conduxit non sibi, sed domino, eademque locatori possidet. *l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. anorum.* & tantum est in possessione dicitur. *l. si quis ante 10. in princ. & §. 1. inf. de acquir. end. poss. ff.* Ideoque bene lex ponit factam à muliere donationem alij quam marito, quia si marito donasset mulier, & ab eo rem donatam postea conduxisset non valeret conductio, tanquam facta rei propriæ non alienæ. *l. neque pignus 45. de reg. iur.* cum iuris auctoritas quæ talem donationem impedit viam obstruat alienationi, vt loquuntur Imperatores in *l. si quidem 11. C. de præscr. minor.* Qua de causa nec possessio per huiusmodi conductionem translata videri posset in maritum donatarium, quoniam conductio quæ non valet tanquam conductio, ne quidem ad transferendam possessionem habilis esse potest, cum non sit modus naturalis, sed civilis & ficticius transferendæ possessionis. dicitur. *l. si quis ante, & dicitur leg. quod meo. lunge l. res pignoris 37. cod. titu.*

78. LABEO libro 4. Pithanon à Paulo Epitomororum.

**S**icuis fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti: nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immo queritur, huius fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit. Perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam cœpti ita percipi, vt terra continere se fructus desierint: veluti si oliuæ, vuae leætæ, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

*Ad l. si eius 78.*

Refertur in hac lege sententia Labeonis, eademque postmodum à Paulo pro ipsius more reprehenditur. Labeo dicebat, Non teneri bonæ fidei possessorem aliorum fructuum nomine, id est, ad aliorum fructuum restitutionem quam quos ipse collegerit. Loquor de bonæ fidei possessore, de quo solo & Labeo sensisse videri potest, quia malæ fidei possessorem constar, non tantum de collectis & perceptis fructibus omnimodo teneri,

sed etiam de colligendis & percipiendis. *l. si nauis 62. §. generaliter. supra hoc titu.* Cum possessore autem bonæ fidei mitius agitur, vt quamuis officio iudicis teneatur vindicationis iudicio fructus restituere quos neque consumpserit, neque vluceperit, non alios tamen fructus restituere debeat, quam quos perceperit. De percipiendis verò nullo modo teneatur. In quo igitur Labeonem Paulus reprehendit? In eo nimirum vno quod de collectis fructibus locutus erat Labeo, cum de perceptis potius loqui debuisset. Non

Non enim de collectis tantum restituendis bonæ fidei possessor tenetur, sed etiam de perceptis omnibus. Lati patet fructuum perceptorum appellatio quam collectorum. Omnes qui collecti sunt, id est, in horreo, vel in cella vinaria, aut oliuaria reconditi etiam percepti sunt, At non similiter è contractis quotquot percepti sunt etiam collecti videri possunt, cum multa possint accidere & accidant quotidie quæ faciant vt fructus à fundo iam separati, numquam tamen colligantur & recondantur. Monet igitur Paulus, Quoties quaritur quosnam fructus bonæ fidei possessor restituere debeat, non tam illud inspicendum esse quos & quantos fructus collegerit, quam quos & quantos suo nomine perceperit, eaque perceptione suos fecerit. Quam enim restituere teneatur, quos fecit suos, cum libunde illos etiam colligere & recondere poterit, Quod si non fecerit, damnum ipsius esse debet non petitoris, quamuis dominus sit fundi, Quoniam quod ad fructus pertinet bonæ fidei possessor penes dominum loco est. *l. bona fidei 43. de acquir. rer. domi. l. qui fecit 25. §. præterea. supra de iur.* Periculum autem regulariter ad dominum pertinet. *l. que fortuitis 6. C. de pign. alt.* Sed & cum bonæ fidei possessor hoc amplius iuris habeat quod fructus suos facit itam atque à solo separati sunt, licet alius quam ipse eos separauerit, licet & colonus qui nummis colit. *l. si apes 26. §. de furt.* in quo plus iuris habet ista, quam si fructuarius qui non prius aut aliter suos facit quam si eos ipse perceperit. *l. si fructuarius missent, inf. quib. mod. usufr. amitt.* Consequens est vt eos quoque fructus omnes restituere bonæ fidei possessor debeat qui à solo separati fuerint licet eos ipse nec separauerit, nec effectum perceperit. Nam satis eos percepisse videtur quantum ad hoc vt ad ipsorum restitutionem eodem iudicis officio teneatur. Cum nec si extent, vindicare tamen eos à bonæ fidei possessore dominus possit, aut ab alio quolibet tanquam qui non sit eorum dominus. Ratio itaque dubitandi pro Labeone contra Paulum illa erat, quod non potest videri bonæ fidei possessor factus locupletior ex re aliena propter fructus quos ipse numquam collegerit licet eos à solo separauerit, Multo minus si alius quam ipse separauerit. Cum ratio æquitatis

quæ officium iudicis inducit ad obligandum bonæ fidei possessor, vt fructus quos neque consumpsit, neque vluceperit restituat ex eo proficiatur. Ne ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra naturalem equitatem. *vulg. l. nam hoc natura 14. inf. de cond. indeb. l. iure natura 206. de reg. iuris. l. plane 37. sup. de hered. petit.* Sed decidendum pro Paulo est, quod locupletior fiat quisquis libi acquirit. *l. obligari 9. inf. de auct. tutor. l. si pupilli 66. inf. de solutio.* Acquirunt autem sibi, quisquis dominum rei alienæ suam facit licet negligat possessionem. Nam nec alienare dicitur is qui possessionem committit, vt habet iuris regula. *l. non alienat 106. de reg. iur. l. 4. §. 1. sup. de alim. iudic. mut. caus. ff. tit.* Sed is demum qui dominium rei suæ transfert in alium. *l. t. C. de iud. dotal. l. alienationis 28. de verborum sig. n.* Nil ergo interest an bonæ fidei possessor fructus collegerit, necne, sed tantum an eos perceperit. Percepisse autem videtur si à solo separati sine quoquomodo, & quisquis ille fuit, qui separauerit. Prout si vna vel oliuæ tantum collectæ sunt, id est, à solo separata, licet ex iis nondum factum sit vinum vel oleum, percepti tamen fructus videbuntur vt ad eorum restitutionem omnimodo teneatur, quasi eos fructus iam perceperit quomodo vt que perceptæ existimandus est, quemadmodum hæc sequitur apud Paulum quæ tertia & rectissima Accurij interpretatio est. Secundum quam apparet, quod scriptum est in *l. v. e. primam 27. que ad finem legis non constituitur §. separatim, vt plerique putant, sed continere ratione & explicationem notæ Pauli ad Labeonem, ac si scriptum esset apertius Perceptionem enim fructuum, atque ita fiet vt vel nulla, vel saltem per exigua sit si qua est legis huius difficultas. Malè tamen Bartolus neicio quo motu hinc arripit occasio è erandi monendi que oliuam esse fructum industriale non naturale, quoniam alioqui, inquit, bonæ fidei possessori non acquiritur: quod certè falsum est. Omnes enim fructus acquiruntur bonæ fidei possessori non tantum industriales, sed cæteri quoque omnes, vt dicitur scriptum est in *l. bona fidei 43. de acquir. rer. domi. l. in pendum 28. de iur.* Et oliua procul dubio fructus naturalis est, vt pomum, licet non oleum quod fit ex oliua. Scripti ad *l. fructus 33. sup.**

79. LABEO libro 6. Pithanon à Paulo Epitomororum.

**S**i hominem à me perieris, & is post litem contestatam mortuus sit: fructus, quoad is vixerit, æstimari oportet. Paulus: Ita id verum esse puto si non prius is homo in eam valetudinem incidit, propter quam operæ eius inutiles factæ sunt: nam, ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus eius temporis nomine æstimari conueniret.

*Ad l. si hominem 79.*

Ratio dubitandi. Per litem contestationem omnes bonæ fidei possessores sunt pares, id est, prædones, & malæ fidei possessores. *l. si homo 47. sup. hoc titu. l. sed est 25. §. si ante. sup. De her. petit.* Atqui malæ fidei possessor præstat fatum rei petite, quia si restituta res fuisset petitori, potuisset ille rem distrahere atque ita se à fati periculo liberare. *l. item verberatum. §. ultim. & sequent. sup.* Ergo si petitus homo post litem contestatam perierit etiam apud bonæ fidei possessorem dicendum est fructus eum debere restituere, non tantum in id vique tempus quo petitus homo decesserit, sed etiam in tempus

vtque rei iudicandæ. *l. Iulianus 17. §. 1. sup. hoc titu.* Tantum abest vt verum sit quod in hac lege Paulus ad Labeonem notat, Ne quidem pro toto eo tempore, quo homo vixerit condemnandum bonæ fidei possessorem ad fructuum restitutionem si antea in eam valetudinem incidit, vt eius operæ inutiles fuerint.

Dec. Melioris est condicionis bonæ fidei possessor etiam post litem contestatam, quam is qui ab initio malæ fidei possessor fuit, quod pertinet ad fatum contingens rei petite. Nec enim bonæ fidei possessor vtique & omnimodo fatum præstare debet etiam contingens post litem contestatam,

ne alioquin huius periculi metu cogatur ius suum temerè indefensum relinquere, vt eleganter scriptum est in *l. illud 40. sup. de her. per.* Sed ita demùm prastare fatum cogitur si post litem contestatam dolo vel culpa ipsius aliqua homo perierit, vt ex Pomponij & Trebatij opinione Paulus scribit in *l. fructus 33. sup. hoc tit.* Idque est quod idem Paulus ait in *l. vtrius 16. sup.* Vtique etiam mortuo homine qui petitus fuerat necessariam esse sententiam propter fructus & partus. Non enim vtiq; post litem contestatam & fatum prastare possessorem debere. Sensus est, Non esse equidem necessariam semper & indistinctè sententiam propter hominem ipsum petitum, & post litem contestatam defunctum, nisi dolo vel culpa possessoris homo perierit, Sed esse tamen necessariam propter partus & fructus, quia licet morte hominis petiti quæ circa possessoris dolum & culpam cõtingerit, fuerit possessor liberatus, nõ idèd tamen immunis est à prastandis fructibus hominis mortui, pro toto scilicet eo tempore quo petitus homo vixit, & in tempus vsque mortis eius. Quod si dolo & culpa possessoris homo perierit sicuti non liberatur possessor factus perempti hominis, ita neque à fructibus prastandis in tempus vsque rei iudicandæ, id est, quasi homo mortuus non fuisset, potuissent percipi in

id vsque tempus quo res iudicaretur. Causa ergo fructuum sequitur causam hominis perempti, vt si fato liberatus sit possessor quantum ad hominem petitum, sit etiam liberatus, quantum ad fructus totius temporis subsecuti, si verò non sit liberatus quantum ad hominem, nec quantum ad fructus qui percipi potuissent ex homine mortuo si mortuus non fuisset, liberatus dici possit. Cùm hoc casu res qua petitur, adhuc tamen extare videatur *l. fructuum 91. §. sequitur. & §. vlt. inf. de verb. oblig.* Illud tamen semper inspiciendū est vt ex tempore, quod à prastandis & restituendis fructibus immune non est, detrahi tempus oportet quo serui operæ ante mortem ipsius inutiles factæ fuerint, aut ante rem iudicatam si forte in eam valetudinem incidit, vt operas exhibere nullas potuerit quomodo hinc ad Labeonem Paulus notat. Nam & cùm ipsius seruū debiti æstimatione prastanda est inspecto tempore mortis, non tamen inspicimus præcisè & distinctè quanti homo est eo mortis instanti, sed *de m. d. v. me* alioquin ad minimam summam æstimatione reducatur, vt eleganter ait Vlp. in *l. 3. in fi. inf. de condi. tritic.* Neque aliter Labeonem ipsum sensisse putandum est, sed Paulum potiùs pro more suo & contradicendi studio hanc ad Labeonem notam excogitasse, vt aliter Labeo sensisse crederetur.

80. FVRIVS ANTHIANVS libro ad Edictum.

**I**n rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere, ita vt, si possit aduersarius conuincere, rem ab aduersario possideri: transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobauerit.

*Ad l. In rem actionem vlt.*

Ratio dubitandi. Qui per mendacium negat se possidere cùm verè possideat, non idèd tamen amittit possessionem, quia non habet animum definendi possidere, vt bene hinc noster ratiocinatur Accursius, Possessio enim sine animo non amittitur vt nec acquiritur, siue incipiat amissio ab animo, siue à corpore *l. 3. §. in amittenda. l. quemadmodum 8. l. si quis vi 17. §. differentia. inf. de acqu. poss.* Nec ad rem pertinet quod Bartolus obiicit, Videri quemque in animo habere illud ipsum quod verbo exprimat ex *l. Labeo 7. inf. de supellec. leg.* Id enim semper in mendace falsum est, cùm mendax is demùm dicatur qui aliud ore & verbis præ se fert quàm quod gerit mēte, Ideoq; nec potest esse mendacium sine dolo & improbitate *l. non alienum est 10. §. de interrog. in iur. fac. l. rem alienam 41. in fin. de pigno. act.* Vnde fit vt nec impunitū sit vnquam mendacium Auth. item possessor. C. qui prior in pign. habeant. At qui actio in rem datur domino contra quemlibet possessorem *l. in rem 23. in princ. cum l. seq. sup. hoc tit.* Ergo etiam si possessor neget se possidere, non eò minus actione in rem & vindicatione conueniri potest, tanquam possessor. Et quidem inuitus. Nec enim iudicium redditur aut sententia fertur in volentem, sed in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Dec. Actiones in rem omnes idèd sic dicuntur quod non in personam aliquam vt personales, sed in rem ipsam diriguntur, & per eas non tam persona quàm res ipsa conuenitur, vt Papiniani verbis vtat in *l. denique 21. §. de iur. fisci.* Proinde si nemo sit qui rem defendat (neq; enim quisquam inuitus rem defendere cogitur, vt habet iuris regula *l. inuitus 156. in pr. de reg. iur.*) quæ seipsam de-

fendere vtiq; non potest, quid aliud dicendum superest, nisi vt mittatur actor in possessionem rei petita: Nam & cùm in personam agitur, si non defendatur debitor non alio remedio succurrit Prætor creditoribus quàm vt eos mittat in possessionem bonorū debitoris *l. 1. §. tor. tit. 7. Quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui possessor qui negat se possidere rem quam re vera possidet, quamuis nihilominus possessor remaneat, quia vt diximus non habet animum amittendæ possessionis, sed potiùs exonerandi se ne tanquàm possessor actionem in rem pati compellatur, Atramen declarat satis nolle se rem defendere, quam petitor suam esse dicit cùm negat eum se possidere. Pugnaret enim secum si diceret velle se eam rem defendere quam negaret se possidere. Consequens igitur est vt in odium tenere negantis quomodo pragmatici nostri loquuntur, transferatur possessio à reo in actorem, Quo remedio & possessori consulitur ne inuitus litigare compellatur & petitori, vt sine iudicio raturam consequatur quantum si egisset, ac vicisset. Cui remedio non potest locus esse in actione personali in qua idèd maximè obtinet quod dicitur iudicium reddi in inuitum *di. l. inter 83. §. 1. de verborum oblig. a Per iudicem.* Vt intelligamus non posse petitorum, ne quidem in odium tenere negantis possessionem rei in se transferre.

Ratio dubitandi. Nihil interest possessoris, qui negavit se possidere an petitor sua autoritate possessionem alienam in se transferat, an verò per iudicem, Nec potest citra euidentem calumniā possessor culpam in eo aliquam obiicere petitori, quæ calumniādi facultas, neq; præbenda vnquā, neque permittenda est *l. Paulus notat 2. inf. de prætor. stipu. Atqui*

Atqui nemo vnquam auditur siue agendo, siue excipiendo, nisi curas interit *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alterius inf. de ver. oblig. l. ab eo quo 13. §. 1. ad SC. Trebat. l. 1. inf. de app. l. vlt. §. 1. Ergo nihil verat petitorum propria autoritate nancisci possessionem quam reus penes se esse negavit, Nec iudicis autoritas in hanc re videtur necessaria si quis alius casus adferri potest in quo necessaria non sit, Quales sunt plerique, quos nostri congerunt ad *tri. C. quand. lic. vnicuiq; sine iudic. §. vindic.* Dec. Non est concedendum lingulis vt per se faciant quod per Magistratus aut Iudicis autoritate fieri & expediri oportet *l. non est singularis 186. de reg. iur.* vbi ratio elegans, & vera redditur ne occasio maioris tumultus detur, Inde est quod nemini permittitur sibi ipsi ius dicere, ne tùm quidem cùm nihil interest aduersarij, quia sufficit interesse rei publicæ. Vt cernere est in interdico, Quod legatorum, cuius nec aliam rationem Vlpianus reddat in *l. inf. §. l. tit. Quor. legat.* Quid enim potest interesse heredis qui nullam legatam facit controuersiam, ne legatarius vindicare legatum & eius possessionem occupare propria autoritate possit, vt & si occupauerit cogatur eam interdico illo restituere? An non illa heredis mera calumnia est? Ita sanè vocat Caius in *Inst. Tit. de legat.* cùm ait legatarium vindicationis eo speciali iure vti, vt hanc calumniam ab herede sustinere & pati non cogatur quam alius quilibet legatarius sustinere ac pati cogere tur. Sed tolerabilius hoc visum est Prætori quàm manere impunitam legatarij audaciā qui sibi ipsi dixerit, quod calumnia heredis soli legatario iniuriam faciat, Audacia verò legatarij qui sibi ipse ius dicit publicam vtilitatem lædat, non solum quod rixæ ac tumultus occasioem præbeat, sed etiam quod Magistratum autoritatem offendat *di. l. non est singularis.* Quemadmodum enim illa quæ omnibus publicè profunt iis præferenda sunt quæ priuatim quibusdam duntaxat personis. *Auth. res que. C. commun. de leg.* Ita & illa magis cauenda & prohibenda sunt quæ publicè nocent quàm quæ priuatim, Propter primam illam & omnium antiquissimam legem duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto,* quæ nullas vt dicere soleo patitur exceptiones. Placet tamen quod Bartolus notat translationem hanc possessionis fieri officio eiusdem iudicis, qui pro actione in rem datus fuerat, neque noua interpellatione aut libelli oblatione, nouoque iudicio opus esse. Nec rursus displicet quod post Accursium idem Bartolus notat huic legi locum esse non tantum in iudicio specialis in rem actionis quam vindicationem appellamus, & in hypothecaria quæ ipsa quoque vindicatio est *l. si fundus 16. §. in vindicatione. §. de pign.* sed etiam in hereditatis petitione quoniam & ipsa in rem actio est, licet mixtas habeat præstationes plerasque personales *l. sed et si 25. antepen. sup. de per. her. l. hereditatis 7. C.**

*cod.* Hæc autem lex generaliter loquitur de qualibet in rem actione. Sed hoc ita si possessor conuenitus petitione hereditatis conuincatur de mendacio quantum ad possessionem, non etiam si quantum ad titulum possessionis, quem scilicet probare ipse semper tenetur, numquam actor. Nam tum quoq; cùm petitor probaret possessorem nullum habere titulum suæ possessionis, vt in exemplis illis quæ adfert Bartolus, si forte emptor rei hereditaria habeat titulum à furioso vel ab alio qui alienare non potuerit, vinceret quidem, sed non propter mendacium possessoris, ac qua nullo iure possidet se tueri contra petitionem hereditatis is qui à vero herede conueniretur, nec vllum possessionis suæ titulum haberet. Quod non satis bene à Bartolo animaduertitum est, vt neque illud quod secutus Accursius inibi. Possessorem à quo propter mendacium translata possessio est in petitorum saluam adhuc habere questionem de proprietate. Nec enim debet melioris esse conditionis, vt iam diximus, quàm si victus esset cùm negauerit se possidere ab hoc ipsum nec litigare voluerit ne vinceretur. Quin itaq; pro victo haberi debeat à Prætoris, cùm ipse habuerit se pro victo? Nam & quod in hac lege scribitur transferendam possessionem à possessore in petitorum, non enim duntaxat effectum habere debet, vt possessionis commodum ei auferatur, quod parum esset, sed vt is qui se dominum contendebat tanquam victor fiat etiam possessor rei petita: tanquam suæ propriæ, quamuis non idèd fiat dominus, quia neq; mendacium, neque sententia modus est legitimus transferendi dominij. Alioqui fructum mendacij sui nec lenem ferret possessor si ad euitandam litem & sententiam quam alioqui index in proprietate contra eum laturus esset, possessionis duntaxat iacturam faceret, reueto sibi iure iterum agendi de proprietate. Nec ad rem pertinet quod nulla contra eum lata sit sententia quæ ad ipsum submo- uendum possit parere exceptionem rei iudicata: Satis enim pronunciat rem non esse possessoris, cùm pronunciat esse petitoris *l. si inter me 15. inf. de except. rei iudic.* Satis autem pronunciat rem esse petitoris cùm possessio rei petite iure dominij transferatur officio & autoritate iudicis in petitorum. Neque dubito quin hic casus inter eos saltem ponendus esset in quibus contra iuris communis regulas Publiciana actio contra dominum quoque danda esset. Multò igitur magis exceptio, vt in *l. 2. inf. de except. rei vendit. & tradit. l. si à Titio 72. sup. hoc tit.* vbi dixi. Illud planè Accursius & Bartolus bene notant, Huic legi locum non esse contra eum qui per errorem & ignorans negavit se possidere, sed contra eum duntaxat qui dolo malo & per mendacium. Hic enim solus dignus est, qui hac veluti pœna puniatur, vt & in *Auth. item possessor. C. qui prior in pign. hab.* Sed hæc sufficient.



# DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

## TITVLVS II.

I. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

**A**it prator <sup>a</sup>, Si quis id, quod traditur <sup>b</sup> ex iusta causa non à domino, & nondum vsucapitum <sup>c</sup> petet iudicium dabo. Merito prator ait, nondum vsucapitum: nam, si vsucapitum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.

Ad l. Ait Prator 1.

<sup>a</sup> Ait Prator. Publicius scilicet, vt Accursius notat. Hic enim primus fuit qui Publicianam actionem proposuit, & à quo nomen actio sumpsit §. namque Instit. De action.

<sup>b</sup> Ad quod traditur. Malo legere traditum, quam cum Accursio verbum traditur explicare traditum est, cum sequatur & nondum vsucapitum. Publiciana enim traditionem factam & prateritam non presentem requirit, quamuis exigat presentem possessionem, vt cetera omnes in rem actiones. Ex parte scilicet illius qui conuenitur l. non aliter 24. §. sed si postuletur supr. de iudic.

Ratio dubitandi. Pleraque sunt causae, ex quibus dominium nancisci quis potest sine traditione, & ex quibus Publiciana competit, Vt puta ex legato vel donatione causa mortis & aliis si quae sunt similes, sicuti sequitur in hac lege, & in l. sequent. & l. 3. infr. Ergo non erat cur Prator vllam traditionis faceret mentionem. Dec. Potest quidem dominium interdum transferri sine traditione, scilicet interueniente legis potestate & autoritate, quia lex vnus est ex modis acquirendi dominij iure Quiritium, quos Vlpianus refert Titul. 19. de acquir. rer. Sed tamen naturalis modus transferendi dominij iure gentium non alius est, quam traditio §. per traditionem. Instit. de rer. diuis. quia scilicet nihil tam naturale est quam voluntate domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. ha quoque res infr. De acqu. rer. dom. l. traditionibus 20. Cod. de pact. Verum non excludit ea res alios casus in quibus & dominium transferri & Publiciana competere absque traditione potest, Cum magis inspicenda sit ratio edicti & mens Pratoris, quam verba quibus Prator vsus est. Ratio autem edicti perinde habeat locum, siue traditio, siue alia causa interuenierit ex qua dominium transferri posset si à domino causam auctor haberet. Nam ex quibus causis dominium à vero domino transferri posset ex iisdem si quis à non domino causam habeat transferuntur condicio vsucapiendi. Qui sensus est dict. l. traditionibus. Et rursum, ex quibus causis dominium acquirere per vsucapionem si ea completa esset, ex eisdem si possessor qui erat in cursu vsucapiendi amiserit possessionem habet Publicianam ad eam recuperandam dict. §. namque. Instit. de action. Est enim haec actio comparata in subsidium civilis vindicationis & interruptae vsucapionis. Vt quoniam is qui dominus nondum est civilem vindicationem habere non potest quae non datur nisi

vero domino l. in rem 23. supr. titul. proxim. habet tamen Publicianam eo colore quasi iam completa vsucapione quae tamen re vera nondum completa est. Ergo quibus casibus haec subest aequitas Publicianae concedendae, vt actiones omnes Pratoriae non nisi ex aequitate dari solent, dicendum est actionem quoque locum habere siue casus talis sit in quo non potuerit sine traditione transferri dominium, siue talis in quo potuerit. Non enim habet actio haec traditionem pro causa, sed dominium siue per traditionem, siue ex alia causa quomodo modo acquiritur.

<sup>c</sup> Nec vsucapitum. Ratio dubitandi. Non debet quis minus iuris habere ob id quod rem aliquam vsuceperit quam si iam vsucepisset. Id enim esset contra mentem Pratoris cum nemo vsucapiendo faciat conditionem suam deteriore, sed semper meliorem, l. in bello 12. §. si quis seruum. infr. de captiu. & postlim. vbi est textus elegans. Ergo completa vsucapio non debet Publicianam tollere quam vsucapio nondum completa induceret.

Dec. Non potest civilis vindicatio quae directa est cum Publiciana quae pratoriae & vtilis tantum est concurrere, quoniam quisquis agit civili & directa vindicatione dicit se dominum, talisque probare se debet dict. l. in rem 23. supr. titul. proxim. Qui autem Publicianam exercet is non dicit se dominum, sed quasi dominum, ac proinde fatetur se non esse dominum, Implicat verò contradictionem, vt idem sit dominus & non dominus, aut quod idem est vt se dominum esse & affirmet, & neget. At qui is qui vsucepit factus est per vsucapionem dominus, cum vsucapio nihil aliud sit, quam adiectio, aut vt alij legunt adeptio dominij per continuationem temporis lege definita l. 3. in fin. de vsucap. Fieri ergo nequit, vt qui iam vsucepit hanc actionem habeat quae non alij competit quam ei qui nondum vsucepit dict. §. namque. & dict. §. si quis ignorans. Accedit alia ratio quae hic ponitur à l. reconsulto, quod is qui civilem actionem habet, eamque vtilem & efficacem frustra desideret honorariam, quae licet plerique eiusdem sit potestatis, vt actio vtilis cum directa l. aetio 47. supra de negot. gest. semper tamen maioris est dignitatis, quemadmodum & ius civile dignius est pratorio. Ceterum siue civili, siue honoraria in rem actione experiri quis velit traditionem factam esse oportet ex iusta causa, vt edicti verba ostendunt, & dicemus ad §. 1. l. 3. infr. vbi verba illa edicti ex iusta causa Vlpianus noster latius explicat. Quid ergo si quod facile potest contingere, actor ignoret aut dubitet an emerit à domino, an à non

à non domino? Questionem proponit Accursius, Et responderi non male iurius esse Publicianam proponere quam vindicationem directam, quia is qui agit Publiciana dominij probatione nulla obstringitur quae probatio plerumque difficillima est, §. commodum j. de interd. Nec eo minus tamen necessaria est tunc quoque cum agitur hypothecaria quae non nisi vtilis vindicatio est pignoris vel hypothecae, l. & que nondum 15. §. quod dicitur iand. l. seq. §. in vindicatione j. De pignor. l. ante omnia 23. j. de probat. Quanto magis igitur si quis agit directa & civili vindicatione dominij à qua principaliter agitur de domino, d. l. in rem l. is qui destituit 24. §. tit. Nec enim dominij praesumptio facile capitur, praesertim pro petitione qui suam intentionem implere semper cogitur, l. cum res C. de probat. l. ult. C. de rei vindic. Neque rursus eo minus competere debet actori Publiciana quod non videatur posse negare quin emerit à domino. Quid enim? cum

2 § Sed cur. traditionis dumtaxat, & vsucapionis fecit mentionem: cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur, vt puta legatum.

Ad §. 1. Sed cur traditionis.

Explicatus iam est hic §. in praecedentibus. Probat autem quod diximus & alibi saepe docuimus, Traditionem & vsucapionem duos esse modos & fuisse iam olim acquirendi dominij ex iure Quiritium, sed diuersis casibus, Traditionem quidem ita demum si facta esset à domino, l. traditio 20. infr. de acqu. rer. dom. dummodo ex iusta causa, l. numquam nuda 31. cod. Vsucapio verò si facta esset traditio à non domino. Cum enim talis traditio non possit transferre dominium quod non fuit penes tradentem ex reg. l. nemo plus iuris 51. De regul. iur. Transfert tamen vsucapiendi conditionem & potestatem, l. traditionibus 20. C. de pact. Atque ita debet accipi quod scriptum est in d. l. traditio. si tradens dominus non sit, traditionem nihil transferre in accipientem. Nihil scilicet, quantum ad dominium praesens, sed aliquid multumque quantum ad dominium per vsucapionem postea acquirendum. Sed tamen non sunt fueruntque olim alij plures modi dominij ex iure Quiritium transferendi, Mancipatio scilicet, Adjudicatio, In iure cessio & Lex, vt refert Vlpianus in Fragment. Tit. 19. De acquir. rer. Qui omnes quatuor modi in eo cõsimiles erant, dissimiles verò ab vsucapione & traditione, quod neque mancipari neque adjudicari, neque in iure cedi, nec denique per legem acquiri, vti quam poterat res aliena, Vsucapio verò nulla nisi quae aliena esset, cum vsucapio sit adeptio aut adiectio dominij, l. 3. j. De vsucap. Id autem quod iam meum est magis meum fieri non possit, l. in bello 12. §. si quis seruum j. De captiu. & postlim. §. sic itaque Instit. de action. Traditio autem fieri poterat, sicut & hodie potest rei tam propria quam alienae, d. l. traditio 20. de acquir. rer. dom. quia nihil nisi possessionis translatio est. Illud tamen obseruandum est, quamuis lex modus sit legitimus transferendi dominij ex iure Quiritium etiam extra vllam traditionem, Attamen in eo minoris esse potestatis, quam sit traditio quod quosies dominum ipsa per se transferre non potest puta rei alienae quae fuerit legata per vindicationem. Non aliter tamen potest parere vsucapionem quam si traditio intercedat,

alienae quoque rei venditio valeat, nec sit interdicta, l. rem alienam 28. j. de contr. empt. Aut quid facilius est quam vt emptor emat rem alienam bona fide, siue à venditore sciente deceptus sit, siue venditor ipse fuerit in bona fide. Erubescere debet is demum qui sciens rem alienam emit & mala fide non qui errans, & putans rem esse venditoris. Nihil ergo prohibet quin Publicianam in dubio exercere is possit, qui dubitat an à domino emerit, an à non domino, quique ob hoc ipsum quod dubitat, neque certas habet probationes, directam civilem exercere tamen vellet, non possit. Obseruandum tamen est quamuis Publiciana non alij detur quam ei qui bona fide à non domino ex iusta causa rem accepit, Non tamen dari cuiuslibet in cuius persona concurrant haec omnia. Si enim agatur contra dominum inutilis est Publiciana, cui scilicet extra quosdam casus obitat semper exceptio iusti dominij, l. pen. & ult. j. hoc tit. vbi dicemus.

Cum tamen traditio etiam sine lege dummodo bona fide facta sit & ex iusta causa, sufficiat ad prebendam vsucapiendi causam, Nimirum, quia sine possessione nulla procedere potest vsucapio, l. sine possessione 25. j. De vsucap. Lex autem transferre possessionem numquam potest quae scilicet quamuis plurimum ex iure mutetur, l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss. magis tamē facti quam iuris est, l. 1. §. si vir uxori cod. tit. l. denique 19. supr. Ex quibus causis maior. Ne tunc quidem cum dominium transferat, l. cum heredis 13. in princip. infr. de acquir. poss. adeoque nec si de dominio bonitatio agatur quod à possessione minus distat, l. facta 63. in princip. infr. ad SC. Trebellianum & l. 3. j. si vsus j. perat. Aded verum est quod ait l. naturaliter 12. §. 1. j. De acquir. poss. nihil commune habere proprietatem cum possessione. Et haec certè ratio est propter quam Prator Publicianam actionem Publicianam propositurus eamque non alij daturus quam ei qui posset vsucapere, effectusque in cursu vsucapiendi, solius traditionis mentionem fecit, non etiam legis, quia tunc quoque cum titulus acquisitionis, est à lege vt Titulus Pro legato, traditio tamen adhuc necessaria est, vt vsucapio sequi possit, Bartolus non satis bene iudicio meo hoc explicat. Ait enim quaedam esse iura quae transeunt à persona defuncti in personam legatarij, & ex ipsius persona. Et ista, inquit, transeunt sine traditione. Ideoque si testator erat dominus transfert dominium, idemque si erat quasi dominus vt transferat similiter quasi dominium ex l. cum sponsus 12. §. is cui j. hoc tit. Quaedam verò sunt iura quae à testatore non transferuntur, sed incipiunt in persona legatarij, & in istis traditio necessaria est. Secundum quam distinctionem dicendum esset. Legatarium igitur habiturum Publicianam quam pro re legata defunctus habuisset, nulla quoque traditione facta legatario. Quod non puto verum. In eoq; obseruandum differentiam elegantem quae est inter legatarium certae rei & fideicommissarium hereditatis ex SC. Trebelliano restituta de quo in d. §. is cui. Nam idcirco transit in fideicommissarium vniuersalem actio Publiciana etiam sine possessione quod fideicommissarius vniuersalis quamuis non sit heres loco tamen heredis est in omnibus,

Maximè verò quantum ad actiones & iura omnia hereditaria, *l. 1. de poff. §. ad SC. Trebell. d. l. facta in princip. & l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. cod.* Iura verò omnia & actiones tranfeunt proculdubio in heredem, *l. 1. C. de hered. act. C. de hered. act.* quia funt in hereditate non etiam poffeffio rerum hereditariarum, *l. 1. §. Scenola §. si quis quitestam. lib. eff. iuff.* At legatarius neque heres est neque heredis loco, cum iuris fuffeffor non fit, *§. legatarius Inftit. de testam. ordin. l. quedam 9. §. is autè §. de edend.* quãuis in re legata quali heres quodammodo effe videatur, vt fcribit Iurec. addita duplici nota improprietas in *l. idem in 14. §. 1. De vfu cap.* Scilicet in accelfione temporis, vt ea lex ait. Non ergo in omnibus neque in translatione actionum, nec magis quantum ad Publicianam, quam quod ad ceteras actiones, Ergo Publicianam quæ defuncto competebar, non eo magis habere legatarius potest abfque traditione: fed fideicommissarius vniuersalis potest. Possit tamen quis pro Bartolo

2. PAVLVS libro nonodecimo ad Edictum.

**V**el mortis causa donationes factæ: nam amiffa poffeffione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

*Ad l. Vel donationes 2.*

Ratio dubitandi. Donationes causa mortis, ficut & quæ fiunt inter viuos, non perficiuntur nisi vel ftipulatione vel traditione. Primus enim Iuftinianus fuit qui conftituit in *l. si quis argentum 31. §. pen. & vlt. C. de donat. vt donatio fieri hodie poffit nudo pacto adeoque nuda pollicitatione ad cogendum donatorem vt tradat.* Atqui vtroque cafu factum hominis intercedit ad transferendum dominium quod alioqui fine traditione non transferretur, ne quidem interpolata ftipulatione, *l. si ex ftipulatione 57. De acquir. poff. iun. et l. traditio in 20. Cod. de pact.* quod fecus est cum legis authoritas fe interponit in dominio transferendo, vt in legato, *l. a Titio 64. De farr. l. legati 80. De legat. 1.* Ergo nihil simile habent aut commune donationes causa mortis cum legatis & vltimis voluntatibus. Ob eamque causam post Imperatoris Constantini legem quæ infinuandarum donationum necessitatem induxit non magis valebant donationes causa mortis non infinuata quam quæ inter viuos factæ effent, *l. donationes 25. C. de donat. vsque ad legem nouam Iuftiniani in l. 1. C. de donat. caus. mort.* quæ necessitatem remiffit infinuandæ donationis causa mortis si modo coram quinque testibus facta effet, Cum tamè in legatis aliisque vltimis voluntatibus numquam obrinuerit vt infinuati deberent iure Romano de quo nunc folo agimus, non de Gallico ex quo et à testamenta hodie infinuanda funt. Quid ergo habent simile aut commune donationes mortis causa cum legatis?

Dec. Donationes causa mortis etfi habent pleraque similia cum contractibus, *§. alia Inftit. de donat.* In multis tamen funt per similes legatis, quod ad instar legatorum capiuntur, vt hæc lex ait, *lun. et l. Marcellus 15. l. illud. 37. De mort. caus. donat. d. l. 1. C. cod.* Non quia donatoris traditionem nullam exigunt vt aliter quam ftipulatione perficiantur quæ admodum euenit in legatis, quæ non magis traditionem quam ftipulationem requirunt, Sed quia tùm quoque, cum per traditionem fiunt, etiam si

respondere distinctionem hanc loqui de iuribus quæ in legatium transferuntur, In quo numero si non est Publiciana vt nos velimus, nec ad eam accommodari traditionem Bartoli debere, sed cum tractet ipse ex professo de Publiciana & parem faciat causam legatarij cui legata fit res aliena quam defunctus cepit vt fufcipere, & fideicommissarij vniuersalis post restitutam ex Trebelliano hereditatem, Excusari non potest quin hoc casu etiam legatario Publicianam dandam effe crediderit, tam etfi legatarius poffeffionem numquam apprehenderit, In quo sanè errauit. Debet enim contentus effe legatarius quod accelfione temporis ex defuncti persona vt poffit ad confinuandam poffeffionem & vfuceptionem ceptam a defuncto, *d. l. idem in 14. §. 1.* Sed & in eo errauit Bartolus quod parem facit hac parte rationem donationis causa mortis, & legati, vt donatarius, quoque causa mortis poffit habere Publicianam sine traditione quod certè falsum est, vt dicemus ad *l. seq.*

dominus ille fit qui tradit, nullum tamen ex iis dominium transferatur nisi secuta demùm morte donatoris quia nec prius perfecta intelliguntur, *l. non videtur 31. §. con. ut l. 1. quia in hoc tempore con. inf. De donat. mort. vir. & vxor.* Nimirùm quia nõ omnis traditio etiam quæ fit à domino, adeo quæ ex causa ista dominium statim transfert, sed ea demùm quæ eo animo fit vt statim dominium in accipientem transferatur, Cum etiam traditio poffit fieri sub conditione, nec actus debeant operari ultra intentionem agentum, *§. omnia 7. & seq. non omnia 13. Inft. de reb. ar. aut d. qui abfent 37. §. de acquir. poff.* Nõ autem ille animus est donantis causa mortis vt statim dominium transferatur in donatarium, sed vt ita demùm si mors donatoris interueniat, *d. l. non videtur*, quod vel nomen ipsum donationis nomen indicat, quæ non aliam ob rationem donatio causa mortis appellatur. Porro cum mors insequitur donatoris, tùm demùm fit translatio dominij, sed non tam potestate traditionis quæ ab initio fuit inefficax quam legis, quæ dominium facit donatarium eo tempore, quo donator neque tradere, neque dominium transferre amplius poffit. Traditio enim licet non potest fieri in instanti, quia facti est, *l. confilio 7. §. vlt. Inft. De curat. furios.* ita neque facta intelligi, ne plus fictio poffit quam veritas, Ergo similes funt hac parte legatis donationes causa mortis, quia in legatis fola potestas legis illa est, quæ ad conferuandam testatoris voluntatem transfert dominium, licet hæc non aliter in donationibus causa mortis eueniat quam si traditio præcesserit, quam idè semper requirimus interueniffe, at nõ tam quasi causam efficientem translationis dominij qualis est in ceteris contractibus qui fiunt inter viuos, quam quasi conditionem sine qua non, quia non alia donationes causa mortis per legem confinuantur quam quæ vel ftipulationis vel traditionis vinculum habuerunt. Ex quo apparet, non omnibus mortis causa donationibus conuenire quod hîc fcribitur capi eas ad instar legatorum. Nam quæ per ftipulationem con-

tractæ

tractæ funt nihil simile habent cum legatis, quandoquidem ftipulatio quælibet etiam conditionalis ex præfenti tempore vires accipit, *l. si filiusfamilias 78. De verb. oblig.* nec proinde vlla legis potestate indiget vt confirmetur, Ne tùm quidem cum effectus eius conferatur in tempus mortis, *l. cum pater 77. §. Adurio De legat. 2. qui etiam in id tempus conferri poffet quod mortem sequeretur, l. vnic. C. de action. ab hered. & contr. hered. incip.* Rursum ex illis ipsi donationibus causa mortis quæ per traditionem fiunt, quædam funt quæ ita fiunt, vt ex iis dominium transferatur statim, sed tamen ita vt renocetur à donator ex illa infirmitate conualuerit, aut donatarius ante donatorem decesserit, *l. verficul. item cum quis, & seq. §. de donat. l. 2. inf. De mort. caus. donat. l. si d. interum 11. §. De donat. int. vir. & vxor.* In quibus etiam donationibus non potest necessaria effe legis authoritas ad transferendum rei donatæ dominium moriente aut mortuo donatore, quippe quod per factam traditionem iam ab ipfo traditionis tempore translatum fuit, Vt explicauimus pluribus *Decad. Chitiadis nostra de error. pragm.* Vnde cetera multa peti poterunt quæ ad huius legis interpretationem pertinerent. Ceterum eo quoque casu quo donationes causa mortis æquiparantur legatis & ad instar legatorum capi existiman-

tur, id est cum ita fiant vt ex iis dominium non statim transferatur in accipientem; sed tùm demùm cum mors secuta erit donatoris, Illa tamen inter legata & eiusmodi donationes differetia est, quod lex numquam transfert dominium ex causa legati nisi mortuo iam testatore, id est primo instanti post mortem testatoris, quia quãdiu testator viuit, remanet dominus rerum fuarum omnium etiam quas legauit, Ne alioqui necesse effet duos eiuſdem rei dominos induci eodem tempore quod non magis fieri potest quam vt duo sint eiuſdem rei in solidum poffeffores. Aut vt in quo loco ego ſto, tu stare videaris, *l. §. si duobus vebiculum §. commodat. l. 3. §. ex contrarij 10. De acq. poff. l. duo in solidum 19. Inft. de precar.* Viuit autem quãdiu mortuus non est. Ergo & cum moritur: quia, vt ſolemus dicere, non moritur homo iam mortuus sed viuus, *l. vlt. §. De condi. Inftit. l. qui duos 18. §. 1. §. de manum. testam.* At ex ſupradictis donationibus causa mortis dominium per legem transferatur in ipſo instanti mortis, ac proinde ipſo donatore non iam mortuo, sed moriente, & conſequenter adhuc viuus, vt nimirum lex ſuppleat, quod deest potestati traditionis quæ vltimo illo instanti nec fieri à domino, nec facta intelligi potest vt à nobis iam dictum est, & latius explicatum di. *Decade.*

3. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

**S**unt & alia pleræque.

*Ad l. Sunt & alia 3.*

Coniungenda est hæc lex cum fine *l. 1. sup.* vbi cum potuiffet Vlpianus exemplum transferendi sine traditione dominij in legato, subiungit alias effe pleraque causas, ex quibus scilicet vt Accursius bene explicat, acquiritur dominium sine poffeffione. Eas porro causas recenset & congerit Accursius pene omnes tam in hac lege quam in *l. si ager 50. sup. tit. 1. scilicet heredis institutionem ex l. cum heredes 23. §. de acquir. poff.* Bonorum poffeffionem, Ex *l. 1. §. de bonor. poffeff.* restitutionem hereditatis, ex *SC. Trebell. ex l. facta 63. in princ. Inft. ad SC. Trebell.* Adrogationem ex *§. 1. Inft. de acquir. que fit per adrog.* Additionem bonorum libertatum conferuandarum causa, Ex *tot. 1. Inft. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Donationem & venditionem factam ecclesie ex *l. 1. C. de sacros. eccles. Venditionem factam sub lege commissoria ex l. commissoria 4. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Aut sub pacto additionis in diem, *l. si quis hac lege 42. sup. 1. 1.* Quod ait ille de heredis institutione, de adrogatione, de bonorum additione libertatum seruandarum causa, & De donatione aut venditione facta Ecclesie veriffimum sanè est. Habent enim casus illi omnes hoc commune, quod pendunt à lege potestatem suam exercente in causa transferendi dominij. Institutione quidem heredis à lege *12. tabul. l. verbis legis 1. §. l. lege obuenire 130. de verb. signific. l. 3. §. qui testa. facer. poff.* Adrogatio autem à iure non ſcripto, & moribus populi Romani recepto, *d. tit. Inft. de acquir. per adrogat.* quod non minore quam lex ſcripta vim & authoritatem obrinet, *l. de quib. 32. cum quatuor ſequentibus sup. de legib.* Donatio autem vel venditio facta ecclesie ex lege Iuftiniani. Sed quod addit Accursius de bonorum poffeffione & de restitutione hereditatis facta ex *SC. Trebell.* minùs ad hinc pertinet quia ex his causis transfertur fo-

rum dominium bonitarium, non etiam Quiritiarium, vt scilicet res omnes fiant in bonis poffefforis aut fideicommissarij non etiam in vero eius dominio, In bonorum quidem poffeffione quoniam prætoria est, Prætor autem licet legem facere nõ potuit, ita neque heredem, *§. quos autem Inft. de bonor. poff.* nec proinde dominium quàm heredem veteres pro domino dicebant, *§. vlt. Inft. de hered. qualitat. & differ.* In restitutione autem hereditatis fideicommissaria, quia licet fiat illa ex authoritate Senatufconfulti Trebelliani quod heredem facere sanè potuiffet non minùs quam lex aut quàm *SC. Terryllianum & Orphitianum* si aliud nihil prohibuiffet, Attamen non potuit fideicommissarius vniuersalis fieri heres & dominus propterea quod alius iam heres effet qui etiam post restitutam ex fideicommissio hereditatem nihilominus heres maneret, *§. restituta Inftit. de fideicommiss. heredi.* Vti autem heredes duo in solidum effe non poffunt, *l. quod contrarij 41. §. vni duo de regul. iur. vt latius docuimus ad d. l. si ager 50. sup. de rei vindic.* Quod verò subiicit Accursius ad *d. l. si quis* hac lege de pacto commissorio & additionis in diem euidenter falsum est, vt nos ad eum quoque locum ostendimus. Nec minùs falsum illud, quod idem Accursius noſter ad hanc legem notat, Poffe alios etiam casus notari ex quibus transferatur dominium sine traditione si quis à domino causam habeat & conſequenter in quibus Publiciana locum habet, si à nõ domino. Nam quod affert ex *l. cum sponsus 12. §. is cui §. eod.* de eo cui restituta est ex *SC. Trebelliano* hereditas fideicommissaria quem dicimus poffe vt Publiciana priùs etiam quàm poffeffionem hæctus fuerit, propriam habet rationem, quia nimirum fuffeffor est iurina omnium & actionum quæ defuncto competebar, In quo numero ponimus fuisse Publicianam, vt explicauimus ad *l. 1.*



in fin. Quod autem adfert ex l. si ego u. §. partus, & §. idem ut adhibus & l. si seruus 15. j. hoc tit. alienus est. Nam in omnibus illis speciebus de parca ancillæ furriæ apud bonæ fidei emptorem concepto & apud alium edito, & de iis quæ accesserunt adificio ædium emparum ac ditutarum, & de re empta per seruum fugitiuum, Apparet dari Publicianam pro re nondum possessâ & tradita, sed quæ tamen accessoria sit ad rem iam traditam antea & possessam, & quæ idè tradita ipsa quoque & possessa intelligi debeat per quasdam consequntias. Maxime verò cum de Publiciana tra-

**I** Ait prætor, *Ex iusta causa petet*: qui igitur iustam<sup>a</sup> causam traditionis habet, utitur Publiciana. Et non solum emptori<sup>b</sup> bonæ fidei competit Publiciana. sed & aliis: ut puta ei, cui dotis nomine<sup>c</sup> tradita res est, necdum vfucapta: est enim iustissima causa siue æstimata<sup>d</sup> res in dotem data ut, tunc non. Item si res<sup>e</sup> ex causa iudicati sit tradita.

*Ad §. 1. Ait Prætor.*

Explicat Vlpianus verba illa edicti *ex iusta causa*, sic enim Prætor edixit, *si quis id quod traditur ex iusta causa à non domino, l. 1. §. 1.* Ex quibus verbis apparet malè in hoc §. post hæc verba *ex iusta causa* adiectum esse verbum *petet* quo non est vfus Prætor nisi in illis sequentibus *nec vfucaptum petet* relato scilicet verbo *petendi* ad personam quæ sola petere potest, Cum tamen ea quæ explicamus *ex iusta causa* ad traditionis non ad petitionis factum referantur.

*a Qui igitur iustam.* Ratio dubitandi. Non ex quacunque iusta possessione Publiciana competit. Nam & pignoratitiæ & precariæ possessiones iustæ sunt. Et ex his tamen non solet tale iudicium competere, *l. quacunque 13. §. 1. j. hoc tit.* Parum ergo interest quantum ad dandam Publicianam utrum iusta sit causa possessionis necne.

Dec. Publiciana quæ est vilis & prætorica in rem actio datur ad exemplum directæ vindicationis quæ datur pro dominio, ut quasi dominium non ex aliis causis per traditionem à non domino factam translatum intelligatur, quàm ex quibus dominio verum transferri posset, si traditio à vero domino facta proponeretur. At qui traditio quamuis à vero domino facta non transferret dominium si non esset facta & ex iusta causa & animo transferendi dominij, *l. numquam nuda 31. infr. De acquir. rer. domin.* Iustam porò causam hinc intelligere debemus quæ sit iure civili cognita & adprobata. ut excludamus causas prætoricas à solo Prætoris cognitæ puta ex fideicommissio singulari, *l. qui vfum fructuum 3. j. si vfum fruct. petet.* Nec eam tantum quæ sit iure civili cognita & adprobata, sed quæ præterea sit per se habilis ad transferendum dominium, id est quam animus transferendi dominij perpetuò committitur. Hoc enim omnium maxime requiritur quories de dominio transferendo tractatur. Et idè mirum non est pignoratitias & precarias possessiones nihil prodesse ad Publicianam, quia licet sint iustæ quantum ad hoc quòd eas quoque ius civile agnoscit non tamen sunt habiles ad inducendam dominij translationem cum neque is qui dat rem suam pignori aut precariò concedit, habeat animus transferendi dominij, neque is qui accipit acquirendi. Nimirum quia neque pignoratitius creditor, neque is qui precariò rogauit nã-

damus quæ dominij potius quàm possessionis rationem habet. Nec enim requirimus in Publiciana possessionem, nisi propter dominium & in ordine ad dominium, Nec proinde traditionem quæ ipsa nihil nisi possessionis translatio est. Bene igitur Prætor traditionis solius mentionem in hoc Edicto fecit eam faceret etiam mentionem vfucapionis, quoniam vfucapio nulla esse potest sine possessione nec possessio transferri sine traditione aut alio actu æquipollenti, ut in præcedentibus explicauimus. Nec alia ratio melior vlla querenda est, ut nec probanda vlla ex iis quas hic proponit Accursius.

cificatur possessionem eo animo ut se credat dominum esse, ut eleganter ratiocinatur Caius in *dist. l. quacunque §. 1.* Possidet enim pro alieno qui possidet iure pignoris aut precario, *l. pignoris 13. j. De vfucap. l. certi 6. §. is qui rogauit j. De prec. v. & consequenter non possunt huiusmodi possessiones prodesse ad Publicianam quæ licet non alij datur quàm ei qui nondum dominus est, datur tamen eo colore quâ iam sit dominus, & quasi iam compleuerit vfucapionem, §. namque. *Instit. de action.* Taliter igitur possidere illum oportet ut per illam possessionem & vfucapere & dominium nanciscer possit, Quod neque pignoratitio creditor, neque ei qui precario possidet vnquam potest contingere: Huic verò iogè minus quàm illi quoniam precaria possessio quamuis iusta sit non tamen pergit ad iudicij vigorem, ut loquitur idem Vlpianus noster in *l. communi §. inter predones j. Commun. diuid.* Ego verum est quod diximus ad dandam Publicianam requiri ut possessio actoris fuerit iusta, sed nõ hoc sufficit nisi etiam talis sit, ut ex ea sequi possit per vfucapionem acquiritio dominij Longæque aliud est ac loquentem Vlpiano, ut dicas, iustam exigere causam possessionis, Aliud verò sic, ut dicas sufficere, Exigitur, inquam, sed non sufficit. At neque illud semper sufficit, ut possessio sit iusta & ex titulo per se habili ad transferendum dominium, Nisi hoc etiam concurrat, ut ex eo titulo vfucapio sequi possit. Quid enim si de ea re agatur quæ vfucapi nullomodo possit. Ea ipsa ratio impedit Publicianam, quæ impeditur si causa & titulus possessionis non esset habilis ad inducendam dominij translationem, quia non quodlibet dominium potest inducere Publicianam, sed illud tantum quod per vfucapionem acquiritur, *d. §. namque.* Et hæc ratio est *l. cum sponsus 2. §. in vobis quibus j. hoc tit.* vbi dicemus, sed quid actori prodesse potest ad Publicianam quòd ex iusto titulo iustaque causa possidet, cum dici solet aduersus extraneos, id est qui non sunt domini etiam viciosam possessionem prodesse, *l. vlt. j. de acquir. poss. sed dicendum est ob eam nimirum causam necessarium fuisse ut Prætor induceret Publicianam ad dandam eum quæ alioqui nec petitione nec possessione iudicio rem obtinere posset, Inducto scilicet actionis colore illo, quasi iam vfucapta re, quæ tamen nondum vfucapta esset.**

*b Et non solum emptori.* Miror hoc adnotasse Vlpianum

num, Non solum emptori bonæ fidei competere Publicianam, sed etiam aliis, puta ei cui res in dotem data est, & tradita necdum vfucapta, Cum verba edicti Prætoris illa sint generalia, *id quod traditur ex iusta causa nõ a domino* nec ad causam emptoris magis quàm ad aliam vllam restricta, Nisi ad id fortè respexit, quod frequentius est ut emptori Publiciana proferat quàm vlli alij, sicut & emptoris contractus in republica frequentissimus est, nec frequentior alius vfucapiendi titulus quàm Pro emptore. Qua etiam ratione factum videtur, ut lex duodecim tabularum *emptio* nomen vfucapionis ad alienationem quamlibet significandam, *l. statuliberi a ceteris 29. ante fin. j. De statulib.* Itaque nulla ad hunc versiculum dubitandi causa adferri potest.

*c Ut puta ei cui dotis nomine.* Ratio dubitandi. Dotis titulus non videtur habilis ad transferendum dominium in maritum, Cum dos quamuis sit in bonis mariti sit tamen mulieris, *l. quamuis 75. in princ. j. De iur. dot.* Nec nisi quadam iuris subtilitate videtur dominium rei dotalis constanter matrimonio transire in maritum, quod reuera est tàm quoque mulieris. ut ait Iustinianus in *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Vnde est quod serui dotales alieni dicuntur marito, *l. si constante 24. §. si maritus in fin. j. solut. matr.* Ergo titulus dotis non est habilis ad inducendam Publicianam, Præsertim verò cum non solet dominium transferri ex causa temporali, Dominia enim non ad tempus sed in perpetuum acquiri oportet. Quæ prima fuit natura & origo dominiorum iure gentium per occupationem acquirendorum, *l. ex hoc iure §. sup. De iust. & iur. §. sero igitur bestia Instit. De rer. diuis.* Causa verò dotis videtur esse temporalis cum soluto quandoque et aut quomodocunque matrimonio quod tandem alterutro coniungum morte solui necesse est, dos restituenda fit vel mulieri ipsi vel heredi eius, *Tat. solut. matr. quem admodum dos per. D. & C.* Igitur dotis causa non videtur habilis & sufficiens ad inducendam Publicianam, si fortè res aliena in dotem data sit & tradita marito, quæ etiam si propria mulieris fuisset, maritum tamen hodie dominum non haberet.

Dec. Dos quidem mariti non est sed mulieris, licet sit in bonis mariti, *d. l. quamuis.* Nec enim maritum dotatum dicimus, sed mulierem ipsam vel dotatam vel indotatam, *l. si donaturus 9. §. 1. j. de codic. ob caus. dat. l. 4. §. apud Iulianum 22. j. de dol. mal. except. l. vlt. §. 1. j. que in fraud. credit.* In bonis autem mariti dotem quoque ipsam esse dicimus, quia eius persequendæ gratia actionem habet, eius verò retinendæ nomine exceptionem, *l. rem in bonis §. de acquir. rer. domin.* Sed res ipsa dotalis trãsit haud dubiè in dominium mariti per traditionem, dummodò ab ea persona factam, quæ dominium habuerit, *l. doce 9. C. de rei vindic.* & apud Iustinianum *Tit. quib. alien. licet vel non.* Dotis enim causa non temporalis est, sed perpetua cum dos detur eo animo & voto ut perpetuò sit penes maritum, licet ex postfacto contingat ut eam restitui oporteat, *leg. 1. infr. De iur. dot.* Nimirum quia non idè minus nostrum quid dicere possumus, quòd eius dominium à nobis discedere & abire aliquo casu possit, *l. non idè 66. sup. tit. prox.* Et verò quis negare possit dotis causam iustam esse? quæ omnium iustissima est, ut Vlpianus hic scribit, & fauorabilissima propter spem

& fauorem procreandæ sobolis ad amplificandam rempublicam, replendam quæ liberis hominibus ciuitatem, *l. 1. j. solut. matrim. l. interest. 18. infr. de reb. autor. indic. possid.* Aut quis eam iure civili cognitam esse negat, cum sicuti matrimonia sunt iuris naturalis, ita & dationem dotis necesse sit esse iuris gentium, *l. 1. §. ius naturale sup. de iust. & iur.* Nec tantummodo bonitarium dominium à muliere in maritum transfertur, ut nos aliquando putabamus, sed etiam quiritianum, ut ex eo euidenter constat, non quod habeat vindicationem, *d. l. doce.* Quippe quæ sitam bonitario domino datur, *l. in rem 23. in princ. sup. tit. 1. & d. l. rem in bonis,* & apud Vlp. *Tit. 19. De acquir. rer.* vbi ait in actionibus exercendis dominium bonitarium semper quiritario præferendum tanquam qui omnes dominij utilitates habere debeat: Quiritarius verò nihil nisi nudum nomen iuris Quiritium quod antiquæ subtilitatis ludibrium vocat Iustinianus in *l. vnic. C. de iud. iur. Quirit. tollend.* Sed ex eo maxime, quod negati non potest quin Titulus dotis sit habilis ad vfucapiendam ex *101. tit. j. Pro dote,* Nemo autem dixerit per vfucapionem acquiri dominium bonitarium duntaxat non etiam Quiritianum, cum vfucapio vnus fuerit ex illis lex modis acquirendi dominij ex iure Quiritiano, non autem dominij bonitarij, ut iam toties inculcavimus ex Vlpiano in *d. Tit. De acquir. rer. & l. 3. j. de vfucap. 17. ad rem 20. C. de pact.* Ergo neque per traditionem rei à muliere domina, vel ab alio domino ex causa dotis factam credendum est transferri dominium bonitarium duntaxat, sed etiam quiritianum. Ne alioqui dicendum sit minoris esse potestatis traditionem factam à domino, quàm vfucapionem secutam ex causa traditionis factæ à non domino? quod utique esset absurdissimum. Quid enim aliud facere vfucapio potest, nisi ut suppleat quod traditioni à non domino factæ defuit? Et que ratio esse videtur, propter quæ in *d. l. traditionib.* mentio fit traditionis priusquam vfucapionis, tanquam quæ vfucapione dignior sit, & anterior & potentior ad dominium transferendum. Mirum autem videri non debet distinguere nos dotem à re dotali. Dos enim iuris nomen est, potestque esse etiam sine corpore ut hereditas, *leg. hereditas 50. sup. hered. pet. tit.* Fundus autem dotalis est nomen corporis. Si hereditatem separamus à rebus hereditariis, sic vfum fructum à fructibus, adeoque à perceptione fructuum quæ scilicet facti est, cum vfus fructus ipse sit iuris, *l. si vfus fructus 66. j. De iur. dot. l. necessario 8. §. vlt. infr. de peric. & comm. rei vendit.* Quidni ergo etiam dotem à rebus dotalibus? Argumento est quod soluto matrimonio morte mulieris remanebat olim dos aduenticia penes maritum, eiusque lucro cederebat siue ab extraneo data esset siue à muliere nisi fuisset interposita stipulatio de ea reddenda quæ receptitia dos dicebatur, ut apud Vlp. & Caium, *Tit. De dotib.* Idque non per speciem acquisiti noui cuiusdam dominij, sed quasi acquisito ei iam ex die acceptæ dotis dominio. Dos verò à patre profecta ad patrem quidem reuertebatur mortua in matrimonio filia, *l. dos à patre 4. C. solut. matrim.* sed non tam ex ratione iuris quàm ratione miserationis, *l. iure succursum 6. infr. De iur. dot.* Hoc verò cur ita? Nisi quia dominium rerum dotalium pleno iure quæsitum fuerat marito, & ex iure ipso Quiritium. Argumento etiam est quod soluto morte viri matri-

monio, dos redibat quidem ad mulierem, hæc-  
 nus scilicet ut pro dote repetitione haberet actio-  
 nem de dote, At non etiam dominium rerum do-  
 talium nisi retraditione secuta quam à viri he-  
 redibus fieri oportebat, Adeo ut nec citra eorum  
 licentiam haberet mulier ullam facultatem ingre-  
 diendi possessionem rerum dotalium, *l. dote actione*  
*9. C. solut. matrim.* Et quod contra Iustinianus con-  
 stituit in *d. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* nouum ius est &  
 ex mera, peruersaque Iustiniani iurisprudencia nõ  
 ex vetere & Papiniana, ut alibi iam diximus. Nam  
 quod Vlpianus in *d. l. si constanter 2. §. si maritus*  
*in si. dotalis seruos marito alienos esse dixit*, minus  
 propriè dictum certè videri debet, ac ratione illa  
 quod licet sine marito quando sunt dotalis & se-  
 cundam præsentem statum, in eorum tamen sunt ut  
 possint aliquo casu desinere esse dotalis, & conse-  
 quenter desinere mariti esse argue ita fieri alieni,  
 quod euenire posse debuit maritus prospicere  
 cum in seruos dotalis supra modum sequebatur, arg.  
*l. si quis dominum 9. §. inde querit 7. locat.* ideoque po-  
 test ei imputari cur in eos tenuerit tanquam in suos  
 cum in eos tenere potius deberet tanquam in a-  
 lienos. Et verò ad quid fasset necessaria lex Italia  
 de fundo dotali non alienando per matrum ne  
 quidem vxore consentiente si maritus non esset  
 dominus fundi dotalis tempore ipso alienationis?  
 Et cum alienatio nihil aliud sit quam actus omnis  
 per quem transfertur dominium, ut ait *l. 1. C. de*  
*fund. dotal. si sine poterat*, ut maritus vendendo,  
 tradendoque fundum dotalis, transferret domi-  
 nium quod non haberet? Neque verò aliteris do-  
 minij translationem prohibere lex potuit, aut de-  
 buit, quam quod esset legitimum, Porro nec legiti-  
 mum aliud vllum est quam quitianum, *d. l.*  
*unic. de iur. quirit. volend. l. qui vsum iustum 3. §.*  
*si quis per.*

*d. Sine estimata.* Ratio dubitandi. Estimatio rei  
 dotalis facit emptionem, ideoque is demum fun-  
 dus propriè dotalis dicitur, qui marito in dotem  
 inestimatus datus est, *l. onio. §. cumque ex stipulatu*  
*vs. si d. & non si sine C. de rei vxor. act.* Non fuit ergo  
 cur Vulpianus hic dationem fundi estimati in  
 dotem, ab emptione, de qua iam dixerat, separaret.

Dec. Estimatio quidem dotalis fundi facit em-  
 ptionem, ut & alia ferè qualibet speciei estima-  
 tio, quæ ob eam causam solet transferre pericu-  
 lum in accipientem, *l. §. vlt. §. de estimat. act. l. ple-*  
*rumque 10. §. seqq. 3. de iur. dot.* Sed non tamen facit  
 venditionem aut emptionem simplicem, sed do-  
 tis causa, inter quam & simplicem multum interest,  
 ut constat ex *l. quoties 16. cod. tit.* Itaque datio dotis  
 licet estimata dotem nihilominus facit non em-  
 ptionem, ac proinde bene hic ab Vlpiano ab em-  
 ptione separata est. Porro ponendum est cum Ac-  
 curatio dorem siue estimatam siue non estimatam  
 fuisse datam à non domino, sed acceptam bona fi-  
 de, ut vscapio sequi & de Publiciana tractari  
 possit.

*e. Item si res.* Ratio dubitandi. Per iudicatum vel  
 transfertur dominium in victorem vel non trans-  
 fertur, si transfertur, non indiget neque potest uti  
 Publiciana victor qui iam dominus effectus est ex  
 causa iudicati, si non transfertur, Ergo nec si do-  
 minus non fuerit is qui condemnatus est, Publi-  
 ciana tamen competere victori qui neque si con-  
 demnatus dominus fuisset, dominium tamen nan-

cisceretur. Aut si qui Publicianam hoc casu victo-  
 ri dare vellet, necesse erit ut fateatur, ergo dari eam  
 debere contra dominum, quod fuerit contra val-  
 garem regulam iuris, *l. paulatim. §. vltim. infr. hoc*  
*titul.*

Dec. Cum is qui condemnatus est fuit dominus  
 non quidem transfertur dominium in victorem  
 ex sola iudicati autoritate siue actione personali  
 actum sit, siue reali, quia iudicatum titulus dun-  
 taxat est, non etiam modus transferendi dominij,  
 ut emptio, donatio & alij contractus si non se qua-  
 tur traditio, *l. si ex stipulatione 3. §. de acquir. poss.* Sed  
 si traditio sequatur, transfertur dominium per tra-  
 ditionem quæ hoc casu reperitur non nuda cum  
 iustam causam habeat, id est autoritatem iudica-  
 ti perinde ac si emptio vel donatio, vel alium  
 quemlibet iustum titulum haberet pro causa, *l. m. 7.*  
*quæ nuda 2. §. de acquir. rer. domin.* Ergo si tradatur  
 res ex causa quidem iudicati sed à nõ domino, quia  
 dominium transferri non potest, ne quidem per  
 traditionem, Multò minus ex solo iudicato, Ne-  
 cesse est solam transferri causam vscapiendi &  
 Publicianam qua possit victor uti non contra do-  
 minum, sed aduersus alium quemlibet. Sed quo-  
 modo fieri potest, inquit, ut ex causa iudicati res  
 tradatur, cum per sententiam condemnatoriam  
 lis semper estimanda sit, & consequenter in pecu-  
 nia, Nemo autem ad rem aliquam præcisè traden-  
 dam aut ad faciendam aliquid vnquam condem-  
 nerur, *l. 4. §. ait Prætor l. si quis ab alio 13. in fin. §. De re*  
*iudic.* Respondeo, Cum de domino contenditur  
 in rei vindicatione directa cum ordinem iudicij  
 esse debere, ut antequam ad condemnationem  
 perueniatur, pronunciarì oporteat rem esse peti-  
 toris. Quod factò si possessor victus non restituar  
 rem arbitrio iudicis tanquam boni viri, tùm de-  
 mum condemnandus est quanti actor sua interes-  
 se in litem iurauerit, *l. ex dicitur 35. l. qui restituere 63.*  
*supr. tit. prox.* Porro certum est per eiusmodi sen-  
 tentiam nullo casu dominium transferri in acci-  
 pientem posse. Nam vel verum est rem petitam ef-  
 se petitoris, vel non. Si verum est petitoris esse, non  
 magis potest sententia in eam transferre dominium  
 quam facere ut quod meum est magis fiat meum,  
*§. sic itaque Inst. de action.* Quod si res petita quam  
 pronunciatum est petitoris esse, fuit aliena, ut in  
*d. l. 35. §. 1. supr.* quis dicat ex persona victi qui non  
 fuit dominus transferri posse dominium in victo-  
 rem autoritate iudicis in præiudicium domini  
 absentis & ignorantis? An non hoc esset Ignoran-  
 tis condicionem facere deteriore. Contra *l. sol-*  
*uendo 39. sup. De negot. gest. l. 2. §. quod vi aut clam.* Id  
 quod alienum est sine factò domini ei auferre cõ-  
 tra, *l. id quod nostrum 11. De regul. iur.* Denique iniuria  
 rum occasione inde proficisci, vnde iura nascun-  
 tur, id est à iudicis autoritate contra *l. meminere*  
*6. C. unde vi.* Nullo igitur casu potest ex iudicato  
 transferri dominium, Multò minus ex sententia  
 condemnatoria per quam reus ob non restitutam  
 victori possessionem rei petite tantè condemna-  
 tur quanti actor in litem iurauerit, cum ea conde-  
 mnatio semper fiat in pecunia, ut diximus quæ in  
 genere consistit non in re aliqua certa, sed si victus  
 possessor rem petitam tradat quod ei facere om-  
 nino necesse est, & arbitrio iudicis parère si gra-  
 uiores eius quibet interest condemnationem eui-  
 tare velit, ut diximus ad *d. l. qui restituere ex l. vlt. §.*  
*De*

*De solut. Tit.* Tam verò inter se scire an victus fuerit  
 dominus necno. Nam si fuit dominus, nihil potest  
 illa traditio etiam cum autoritate iudicati con-  
 iuncta transferre nisi possessionem, in eum scilicet  
 qui iam est dominus, ut supra diximus. Si verò  
 non fuit dominus, traditio quæ dominium rei a-  
 lienæ transferre in accipientem non potuit, trans-  
 feret tamen causam vscapiendi, Cum hic adiant  
 omnia quæ ad vscapionem requiruntur, Possessio  
 nimirum, bona fides & titulus iudicati, qui licet  
 per se solum & sine traditione non sit habilis ad  
 transferendum dominium, si autem dominus fuerit is  
 qui fuit victus, siue non fuerit, adeoque nec si iu-  
 dicatum sequatur traditio, ut dominus, nisi eo ca-  
 su quo is qui victus est dominus fuerit, iustam ta-  
 men præbet vscapiendi causam omni casu quo  
 traditio facta sit ex iudicato à non domino. Et hic  
 laud sentius est huius loci, In quo tamen inuesti-  
 gando nitum est quantum Accuratio carerit que  
 glossatores se torqueant, Sed tamen sequentes leges  
 extendunt intelligendum potius Vlpianum de ea  
 re non de qua iudicatum fuerit, ut domum pronun-  
 ciatum sit esse petitoris, sed de re quæ ex causa iu-  
 dicati tradita sit in solum pro pecunia in con-  
 demnationem deducta, vel quæ sit noxa dedita, si  
 forte ex ferai delicto dominus uoxali actione con-

uentus fuerit & condemnatus. Quibus casibus ve-  
 rum est & indubitatum si condemnatus fuerit do-  
 minus rei vel in solum tradita vel pro noxa de-  
 dita transferri dominium in accipientem. Si verò  
 non fuerit dominus transferri duntaxat causam  
 vscapiendi & Publicianam. Itaque non est di-  
 stinguendum cum Bartolo an reus personali a-  
 ctione conuictus fuerit an reali cum neutro casu  
 dominium per sententiam transferatur, nec mi-  
 nus in reali actione quam in personali condem-  
 nationem pecuniarum terræ necesse sit, *d. l. h. qui*  
*restituere & d. l. vltim. De solut. Tit.* Neque iustas an  
 tradita sit illa ipsa res quæ debebatur, an peteba-  
 tur, iuxta arbitrium iudicis ad euitandam conde-  
 mationem pecuniarum. An verò ex casu con-  
 demnationis pecuniarum data sit restitua in so-  
 lutum aut pro noxa. Nam quamuis neutro casu ex  
 sola sententia transferatur dominium, vtroque ta-  
 men transfertur per traditionem, si modo facta  
 sit à domino, siue à non domino transferatur vscapi-  
 endi causa, ut ex ea traditione sequi vscapio  
 possit. Sed de rota questione ista, vtrum pertenti-  
 um dominium transferatur, videnda sunt  
 quæ contra Bartolam alibi que interpretes dispu-  
 tauerimus *Decade vltima Christiatis vlt. De errori-*  
*b. pragmat.*

## 4. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

**V**el soluendi causa.

*Ad l. Vel soluendi causa 4.*

Id est per dationem in solum, aut additio-  
 nem pignorum in iudicati executione captorum  
 quæ solut. onis loco cedit, *l. à Dino Pro 19. §. si pi-*  
*gnora imp. De re iudic.* Ratio dubitandi. Datio in  
 solum venditionis quodammodo loco est, &  
 venditionis vicem obrinet, ut loquitur, *l. si prædium*  
*4. C. de euect. l. in numerationibus 4. §. inf. De solut.* Ergo  
 non debuit hic casus distingui ab illo de quo iam  
 diximus, quæ Publiciana ei datur qui ex causa em-  
 ptionis possidet.

Dec. Alius contractus est venditionis, alius da-  
 tionem in solum, & quamvis datio in solum  
 proximè ad venditionem accedat, in multis tamen  
 ab ea differt. Ac in eo primùm quod datio in so-  
 lutum perficitur tantum & incipit à traditione  
 sicuti contractus innominati, Cum tamen con-  
 ditio fiat & perficitur consensu. Item in eo quod  
 vendi potest etiam res aliena, *l. rem alienam 28. infr.*  
*De contr. empt.* Dari autem in solum non potest  
 adeo ut nec aliter valeat datio in solum quam si  
 res quæ datur fiat pro solido accipientis, *l. si quis a-*  
*liam 47. infr. De solut.* quomodo nec valeat si maio-  
 ris precij res pro falsa minorisve debiti quantitate  
 soluta sit, neis qui accipit compellatur inuitas ad

communione, *l. si non fortem 26. §. si centum inf. De*  
*condict. m. deb.* Et ratio est, quia datio in solum so-  
 lutio est, paritque liberationem debiti, *d. l. in nu-*  
*merationibus.* Non autem potest contingere libe-  
 ratio speciei et pecuniarum debita, quin per solutio-  
 nem dominium eius rei quæ soluitur, in accipien-  
 tem transferatur, *l. si alium 78. cod. tit.* Idque nomen  
 etiam ipsum dationis demonstrat, Cum dare nihil  
 aliud sit quam dominium transferre, *l. vbi autem*  
*75. §. vlt. infr. De verb. obl. §. sic itaque Inst. de action.*  
 Alius ergo est titulus vscapiendi Pro emptore, A-  
 lius Pro soluto, *l. pro soluto 46. infr. De vscap.* vbi  
 hanc ob causam vulgata editio inchoat titulum se-  
 paratum Pro soluto, qui tamen in Florentina nul-  
 lus est. Et consequenter vtroque casu competer  
 Publiciana non minus si ex datione in solum  
 quam si ex emptionis causa, res tradita fuerit &  
 possessa. Additionis quæ fit in executione iudica-  
 ti eadem ratio est, Additio enim rei & dominij est,  
 non possessionis, & proximè accedit ad dationem  
 in solum, *d. §. si pignora,* ideoque addici res aliena  
 non magis quam in solum dari potest, sed si alie-  
 na fuit res quæ addita est, vscapio ex ea causa  
 perinde atque ex datione in solum sequi pote-  
 rit, & consequenter Publiciana locum habere.

## 5. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

**V**el ex causa noxæ deditio: siue vera causa sit, siue falsa.

*Ad l. Vel ex causa 5.*

Ratio dubitandi. Noxæ deditio fit ex lege duo-  
 decim tabularum, *l. miles 6. §. decem inf. De re iudic.*  
 & apud Iustin. *Tit. de noxa 1. §. Ergo* per eam trans-  
 fertur dominium cum lex fit vnus ex modis lex ac-  
 quirendi dominij, ut diximus ad *l. sup. ex Vlpian.*  
*Tit. 19. De acquir. rer. & quidem præcipuus, Cum*

lex regina sit, & domina rerum ac personarum o-  
 mnium quæ sunt in republica, *l. 1. §. 2. sup. de legib.*  
 Ut proinde nec distinguendum videatur an noxæ  
 deditio facta sit à domino, an à nõ domino. Quod  
 si ita est frustra queritur de Publiciana quæ num-  
 quam datur domino. Argumentum est quod nec do-  
 minus agere potest rei vindicatione in seruū noxæ  
 deditum aduersus eum cui facta deditio est, Nisi



offerat litis estimationem, *l. generaliter de inf. de noxal. act.*

Dec. Lex domina quidem est, & regina omnium rerum quae sunt in republica, sed quae dominium illud exercet politicè non despoticè, ut Philosophici nostri post Graecos loquuntur. Itaque numquam de dominio cuiusquam rei disponit, nisi ex voluntate domini vel saltem ex aliqua necessitate publicae utilitatis. Proinde si noxae deditio facta sit à non domino, fieri certè nequit ut dominium in accipientem transferatur, Praesertim cum in hoc transferendi dominij modo lex interponat factam hominis tradentis nec potestatem & auctoritatem suam solam interponat: Quod tamen etiam cum facit, non alia de causa facit quam ut factum ipsum hominis repraesentet, *l. ubi. C. si mancipata fuer. alien. id est, ut quod lex facit homo ipse facere videatur*, Propter quam causam non alius legis effectus hac parte esse potest aut debet, quam si hominis factam interueniret. Porro traditio à non domino facta numquam transfert dominium, *leg. traditio 20. De acquir. rer. domin. ex regula. nemo plus iuris 51. De reg. iur.* Ergo neque per legem transferri potest aut debet unquam dominium rei alienae in praedictum domini. Nec est contrarium, quod seruus à non domino deditum pro noxa vindicare tanquam suum dominus non potest. Idem absolute verum non est sed sub ea duntaxat exceptione quae ponitur in *dict. l. generaliter*. Nisi offerat litis estimationem quam offerre ideò debet, quod cum sit ipse dominus serui perinde actione noxali teneatur atque si is qui dominus non erat, & seruus noxae deditit conuentus ea actione non fuisset. Nec enim noxalis actio per errorem facti instituta contra non dominum potest videri consumpsisse actionem quae contra dominum ipsam competeat. Ceterum si paratus sit dominus litis estimationem offerre possessori, non est prohibendus à vindicatione, quam tamen non haberet si per noxae deditorem à non domino factam dominus esse dedisset. Planè quamuis noxae deditio à non domino facta transferre dominium nequeat, transfert tamen usufructuendi conditionem quia scilicet traditionis titulus iustus est, & legitimus, ac proinde Publicianam quoque hoc casu competere negari non potest, ex ea scilicet causa, ex qua usufructus sequi possit, *dict. leg. generaliter*. Sed & consequens est superioribus, ut haec Publiciana speciale ius illud habeat quod regulariter caeterae non habent, ut etiam contra dominum ipsum exerceri possit, *dict. leg. generaliter*. Eadem nimirum ratione, quae eundem dominum possit à vindicatione sumimouere, quia cum ipse tanquam dominus noxali actione teneatur, reculare non potest quominus aut litis estimationem praestet, aut seruus pro noxae dedito relinquat, quem, si iam deditus non esset, nunc dedere cogere.

a *Sine vera causa sit sine falsa*. Ratio dubitandi. Traditio quae causam non habet adeoque iustam non

est habilis modus transferendi dominij, & dicitur nuda, *l. nulloquam nuda 31. infr. De acquir. rer. domin.* Traditionis igitur causam aliquam subesse oportet, & quidem veram, quia quae falsa est, nulla est aut saltem simulata. Quicquid autem simulatum est pro infecto habetur, *l. si ex precio 6. C. si cert. per.* Atqui traditio quae si à domino facta esset, dominium tamen non transferret, multò minus Publicianam potest inducere cum facta est à non domino. Ergo ut Publiciana computat ex causa noxae deditio is, causam dedendi veram esse oportet non falsam.

Dec. Multum interest an traditionis causam dicamus veram esse oportere ad transferendum dominium, an verò iustam. Causam quidem aliquam subesse oportet, & quidem iustam, id est talem quae si vera esset iusta esset, sed veram esse necesse non est, sufficitque subesse illum in opinione & voluntate tradentis, id est, ut qui tradit, putet se tradere ex causa iusta, ad hoc ut dominium in accipientem transferatur. Nam & inde sit ut qui alij rem suam tradit quae debitam ex iusto titulo, quae tamen ex nullo debita sit, nihilominus dominium rei suae in accipientem transferat, quod tamen non transferret, si causa non esset iusta, *dict. leg. nulloquam*, quemadmodum neque condiceret si causa esset vera. Inde namque nata est conditio debiti quae iuri supponit semper traditionem factam esse per errorem ac proinde ex causa falsa; Ita & factam esse ex causa iusta, id est, quae si esset vera, fuisset habilis ad inducendam translationem dominij, *l. 1. & tot. tit. De condi. l. ande. l. cuius per errorem 51. De reg. iur.* Bene igitur Vlpianus hinc scabit, *sine vera causa sit sine falsa*, non autem *sine iusta causa sit sine iusta*. Iustam enim causam interuenire omnino necesse est, *l. 1. & 3. §. 1. infr.* Ut intelligamus quantà differentia sit inter causam & veram & falsam. Sed maxime hoc obtinet in ea noxae deditio de qua hic agitur, id est quae sit in executione iudicatis ut fieri regulariter solet ad euitandam condemnationis executionem, *dict. §. decem*. Nam & licet causa deditio sit falsa tamen quod seruus deditus nullum delictum admisit, haberet tamen pro vera, cum res iudicata pro veritate habeatur neque eum vindicare prohibendus est, neque Publicianam à possidere metuere debet nulla etiam oblata litis estimatione. Cum res inter alios iudicata ei nocere non debeat, *tot. tit. C. res int. alios act.* Ex *Tit. l. C. quib. res iudic. non nocet*. & ne domino absentia sua vel ignorantia noceat, *l. 2. §. ultim. infr. si ex noxal. caus. agat, l. delectio 26. §. ultim. infr. De noxal. actio.* Quod secus est, cum dominus delictum serui fateatur nec aut eum defendere vult, aut litis estimationem praestare. Igitur quantum ad hoc intererit in causa noxae deditio vera sit an falsa. In caeteris non intererit.

6. PAVLVS libro nonodecimo ad Edictum.

**I**tem si seruus ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero, & amisero possessionem, competit mihi Publiciana.

*Ad l. Item*

*Ad l. Item si seruus 6.*

Ratio dubitandi. Seruus qui cum ex noxali causa non defenderetur, ductus est ab actore iussu Praetoris, non sit in dominio quiritiario eius qui dedit, etiam si dominus fuerit is qui seruus defendere potuit & debuit, nec voluit. Quia Praetor curi legem facere non potuit, ita neque dominum ut nec heredem, cum dominium extra alios modos in quibus factum domini non interuenit non nisi per legem transferatur, *§. quos autem Instituit de bonor. possess. iur. Et §. ultim. Instituit de heredit. quib. & diff. r.* & apud Vlpianum *Tit. 19. De acquir. rer.* Ergo nec Publiciana actori competet si seruus fuit alienus, siquidem traditio quae facta esset à vero domino transferre dominium non potest, ea si à non domino facta sit nec Publicianam potest inducere, ut diximus in precedentibus.

Dec. Ductus ex noxali causa iussu Praetoris seruus licet non acquiratur actori iure dominij quiritiarij, sit tamen in bonis actoris cuiuscumque tandem ille sit, quia cum alicuius domini seruus esse necesse est: Dominus autem quisquis ille sit, seruus qui noxiam fecit debet defendere aut pro eo soluere litis estimationem, *leg. 1. & tot. tit. De noxal. actio.* Nec distinguimus hac parte an praesens sit an absens, Nisi haec ut absenti reuerso salua sit defensio praeterquam si dolo malo abfuit, ita ut pro praesente haberi debeat, *l. 2. §. ultim. infr. si ex noxal. caus. agat. leg. electio 26. §. ultim. infr. de noxal. actio.* Fit igitur in dominio actoris bonitario, quod omnes habet utilitates dominij, aded ut competant ei actiones omnes quae domino quiritiario competere, *leg. rem in bonis 2. infr. de acquir. rer. domin.* ita ut cum quiritiario concurrat, etiam illi sit praefendus, ut scribit Vlpianus *dict. Tit. 19. De acquir. rer.* Sed & quod magis est, dominus hic bonitarius si per naturam tempus rem possiderit, ex bonitario sit quiritiarius, quoniam usufructus semper adiicit dominium quiritiarium bonitatio, *leg. si seruus 15. §. Iulianus scribit infr. de dom. infect.* Nec ad hunc casum pertinet, quod dici solet, Eum qui iam dominus est non posse magis fieri dominum, *§. sic itaque Instituit de action. in bello 12. §. si quis seruus De captiu. & postlim.* Id enim obtinet quidem in eodem dominij genere, non etiam in diuersis. Qui enim iam bonitarius dominus est, fieri adhuc potest quiritiarius, *dict. §. Iulianus & l. qui usufructum 3. infr. si usufruct. per.* Sufficit autem ad usufructum quae nihil nisi adiectio dominij est, *leg. 3. infr. de vscap.* ut dominium aliquo adiecto bonitatio possit, Potest autem adiecto quiritiario. Ea igitur ratio faciet ut si actor possessionem quam praetore auctore cum domino bonitario nactus fuerat, amiserit Publicianam habere debeat ad eam recuperandam, quam habebat ex iusta causa & habilis ad usufructum, ut perinde possit rem vin-

dicare per Publicianam ac si iam usufructualem compleuisset, *§. namque Instituit de action.* Quippe quam completeret si intercepta & usurpata eius possessio non fuisset. Quare nec distinguemus, An seruus proprius fuerit eius qui Publiciana conuenitur, an alienus. Nam contra dominum quoque non minus quam aduersus alium quemlibet Publiciana hoc casu exerceri potest, *leg. generaliter de inf. de noxal. actio.* propter rationem quam attulimus ad legem praecedentem. Quid? An non diximus dominum bonitarium actiones omnes exercere posse, quas quiritiarius possit, *dict. leg. rem in bonis*, Adeoque domino quiritiario esse praefendum? Ita sane est, sed cum hac tamen distinctione, quod ad actiones quae competunt domino bonitario directae & ciuiles esse non possunt, sed praetoria tantum & viles, quia dominium bonitarium nisi ex Praetoris iurisdictione nullum esse potest, ut proinde nihil omnino interit an vtilem actionem à Praetore habeat, an Publicianam, quae & ipsa nihil nisi vtilis, & praetoria actio est, *leg. 1. infr.* Nam vindicationem directam & ciuilem certum est non posse competere domino bonitario qui actionis huius verba illa soleant, *Id me rem ex iure Quiritium meam esse aio*, proferre nullo modo potest. Quomodo minus possit contra dominum ipsum qui rem petitam, ex iure Quiritium possit suam verè dicere? Denique inauditum est ut vindicatio ciuilis quae non nisi vero domino competit detur aduersus verum dominum, qualis est is qui Quiritiarius est. Eaque nimirum ratio est propter quam nec Publiciana dari contra verum dominum potest, *leg. penultim. & ultim. infr. hoc tit.* Nisi cum aequitas aliqua aliter postulat cum nec nisi ex aequitate Publiciana actio proficiatur ut & caetera omnes Praetoria, & viles, ut ad illas leges dicemus, Quomodo in specie proposita aequitas facit, ut contra dominum quoque Publiciana danda sit si nolit aut seruus ab actore ductum defendere, aut pro eo litis estimationem praestare. Maxime cum sit plus quam possessor bonae fidei is, qui iam seruam in bonis habet, Cum dominus sit bonitarius, *dict. leg. electio 26. §. ultim. infr. de noxal. actio.* vbi dicitur restituendam esse à Praetore noxalem actionem ei qui iussu Praetoris seruus abduxit quod in bonis suis seruus fecerit, atque ita dominum adquiserit, Dominij autem acquisitione, ut lex ait, confundatur actio noxalis quae non nisi contra dominum datur. Ex his porro intelligimus ad dandam Publicianam non requiri titulum legitimum & ciuilem, sed sufficere Praetorium, ut patet ex causa damni infecti possidere quis coeperat. Nam & hic siue in possessionem non admissus siue inde eiectus fuerit non modò vile interdictum habet sed etiam Publicianam, *l. damni 18. §. penultim. infr. de damn. infect.* quia nimirum poterat usufructu, *l. si finita 15. §. Iulianus cod. ill. tit.*

7. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

**S**ed & si res adiudicata sit, Publiciana actio competit.

*Ad l. Sed & si res 7.*

Ratio dubitandi. Per adjudicationem factam à

iudice transfertur dominium ipso iure in tribus illis iudiciis quae vulgo diuiforia appellantur Familiae

erciscundæ, Communi diuidendo & finium regundorum, §. *ultim. Institut. de offic. iudic.* Fuit enim *adiudicatio* vnus ex modis illis sex veteribus acquirendi iure Quiritium domini, de quibus supra diximus ex Vlpiano in *Fragmen. Tit. 19. De acquir. ver.* Adeoque sine traditione, solâque iudicis auctoritate interueniente, Propterea quod hanc potestatem his casibus lex duodecim tabularum iudici dedit. In quo noster errauit Accursius, qui traditionem hinc necessariam esse putat, Alioqui dabitur, inquit, actio in factum vel condictio ex lege non Publiciana, Ex §. *ultim. huius legis.* Aliâs *l. traditionem inf. & l. si per errorem 17. inf. De vscap.* Quod non ita est. Nec enim illis actionibus indiget is qui cum sit iam dominus ipso iure, & quidem ex iure Quiritium habet vindicationem, Neque ad hunc casum aptari potest quod de personâ illis actionibus dandis scriptum est in *lege ne in arbitris 4. §. sed & si ipse Cod. de recept. arbit.* Et verò cum ad iudicatio sit vnus modus transferendi domini ex iure Quiritium, traditio autem alius modus & separatus, Cur vtriusque modi concursus requiramus ad transferendum dominium alterutro sufficiente? Rursum si ad iudicatio sola transfert dominium, id est que vindicatio ex ad iudicatione competit, quid adhuc egemus Publicianam?

Dec. Ad iudicatio quidem à iudice facta ex iudicis illis diuisiis sufficit ad transferendum dominium sine possessione, multoque magis sine traditione, Sed hoc cum obtinet cum res ad iudicata fuit reuera communis ei cui facta est ad iudicatio cum alio in iudicis Familia erciscundæ & Communi diuidendo, In iudicio autem Finium regundorum si de finibus controuersia fuit, inter eos quos constat dominos esse & proprietarios fundorum vicinorum. Id enim est quod dici solet Iudicium finium regundorum esse pro vindicatione & de proprietate, *leg. 1. 2. 3. & 4. in princip. inf. Fin. regundor.* At si alienares reperitur quæ ad iudicata est, id est, quæ ad eum contra quem ad iudicatio facta est vel ex nulla, vel ex minore parte spectabat, non potest ad iudicatio dominium in vicinam aut socium transferre quod vicinus alius, aut socius non habuit. Hoc igitur casu dominium quod per ad iudicationem transire non potuit, nec si veram traditionem comitem habuisset, necesse est, ut acquiratur per vscapionem, quæ potest cum nulla esse possit sine possessione in quo maxime differt ab ad iudicatione, & cessione in iure, & lege, *l. sine possessione 25. inf. De vscap.* consequens omnino est, ut nec aliter possit ex ad iudicatione huiusmodi competere Publiciana, quam si is cui facta ad iudicatio est iam possidere rem cæperat, & eam possessionem postmodum amiserit, *dict. leg. si per errorem 17. eod. titul.* quæ licet de vscapione tantum loquatur, ad

**I** Si lis fuerit æstimata, similis est venditioni, & ait Iulianus a libro vicensimo secundo digestorum, si obtulit reus æstimationem litis, Publicianam competere.

*Ad §. 1. Si lis.*

Ratio dubitandi. Litis æstimatio fit à iudice per diffinitiuam sententiam, iudicis tantum litem æ-

Publicianam tamen bene extenditur quæ propter cæptam duntaxat nec dum completam vscapionem conceditur. Sed non est consequens ut sicuti possessio & ad vscapionem & ad Publicianam necessaria est, ita sit etiam necessaria traditio, Nec enim quicquam prohibet nancisci quem rei alicuius possessionem aliter quam per traditionem, ut puta propria auctoritate, dummodò id fiat sine vicio, fortè ex aduersarij voluntate, ut in *l. hereditores 3. Codic. de pignorat.* aut ex iudicis permissione quæ quoties ad iudicatio fit, semper interuenisse intelligitur. Ad iudicatio siquidem non tantum domini, sed etiam possessionis additio & translatio quædam est per solum iudicem facta, etiam inter inuitos, quandoquidem fit illa in iudicio quod semper in inuitum redditur, cum quoque cum litigatores consentiunt in eo quod iudex pronuncianum habeat, *l. inter stipulantes 23. §. 1. De verb. obligat.* *inf. & l. si com. nerit 26. inf. De re iudicat.* Ideoque bene Marcellus in *dict. l. si per errorem*, ita loquitur ut possessionem quidem exgat, sed non ut etiam traditionem, ut & in *l. h. 21. inf. ad SC. Tr. balium.* Nec est contrarium quod ad Publicianam inducendam traditio seu nec necessaria esse videretur, *leg. 1. sup. & dict. §. ult. huius legis inf.* Ita enim se res habet, ut quoties traditio necessaria est ad transferendum dominium ab eo, qui verè dominus est, toties sit etiam necessaria ad inducendam Publicianam, si res aliena reperitur quæ iam vscapi cæpta sit, Quoties verò ad dominium à domino transferendum necessaria non est, Toties nec sit necessaria ad Publicianam, quæ iure quasi domini conceditur. Atqui non est necessaria traditio ad dominium per ad iudicationem transferendum, ut probauimus. Ergo neque ad inducendam Publicianam pro re aliena quæ ad iudicata sit, Planè rem illam possidisse aliquando necesse est, ut Publiciana locus esse possit, quia & necesse esset ad vscapionem. Quoniam verò titulus? Nempe pro ad iudicato, quemadmodum dicimus vscapi Pro soluto, Pro donato, Pro emptore, & aliis similibus titulis. Bene autem Accursius noster monet, Longè aliud esse Possidere ex iud. cato, de quo diximus ad *leg. 3. §. ultim. sup.* Non enim cum iudex iudicat idè statim ad iudicat, Ne tum quidem, cum in petitorio pronunciat rem esse petitoris. Iudicatio enim ista est, non ad iudicatio: Istæque vulgaris error est interpretum nostrorum, & pragmaticorum, qui ad iudicatum rem passim dicunt quam pronunciatum est petitoris, aut in personali quoque actione præstandam auctori vel restituendam esse. Ad iudicatio denique nulla est nisi in tribus illis iudicis diuisiis, quæ retulimus, *d. §. ult. Institut. de offic. iudic.*

stimantis quanti ea res est quæ in litem & iudicium deducta est, *l. ult. inf. De condict. tritic. l. si Calendis 11. inf. de re iudic.* Iudicium autem redditur in inuitum, & sententia quoque fertur in inuitum, *l. inter*

*inter stipulantes 83. §. 1. De verb. oblig.* Ac venditio & contrario fit & perficitur consensu & conuentione partium contrahentium. Ergo nihil simile aut eorum habet cum venditione.

Dec. Per litem æstimationem fit ut actor rem suam aut sibi debitam quodammodo vendere compellatur. Tanti enim litem semper æstimatur, quanti fuit res petita aut tempore litem contestatæ si iudicium fuit strictum aut vtro tempore pluris res fuit vel moræ vel litem contestatæ vel condemnationis si fuit iudicium bonæ fidei, *l. 3. §. in hac inf. commod. dict. l. ultim. de cond. tritic. l. vinum 22. inf. si cere. petat. l. 3. §. ultim. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem de act. emp. l. hominem 27. inf. manda.* quia vnaqueque res æstimanda est ex eo tempore quo nouissima solui potuit, *dict. leg. si Calendis 11. de re iudic.* Vnde est quod in conditione triticaria quæ & stricta actio est & rem ipsam nihilominus perit, æstimatio fieri debet inspecto tempore condemnationis, *leg. penult. de condict. tritic.* Idè autem litem necessariò æstimanda est etiam in conditione triticaria, quia condemnationem semper in pecuniam fieri necesse est ut iudicari executio per capionem, & venditionem pignorum facilis fieri possit, *leg. 4. §. ait Pator l. 2. Dico Pro 15. §. in venditione & pass. inf. De re iudic.* ut latius à nobis tractatum est in parte vltima Chiliadis nostræ *De error. pragmat.* Est igitur litem æstimatio quædam veluti venditio sed iudicialis & necessaria non conuentionalis, & voluntaria, Ideoque dicitur proximè accedere ad venditionem simplicem, quæ est contractus, & in toto ferè iure eiusdem iuris & conditionis esse intelligitur, *leg. cum res 46. sup. iit. prox. leg. si ut certo 5. §. 1. inf. commod. l. si fid. iussor. 30. inf. de pos. l. si propter 2. 2. inf. Res. amor. l. facta 63. §. 1. inf. ad SC. T. rebell. l. si feruus 21. §. & idè inf. de ciuit. l. 2. inf. Pro emptor.*

*a Et ait Iulianus.* Ratio dubitandi. Qui offert litem æstimationem nihil tamen adhuc præstat, sed tantum prætare vult. Quod longè dissimile est sicut & aliud est petere, Aliud verò velle petere, *leg. amplius non peti 15. inf. Rat. rem habet.* & aliud est velle satisfacere, Aliud autem satisfecit-

**§ 2** Marcellus libro septimodecimo digestorum scribit,

**E** Vm, qui à furioso ignorans cum furere emit, posse vscapere. ergo & Publicianam habebit.

*Ad §. 2. Marcellus, aliâs l. Eum qui.*

Ratio dubitandi. Si à furioso emero etiam quem mentis compotem esse putabam, atque ita bona fide, constat tamen emptionem non valere, Non solum quod alienatio ei omnis interdicta sit (nec enim ratio hæc in alicui rei venditione locum haberet) sed etiam quia nullius negotij gerendi: capax est, *l. in negotiis 2. De regul. iur.* cum in omnibus negotiis gerendis consentium aliquem interuenire necesse sit, *l. in omnibus 55. & l. 57. inf. de obligat. & actiou.* Non potest autem furiosus consentire qui nec sentire intelligitur, *l. si tibi 8. §. vnus de opt. lega.* Atqui tam ad vscapionem quam ad Publicianam inducendam requiritur titulus, & quidem ad eò verus, ut non sufficiat putatiuus, *l. Celsus 27. inf. de vscap. l. 1. §. 1. & 2. inf. pro donat.* Ergo non possum rem alienam quam à furioso etiam quem compotem mentis esse putabam emero bona fide, id est putâs esse furiosum vscapere. Multò minùs Publicianam habere, *l. 2. §. si à furioso inf. Pro emptor.* vbi Paulus

*se, l. item liberatur 6. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hyp. poth. soluit.* Ergo qui litem a sitimationem obtulit quamuis in iudicio, nondum tamen similis est emptori.

Dec. Oblatio quæ fit in iudicio dummodo fiat eius quod debetur, pro solutione & satisfactio- ne est, quia cum oblationem prudentes nostri dicunt, non verbalem intelligunt & quæ nudum verborum sonum habeat, qualis per tergiuerfatores fieri solet, sed realem & præsentis pecuniæ, *leg. si rem alienam 9. §. ultim. inf. De pignorat. act.* Idè quæ est cum tractant de eo qui se paratum dicat soluere, *leg. si debitori 21. vbi dixi sup. De iudic.* Bene igitur Vlpianus hinc ait Publicianam ei competere qui litem æstimationem obtulit ad similitudinem emptoris: & ad differentiam duntaxat eius litem æstimationis quæ sit per sententiam iudicis etiam contra inuitum, Ut intelligamus nihil hac parte interesse vtro modo litem æstimatio facta & soluta sit ante an post sententiam iudicis, sed vtroque casu litem æstimationem similem esse emptioni, ut ex titulo Pro emptore & vscapio sequi & Publiciana nasci possit pro re aliena æstimatio litem præstita sit. Hoc enim necessariò addendam est ut quæstioni locus fiat de Publiciana quæ scilicet habere locum non possit si præstita esset æstimatio pro re quæ fuisset propria eius qui litem æstimationem accepisset. Tunc enim dominium statim accipientis fiet etiam sine vlla traditione si modò res præsens esset, *dict. l. eius rei 46. sup. iit. prox. dict. l. si fid. iussor 30. inf. Deposit.* nec proinde aut de vscapione aut de Publiciana tractari quicquam possit. Planè si litem æstimatio duntaxat offerretur, non idè Publiciana haberet aut vscaperet, quia oblationem cum effectu accipi oportet, *l. penult. §. docere sup. si quis eum qui in ius vocat. est vi exim.* ut solutionis vim habere possit. Et idè loquitur Vlpian. de eo non qui offert sed qui obtulit, ut significet iam præstitam nec recusatam aut ex pœnitentia denegatam litem æstimationem. Alioquin vscapio sequi non posset, *leg. Celsus 27. in fin. inf. de vscap.*

admittit quidè receptū esse utilitatis causa contra stricti iuris rationem ut possim vscapere quamuis emptio non teneat, sed tamen disertis verbis negat consecutionem quam hinc Vlpianus infert ex Celso ut possim ego Publicianam habere. Ait enim quia emptio non tenet neque ex huiusmodi contractu nasci actionem de euiditione, neque habere me posse Publicianam, neque ex persona mei venditoris accessionem possessionis mihi dandam esse.

Dec. Quamuis constat emptionem hanc non valere, illud tamè etiam constat apud omnes prudentes, nec de eo quisquam ambigit, Receptum esse utilitatis causa ut ex ea sequi vscapio nihilominus possit dummodò emptor & bona fide emerit, & quod est consequens ab eo quem putabat esse lacrae mētis quod esset eo tempore in conspectu adubræ quietis, ut loquitur *l. quod meo 18. §. 1. De acqu. poss.* (quomodo enim videri possit emere bona fide is qui emit ab eo, quem videt & scit esse furiosum? Quæuis è contrario nō quisquis emit ab eo quò



non putat esse furiosum statim emat bona fide putata si emat sciens rem alienam.) Hoc enim fauore vscapionis receptum est qui pertinet ad fauorem boni publici, l. 1. *De vscap.* Atqui Publiciana datur actori eo colore, quasi iam vscaperit eam rem quam cœperat vscapere, §. *namque Instit. de action.* Ergo & Publicianam huic emptori competere dicendum est, qui potest vscapere. Atque ita Vlpianus ex Marcello ratiocinatur. Sed Paulus longè aliter & subtilius, vt mihi quidem videtur, in d. §. *si à furioso*, negat eandem esse hac parte debere rationem vscapionis & Publicianam. Fateretur quod prudentum omnium consensu receptum est, Ex emptione quam quis à furioso bona fide fecerit vscapionem sequi posse, idque publicæ utilitatis causa propter quam nemo nescit multa iure singulari recepta esse aduersus subtilem disputandi rationem, l. *ita vulneratus* 51. §. *et. inf. ad leg. Aqu.* Sed negat ex eo inferri quicquam posse ad Publicianam. Imò verò ait quod ad Publicianam attinet sequendam esse regulam iuris communis, vt cum emptio non valeat non possit, siue possessio, siue vscapio quæ ex ea secuta est, Publicianam inducere, vt neque actionem de euictione, neque accessionem possessionis ex persona furiosi tanquam venditoris, qui re vera non est venditor. Nam præter id quod ea quæ iure singulari & contra rationem iuris recepta sunt non possunt trahi ad consequentias, l. *quod verò* 14. *sup. de legibus* l. *quod contra* 141. *De regul. iur.* Illud etiam euidentissimum est, longè separatam esse rationem vscapionis & Publicianæ, in eo quod vscapio fauorem publicum respicit, Publiciana priuatum, qui semper minor est, *Auth. res que Commun. de legat.* Similis penè contentio est inter Vlpianum in *leg. singularia* 5. *infr. De reb. credit.* & Africanum in l.

3 ¶ Sed & si quis ex lucratiuis causis rem accepit habet Publicianam, quæ etiam aduersus donatorem competit<sup>a</sup>, est enim iustus possessor, & petitor, qui liberalitatem accepit.

*Ad §. 3. Sed & si quis.*

Ratio dubitandi. In plerisque aliis iuris partibus deterior condicio est vt esse debet eius qui ex causa lucratiua rem habet, quam illius qui ex onerosa. Nec immeritò, quia is qui causam habet lucratiuam certat de lucro captando, Qui autem onerosam de damno vitando, l. *quod autem* 6. §. *simili modo* l. *ultim.* §. 1. *inf. qua in fraud. credit.* l. 3. *in pr. inf. vnde vi l. ult.* §. *si vero creditores* C. *de iur. delib.* l. *super longi* 11. *Cod. de præscr. long. temp. l. omnes* 19. & *sequ. inf. De obl. & act. l. non debet* 41. §. 1. *De regul. iur.* Ergo non tanta æquitas suadet vt Publiciana detur ei qui causam lucratiuam habet, quam vt ei qui onerosam, Præsertim cum Publiciana detur contra regulas iuris communis, & falso illo colore quasi rem iam vscaperit qui nondum vscaperit, & quasi sit dominus qui reuera adhuc dominus non est, §. *namque Instit. de action.*

Dec. Iustus & possessor & petitor est is qui liberalitatem accepit. Quid enim iustius & honorificentius, quam liberalitatem ab alio accepisse à quo antea merueris? Nec enim solent liberalitates in eum exerceri qui non sit prior benè meritus, l. *meo adiecit* 9. *infr. Pro socio* l. 1. *Aquilinus Regulus* 27. l. *si pater penult.* §. 1. *infr. De don.* Quidni ergo Publicianam habere donatarius debeat, si forte a-

qui negotia 34. *infr. mandat.* Nam cum Vlpianus diceret, si à me ex mandati causa pecuniam habeas, & conuenerit vt crediti nomine eam retineas, posse illam fieri creditam, quasi videatur à te mihi data pecunia, & à me ad te profecta. Quemadmodum si debitorem meum iussero tibi pecuniam dare, vt quod in duabus personis recipitur, multò magis in vna eademque recipiatur, Africanus contra negat bonam esse confectionem, Quia quod dicitur mutuum fieri pecuniam quam iussero tibi dari & numerari à meo debitore, benignè, inquit, receptum est, id est, quod & fateretur Vlpianus iure singulari. Ergo non est producendum ad consequentias, id est ad casus alios quantumuis similes, adeoque maioris si voles rationis. Nam in his quidem quæ contra rationem iuris recepta sunt, non possumus sequi regulam iuris, l. *in his* 15. *De legibus.* At in cæteris omnibus regula iuris sequenda est. Et ita fatendum est in questione ista Vlpianum, vt in aliis plurius à Paulo dissentisse, Nec conciliationis rationem adferri vllam posse vt nos contra Accurtium, & alios disputauimus *libr. 1. Coniectur. cap. 18.* vbi ostendimus nullam ex iis quas nostri adferunt probari posse. Ex his apparet quod & Accurtius noster notat, Non esse istos terminos vscapionis & Publicianæ conuertibiles, Nam quemadmodum potest vscapio competere, nec tamen Publiciana dari, dicit. §. *si à furioso*, Ita potest aliquando contingere, vt vscapio locum habere non possit, vt in fundis vegetigalibus, Publiciana tamen possit, *leg. cum sponsis* 12. §. *in vegetigalibus* *infr. hoc titul.* vbi eadem ratio dubitandi est quæ ad hunc §. est decidendi, Nempe quod vscapio & Publiciana pari passu ambulare videantur.

lienam rem sibi à non domino donatam bona fide accepit? An non est iustissimus & honestissimus vscapiendi titulus Pro donato? Imò si verum amamus, si non plenior certè honestiore titulo possidentur quæ ex donatione quam quæ ex emptione possidentur, sicuti solemus dicere hereditates pleniorè & honestiorè titulo deferri quam legata quia per institutionem deferuntur, l. 5. §. *sed et si portio de legat. præst.* Neque quod donatarius certet de lucro captando, non etiam de damno vitando duriorè ipsius condicionem facere debet quod pertinet ad Publicianam. Tota enim vscapionis causa versatur in lucro captando, id est in acquirendo gratis dominium, quod antea nondum fuerat quæsitum: Et consequenter Publiciana quæ solo fauore nititur vscapionis quasi completæ quæ adhuc complenda est. Fateretur meliorem esse solere ac debere condicionem eius qui certat de damno vitando quam eius qui lucrum captat. Sed in Publiciana regulariter non potest hoc contingere, quippe quæ non solet dari contra dominium, *leg. penultim. & ult. infr.* sed aduersus extraneum qui etiam si rei alienæ possessionem quam improbè fortassis & cum vicio nactus est amittat, nullum tamen damnum pati intelligitur, Nec circa dominium quod neque

neque habet, neque vnquam habuit, Nec circa possessionem, Cùm neque verus dominus alienare quicquam intelligatur qui omittit duntaxat possessionem ex iuris regula l. 4. §. 1. *sup. de alien. indic. nmi. caus. fact. l. non alienat. it. de regul. iur.* Quamquam autem Publiciana, de qua donatario danda nunc tractamus, competit etiam contra donatorem ipsam, vt sequitur in textu nostro, Non potest tamen ea res fauorabiliorem efficere causam donatoris, quippe qui hoc damnum ipse sibi intulit donando, non donatarius ipsi, Publicianam exercendo.

a *Que etiam aduersus donatorem competit.* Ratio dubitandi. Nemo ex liberalitate sua periclitari debet l. *ne ex liberalitate* 50. §. *de re iudic. idè quæ semper donatori parcendum est si ciues sit cum donatario* l. *inter eos* 19. §. 1. *et. ex hereditatibus* 49. *in fin. eod. l. si extraneus* 33. *infr. de iur. dot.* Ergo non tam facillè permitteadum est donatario qui dominus non est, vt Publicianam exerceat aduersus suum donatorem.

Dec. Beneficium alieno iuuari accipientem oportet non decipi l. *in commodato* 18. §. *sicut. infr. commod.*

4 ¶ Si à minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.

*Ad §. 4. si à minore.*

Ratio dubitandi. Minor dummodò sit pubes, etiam si curatorem habeat potest sine curatore suo se obligare l. *puberes* 108. *de verb. oblig.* Quidni ergo etiam vendere? Præsertim verò si ponas puberem qui nullum habeat curatorem, Nam si habeat, vulgo creditus est pupillo vel prodigo æquiparari eum debere ex l. *si curatorem habens* 3. C. *de in integ. restit. minor.* Neq; rursus minori puberi, siue habenti curatorem, siue nõ habenti interdicta est rerum omnium suarum alienatio, sed immobilium duntaxat & quidem prædiorum rusticorum vel suburbanorum si inspicias ius vetus, quod Vlp. nostri temporibus obtinebat l. 1. §. *de rebus eor. qui sub tutel. vel cur. sunt* l. *et si* 5. l. *prædiorum* 33. l. *si prædiorum* 16. C. *de præd. minor.* Hodie enim aliud est, autumque ius prohibitionis ex l. *lex quæ tutores* 22. C. *de adm. tutor.* Quidni ergo poterat competere Vlpiani temporibus Publiciana ei qui à minore rem ipsius aliquam emisisset, etiam quem minorem esse sciuisset? Denique si emptio tenet, puta quod vendita sit à minore res mobilis, quid egemus Publiciana cum dominium translatum sit in emptorem? si non tenetur fortè si res immobilis vendita sit sine decreto, quomodo potest competere Publiciana emptori etiam si eum minorem esse ignorauerit? Dec. Non pertinet hic textus ad eum casum, quo minor rem suam alienari permiffam, id est mobilem vendiderit. Tunc enim & venditio valet, & ex ea transfertur dominium, & de Publiciana tractari nihil potest, si res quæ vendita est fuerit venditoris, Quod si sit aliena, nõ habet res dubitationem, quin ex eiusmodi emptione, vt ex alia qualibet competat Publiciana, dummodò facta sit bona fide, remque venditam fuisse venditoris emptor crediderit, Tamen eum minorem esse sciuerit? Quid enim nocere potest scienti vbi veritas non nocet? Est igitur hic locus intelligendus de eo qui à minore rem aliquam alienari prohibitam emerit, vt puta prædium rusticum vel suburbanum. Quo casu cum propter legis & Senatusconsulti prohibitionem obstruatur via translationis dominij, vt loquitur l. *siquidè* 11. C. *de præd. minor.*

nec post factam liberalitatem vllus per eam loci relictus relinquatur l. *velles necne* 6. C. *de reuoc. donat. l. si quis argenti* 35. §. *et. C. de donat.* Imò verò et à donatoris interest, vt liberalitas effectum sortiatur, vt beneficium non tam verbis quam re ipsa collatum videri possit. Quidni ergo Publiciana dabitur etiã donatario, ad eò que contra donatorem ipsum; Neque enim verendum est ne quid fiat contra iuris regulam quæ non patitur dari Publicianam contra dominum, Cùm tractemus de donatore rei alienæ, qui proinde dominus nec sit, nec vnquam fuerit, qui que si dominus fuisset donationis tempore, dominium vtique in donatarium transfuisset, nec aut actionem aut exceptionem aliquam aduersus eum habere potuisset, non magis quam factum suum improbare l. *post mortem* 25. *sup. de adopt. l. per fundum* 11. §. *Rustic. præd. l. si creditoribus* 5. C. *de seru. pig. dat. manum. l. i. C. de remiss. pig. l. cum proficitarius* 4. quæ ad rem nostram magis facit C. *de reuocand. donation.* Satiusque elementer cum donatore agitur quod euictione rei alienæ donat. nullã piget l. 2. C. *de euict.* Nisi fuerit in dolo l. 1. C. *de iur. dot.*

nec ciuili directaq; rei vindicatio proinde emptori possit competere, superest vt de sola Publiciana tractari possit, Quam porro certum est dari nunquam debere alij quam ei qui contraxerit, aut falsam traditam sibi rem acceperit bona fide: Bona fides autem in eo esse non potest qui emit rem ab eo, quem scit talem esse vt alienandi potestatem non habeat l. *si ab eo* 12. *de vscap.* vbi dicitur ob hanc causam non posse emptorem vscapere, Quòd scilicet que titulum habeat, neque bonam fidem: Ergo quemadmodum in eo qui à furioso emit requirimus vt putauerit eum mentis compotem esse ad hoc vt possit vscapere, Inquit Paulus in l. 2. §. *si à furioso* 7. *pro emptor.* Ita & in eo qui emit à minore rem alienari prohibitam vt ignoret eum minorem esse, Non quasi videatur emere à consumpturo & perdituro pecuniam, qui emit à minore, arg. l. *quod si minor* 24. §. *restituio. sup. de minor. l. si vero* 12. §. *si adolefcens* 7. *mandat.* (nec enim sola hæc ratio malæ fidei emptorem facere posset l. *si quis cum sciuerit* 8. *infr. pro emptor.*) Sed quia (ciat aut scire debeat minori interdictam eiusmodi alienatione: quæ res, vt dixi, malam fidem inducit. Proinde tamen minor alienam rem immobilem vendiderit, quæ alienari prohiberetur si esset minoris, non vscapierit si modo putauerit esse venditoris, Non propter vicium rei quæ proculdubio vscapibilis est, sed propter malam fidem, quia emit rem quam putat vendi nõ posse. Cùm enim de bona fide tractamus plus in opinione est quam in veritate, quia & bona fides ipsa in animo ac opinione consistit, & quidem in opinione quæ cum veritate non consentiat. In eoque diuersa ratio est impuberis & puberis. Nam res impuberis sicut alienari ita vscapi nullomodo potest si alius vendiderit quam pupilli tutor aut qui pro tutore negotia gerat l. *bonæ fidei* 48. *infr. de acquir. rer. domin. iun. et l. 2. inf. de eo qui pro tutor.* aut pupillus ipse, quem tamen emptor puberem putet l. 2. §. *si à pupillo* 7. *pro emptor.* At res minoris alienari & ab ipso minore potest dum ne sit interdicta alienatio, & ab alio quolibet velut alia quælibet res aliena. Non idè tamen loquitur hic Vlpianus de minore quasi ad differentiam pupilli. Nam pupil-

lus quoque minor est, licet minorem cum dicant Iureconfulti pupillum soleant intelligere, & impuberem non puberem. Et idem in pupillo esse qui rem suam vendidit, quod hic scriptum est in minore, ut bene notat noster Accursius, constat ex *d. §. si a pupillo*. Differentia tantum est cum re pupilli, sed cur competit Publiciana ei qui minoris prædium rusticum aut suburbanum emit contra Senatusconsulti prohibitionem si venditorem minorem esse ignorauerit? Nimirum, inquit, quia usufructu ca res dummodò à bona fidei emptore potest. Nec mala certè ratio est, Nā si res pupilli quæ per se nec alienabilis nec usufructuabilis est, usufructu tamen potest cum ab eo vendita est qui pro tutore se gerebat *dist. l. 2. in fi. quæd. ex fact. tutor*. nempe quoniam si à vero tutore venditio facti esset teneret, ex eaque & dominium transferretur & actio de euictione nasceretur, neque enim malè contrahitur cum tutoribus, inquit *l. 4. in fi. de euict. iunct. l. tutor 47. sup. de minor*. Multò magis dicendū est, Rem minoris etiam alienari prohibitam, usufructu tamen posse ab eo qui rem illam minoris esse ignorauit, quia non potest videri contra leges mercatus qui ab illo emit, quem & sciebat dominum esse, & maiorem putabat, ideoque vendidit ius habere *l. quemadmodum 7. in fi. C. de agric. & censu. lib. 11*. Sic namque accipiendum est, quod Iulianus ait in *dist. l. si quis cum sciret §. pro emptor*. Nō posse malæ fidei emptorē esse illum qui emit à domino, Nempe si etiam illud concurrat, ut putet eum vendendi ius habere, quod sufficit ad bonam fidem, Alioqui malæ fidei emptor certè est, is quoque qui rem emit à domino quem scit aut scire debuit alienandi potestatem ex ratione iuris non habere *dist. l. quemadmodum, & dist. l. si ab eo, & dist. §. si a pupillo*. Sed quæro, An non eadē lex & oratio iuris quæ prohibet alienationem bonorum immobilium minoris prohibet etiam usufructu, quæ & ipsa species alienationis est, *l. alienatio 28. de verb. signif.* Nā & in lege Julia de fundo dotali non alienando id obtinet *l. si fundum 16. in fi. de fund. dotal.* vbi dicitur prohibitionem legis Julię de fundo dotali ad hęc quoque acquisitionis speciem pertinere quæ fit per usufructu si usufructu incipiat ab alienatione quam maritus fecerit, nō etiam si fuerit inchoata priusquam fundus dotalis constitueretur. Cum ergo tractemus de venditione per minorem ipsam facta, & de usufructu ab eo venditionis tempore inchoanda, Cur permittemus usufructu rei minoris, quam minor ipse vendiderit? Aut si usufructu non permittemus, cur Publicianā damus, quæ dari solet difficilius? *dist. l. 2. §. si a furioso §. pro emptor*. An non rursus facit contra leges Prætor cum per Publicianam uetur eum qui rem emit quam lex aut constitutio aliqua prohibuit alienari *l. cum sponsus 12. §. pen. §.* An igitur restringendus erit hic textus ad eum casum quo minor alienā rem vendiderit, non suam? Vt nimirum eo casu Publiciana emptori competat quo emerit à minore alienam rem, dum illud etiam concurrat ut ignoret eum minorem esse? Atqui casus hic nullā, ut supra diximus, recipit dubitationem. Respondendum est, Alienationem prædiorum rusticorum vel suburbanorum minoris, prohibitam esse, itēque v-

5 § Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.

Ad §. sed et si permutatio.

usufructu si emptor eum inchoare velit à tempore venditionis factæ per minorem, quem esse minorem non ignorauerit, eodēque casu Publicianam denegandam esse, ne alioqui Prætor contra leges facere videatur *d. §. penult.* Sed si bona fide emerit, hoc est, ab eo quem & dominum esse sciebat, & minorem esse ignorabat, nihil causæ est cur non possit ab illo tempore & inchoari, & currere usufructu contra minorem ipsum in cuius potestate fuit ut eam interpellaret: quemadmodū & curreret contra pupillum si quem emptor puberem esse putasset *dist. §. si a pupillo*. Errore scilicet facti non iuris interueniente, ut ibidem Paulus distinguit. Quod nō similiter dici potest in fundo dotali emptor quem dotalem esse emptor ignorauit, Cum non potuerit mulier usufructu interpellare constante matrimonio, sed maritus solus *d. l. si fundum*. Cuius tamen negligentia, mulieris damno, factumque cederet, si usufructu non impediretur. Planè quin minor etiam aduersus usufructu inchoatum petendæ restitutionis tempus restitui possit nemo dubitat ex *l. C. si aduersus usufructu*. Quamquam nec hodie necessaria restitutio est, postquam placuit Iustiniano, ut quibus casibus poterat olim dari restitutio minori aduersus lapsum temporis hodie tempus non currat *l. vlt. C. in quibus causis non est necessar. in integr. restit.* nec rursus pupillo, cui nec currit tempus longissimū *l. 3. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* Multò magis dicendum est huic nostris emptori dandam esse contra extraneum Publicianam, quippe quæ hac parte sit fauorabilior, Usufructu enim contra minorem ipsum competit, eique damnum infert. Publiciana verò dicitur aduersus extraneum. Nam ut aduersus minorem ipsum datur, difficilior est eum maneat dominus quamuis fundum ipse vendiderit. Siquidem obstat iuris regula quæ Publicianam contra dominum dari non patitur *l. pen. & vlt. §.* Neque hic casus ex illis est in quibus fallit regula, licet inter eos soleat ille numerari si dominus ipse antequam dominus esset rem vendiderit quam postea vindicare velit *l. si a Titio 72. §. si. pro. l. 2. §. de except. rei vendit.* Tū enim id obtinet cum dominus talis est qui si rē suā vindicare ab emptore possidēte vellet, repellit possessione rei venditæ & traditæ ut in dictis legibus. Nam cui possidēti daremus exceptionem ad repellendum actorem qui contra factum suum veniret, Eidem non possidēti Publiciana ex eadem æquitate etiam contra dominum accommodanda est. At in proposito minor qui rem suam contra senatusconsulti prohibitionem vendidit, habet vindicationem nulla exceptione summouendam, tametsi emptor minorem eum esse nescierit, ideoque quod magis est etiam si obreptum fuerit Prætori, ut eam venditionē decreto suo confirmaret *l. magis puto §. pen. de reb. eor. qui sub. tutel.* Nisi forte eum minorem proponas qui dolo malo ut emptorem deciperet, maiorem se mentitus sit *Tot. tit. C. si minor se maior dixer.* Publicianam igitur contra dominum habere nullomodo emptor debet, siue pubes ille sit, siue impubes *d. l. cum sponsus §. pen. §.* Ac fauor qui hac in re minori præstatur personam eius non egreditur, ut bene Accursius noster notat ex *l. et si is 9. C. de præd. minor. l. ex plurib. 42. §. de adm. tut.*

Ratio dubitandi. Permutatio habet hoc difficile

mile à venditione quòd cum res aliena vendi possit *l. rem alienam 28. §. de contr. ab. empt.* Permutari autem res quæ aliena sit non potest. Verum enim est quod iam olim dicebat Pedius, Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *l. verficul. adeoque Pedius §. de rer. perm.* Ipsum siquidem nomen permutacionis significat mutationem dominij vtriusque faciendam, quæ porro nisi translatio dominij vtriusque fiat sequi nulla potest. Ergo si aliena res permutata sit, cum non teneat contractus, nec valet permutatio, Publiciana competere ex eo contractu non potest, arg. *l. 2. §. si a furioso §. pro emptor*. Dec. Licet permutatio non valeat quantum ad dominium transferendum, valet tamen quantum ad hoc ut transferat usufructu inchoandi conditionem nō minis quam venditio: Imò tantò ma-

6 § Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

Ad §. 6. Publiciana.

Ratio dubitandi. Publiciana non datur nisi ei qui nondum usufructu, quæque dominus non est, dummodò iam capere usufructu. & antea possiderit bona fide. Datur autem ad auocandam possessionem quam actor sine iusta culpa amiserit *§. namque in fi. de action.* Ergo non tam ad instar proprietatis quam ad instar possessionis respicere videtur. Dec. Datur quidem Publiciana non domino, & ei qui nondum usufructu, sed tamen datur iure quasi dominij & eo colore quasi is qui nondum usufructu iam usufructu. Ideoque probare debet actor sibi traditam rem bona fide, & ex iusta causa *l. 1. & 3. sup. se que usufructu potuisse, & usufructu inchoasse d. §. namque*. Ergo quem-

7 § Si petenti mihi rem, iusiurandum detuleris, eoque iuramento rem meam esse: competit Publiciana mihi, sed aduersus te dumtaxat, ei enim soli nocere debet iusiurandum quod detulit. Sed si possessori delatum erit iusiurandum, & iurauerit rem petitoris non esse: aduersus eum solum petentem exceptione utitur, non ut & habeat actionem.

Ad §. 7. si petenti.

Ratio dubitandi. Iusiurandum non est titulus habilis ad transferendum aut acquirendum sibi alienæ rei dominium. Nec enim potest quis iurando facere rem suam quæ verè sit aliena. Nec quod iusiurandum ab aduersario ipso delatum vim habeat conventionis & transactionis *l. 1. & 2. §. de iure iur. ad rem facit*. Nam neque transactio neque alia conventio vlla sufficiens est ad transferendum dominium, nisi ex ea sequatur traditio, & quidem à domino ipso facta *l. traditio 20. §. de acquir. rer. dom. l. traditio 20. C. de p. ut. l. quoties 15. C. de rei vindic.* Atqui nos eum casum tractamus quo nulla possessio adhuc tradita sit ab eo contra quem iuratum est, & qui nō fuerit dominus is qui iusiurandum detulit. Quomodo igitur fieri potest ut habeat Publicianam etiam contra eum qui iurandi conditionem detulit? Aut cum Publiciana non alio colore datur quam quasi actor iam usufructu rem quam petit, Quis vnquam dixit iusiurandum habere vim usufructu aut quasi usufructu? Imò verò ita nō esse ex eo intelligimus, quod ei qui iurauit fundum esse nō aliter vtilis actio in rem datur, quam si præter iusiurandum concurrat possessio & prescriptio longi temporis *l. si duo 13. §. Iulianus eod. ill. r. de iure iur.* Atqui Publiciana nihil nisi vtilis in rem

actio est, ut ita toties diximus. Ergo non aliter competere potest ei, qui suum fundum esse iurauit, quam si præterea fundum illum longo tempore possiderit: Non dico quæ usufructu. Constat enim nō posse Publicianam ei dari qui usufructu, cum is per usufructu factus sit dominus, atque ita directam actionem sibi acquisierit. Sed dico quæ longo tempore possiderit, scilicet ad acquirendam sibi legi temporis prescriptionē, de qua in *d. §. Iulianus*, & quæ nec dominium tribuit, nec proinde vindicationē si ius vetus inspiciamus, sed tantum exceptionem, nisi cum iure iurando coniuncta sit, quo casu etiam in rem actionem parit, at non directam, qualem pareret usufructu, sed vtilem, ut habet *d. §. Iulianus*. Dec. Postquam iuratum est, non de eo amplius quaeritur an quod iuratum est verum sit, sed dumtaxat an & quid fuerit iuratum *l. non erit. 4. §. d. 10. iure iurando. eod. ill. r. vbi scriptum est iusiurandum habere vim probationis, quod & Paulus ait in l. eum qui 30. in princip. eod.* Habetur ergo iusiurandum pro veritate sicut & res iudicata *l. res iudicata 207. de regul. iur. l. si patronus 12. §. si quis cum esset §. de bon. lib. r. ob idque non tantum transactionis, sed etiam rei iudicate vim habere dicitur, adeoque maiorem auctoritatem quam res iudicata *l. 2. De iure iur.* Ergo qui iurauit fundum quem petit suum esse, licet non*

admodum civilis & directa rei vindicatio quæ ei competit qui iam usufructu proprietatis iudicium est non possessionis, licet datur ad possessionem auocandam *l. officium §. l. si qui de p. tut. 22. §. a. pro. xim.* Ita & de Publiciana iudicandum est. Vnde sit quod Vlpianus ait in *§. in Publiciana. §. si*, ut omnia quæ in civilis & directa vindicatione locum habere supra diximus, habeant locum etiam in Publiciana. Proprius ergo accedit ad vindicationem civilem quam ad interdicta, in quibus, ut plurimum agit de sola possessione, nec oneratur actor vlla probatione dominij, aut quasi dominij, Exceptis quibusdam in quibus non solum de possessione, sed etiam de iure quaeritur, & quæ idcirco proprietatis instar obtinere dicuntur in *l. 2. §. quædam §. de interd.*



idē fiat verē dominus, quoniam, ut dixi, iurandum non est iustus modus & legitimus acquirendi dominij iuramentum, autē est quasi dominus cum pro domino habendus sit. Proinde non solum nō indiget vscapione, sed neque ut dicat se quasi vscapione ad hoc ut habeat Publicianā, sufficitque in eam rem auctoritas iuramentum. Cui si addas concurrentem prescriptionem longi temporis, non eo quidem magis facies petentem verum dominum & iuramentum, sed assequeris tamen ut non modō Publicianam habere ille postea debeat, sed etiam vtilē vindicationem, nec minus aduersus dominum ipsū, quā aduersus extraneam quemlibet. Cum tamen Publiciana, neque aduersus eum daretur ex regula *l. pen. & ult. inf. neque aduersus alium quā eum qui iurandum detulisset, ut in textu nostro scriptum est. Nimirum quia iuramentum auctoritas tota pendet ex aduersarij voluntate qui iurandum detulit, atque ita actorem non modō testem, sed etiam iudicem fecit in causa sua *l. in princip. Qu. n. rer. act. non det.* At longē possessionis & prescriptionis, quae inde nascitur potestas generaliorē habet causam, & quodammodo publicam, fauorem se. boni publici ad exemplum vscapionis *l. de vscap. l. vlt. Cod. de transform. vscap.* & apud Iulian. in *l. infir.* idēque omnes afficit extraneos, adeoque dominum ipsū sine exceptionem tantū tribuat, ut olim regulariter *l. emptio. 7. & post. C. de long. temp. prescript.* sine etiam actionem, ut in *specie d. §. Iulianus.* Vbi proinde quod de vtili in rem actione danda scriptum est, non de Publiciana intelligendum est, sed de alia vindicatione potentiorē, vtili tamen non directā. Habent enim se Publiciana & vtilis in rem actio tanquam genus & species. Omnis Publiciana vtilis & praetoria in rem actio est, sed non ē contraria vtilis omnis in rem actio etiam praetoria Publiciana est. Sunt quidem actiones omnes, siue in rem, siue in personam vtilis, etiam praetoriae. Sed latius patet nomen vtilis in rem actionis quā Publicianae. Atque ita locus ille *d. §. Iulianus* intelligi debet, & cum nostro conciliari. Sed & obseruandum est quod Accursius noster non ignorat, Multum interesset, an quis suam esse iure rem aliquam, An verō eam ex aliquo contractu ad se pertinere, ut in *d. l. si duo. §. si quis iurauerit.* Hoc enim posteriore casu fieri potest, ut ad me pertineat, quia sit mihi vendita, necdum tamen sit mea quod nunquam mihi tradita fuerit, ut in *d. §. si quis iurauerit.* Et consequenter non potest hoc casu iurandum acquirere mihi Publicianam, aut aliam vtilē in rem actionem, sed tantum personalem ex empto ad hoc ut teneatur aduersarius venditam rem mihi tradere,*

8 ¶ In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae & in rei vindicatione diximus.

*Ad §. 8. Publiciana.*

Ratio dubitandi & decidendi ad hunc §. eadē est quae ad §. Publiciana 6. sup. vbi vtriusque loci sententiam & rationem explicauimus. Bene autem Accursius hunc §. quamuis generalē restringit ad praestrationes quae ex hoc iudicio fiunt ob dolum aut culpam & de fructuum & impensarum restitutione. Ceterum sicuti diuersa est actio Publiciana

& cetera venditionis praestare, ut ibidem loquitur Ulpianus. At cum iuro fundum meum esse, fatendum est, aut nullius momenti iuramentum esse, aut actionem in rem & quidem Publicianā ex eo dandam esse: Non quasi hoc casu non sit exprimenda causa dominij, & quidem talis quae esset iusta, si esset vera. Ne altoqui plus possit quasi vscapio, quā vera vscapio. Sed quia iuramentum praestitum expressa causa habili ad acquisitionem dominij facilius acquirere potest traditione factae a non domino ex iusta causa, ut perinde Publicianam inducat. De qua accipiendum est, quod idem Ulpianus scribit in *l. nam posteaquam 9. §. vlt. Cod. tit. vbi idem dicitur quod in hoc §. actionem quae datur ei, qui iuravit fundum suum esse, non nisi contra eum qui iurandum detulit dandam esse, sed contra alios dari non debere, quia ut in *l. sequi.* subiicitur, non debet aliis nocere quod inter alios actum & iuratum est. Aliud erit si non petitori delatum sit iuramentum a possessore, sed possessori ipsi a petitore. Ex hoc enim iuramentum exceptio tamen nasci potest, & quidem aduersus deferentem solum, non etiam actio vtili in rem, nec si possessor qui iuravit, amiserit postea possessionem, quia non iuravit fundum suum esse, de quo ad excipiendum non quaeritur, sed fundum petitoris non esse: quod sufficit ad summouendam petitorē. Fieri autem potest ut neque sit petitoris, neque possessoris, sed alterius cuiuslibet *l. sed si possessor 11. Cod.* At cum iuratur petitor fundum suum esse hoc ipso iuratur, non esse igitur possessoris, eam duorum esse non possit *l. si iuraverit me 15. §. de except. rei iudic.* Proinde errat euidenter Accursius qui hic notat Publicianam istam dari petitori, non modō contra eum qui iuramentum detulit, sed etiam contra ceteros omnes praeterquam contra dominum. Repugnant enim manifeste verba huius §. quae dicunt competere mihi Publicianam, sed contra te duntaxat. Repugnat etiam ratio quae sequitur in textu, quod ei soli nocere debeat iuramentum qui detulit, ut scriptum etiam est in *l. quia 10. de iur. iur.* Soli enim ei potest imputari cur aduersarium suum iudicem in causa sua fecerit *d. l. quae rer. act. non det.* quod alius praeter deferentem nemo fecit. Itaque ad rem non pertinet si pro Accursio quis obicit dictionem taxatiuam non excludere casus similes ex *l. 1. §. haec actio 7. §. m. n. fals. med. dixer.* Est enim omnino dissimilis causa eius qui iuramentum detulit, & eius qui non detulit: Et consequenter dissimilis haec Publiciana & diuersa a ceteris, quae contra omnes datur excepto domino *d. §. namque, & d. l. pen. & vlt. §. hoc r.* Nempē quia proficiuntur aliae, ex causa generali & communi, ut supra explicauimus.*

na a civili & directā vindicatione (alioqui si idem essent, cur diuersa haberent nomina? Inquit *l. si idem 7. C. de codicill.*) ita fatendum est differre in quam plurimis Publicianam a directā rei vindicatione, Nimirum quantum ad causas, & substantiam, sed non quantum ad effectus, & praestrationes. Ut neque solent aliae actiones directae ab vtilibus differre quod ad earum vim & potestatem attinet, ut scriptum est in *l. actio 47. sup. de negot. gest.*

9 ¶ Haec actio & heredi, & in honorariis successoribus competit.

*Ad §.*

*Ad §. 9. haec actio.*

Ratio dubitandi. Non attinet quaerere an heredi vtili heredem competat actio, quam habere potest heres suo nomine, id est, non tanquam heres, sed tanquam alius quilibet, & proprio iure, ut Paulus rationatur in *l. de eo 12. §. vlt. Ad exhibend.* At qui Publicianam habere potest heres illius, qui cepit vscapere, Non quasi defunctus vscaperit, sed quasi ipse sit qui vscaperit. Nam si defunctus sic habendus erat quasi iam vscaperit, quidni vtili magis in ipsius herede idē admittamus? Frustra igitur est dicere heredi & honorariis successoribus defuncti actionem hanc competere. Quomodo non nisi ridiculē quis diceret vindicationem directam heredi eius qui dominus fuit dandam esse, cum ipse quoque sit dominus. Licet enim sit dominus ob hoc solū quia heres est, & dominium rerum omnium defuncti transit in heredem *l. cum heredes 23. infir. de acquir. poss.* Non idē tamen agit vindicationem quod sit heres dominij, sed quia ipse dominus est. Idē quod tractari potest in herede illius qui poterat agere Ad exhibendum, quod ipsius intercessit, in vindicatione dominij, siue ex qua alia causa. Nam & heres ipsius eadem ratione potest actione illa experiri proprio nomine, quia eius tibi interest ex eadem causa *d. l. de eo. §. vlt.* Dec. Actio Publiciana quae competebat defuncto, non in re dominij competebat ut rei vindicatio directā, sed iure quasi dominij. Hoc est eo colore quasi rem illā defunctus iam vscaperit, quam tamen nondum vscaperat. At qui nō potest duplex fictio vscapionis in personam heredis concurrere non magis quā verum dominium ex duplici causa, vel, quod esset absurdus, ex duplici vscapione ad eum pertinere *l. non ut ex pluribus 159. de regul. iur. l. in bello 12. §. si quis seruus 7. de capt. & possim.* Sed neque potest heres dicere se quasi vscaperit suo nomine rem quam ipse nunquam possedit.

10 ¶ Si ego non emero, sed seruus meus, habeo Publicianam. Idem est, & si procurator meus, vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.

*Ad §. 10. si ego.*

Ratio dubitandi Publiciana nō alij datur quā ei qui emit ipse & ex emptione, aliāve qualibet iusta causa sibi traditam rem accepit *l. 1. sup.* At qui quod seruus meus emit non possum dici emitte. Emptio enim sicut & traditio facti est *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* Quae autem facti sunt non solent transire in dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonst. strar.* Vnde sit ut seruo meo herede instituto non possim ego dicere institutus, idēque nec adire possum, sed seruus meus iusta meo, quamuis per ipsum aduentem heres suam, Quia heredem esse iuris est cuius omnino incapax est seruus. Institutum autem esse facti est *l. seruus autem. l. infir. de hered. inst.* Ergo etiam si seruus meus reliquum emerit, praeter me ignorante, Publicianam habere, neque ego debeo, quia non emi neque seruus meus, quoniam actionem nullam habere potest, ut neque actione vlla conueniri, siue civili, siue honoraria, cum iure praetorio non miris quā civili pro nullo habeatur *l. qui testamentum 20. §. seruus 7. qui testam. facer. post. l. quod attinet 32. l. cum seruo 107. de reg. iur.*

Dec. Quicquid acquirit seruus acquirit domino, non solum ignorant, sed etiam inuito penē ex o-

fedisset. Nam neque posset vscapionem a defuncto inchoatam complere absque possessione sine qua nimirum nulla, neque curere, neque compleri potest vscapione *l. q. fac. poss. sione 25. §. de vscap. neque etiam si possideret complere quin accessione possessionis ex persona auctoris sui vretetur.* Quinimo, quod magis est & totius rei huius caput, cum semel interpellata fuit possessio atque ita interrupta vscapio, ex integro possidendam & noua vscapio inchoanda est. Continuum enim & sine vlla interruptione continuatam possessionem esse oportet *l. 3. l. cum qui edes 23. ad fin. l. cum quam 31. §. 1. §. de vscap. l. domique 10. §. sup. ex quib. caus. iur.* Quomodo igitur aut inchoatam a defuncto vscapionem complebit, aut nouam inchoabit suo nomine heres qui nunquam ipse possedit? Pontius enim amittit: fuisse iam a defuncto possessionem. Alioqui ridiculum erit quaerere, An heredi quaerens heredi competit Publiciana quae defuncto nunquam competierit. Necesse igitur est, ut heres vel tanquam heres & ex persona defuncti qui possessionem & habuit, & amittit, exerceat Publicianam, vel nullomodo. Eam siquidem ex propria persona habere nunquam potest, cum possessionem ipse nec habuit vscapione nec amittit, Eaque ratio nimirum erat propter quam videbatur non esse dandam heredi Publicianam. Sed decidendi ratio est quod si in defuncti iura omnia succedat, & consequenter in actionem Publicianam quae defuncto competebat. Nam & praetoria actiones & hereditibus & in heredes dantur etiam post annum cum rei persecutoria sunt: Quis est Publiciana, nisi eam restituta vscapione redditur, quia tunc contra ius civile datur *l. in honorem 115. §. de oblig. & act.* Accursius noster bene vidit dissimile esse hac parte rationem Publicianae & directae vindicationis. Sed rationem dissimilitudinis ignorauit, Certē non expositit Iunge *l. sine actum 9. §. vlt. l. cum sponsum 12. §. 1. §. cui. §. hoc r.*

mnibus casibus *l. etiam inuito 32. §. de acquir. rer. domin. l. seruus vscapio 32. §. de verb. oblig. id est, extra causam hereditatis *l. qui in aliena 6. an princip. §. de acquirend. hered.* Melior enim condicio fieri potest domini per seruum licet deterior non possit *l. melior 13. de reg. iur.* Fit autem melior per acquisitionem si modō talis sit, ut per eam dominus nō obligetur. Nec tantum possit per seruum domino acquirere, quod & in libera procuratoris persona vtilitatis causa receptū est *l. 1. C. per quas personas nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. §. sed etiam dominium quod nec per procuratorē acquiri potest *l. si ego 24. sup. de negot. gest.* nisi per quandam consequentiam cum a possessione separari non potest *d. l. per procuratorem.* Quoties autem acquirit dominus seruo, vel etiam filius familias patri ita acquirit ut ne momento quidem temporis acquisitio in serui vel filij persona consistere videatur *l. placet 79. de acquir. hered.* Cum ergo seruus meus acquisiturus fuerit mihi dominium si venditam sibi rem & traditam a domino accepisset, Quidni acquireret mihi vscapionem facultatem, & quod est consequens Publicianam actionem si alienam rem emerit, & accepisset a non domino si modō bona fide? Ita**





inchoata venit, non potest superveniens heredis bona fides dare initium vscupacioni, cum bonam fidem exigamus ipso traditionis tempore. Traditio autem non nisi semel interuenire possit. Que ratio differentie est perelegans inter heredes & emptorem aliumve quemlibet singularem successorem. Nam prater id quod emptor, aliusve quilibet successor singularis non succedit in vicia defuncti in qua succedit heres. *l. cum heres*. Illud etiam constat, Emptorem possidere ex noua traditione sibi facta per suum venditorem, quod & in ceteris successoribus singularibus euenit, Heredem vero non item, cum nulla ei traditio fiat nec fieri possit a defuncto, Vt neque vlla ei necessaria est. Nam quod ad dominium, continuatio eius sit ipso iure, non etiam possessionis. Possessionem vero propria auctoritate adprehendere heres potest, vt & alius quilibet dominus possessionem rei suae a nemine occupatam *l. cum heredes* 23. §. de acquir. poss. l. 1. §. Scaevola. §. si is qui res sua non dedit. Cuius igitur nulla traditio inter defunctum & heredem interueniat, non potest dari tempus in quo bona fides heredis dare possit initium vscupacioni, quam mala fides defuncti impedit. Quod in emptore secus est, qui licet iurare se nequeat possessione auctoris sui, quae mala fide adnexa habuit, vscupacionem tamen a sua inchoare potest, si modo traditam sibi rem acceperit bona fide. Nec enim mala fides venditoris continuari potest in emptorem, qui nouam possessionem habet ex nouo titulo & ex noua traditione *l. ut vitium* in pr. §. de diuers. temp. prescrip. Atque haec ex iuris veteris ratione verissimè disputantur. Sed maior difficultas est an idem obtineat hodie post supradictas Iustiniani, & iuris pontificij constitutiones. Nimirum eo casu quo defunctus in bona fide fuit, heres autem in mala. Nam cum defunctus in mala fide fuit, conseruit nouum ius cum veteri, vt neq; vscupacio heredi procedere, neque Publiciana ei dari possit cum aduersus malam defuncti fidem, bona fides heredis nil prosit. Multo minus iure canonico quam civili, siquidem heres quantumvis in bona fide sit tenetur exonerare conscientiam defuncti, qui malam fidem habuit, vt omnes Canonistae notant ad cap. vlt. Extr. de prescrip. Nec ad hunc casum pertinet *T. pr. pro hered.* quo heres bonam fidem habens successerit male fidei possessori, sed ad eum quo successerit illi qui bona quidem habebat fidem, sed possessionis suae titulum qui ad vscupacionem erat necessarius, nullum habebat, vt bene Accursius noster sensit. Successor autem singularis alio iure vitur, cum neque auctoris sui conscientiam exonerare teneatur, quia sicut iuris successor non est, ita nec iniuria, neque possessionem suam iusta continet cum auctoris sui possessione que fuit viciosa, sed nouam vscupacionem inchoat ex die traditae sibi bona fide possessionis. At cum defunctus in bona fide fuit, heres autem in mala, hic vero casus est qui magnam recipit dubitationem, & de quo inter iuris nostri interpretes maxime contenditur, An Publiciana heredi danda est, quem constat vscupacionem a defuncto inchoatam complere amplius non posse. Et haec porissima certè ratio est, quae adferri pro iis possit qui Publicianam hodie heredi denegant, in eoque iura vetera correctae esse putant etiam quantum ad Publicianam Mihi tamen aliud iudicium est, qui video nihil aliud ex hac ratione inferri posse, nisi, quod fa-

cilè admitto, Non posse heredem habere Publicianam proprio nomine, quam nec olim habebat vt ego quidem arbitror nisi nomine & iure hereditario. Nam si vscupacio a defuncto inchoata vel a primo die habenda erat pro completa, vt Publicianam induceret, quomodo fieri poterat, vt Publicianam nouam sibi heres acquireret, qui hereditariam iam habebat a defuncto ipso acquiritam. Quemadmodum enim vscupacio duplex eiusdem rei numquam potest, vt diximus *l. cum qui edes* 23. §. de vscup. ita neque duplicis vscupacionis fictio per Praetorem induci, quia fictioni veritas respondere debet *l. confessionibus* 13. & *l. si q. §. vlt. de interrog. in iur. fac.* Ceterum nihil causae est, cur non ex defuncti persona heres Publicianam habere debeat quae defuncto iam fuerat quaesita, & quae relicta in hereditate reperitur hodie hereditaria, Cum superveniens mala fides heredis, tametsi hodie interpellet vscupacionem a defuncto inchoatam quod olim secus erat *dict. l. heres eius* 43. §. de vscup. eam tamen non possit delere & extinguere, quae iam fuerit completa verè, aut extinctione iuris praetorij habenda pro completa, quia nec interpellari amplius illa potest. Neque verò iuris canonici constitutio completam bona fide vscupacionem aut praescriptionem destruit, sed inchoatam duntaxat impedit, aut inchoatam necdum completam, quam tamen olim nec fauor quidem fundi dotalis, nec prohibitio legis Iulia poterat impedire *l. si fundum* 16. §. de fund. dotal. Sed & sacrosanctos Pontifices cum de vscupacione vel praescriptione ne propter malam fidem superveniens inchoatam nouum illud ius induxerunt, de Publiciana tamen de neganda minime cogitasse, apparet ex eo manente inchoatam quod non solum de Publiciana nihil constiterat (cur ergo quod immutatum non est, itate prohibeatur? vulg. §. Iustinianus 17. Cap. testat. praecipimus 32. in fin. C. de appellat.) Sed neq; alia ratione aut vscupacionem aut praescriptionem cum mala fide currere prohibuerunt, quam vt veri domini ius tuerentur quem inuitum aut quam ignorantem dominio rei suae priuari factis eius qui se alienam rem possidere intelligat, iniquam sanè & a iuris diuini ac conscientiae regulis alienum esse nec immerito crediderunt. Atque Publiciana non idem comparata est vt domini ius vllomodo laedat, sed tantum vt iustum possessorem qui bonam fidem habuit, & erat in cursu vscupacionis, aduersus nouum possessorem, qui non nisi minus iustus esse potest, tueatur. Cessat igitur in Publiciana ratio iuris pontificij, quae in vscupacione & praescriptione ius veteris corripuit, Quod verò ad nouam illam Iustiniani constitutionem attinet, de qua in *d. Auth. mala fidei*, quae in singulari quoque successore bonam fidem habere ius nouum induxit, vt ei mala fides auctoris ad vscupacionem & longam possessionem etiam inchoatam nocere debeat, Aperiens est nihil eam ad Publicianam ius immutandum pertinere, Non ob id solum quod Publiciana nihil commune habeat cum vscupacione inchoanda, sed ab ea pendeat, quae nec inchoanda sit nec completa, et inchoata tantum, & quae tamen pro completa haberi debeat, Verum etiam quod Iustiniani constitutio, non simpliciter & absolute inhibeat bonae fidei successoris vscupacionem & acquisitionem eius rei, quam bona fide emerit a male fidei venditore, sicut neque ius pontificium ad hunc casum extenditur, Sed

Sed tantum immutat quantitatem temporis, vt sine vscupacione, sine praescriptione quae antea complebatur decennio inter praesentes & vicennio inter absentes maxime post *d. l. vnic. C. de vscup. transform.* hodie annos triginta exigat. Quidni ergo vscupacio bona fide a singulari successore inchoata perinde atque olim pariter Publicianam, Cum non sit difficultus praetori vscupacionem habere pro completa cui desit numerus nouem & viginti annorum, quam cui horatantum vna deesset, Alioqui sequeretur sublatam fuisse à Iustiniano Publicianam à quo tempore vscupacionem rerum mobilium quae olim biennij erat ex lege duodecim tabularum in possessionem longi temporis decem scilicet annorum inter praesentes & viginti inter absentes *d. l. vni. C. de vscup. transform.* Quid enim refert inter decem aut viginti annos vno casu reuocari Iustinianus, an alio triginta? Non debet utique diuersitas temporis inducere diuersitatem iuris. Nec si ab initio Iustinianus vscupacionem transformasset in possessionem longissimam, aut praescriptionem viginti annorum, vt in casu *d. Auth. mala fidei*, eò magis tamen Publicianam in aliis casibus sustulisset, illud sanè fatendum est hanc Publicianam quam hodie bona fidei emptori a male fidei possessore causam haberi saluam esse contendimus, adeoque heredi malam

fidem habenti, qui in bonae fidei possessoris hereditate successerit, non esse eiusdem rationis. Nam priorem exercebit emptor suo nomine & ex iure proprio si modò nihil aliud impediatur, quoniam inus ex persona sua vscupacionem inchoare possit, cum male fidei possessor a quo causam habet, nullo casu nullòque tempore vscupacionem inchoare potuit, Nisi ponas habuisse illum quoque ab initio bonam fidem tempore traditionis, malam vero fidem supervenisse. Posteriorem vero quam heres propter malam fidem suam ex proprio capite habere non potest, exercebit ex persona defuncti quasi hereditariam, quia defuncto, cuius heres est, competebarat. In eòque favorabilior est heredis, quam singularis successoris causa quae in aliis que diximus est deterior. Nam si emptor aliusve singularis successor sit in mala fide nihil ei proderit bona fides venditoris qui vscupacionem cepit, vt eam vscupacionem continuare & complere possit *l. 2. §. si emptor. m. §. pro emptor.* Ac proinde nec Publicianam habere potest, neque ex propria persona, cum sit in mala fide, neque ex persona venditoris sui cum non sit iuris successor, vt in eum possit transire aliqua actio quomodo transire posset in heredem tanquam hereditaria, Vt constat ex hoc §. cuius verba illa *si successor sim*, idem bene Accursius intelligit de successore vniuersali, cum in successore singulari locum habere non possit.

13 § Sed enim si seruus meus emit: dolo eius crit spectandus, non meus: vel contra.

Ad §. 13. Sed enim.

Ratio dubitandi. Quoties per seruum aut filiumfamilias domino vel patri aliqui acquiritur, ne momento quidem temporis consistit acquisitio in persona filiifamilias, vel serui, sed recta & immediate acquiritur patri vel domino *l. placet* 79. §. de acquir. herede. Ergo neq; serui neq; filiifamilias scientia vel ignorantia quae bona aut malam fidem patris inspicenda est, sed ipsius patris vel domini. Praesertim verò patris qui eadem cum filio persona esse existimatur *l. vlt. C. de impub. & aliis subdit.*

Dec. Que sunt facti non transeunt ad patrem vel ad dominum, sed in persona filiifamilias, vel serui remanent & consistunt *l. qui heredi* 44. §. de condi. & demonst. Atque scientia vel ignorantia, & consequenter bona vel mala fides facti est *l. bona fidei* 48. §. in

contrarium. §. de acqui. rer. dom. & quidem personarum, cum in cuiusque animo & opinione consistat. Ergo cum de bona vel mala fide quaeritur, non patris vel domini scientia vel ignorantia inspicenda est quibus acquiritur, sed ipsius filiifamilias vel serui qui emit & contrahit *l. in huiusmodi* 12. §. de contr. empt. Nam & emptio ipsa vt alius quilibet contractus facti est *l. consilio* 7. §. vlt. §. de curat. furio. nec proinde dici verè potest emisse pater aut dominus quod filiusfamilias vel seruus emit. Hac ipsa ratione quam usurpauimus, quod ea quae facti sunt non transeant ad patrem vel ad dominum *d. l. qui heredi*. Ergo quamuis Vlp. in hoc §. de seruo tantum loquatur, at tamen perinde ad filiumfamilias protrahi potest & debet *d. l. in huiusmodi* §. l. cum mancipium 51. §. De adilit. adit.

14 § Publiciana tempus emptionis continet: & idem neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur.

Ad §. 14. Publiciana.

Ratio dubitandi. Cum de vscupacione ac Publiciana quaeritur, & in necessarium antecesses de bona vel mala fide possidentis, traditionis tempus inspicitur & debet non tempus contractus. Sufficit enim bonam fidem traditionis tempore interuenisse nec praecedetis aut subsequenter temporis ratio vlla habetur: quia nec aliud tempus quam traditionis inspicitur debet ad dominum transferendum si traditio a vero domino facta proponeretur, *l. traditio* 20. §. de acq. rer. dom. l. quoties. C. de rei vind. Ergo nec in emptione tempus emptionis inspicendum est, sed traditionis. Quod & scriptum est in §. vlt. huius legis, vt proinde secum pugnare Vlpianus videatur. Dec. In ceteris quidem contractibus ita est vt traditionis duntaxat tempus inspicitur oporteat,

non quo contractum est, sed in emptione aliud receptum & obseruatum est vt duplex tempus inspicendum sit ad bonam fidem habendam, Emptionis nimirum & traditionis, *l. si aliena* 10. l. pen. §. de vscup. aliis 13. Pro solut. l. 2. in prin. §. Pro empt. Ratio autem diuersitatis est quia ex ceteris contractibus dominium transfertur per traditionem a vero domino factam nec aliud requiritur nisi vt traditionis causa sit iusta, *d. l. traditio* l. numquam nuda 31. cod. ti. At in venditione, sola traditio quantumvis iusta non transfert dominium, licet facta sit a domino, sed exigitur praeterea ex lege 12. tab. vt precium sit solutum venditori, vel aliter eo nomine satisfactum, *l. quod vendidi* 19. l. vt res 53. §. de contr. empt. §. vendita. Inst. de rer. diu. Que solutio precij vel satisfactio eo nomine praestanda solebat olim praestari, solètque hodie ipso tempore contractus: Non alia de causa

quam ut per traditionem transferri possit dominium, quod alioqui non transferretur, & hoc ipso statim, & ab instanti contractus constituitur venditor in mora si rem non tradat, in qua alioqui non constitueretur. *l. Iulianus 13. §. offerri. de act. empt. Vnde fit, ut cum de venditione agitur, tempus venditionis pro tempore moræ accipiatur, ut in l. 3. §. si per venditorem. eod. tit. Ergo quod in hoc §. scribitur Publicianam tempus emptionis continere, sic accipiendum est, ac si scriptum esset, etiam emptionis tempus continere, ut includat sc. & implicet tempus quoque traditionis. Atque ita Accursus noster, & post eum ceteri vulgo hunc §. accipiunt. Ego tamen, ni fallor, aliam huius loci sententiam esse arbitror. Illam nimirum, ut actio Publiciana tempus emptionis contineat, ut Vlp. loquitur, id est, ut cum quaeritur quid in hac actionem veniat, inspicendum sit tempus emptionis, nec aliud quicquam consequi emptor possit quam quod fuit eo tempore, non etiam id quod ante emptionem vel postea dolo malo factum est. Puta si vel ante vel post emptionem res vendita, vel aucta fuerit, vel immutata, vel vilior, vel deterior, Nam sequitur in textu & ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est in actionem hanc deduci Pomponio videtur. In quibus verbis nihil est, quod ad bonam aut malam fidem*

**15 §** Bonam autem fidem solius emptoris continet. Ut igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere, ut & bona fide quis emerit, & ei res empta, eo nomine sit tradita. Cæterum ante traditionem, quamvis bona fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit. Iulianus libro septimo digestorum scripsit.

*Ad §. 1. bonam autem fidem.*  
Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadem est que ad §. Prætor ait §. ubi diximus cur ad Publicianam bona fides emptoris solius requiratur non etiam venditoris. Est enim hic §. illatio quædam ex præcedentibus. Hoc tamen addito ut non tantum emptionem præcessisse oporteat, & quidam bona fide factam ad hoc ut Publiciana competat, sed etiam traditionem secutam esse & quidem eo nomine, id est, ex causa illa emptionis aut alia eaque iusta. Ratio dubitandi. Solemus quidem exigere traditionem, itemque causam aliquam traditionis, & quidem iustam cum tractamus de dominio transferendo, nempe quia numquam nuda traditio transfert dominium, sed ea tantum quæ facta sit ex iusta causa adeoque à domino. *l. numquam nuda 31. de acq. rer. dom. l. 3. §. si visus sit per ar.* At cum de Publiciana tractamus ponimus factam esse venditionem à non domino, ut ex ea proinde dominium transferri numquam possit. Quid ergo necesse est illud etiam concurrere, ut & traditio facta sit & eo nomine, ut Vlp.

**16 §** Traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri. ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publiciana cum experiri non posse, quia usufrucapere non poterit. Nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri: sed oportere & tunc bona fide emptorem esse.

*Ad §. ult. Traditionem.*  
Ratio dubitandi. Bonæ fidei emptor intelligitur etiam is qui post emptionem rescivit alienam rem esse quam emptionis tempore putaverat esse venditoris, quando fundus ab eo euectus non fuerit, inquit Iulianus in *l. qui scit 21. §. ult. de vsur.* Ergo nihil interest an traditionis tempore bona fide habuerit necne. Dec. Multum interest utrum disputemus de bona fide emptoris propter usufrucapionem & Publicianam que ex usufrucapione pender, ac propter usufrucapionem acquisitionem. Hoc enim posteriore casu potest sufficere bona

referre possit. Quamvis Accursus in interpretationis memor sic intelligat quasi velit Vlp. Publicianam non eò minus dari, quod mala fides superuenit quandoquidem nec usufrucapio ex ea re impeditur. *l. bona fidei 48. §. in contrarium. de acq. rer. dom.* Sed quomodo explicabit prima illa neque, quod ante emptionem, An ita fortasse ut mala fides venditoris, quæ fuit ante venditionem, non noceat? Quis verò crederet nocere posse? An verò bona fides adesse debeat emptionis tempore, an traditionis, an utroque potius tractatur in §. seqq. Ex quorundam magis apparet de hoc ipso Vlpianum hic non tractasse. Dubitandi autem ratio ad hanc sententiam ex eo periri potest quod dolo possessoris contra quem agitur Publiciana, numquam impunitus esse debet, siue ante, siue post emptionem admittit sit. *l. procurator 11. §. 1. §. de dol. mal. except.* Sed ratio decidendi est, quia si curi quod ante venditionem dolo malo factum est nihil ad emptorem pertinet, qui cum emit presentem duntaxat rei statum intuetur, Ita & quod post emptionem factum est, non potest videri in emptionem deductum. ideoque nec in Publiciana venit, arg. *l. non potest 23. §. de tradit. l. Lucius 11. l. bonitatis 13. §. seq. de cuius.* Vnusquisque enim contractus ex eo tempore æstimandus est quo celebratus fuit. *l. si voluntate 8. C. de r. ser. vendit. l. Titia 6. in fin. de iur. dot.*

ait, id est, ex emptionis, aliave iusta causa præcedente. Dec. Et si Publiciana non competat nisi eo casu, quo dominium per traditionem translatum non sit, Requirit tamen ut traditio facta sit ex iusta causa, adeoque ex qua possit sequi usufrucapio, Quæ porro non ex alia traditione sequi potest quam quæ esset habilis & sufficiens ad transferendum dominium si traditio à domino facta proponeretur. Atqui traditio etiam à domino facta non transferret dominium nisi præcedere iusto titulo, Nec sufficeret præcedere iustum iustum, nisi traditio eo nomine, & ex iusto illo titulo sequeretur. Idem ergo & in Publiciana danda observandum est, ut traditionem non à domino quidem, sed ex iusta causa factam esse oporteat. Itaque nihil prodest titulum quamvis & bonæ fidei & iustum præcessisse nisi traditio, & quidem eo nomine secuta sit. Et hic sensus est huius §. non quem putat Accursus ut Publiciana non competat, siue emptionis, siue traditionis tempore in mala fide emptor fuerit.

fides, quæ emptionis tempore interuenit, quia nomen ipsius emptoris bonæ fidei nihil nisi emptionis tempus continet. Et ita loquitur Iulianus in *l. §. ult. cum ait bonæ fidei emptoræ quartum ad percipiendos fructus intelligi debere quando euectus fundus non fuerit. Nec quod aliter tamen usufrucapere non possit, quam si traditionis quoque tempore bonam fidem habuerit ad rem facit. Nihil enim commune habet ius usufrucapionis cum iure percipiendorum & acquirendorum fructuum cum fieri possit, ut quis usufrucapiat nec tamē fructus faciat suos, & contra ut fructus*

suos faciat etiam is, qui usufrucapere tamen non potest, quemadmodum ex Pomponio Paulus ratio citatur in *l. bona fidei 48. §. in contrarium. §. de acq. rer. dom.* At cum de usufrucapione & Publiciana quaeritur nihil prodest bonam fidem contractus tempore interuenisse si non interuenit etiam tempore traditionis: Quin potius sufficeret traditionis tempore interuenisse, quamvis ipso contractus tempore interuenisset extra causam emptionis, quæ singulari iure bonam fidem utroque tempore exigit, ut in superioribus docuimus ex hoc ipso §. & si ex alio. *l. 10. §. l. pen. §. de r. ser. l. 2. in prin. §. pro empt.* Quamquam ut verum fatear, nec illud facile possum admittere, ut quod ad percipiendos quoque fructus pertinet bonæ fidei emptor intelligatur is, qui rem bona fide emptam, postea sibi traditam mala fide accepit. Nam cum ea præcipue ratio sit acquirendorum emptori fructuum, quod bona fide rem possideat, Non fiat autem iustus possessor ex emptione citra traditionem, ut dicitur scriptum est in *l. si sit stipulatione 57. de acq. rer. dom. §. quomodo fieri potest, ut propter bonam fidem fructus suos emptor faciat, qui mala fide rem sibi traditam accepit. Rursum vel ipsa perceptio sola fructuum ostendit non tractari de emptione quæ steterit in terminis emptionis, sed quam secuta sit traditio, quæ emptorem fecerit possessorem. Neque verò quicquam verat quominus omnes iuris locos tractantes de bonæ fidei emptore, qui fructus percepit de eo emptore intelligamus qui possessor factus sit per traditionem. Nec in eo Iulianum à Paulo vel alios Iureconsultos inuicem dissentisse putandum est, Sed in eo tantum, quod Iulianus adfirmabat emptorem bonæ fidei suos facere fructus, etiam quos post malam fidem superuenientem perciperet, quasi non eò minus bonæ fidei emptor maneret. *l. qui scit. §. ult. in Paulus* verò ex Pomponio magis probabat, ut à quo tempore cessasset scire fundum esse alienum desineret fructus suos facere, quod ab eo instanti bonæ fidei possessor dici non posset. An quia Iulianus bonæ fidei possessor esse posse crederet eum qui alienam rem esse sciret? Aut quia Paulus negaret manere eum nihilominus bonæ fidei emptorem? Neutrum certe dici potest. Nam neque mala fides superueniens post contractam emptionem potest vitam facere, quam ponimus bona fide factam fuisse: Neque rursum potest bonæ fidei possessio durare, ex*

quo mala fides superuenit, nisi in casu *l. generaliter 28. §. de noxal. actio.* Sed quia putabat Iulianus emptorem bonæ fidei suos fructus facere debere non tantum bonæ fidei possessorem, sed tanquam bonæ fidei emptorem. Paulus contra non tanquam bonæ fidei emptorem, sed tanquam contra bonæ fidei possessorem, Denique maiorem habebat Iulianus rationem tituli quam possessionis. Paulus verò maiorem possessionis quam tituli, Cuius sententiam certe magis probo. Quomodo enim possit bonæ fidei emptor domini loco esse quantum ad fructus percipiendos qui ne quidem possessor factus sit per traditionem, Quique etiam à vero domino emisset, adhuc tamen dominus non esset. *l. in ultio 20. de acq. rer. dom. l. ex empto 11. §. si quis alienam 46. §. de action. empt.* Nec enim bona fides plus præstare potest, quam veritas etiam ubi lex impeditur non est. *l. bona fides 136. de reg. iur.* Veritas autem non faceret dominum emptorem qui à non domino emisset. *l. quæritur 15. de rei vindic.*

**a** In initio traditionis. Ratio dubitandi. Initium cuiusque rei spectandum est. *l. si procuratorum 8. in prin. §. mandat. l. 1. §. si seruus de pro. ut 30. §. de pos. l. si tantum 12. §. ad S. C. Macced.* Ergo sufficere debet bonam fidem ab initio venditionis interuenisse, nec inspicendum est quid postea superuenit.

Dec. Inspicendum quidem est initium traditionis non etiam mala fides quæ superuenit post traditionem. Sed non sufficit initium venditionis, quia traditio illa est quæ licet dominium transfert cum sit à domino ita usufrucapiendi condicionem si fiat à non domino, ut disputamus in præcedentibus. **b** Sed oportere etiam tunc bona fidei emptorem esse. Noli intelligere cum Accursus in venditor. Neque cum iis quos Accursus refellit tunc cum actor experitur. Sed ut præcedentia probant aperit illud tunc cum traditio sit. Nec enim eò minus verum est quod Accursus concludit & infert ex hoc §. in emptore ut Publicianam habeat duobus temporibus bonam fidem adesse oportere. Nam qui dicit Emptorem bonæ fidei emptorem esse oportere etiam tunc cum retraditur satis implicat & includit, Etiam ipso emptionis tempore bonam fidem habere illum debere, Ac si diceret non tantum emptionis tempore bonam fidem interuenire debere, sed etiam tempore secuta traditionis. Id enim est quod iactari solet distinctionem etiam implicatam esse aliorum casuum vel personarum vel temporum.

**8. GAIUS** libro 7. ad Edictum Prouinciale.

**D**E precio verò soluto nihil exprimitur. unde potest coniectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

*Ad l. de precio 8.*

Ratio dubitandi. Publiciana datur ad exemplum ciuilibus & directæ vindicationis ita ut quæcumque de vindicatione dicta sunt in titulo præced. eadem & de Publiciana dicta videri debeant. *§. in Publiciana. l. pro. §.* Atqui emptor qui emit etiam à vero domino non habet directam vindicationem rei emptæ, ne quidem aduersus extraneum priusquam venditori suo precium ipse persoluerit. *l. §. pen. §. de trib. act. l. quod vendidit 19. l. ut res 53. §. de contr. empt. §. venditor. In §. de r. ser. dicit.* Ergo nec Publicianam habere debet pro re empta is qui emit à non domino, Nisi soluto demum precio, vel nisi aliter satisfactum sit venditori. Dec. Haber Publiciana actio multa similia & communia cum directæ rei vindicatione, sed non omnia. Nam cum sit prætoris, & tota ex æquitate, ut cæteræ actiones omnes prætoris, fauorabilior est directæ, Vel ideo magis quod vindicatio supponit actoris esse dominium, Publiciana verò, domini iure saluo, actorem tuetur duntaxat aduersus extraneum qui nec dicit se dominum. Itaque cum Prætor Edicti sui verbis nihil adiecerit de precio vel soluto vel non soluto, sic nos interpretari edictum debemus, quasi Prætor indistinctè Publicianam bonæ fidei emptori dari voluerit, Ne ubi Prætor non distinguit, nos distinguamus. Hic enim locus est ex quo nostri brocardicū illud generale probare solent, Vbi lex non distinguit, neque nos distinguere oportere. Quod Accursus noster probat ex multis cogestis *ll. & quia non desunt quæ pugnare videtur*



sic ille cōsiliat, nec malè, vt quories aliqua lex generaliter loquitur, nec alia specialis illa est quæ distinetur, generalis lex generaliter quoque & indistinctè intelligatur. *l. i. §. generaliter. j. de leg. præst.* Si verò specialis aliqua sit, quæ in casu speciali contrā statuat, distinguenda sit & limitanda lex generalis

9. VLP IANVS libro 16. ad Edictum.

**S**ive autem emptori res tradita est, siue heredi emptoris, Publiciana competit actio.

*Ad l. sine autem 9.*

Ratio dubitandi. Non alij competit Publiciana quam qui bonam fidem habuerit utroque tempore & emptionis & traditionis. *l. ult. l. 7. sup.* vbi diximus. Atqui non potest emptionis tempore bonam fidem habuisse heres emptoris cum ipse non emerit, nec tutum emptor tempore traditionis, cum res ei tradita numquam fuerit, sed ipsius heredi. Ergo neutri potest Publiciana competere.

Dec. Heredis persona eadē esse intelligitur cum

**1 §** Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

*Ad §. 1. si quis rem.*

Ratio dubitandi. Non sufficit ad Publicianam ut præcesserit causa iusta dominij transferendi, secutaque sit traditio nisi etiam illud concurrat ut traditio secuta sit eo nomine. *l. si ego 7. §. bonam fidem 8.* Atqui traditio facta ex causa vel depositi vel commodati non potest videri facta ex titulo habili ad transferendum dominium, cum rei depositæ & commodatæ dominium adeoque possessio remaneat penes deponentem vel commodantem. *l. rei commodatæ 8. §. Commod. l. licet 17. §. 1. j. de posit.* Et quamuis post traditionem emptio fiat, ex eaq; causa depositarius vel commodatarius rem retineat. Nemo tamē ideò dixerit traditionem quæ præcessit factam videri ex causa subsecutæ emptionis, Præsertim si traditionis tempore de futura emptione non cogitabatur, sed de commodato duntaxat vel deposito. Ergo ex hac causa competere Publiciana non posse dicendum est. Causam enim præcedere semper oportet. Dec. Interdum etiam sine traditione transferitur possessio, & cum possessione dominium, si forte is qui rem alienam habebat ex causa vel minus iusta, vel non satis habili ad transferendum dominium pura ex titulo depositi vel commodati eam subinde emat, ex eaque causa emptionis voluntate domini rem retineat. Nam

**2 §** Sed & si præcessit traditio<sup>a</sup> emptionem, idem erit dicendum.

*Ad §. 2. sed et si.*

<sup>a</sup> Sed & si præcesserit traditio. Videtur hic posterior casus idem esse cum priore. Nam & in priore, de quo iam diximus, traditio præcessit emptionem. Ideòq; bonus Accursus vt casus istos distinguat ponit in secundo factam esse venditionem sub conditione, & traditionē post venditionem quidem, sed antè conditionis implementum. Atque ita quod Vlp. distictè scribit *si præcesserit traditio emptionem*, sic interpretatur acti scriptū esse *si præcesserit traditio existentiam conditionis*. Nempe quodã existens quandocunq; condicio iā ipso contractus tempore extitisse videatur, vt à tempore contractus effectum

per specialem. In toto namq; iure ita comparatum est, vt generi per speciem derogetur, vt habet iuris regula. Leges quæ in hanc rem adferri possunt videri est apud Accursum. Neque enim hoc agimus vt Commentarios nostros ex iis quæ apud alios videri æquè commodè possunt, oneremus.

persona defuncti. *Non. 49. de iur. iur. à morient. præstit. in prin.* Parum ergo refert quantum ad dandam Publicianam utrum defunctus habuerit bonam fidem utroque tempore, an verò tempore emptionis duntaxat. Heres verò tempore traditionis Nec aliud cōcludit obiectio Nisi quod huiusmodi Publicianam heres non possit exercere quasi hereditariam, quippe quæ defuncto nūquam competit: Sed quæ propriam, propterea quod à defuncto quidem in initium, sed ab herede & à bona ipsius fide complementum accepit.

hoc ipso quod dominus qui rem suam poterat recipere patitur eam penes alium manere ex noua causa quæ superuenit, videtur eam ex nouo illo titulo tradere atque ita dominium eius transferre. Quali breui manu, vt loquitur Vlp. in *l. licet 43. §. 1. j. de iur. dot.* Perinde acti depositarius aut commodatarius eam rem restituisse domino, deinde eam dominus vendidisset, venditamque tradidisset. *l. singul. 1. in §. de reb. cred.* Hic enim euenit quod & alibi plerumque vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur. *l. 3. §. sed si debitor em. j. de donat. int. vir. & vxor.* Neque verendum est vt possessor in hac specie causam possessionis mutasse sibi videatur. Contra veterem iuris regulam. *l. 3. §. illud. l. qui bona 19. j. de acquir. poss. l. 2. §. quod vulgo j. pro hered.* Non enim mutat ille sibi causam possessionis qui nec antea possidebat, sed desinit is qui deposuerat vel commodauerat possidere, & alium possessorem facit. *l. quod mo. j. de acquir. poss.* Neque rursus absurdum est mutari causam possessionis ex nouo titulo superueniente. *l. non solum 33. §. quod vulgo j. de v. iur. cap.* Caterum præsentem rem esse oportet, vt pro tradita habeatur, quia nec tradi absens possit. Debet autem fictio respondere veritati, vt docuimus ad *l. hac si res 47. sup. tit. 1. quod & Accursus noster sentit.*

suum pariat ex *l. sub conditione 16. j. de solut. l. quod in diem 12. j. de acceptil.* Sed hanc interpretationē verba Vlpiani certè nō patiuntur. Aliud enim est emptionis conditionalis tempus, aliud verò conditionis existentis, Nec potest existentia conditionis facere, vt emptio eo demum tempore facta videatur quo existit condicio, quod tamen Accursus interpretatiōni consequens videretur, Sed è contrario vt ab initio contractus emptionis purè factus intelligatur. *l. potior 11. §. 1. j. qui potior in pignor. hab. l. 2. §. si pecuniam. j. De donation.* Est igitur hic posterior casus de illa etiam traditione accipiendus, quæ antè contractum emptionis facta sit, Præsertim

Præsertim cum non ponat Vlpianus conditionem fuisse emptionem, Sed quæ tamen facta fuerit non ex causa aliqua præcedente, vt in priore specie in qua posuimus factam esse traditionem ex causa depositi vel comodati, At potius ex causa secuturæ venditionis, id est à vendituro, & futura venditionis contemplatione. Quo casu, quem & Accursus obiter attingit, non sub conditione facta dici potest emptio, sed traditio ipsa. Sub illa inquam condicione tacita, si venditio sequeretur. Alioqui nuda reperiretur traditio & consequenter inhabilis ad transferendum dominium, quæ scilicet causam nullam haberet. ex regula *numquam nuda 31. De acquir. rer. domi.* Nam & traditio potest fieri sub condicione, & ipsa etiam possessionis acquisitio, *l. omnia. & §. q. j. de reb. credit. l. qui absenti 38. j. de acquir. poss.* Nec minus sub tacita condicione quæ vt ipsa inuit traditio, quàm sub expressa,

**3 §** Item si hereditatem emero, & traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius etie scribit Publicianam.

*Ad §. Item si hereditatem.*

Ratio dubitandi. Longè aliud est hereditas que consistit in iure etiam sine corpore, & iuris nomen est, *l. hereditas 50. sup. de hered. per.* Aliud verò hereditaria res singularis, quæ vt plurimum sunt corporales, Ideòque & longè diuersam, vt vendere hereditatem, Et vendere singulas res hereditarias, *l. 1. C. de euict.* vbi hanc ob causam dicitur Vendita hereditate non ideò singulas res hereditarias venditas intelligi, ideòque euictare aliqua ex singulis, non tamen nasci actionem de euictione.

Dec. Hereditas cum sit iuris non corporis tradi non potest, quia traditio non fit nisi rerum corporalium, quæ tangi & sensu aliquo corporeo attingi possunt, *l. 1. §. quedam sup. De rer. diuis. et si rerum incorporalium, & iurium quasi traditio quædam est per vsum & patientiam, l. vit. j. de seruit. l. 1. §. vit. ruzio. præd.* Vendita itaque hereditate traditionem rerum corporalium fieri necesse est, quæ cum sit peiude est, acti esset ipsa nominatim vendita, Traditio enim secuta in executionem venditionis declarat quid in venditione antè fuerit, vt in cæteris plerisque ex postfacto apparet quid an-

**4 §** Si duobus quis separatim vendiderit bona fide eumentibus videamus, quis magis Publiciana vti possit: utrum is cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo Digestorum scripsit: vt, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quod si à diuersis non dominis, melior causa sit possidentis, quàm petentis, quæ sententia vera est.

*Ad §. 4. Si duobus.*

Questio huius §. est de pluribus eandem rem alienam separatim bona fide eumentibus, vter eorū in actione Publiciana præferendus sit. Respondet autè Vlpianus ex Iuliano cū distinctione, An plures rem illam separatim emerint ab eodem non domino an à diuersis non dominis, Vt priore casu potior esse debeat is cui priori res tradita est, Posteriori verò melior sit condicio possidentis. Ratio dubitandi ad priorem distinctionis partem illa est, quod in vindicatione quidem directa cum pluribus separatim eiusdem rei veditio fit à domino, merito ille potior censeri debet non qui prior emit, sed cui priori res tradita est, Nempe quia tra-

Exemplo stipulationis, *l. interdum 73. j. de verb. oblig. iunct. d. l. omnia.* Secuta igitur quandocunq; venditione, traditio facta sub ea tacita condicione, si venditio sequeretur, habebitur pro pura adeòq; pro traditione facta ex causa emptionis præcedentis. Quia cum in omnibus traditionibus, vt & in aliis quibuslibet hominum actibus maximè inspicendum sit, non tam quid fiat, quàm qua mente, ne actus operentur ultra intentionem agentium, *l. non omnis 19. j. de reb. credit.* sufficit ordine intellectus præcedere traditionem, licet sit posterior ordine temporis, cum ordo ille intellectus consentiat cum ordine iuris & naturæ, qui præcipue semper attendendus est. *l. cum pater 77. §. si dei ius. j. de legat. 2.* Ex quibus satis apparet quænam dubitandi & decidendi ratio sit ad hunc verticulum. Iunctis iis quæ diximus ad verticulum præcedentem.

tea gestum sit. *l. qui res 98. in princip. & §. 1. j. de solu. l. quædam 15. de reb. dub.* Atqui hereditaria res per se vendita esset quæ postea fuit tradita: nemo dubitaret quin Publiciana eius nomine cōpeteret, cum cætera concurrant, quæ ponimus necessaria esse ad Publicianam, scilicet vt facta sit emptio, & traditio bona fide, nec quicquam interueniat, quod Publicianam impedire possit, Ergo & vendita hereditate rēq; aliqua singulari tradita tanquam hereditaria, Publicianam competere dicendum est, haud aliter quàm si illa ipsa res vendita quoq; per se ac specialiter fuisset. Traditio enim potissimum illa est quæ sicuti possessionem, & vti capiendi conditionem transfert (neque enim potest incipere vti capi nisi ex die traditionis) ita & Publicianam inducit. Et hæc vera huius loci ratio est, non quam adferunt nonnulli quod etiam pro parte rei venditæ & traditæ Publiciana exerceri possit ex *l. cum sponsu 12. §. vit. j.* Nec enim pars hereditatis in vna re singulari potest consistere, *l. quamuis 14. in §. si quis omij. caus. restam.* Habet enim hereditas partes suas homogeneas quæ proinde in iure non in corpore consistunt, *l. seruum 50. §. vit. j. de hered. instit.*

ditio illa est nō emptio, quæ dominium transfert. Et consequenter plus iuris habet qui prior à domino traditam rem accepit, *l. quoties 15. C. de rei vin.* At cum duo separatim eandem rem emunt à non domino, quid interesse potest vti priori res tradita sit, cum effectum nullum habere possit cuiusmodi traditio? *l. traditio 20. in §. de acquir. rerum dominio.*

Dec. Publiciana cum sit vtilis & prætoriana in rem actio datur ad exemplum ciuili & directæ vindicationis, Et quæ de ciuili vindicatione dicuntur, ea ferè omnia obtinent in Publiciana, nisi vbi aliquid contra constitutum est, *l. sed et si 7. §. in Publiciana sup.* Datur enim Publiciana eo colora







& familiam vrbanam à rustica distingui Pomponius credidit in *l. vrbana* 66. eo. Caterum vult sit, certum est vrbanam seruitutem eam esse quæ sit vrbani prædij, Rusticam quæ rustici. Proinde potest eadē species seruitutis esse nunc vrbana, nunc rustica pro diuersitate prædij quod sit vel vrbani vel rustici. Ergo si ducatur aqua per domum vrbanam quæ proculdubio & loco & materia & vrbani prædij vrbani est, erit vrbana seruitus: si per villam aut per agrum, erit rustica, *l. i. j. Commun. præd.*

*b. Nam & hic traditionem & patientiam.* Ratio dubitandi. Seruitutes omnes tam personales quam reales sunt in corporales, cum sint iura, ac proinde tangi non possunt, *l. i. §. quædam sup. de rer. diuis.* &

2. ¶ Partus ancillæ furtiua, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiam si ab eo, qui emit, possessus non est. Sed heres iuris a hanc actionem non habet quia vitiorum defuncti successor est.

*Ad §. 1. Partus.*

Ratio dubitandi. Partus conceptus apud bonæ fidei possessorem sed non apud eum editus, nunquam ab eo possessus fuit, Cum nec sit homo antequam sit editus, *l. in lege 9. §. 1. ad leg. falc.* adeoque nec in patris sui potestate etiam si liber homo esset *l. ult. j. de collat. bonor.* Ergo nec in Publicianam venire potest in quam scilicet non venit nisi id quod antea possidebatur & vfucapiebatur, §. *namq; Infr. de actio.*

Dec. Partus ancillæ sequitur ventrem ac proinde ad eundem dominum pertinet ad quem & mater tanquam portio viscerum matris, *l. i. §. ex hoc rescripto j. de vint. inspic.* Nam si ancilla venditor dominus eius fuisset, utique & dominum partus ad emptorem pertineret. Ergo & quasi dominum quod per Publicianam vindicatur ut eadem sit hac parte ratio directæ vindicationis & Publicianæ ut alius ferè omnibus, *l. sed est 7. §. in Publiciana sup.* Neque tamen ob id furtiuus videri potest quod ex matre furtiua conceptus sit si modò apud bonæ fidei possessorem & conceptus sit & editus, *l. qui vult 48. §. ancilla j. de furt.* dummodo utroque tempore & conceptionis & partus emptor habuerit bonam fidem ut subiicitur in §. *q. vbi dicitur alioqui nec pro partu dandam esse Publicianam.* Nec nouum est ut interdum etiam sine possessione acquiratur Publiciana, ut in §. *idem aut adibus j. hac lege, & l. prox. §. is cui inf.* Neque ad rem pertinet quod ancilla vendita etiam quæ tunc prægnans fuerit, partus tamen non idèò venditus dici possit, ita ut si fortè euincatur partus, non idèò tamen nascatur actio de euictione, *l. si prægnans 41. & seq. de euict. l. si id quod ex Pamphila 74. de leg. 2.* Etiam enim non potest dici partus venditus, Non eo minus tamen verum esset dominum partus ad emptorem fuisse peruenturum si à vero domino edisset & partus apud eum editus fuisset, Quia quod ex re mea fit meum est, *l. de eo 12. §. si ex vult. j. ad exhib. l. præterea 20. sup. tit. 1.* Atquin idem iuris habet in Publiciana is qui bona fide emit à non domino, quod habet in directa vindicatione is qui emit à domino, Etiam quod pertinet ad fructus quorum ratione dicitur esse penè loco domini, *l. bona fidei 48. infr. de acqui. rer. domin.* & quamuis partus non sit in fructu, cum fructus omnes rerum natura hominum gratia comparauerit, *l. veteri quaestio 68. j. de v. sup.* idem tamen

apud Iustin. *Tit. De reb. corpor. & incorp.* Ergo nec tradi possunt.

Dec. Traditio quidem proprie non fit nisi rerum corporalium, sed tamen etiam iura & seruitutes quodammodo tradi possunt, ut puta vfuctus si quis fructuarium inducat in possessionem fundi fructuarij, Aut etiam pariatur cum vti frui, *l. 3. §. dare j. de v. sup. l. i. in fruct. iustic. præd. l. penult. infr. de seruit.* Nec tantum traditionis vim habet patientia domini, sed etiam tituli, cum non possit esse patientia domini sine scientia, *l. 2. C. de seruit. & aqua l. si quis diuino 10. j. si seruit. vindic.* vbi scribimus, Etiam de supradictorum locorum interpretatione iam satis multa scripsimus lib. Coniect.

hac parte in partu quod in fructu & fructu iuris est, *l. in pecudum 28. infr. de v. sup.*

*a. Sed heres furti.* Ratio dubitandi. Potest fieri ut heres furis bonam fidem habeat, quam defunctus non habuit, Cum bona vel mala fides in facto non in iure consistat, *l. bona fidei 48. §. in contrarium de acqui. rer. dom.* In his autem quæ facti sunt non est locus fictionibus iuris, *l. d. i. §. 19. sup. ex quib. caus. maior. l. in bello 12. §. furti. de captiu. & postlim.* Porro ex fictione iuris est ut heredis & defuncti eadem persona esse existimetur, §. *1. Nouell. 49. de iur. iur. a mor. præst.* Reuera enim distinctæ sunt persona, Alius animus plerumque heredis, & alia opinio quam quæ fuerit defuncti, Ex opinione autem & scientia vel ignorantia rei alienæ nascitur bona vel mala fides, *l. & generaliter 28. j. de noxal. actio.* Non est igitur bona ratio quæ sequitur in textu, ut quia heres iuris successor est debeat etiam successor esse vitiorum defuncti, & mala fidei quæ in defuncto fuit, ut pro partu concepto apud iuris heredem qui rem furtiuam esse tunc ignoret non possit ille habere Publicianam ob malam fidem solam defuncti. Cum habeat ille & nouum titulum ad vfucipiendum ex propria persona Pro herede, & præterea bonam fidem. Quæ duo si aliud nihil obster sufficere solent ad Publicianam: Nec quod defunctus qui fur fuit, nullum titulum habuerit, aliud potest concludere, quam ut Publiciana hæc non sit hereditaria quod certe admittendum est, sed non etiam ut heredi ex propria quoque persona sit deneganda.

Dec. Heres cum sit successor in vniuersum ius quod defunctus habuit, succedit in vitia quoque defuncti nec ea excludit sua ignorantia, ut diximus ad *l. 7. §. in hac actione sup. ex l. cum heres 11. j. de diuers. temp. præscr. l. litigator in fi. C. de fructib. & lit. expens.* Ergo etiam si ancilla furtiua concipiat, & pariat apud furis heredem quamuis in bona fide constitutum, tamen neque vfucapere poterit, neque Publicianam habere. Nec enim titulus Pro herede iuuat heredem furis quamuis in bona fide defuncti nocere debeat potius quam propria prodesse. Et tunc demum prodest Titulus Pro herede cum defunctus idèò tantum vfucapere non poterat quòd titulum nullum haberet, Non ob id etiam quòd esset in mala fide, ut diximus ad *d. §. in hac actione.*

3. ¶ Interdum tamen, licet furtiua mater distracta non sit, sed donata ignorantibus mihi, & apud me conceperit & pepererit: competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modò eo tempore, quo experiar, furtiuam matrem ignorem.

*Ad §. 1. Interdum.*

Ratio dubitandi. Erat olim fauorabilior in plebisque causa otiosa quam lucratiua, Non in eandemque personam concurrere numquam possent, *l. omnes 19. & seq. infr. de obligat. & action.* Itemque ut in danda reuocatoria contra donarium non requiratur fraudis participatio quæ requirebatur quoties ea actio contra emptorem aut alium ex causa onerosa possidentem exerceretur, *l. quod autem 7. §. simili modo j. in fruct. credit. sed etiam quantum ad longi temporis possessionem, ut constat ex l. super longi 11. C. de præscr. long. temp.* vbi Iustinianus nouum ius constituens sanxit ut siue ex donatione siue ex alia lucratiua causa bona fide quis per decem, vel viginti annos rem detinuisse probetur, adiecto scilicet tempore etiam prioris possessionis, longi temporis præscriptio ei sine dubio competat, *ne occasione, inquit, lucratiua causa repellatur.* Ergo & cum agitur de ancilla furtiua quæ apud bonæ fidei possessorem conceperit, & pepererit, & queritur An bonæ fidei possessori Publiciana de partu danda sit distinguenda videtur causa lucratiua ab onerosa, id est, an ex emptione an ex donatione ancillam habeat ut priore quidem casu obtineat, quod in §. *prox. diximus, dandam singulari successor Publicianam, non etiam posteriore.*

Dec. Fuit quidem olim differentia inter causam lucratiuam & onerosam quod ad longi temporis præscriptionem pertinebat, ut constat ex *d. l. super longi, Sed non quantum ad vfucapionem; Nam & Titulus pro donato erat habilis ad vfucipiendum, l. & 101. Tit. 1. pro donat. non minus quam ad dominium acquirendum, l. nunquam nuda 31. de acqui. rer. dom.* Sicut ergo nulla inter venditionem & donationem erat differentia quantum ad vfucapionem, ita neque quantum ad Publicianam, quæ iisdem ferè iuris regulis consistebat, sed in huius §. specie non tractamus de partu donato, sed de partu, qui ex ancilla furtiua donata conceptus sit & editus apud bonæ fidei possessorem, Qui partus cum non sit donatus quemadmodum nec venditus intelligeretur si ancilla prægnans vendita esset, ut diximus ad §. *præced. ex l. si prægnans 42. & seq. infr. de euict.* non potest vfucipi pro donato, scilicet deficiente titulo: Nec si putaret donatarius partum quoque sibi donatum, *l. C. l. 27. j. de vfucap.* Necessè igitur est, ut vfucipiar titulo generali Pro suo, Quomodo & vfucaperetur si ancilla furtiua, non donata fuisset, sed vendita, *l. si ancillam 4. infr. pro suo.* Vbi eleganter docet Pomponius contra Neratium, aut Trebatium potius qui putabat partum ancillæ furtiue indistinctè vfucipi posse si apud bonæ fidei emptorem conceptus sit & editus, Imò verò distinguendum esse an intra statutum tempus vfucapionis rescierit emptor furtiuam matrem fuisse an ignorauerit, Et rursum si sciuit an dominum ancillæ certiorauerit, aut certiorare potuerit, an verò non certiorauerit cum posset, Vt si toto vfucapionis tempore ignorauerit, possit vfucapere, & vfucipiar: Si verò sciuerit non vfucipiar, nisi vel certiore fecerit dominum, vel certiorare non potuerit,

Quamuis in cæteris vfucapionibus generale a perpetuum sit, ut mala fides superueniens bene inchoatam vfucapionem non interrumpat, *l. si alie 10. infr. de vfucap. & l. vnic. C. de vfucap. transform.* Sed specialitatis ratio est, quam Accurtius quoque bene vidit, quod cætera vfucapiones & titulum habent & bonam fidem, Hæc sola bonam quidem fidem, sed titulum nullam nisi generalem Pro suo qui nec fauorabilis est nec habilis ad vfucipiendum, cum solus est, nisi cum habet continuam bonam fidem, ut quod deest titulo, longiore bonæ fidei continuatione suppleatur, & quodammodo compensetur. Id enim est quod scribit Pomponius in *d. l. si ancillam 4.* Non posse eundem hominem Pro suo & Clam possidere: Id est Titulum pro suo non posse cum clandestina possessione concurrere. Qui enim clam possidet, cum vitiosè possideat, & mala fide, non Pro suo possidere dici potest, sed pro alieno, ut loquitur *l. pigriori 13. infr. de vfucap.* Atqui titulus vfucapionis durare & perpetuus esse debet non temporalis, sicut neque ex causa & titulo temporali transfertur vquam dominium, Ne tunc quidem cum traditio sit à domino: Cum ergo Titulus pro suo quoties solus est, pendeat à bona fide continuam esse oportet bonam fidem, & perpetuam toto tempore vfucapionis, ut titulus ipse perpetuus esse possit. Qui in cæteris causis vfucipiendi perpetuus esse potest etiam si bona fides continua non sit sed interrupta. Nec enim bonæ fidei emptor desinit esse is qui bona fide emit, sibi que traditam rem accipit, quamuis antè completam vfucapionem cognouerit rem esse alienam quandiu scilicet euicta res non est, ut subtiliter disputat Iulianus in *l. qui sciit 25. §. vlt. in infr. de v. sup.* Mirum igitur non est ex superueniente mala fide non interrumpi vfucapionem, cum titulus duret Pro emptore aut alius quilibet extra titulum Pro suo. In vfucapione autem quæ non habet alium titulum, quam Pro suo requiri continuam bonam fidem, ut titulus duret, qui alioquin simul cum bona fide intercederet. Trebatij tamen sententiam magis probauit Paulus in *l. 4. §. de illo 12. vers. si antequam pariat infr. de vfucap.* vbi ait etiam hoc casu initium vfucapionis intueri nos debere. Sicut, inquit, in emptis rebus placuit. Sed Pomponij distinctio mihi subtilior videtur, & iuris rationi conuenientior, cum verum sit partum ancillæ furtiue venditæ emptum non esse, *d. l. si prægnans 42. & seq. infr. de euict.* Itaque, ut ad propositam quæstionem redeamus de partu apud bonæ fidei possessorem ex ancilla furtiua concepto & edito & per Publicianam petito, Dicendum est quemadmodum potest posse ille vfucipi, cum non sit furtiuus, Ita & Publicianam pro eo posse competere, Bona enim consecutio est ut quod vfucapi potest si aliud nihil impediatur, etiam per Publicianam peti possit. Nec distinctio locus vllus est etiam fure vetere inspecto, an furtiua ancilla vendita sit, vel donata: Sed tamen differentia hæc videtur esse inter vfucapionem & Publicianam in partu non furtiuo ancillæ furtiue, quod in quæstione De vfucapione dissensit Pomponius à Trebatio, itemque



à Paulo qui Trebatij sententiam magis probavit, ut proximè diximus. At in Publiciana videntur omnes consensisse, ut sufficiat bonæ fidei possessorem fuisse siue emptorem siue donatarium duplici illo tempore quo ancilla, & conceperit & pepererit. Nec sanè dissentendi causa fuit si propius inspicias, Cùm Publiciana contenta sit initio vscapionis a ducibus extraneum, d. §. namque. *Institu. de action. sufficiatque vel momento vno posse disse, l. cum sponsus 12. §. ult. infi.* Ac vscapio æstimatur ex toto tempore quo completur, Nec vscapio dicitur, quæ cæpta & inchoata, sed quæ completa est. Neque rursus requiritur ad Publicianam ut quis rem habeat & vscapiat Pro suo, quod fieri non potest superueniente ante completam vscapionem mala fide, quæ ratio erat Pomponij, sed sufficit ut Pro suo vscapere inceperit: quod ne ita sit, superueniens mala fides non impedit. Planè non sufficit partum apud bonæ fidei emptorem siue donatarium fuisse conceptum, sed illud præterea requiritur, ut æquè bona fide apud eum editus sit. Nam si antequàm pariat ancilla, rescierit emptor aut donatarius alienam esse, non solum impeditur vscapio, sed etiam furtius sit partus, licet non idèd possessor furti teneatur quia possessionem domini quod ad partum qui à domino possessus numquam fuit, non interuertit, d. l. qui vas 48. §. ancilla. *infi. de furti. & d. l. 4. §. de illo verfi. antiquam pariat.* Ergo nec pro eiusmodi partu Publicianam habere aut emptor aut donatarius debet. Et hoc est quod ait Vlpianus in hoc §. *si modo eotempore quo pariat furtiuam matrem ignorem,* sic enim legèdum esse subtiliter & feliciter docuit Iacob. Cuiacius ad d. l. 4. *De vscap. nò ut vulgo quo experiar.* Vnde errandi causam sumpserunt al. qui quos Accurius refert existimantes Publicianam nò alij dandam esse quàm ei qui bonam fidem habeat illo etiam tēpore quo experiar. Quod certè falsissimum est, vt constat ex l. cum qui 7. §. pen. sup. nec alio vilo iuris loco probari potest. Amplius putabat Scæuola, Imo posse vscapi partum non modo conceptum, sed etiam editum apud furis heredem: posse inquam vscapi à bonæ fidei possessore licet nò ab ipso herede & quidè ratione illa, quod partus non sit pars rei furtiue. Alioqui, inquit, si esset pars nec si apud bonæ fidei emptorem editus esset vscapi posset, vt idem Vlpianus noster refert in d. l. si aliena 10. §. Scæuola, vbi tamen eam Scæuolæ sententiam nec probat nec improbat. Sed tamen improbat apertissimè in d. §. ancilla & in hoc §. *Quia partus sit pars ancille furtiue?* Ita certè Vlpianus credit. Alioqui quomodo fieri posset vt furtius esset qui tempore furti nondum conceptus erat, si non esset pars rei furtiue? Sed malè meo iudicio, Longèque meliùs hoc Scæuola negabat, quamuis Cuiacius lib. 15. *Obsér. cap. 20. & ad Tit. de vscap. pro Vlpiano contra Scæuolam sentiat.* Qui enim fieri possit, vt partus sit pars rei furtiue, cum si vendita sit ancilla, non sit partus pars rei venditæ? In hoc namque Paulus & Iulianus consentiunt in d. l. si prægnans 47. & l. seq. de euict. vbi hac ob causam negant vendita prægnante ancilla vel vacca si vel partus vel vitulus euictus sit, dādā esse actionem de euictione, quam tamen certum est competere siue tota res vendita euincatur siue pars eius, l. 1. eod. tit. Nisi quis dicat Paulum in partu, Iulianum verò non nisi in fœtu hoc admisisse. Videtur enim Lu-

lianus de vacca & vitulo idèd locutus vt significaret non idem se in ancilla & partu ancillæ existimare: quod sanè ita est. Habet quidem partum & fœtum emptor occasione emptionis, quia si ancillam aut vaccam non emisset, partum aut fœtum non haberet. Habet autem idèd quia matrem emittit: Quæ videtur esse ratio responsi Papiniani, quod alioqui pro Vlp. vrgere multum videtur in l. si id quod ex Pemptila 73. de legat. 2. Sed non habet partum tanquam emptum. Ergo neque tanquam partem rei emptæ. Quare igitur, inquit, illud etiā requirimus & ad vscapionem, & ad Publicianam vt siue emptor, siue donatarius bonam fidem habeat, illo etiam tempore quo ancilla pariat? An nò sufficeret bonam fidem fuisse eo tempore quo partus conceptus est apud bonæ fidei possessorem? vt in §. pro. præced. Respōdeo, quod partus non sit pars rei furtiue, eò tantum pertinere vt furtius dici nullo modo debeat, nec si apud furis heredem, vt benè Scæuola contra Marcellum disputat apud Vlpianum in d. l. si aliena §. ult. Indèq; fieri dūtaxat vt possit partus vscapi, quasi nullo reali vicio affectus. Sed non idèd esse conueniens, vt vscapere illum omnimodo possit bonæ fidei emptor, aut donatarius, cessante enim vicio rei & impedimento, quod ex illa parte subisset secundum Marcelli & Vlpiani sententiam, potest aliunde impediti vscapio ex persona possessoris propter malā fidem superuenientem, & quæ non solum ex opinione Pomponij qui in hac specie bonam fidem continuam exigebat vt supra diximus aut saltem alienæ rei scientiam excusabilem & inculpam, d. l. si ancillam 47. §. Pro. mo, quæ tamen sententia & distinctio aliis minus probata fuisse videtur: sed etiam iuxta illorum opinionem, qui solum vscapionis initiū etiam in partu sicut in cæteris rebus emptis spectandum putauerunt cum Trebatio & Paulo in d. §. de illo verfi. si antequàm pariat. Nec enim potest vscapio initium habere ex die conceptionis, cum eo tempore nondum possideatur vt Vlp. noster in d. §. præcedente docet his verbis *etiam si ab eo qui emit possessus non est.* Sed incipit possideri, à quo tempore est editus, quo demùm tēpore inciperet tradi posse, si traditio esset necessaria ei qui ancillam penes se iam habet, & qui hoc ipso dominium quoque partus nullam etiam noua traditione interueniente, si dominium ancillæ per traditionem sibi factam acquirere potuisset. Cùm ergo tempus illud editionis sit pro tempore traditionis, Mirum non est impediti vscapionem partus si eo tempore bonæ fidei emptor aut donatarius ancillæ iam cognouerit furtiuā, & consequenter alienā esse. Tanquam nullū hoc casu initiū vscapio habere poterit, cum neque incipere possit neque currere sine possessione, Bonam verò fidem saltem ab initio adprehensæ possessionis interuenisse oporteat. Nec defendi potest contraria Marcelli sententia si illa fuit, vt eo demùm casu impediatur vscapio partus editi ex ancilla furtiua, quo apud furis heredem & conceptus ille sit & editus, Non etiam illo quo conceptus quidem sit apud furis aut furis heredem, sed tamen editus apud bonæ fidei possessore quomodo sensisse equidè videtur Marcellus secundum Scæuolæ interpretationem, quod & innuere videtur l. ancilla 12. *C. de furti.* Nam si partus pars est ancillæ furtiue, vt Marcellus credit, quid prodesse

potest quod apud bonæ fidei possessorem editus sit, apud furis ipsam furtiuā heredem iam conceptus fuit: Nonne iam ab instanti ipso conceptionis furtius fuit? Et semel factus furtius, quomodo potest desinere talis esse, quin redierit in peccatam domini ancillæ, vt possit vscapiri d. ancilla. Hæc enim Scæuola contra Marcellum ratiocinatio est. Sed tamen ex alia parte pro Marcello cōtra Scæuolam, & contra nos, qui Scæuolæ sententiam tueri possit quis in hunc modum disputare si partus non est pars ancillæ furtiue, nec possidetur ex tempore conceptionis, sed ex quo tantum instanti editus est, quid attinet exigere bonam fidem in emptore, aut donatario tempore conceptionis, Et cur non sufficit ad hunc illam eo tempore quo mulier pariat? Nec enim quicquam verat eundem emptorem aut donatarium credere ancillam esse furtiuam & alenam tempore conceptionis, quam tamen editionis tempore putet fuisse venditoris. Quod eum tenet, quis dicat maiore vim esse debere malæ fidei quæ possessionem præcessit ad impediendam vscapionem futuram, quàm malæ fidei superuenientis ad interrompendam vscapionem inchoatam? Sed facilis responsio est requirere nos in possessore bonam fidem etiam tempore conceptionis eo demùm casu quo sit conceptus partus nò apud furis aut furis heredem, sed apud bonæ fidei donatarium vel emptorem, Quod alioqui vix posse contingere, saltem non sit verisimile à communiter accidentibus vt bonam fidem habere queat partus tēpore is qui iam tum cum partus cōceptus fuit, ancillam furtiuā & cōsequenter alienā esse rescierat. In cōq; differt mala fides quæ præcedit ab ea quæ subsequitur adprehensionem possessionis. Tā enim difficile est, vt mala fides quæ tēpore cōceptionis fuit, nò perseueret in tēpore vlcq; editionis, quàm è cōtrario facile sit, vt post inchoatam vscapionem mala fides superueniat, quæ ab initio non fuit. Quæmadmodum & illud facile patimq; contingit, vt qui tēpore conceptionis bonā fidem habuit, & ancillam venditoris sui fuisse, ac proinde suam tunc esse credidit, resciat alienā esse tempore quo partus editur. Et ob id nimis prudētes nostri cum exigunt bonā fidem eo tempore quo ancilla cōcepit, & quo parit, non tam id agunt, vt vtroque tempore veluti exigant necessariò bonā fidem, quàm vt doceant non sufficere bonam fidem interuenisse eo tēpore quo partus conceptus fuit nisi adfuerit tum quoq; cum est editus. Et sanè, si verum est non nocere partui vscapiendo, quod conceptus sit apud furis furtiue heredem, si modò apud bonæ fidei possessorem sit editus, vt Marcellus & Scæuola consentiunt in d. l. si aliena §. ult. & innuere videtur d. l. ancilla, quamuis Vlpiano reclamante in d. §. ancilla l. 48. de furti. quid nocere potest eo casu, quo penes emptorem aut donatarium conceptus sit etiam habet em malam fidem eo tempore, si modò præbetur eo die quo mulier pariebat bonā fidem habuisse? Neque enim sola emptoris vel donatarij mala fides partum facere furtiuum posset, ne quidem iudicio Vlpiani, qui tamen furtiuum esse credidit eum, qui apud furis vel furis heredem conceptus esset. Sed & addi illud potest, difficilius esse in ancilla, quam possessor concepti partus tēpore non modò alienam sed etiam furtiuam esse sciebat, de qua sola supradictis iuris locis prudentes nostri tractant, vt eam possideat bona fide partus tempore, quàm si antea dūtaxat alienā, non etiam

furtiuam esse credidisset. Sicut enim vicium furti non aliter purgari potest ex lege duodecim tabularum quàm si res furtiua in pristini domini redeat potestatem, Ita nec mala fides quæ ex rei furtiue conscientia primùm profecta est, aliter emendari, quàm si possessor suspicetur eam rem furtiuam in domini potestatem redidisse. Alioqui non tam facti quàm iuris error erit, qui in vscapionibus prodelle numquam potest, l. nunquam 31. §. de vscap. Quomodo autem fieri potest vt hoc suspicetur possessor qui à die illo conceptionis in diem vsque partus continuo tempore ancillā possedit? Præsertim cum tradimus illum casum quo verum sit ancillam furtiuam esse: ita vt veritas ipsa rei cum mala fide possessoris consentiat. Nam si ancilla furtiua non esset, facilè admitterem posse fieri, vt comperta veritate possessor scire inciperet suam esse ancillam, quam antea nò solum alienam sed etiam furtiuam esse existimasset. Quamquam nihil obstat quominus credat quis furtiuā nò esse, alienam tamen esse. Non enim sicuti aliena est, quæcumque furtiua est, ita & vicissim possit dicere furtiuam esse omnem quæ aliena est. Bonam igitur fidem concepti partus tempore exigimus non tam propter ipsum tempus conceptionis à quo scilicet inchoari vscapio nunquam potest, quàm in ordine, vt ita d. cam ad tempus quo partus edatur, & vt intelligamus non sufficere tempus conceptionis, si non etiam partus tempore ad sit bona fides, quæ à tempore conceptionis facilè possit defecisse, vt & mox veritatis se ipsam paulatim & solo temporis lapsu tandem exerentis. Atque ita totam quæstionem hanc inter prudentes ipsos satis perplexam, sed ab interpretibus non satis dilucidè tractatam explicandam esse arbitramur. Obstat tamen aliquantulum videtur, quod Papin. scribit in l. iusto 44. §. et si poss. sionis. §. de vscap. Et si possessionis non contractus initium, quod ad vscapionem pertinet, inspicere placet, Nonnunquam tamen euenire vt non initium possessionis sed causam antiquiorem traditionis quæ bonam fidem habuit inspiciamus. Veluti, inquit, circa partum eius mulieris quam bona fide cœpit possidere, Non enim idèd minus vscapierat puer, quod alienam matrem priusquam eniteretur esse cognouit. Sed respondendum est tractare Papinianum de ancilla quæ fuerit quidem aliena, sed quæ tamen non fuerit furtiua. Nam in ea quæ furtiua est nihil proficit, quod emptor sit bona fide ad inchoandam vscapionem, Cùm rei vicium obstat vscapioni, Atqui ratio qua mouetur Papinianus ea potissimum est, quod ab initio traditionis, quæ bonam fidem habuit inchoata sit vscapio, Quæ potèd vbi semel inchoata est, interrumpi ob superuenientem malam fidem non potest. Sed & ponendum est quod Cuiacius quoq; ponit apud Papin. venditā & bona fide traditam fuisse ancillam prægnantem vt bona fides quæ in ancillæ traditione interuenit ad partum quoque porrigi possit. Alioqui non potest quantū ad partum incipere bona fides, nisi à die cōceptionis, nec vscapio nisi ex die primæ possessionis, quæ nulla certè intelligi potest, antequàm partus sit editus. Cui non est contrarium quod diximus in §. præcedente, Partum ancillæ furtiue qui apud bonæ fidei possessorem conceptus est, licet apud alium editus, peti posse per Publicianam. Et si enim non solet dari Publiciana nisi ei qui cœpit vscapere ac in necessarium antecedens possidere,

In illa tamen specie aliud obtinet, quia nihil deat ad vfucapionem inchoatam nisi poffeffio, quã potèd haberet bonã fidei poffeffor apud quẽ conceprus partus fuit fi ancilla poffeffionẽ extraneus non occupaffet, atq; ita poffet hodie vfucapionem inchoaffe, quoniam apud eum editus quoque partus fuiffet, & æquẽ bona fide. Quidni ergo Publicianam habere debeat etiam nondum inchoata vfucapione, fcilicet contra eum per quem fctit, quominus inchoare illam potuerit: aut etiam contra alium quemlibet ab ipfo ius habentem. Planẽ fi queramus an fufficiat partum editum effe apud bonã fidei poffefforem ad hoc vt poffit ille vfucapere, diftinguendus erit partus ancillẽ alienã a partu ancillã furtiuã. In partu ancillã alienã edito apud poffefforem bonã fidei, licet concepto apud mala fidei poffefforem, non potest dubitatio vlla effe, quin partus vfucapi poffit, vt propria ei profit bona fides, nec ei mala noceat aliena. Sed in partu ancillã furtiuã videntur aliter atque aliter exiftimaffe Iureconfulti. Nam qui putarunt partum non effe partem ancillã, quod Scæuola credidit, *l. partum 26. De verb. fignif.* iidem exiftimarunt poffe vfucapi partum, quamuis conceptum apud furem, aut furis heredem: Quare eandem Scæuolã fententia est in *d. l. fi alienã §. vlt.* Nec alia Marcelli quoq; fuiffet videtur, eo fcilicet cafu quo ancilla conceperit apud furem & apud furis heredem pepererit. Cùm non aliter vfucapionẽ impediri dixerit quã fi partus & conceptus & editus fuiffet apud furem aut furis heredem, quod & feriptum est in *d. l. ancilla 12. C. de fur.* In quo cafu proculdubio à Marcello diflentit Scæuola qui tãtũ quoque vfucapi partum à bonã fidei emptore poffe credidit. Nam fi non admiffet Marcellus poffe vfucapi partum editum apud bonã fidei poffefforem quamuis conceptum apud furem vel furis heredem, ftulta effer illa Scæuolã contra Marcellum argumentatio ab absurdo fumpta, Quod nec fi partus apud bonã fidei poffeffori editus effer vfucapi tamen poffet. Quod enim Scæuola tanquam absurdum obiceret, idipfam Marcellus tanquam verum admitteret, quomodo & Iulianus admiffit qui hoc idem docet in *l. pen. de stat. hom.* Nempe fi ancilla prægnans fubrepta fuerit, quamuis apud bonã fidei poffefforem pepererit, id tamen quod ex ea natum est, vfucapi non poffet. Quod etiam pertinet quod Imp. Antoninus refcribit in *l. fi matrem 3. C. pro emptor.* Non eo minus poffe bonã fidei emptorem vfucapere pro emptore partũ ancillã, quod illa in furtiuã caulã incidit, fi modò apud eum cõceptus fit, vt intelligamus futurum, vt vfucapi nõ poffet, fi partus cõceptus effer apud furem, aut furis heredem licet editus apud bonã fidei poffefforem. Nec aliud est quod ab eodem Iuliano feriptum legimus in *l. non folum 3. in princ. §. de vfucap.* Poffe vfucapi partum etiam furtiuã ancillã fi apud poffefforem eo tempore conceptus & editus fuit quo furtiuã matrem effe ignorabat, vt proinde dubitari non poffit quin ea Iuliani fententia nõ tantũ Vlpiano fed etiam Imperatoribus, totique Iurifprudenciã magis placuerit. Quamquam nefcio quem ferupulum mihi iniicit Papiniani refponfum in *d. §. efi poffeffionis*, vbi neque conceptionis, neque natiuitatis tempus fpectandum effe putat in partu ex ea ancilla edito, quam post conceptionẽ & iam prægnantẽ emptam bona fide postmodum ante partum poffeffor alienam effe comperiffet. Sufficit enim Papiniano vt

emptor bonam fidem habuerit eo tempore quo tradita illi est ancilla ex caulã venditionis. Sed hoc non pugnat cum Iuliano qui fupradictõ loco de ancilla loquitur quã & furtiuã fuerit, & emptã priusquãm concepiffet, non de furtiuã quã conceperat ante venditionem, de qua in *d. l. pen. de stat. homin.* Confcntit porius cum Iuliano Papinianus, cùm vult traditam effe bona fide ancillã & hoc fufficere vt partus quoq; bona fide traditus videatur. Quam enim rationem habere poffet hæc fententia fi partus non effer quodam modo pars ancillã venditã & traditã? Non quafi cõftituat partem integram vt ita dicam ancillã quẽ non ob id minus integra est quod vacuo ventre fit, fed quia negari non potest quã in talem pars fit, & portio vifcerum matris, *l. i. §. ex hoc refcripto. §. de ventr. in fpec.* Alioqui fatendum certẽ effe ancilla venditã etiam prægnantẽ non idẽ venditum partum dici poffe, *l. 2. §. 4. §. pro fuo, d. l. fi prægnans 42. §. de emitt. l. 2. §. de vfucap.* Videtur autem hæc diffenfio ex alia fluxiffe quã inter veteres Iureconfultos fuit, An partus ancillã effer in fructu, *l. vtrius fuit que fito 68. §. de vfucap.* Quibuldam exiftimantibus effe in fructu, Inter quos Quintus Mucius Scæuola, fi credimus Ciceroni *lib. 1. de fuit. honor. & maior.* cuius opinionem fecutus videtur Q. Cæcilius Scæuola, gẽtilis eius de quo in *d. l. fignificã 10. §. vlt. vbi Cuiac. & d. l. partum.* Alij verd frequẽtiorẽ voto putarunt partum non effe in fructu quod absurdum videatur effe in fructu hominem cuius gratia rerum natura fructus ceterãq; res omnes comparauerit, *Lancillarum 27. fupr. de hered. pat. d. l. vtrius l. in pecundum 28. §. de vfucap. l. in his rebus 66. §. mancipia. §. fuit. matrimon.* Nam fi partus est in fructu, non potest effe pars ancillã cùm eadem res fui ipfius fructus effe non poffit, atque ita vtrumque hoc credidit Scæuola, Partum fcilicet in fructu ancillã non ipfius partem effe. Si verd nõ est in fructu, nec effe videtur vt fit pars rei, quod alij prudentes frequẽtiores exiftimarunt. Ita fit vt diffenfio vna facilẽ pariat aliam. Diffenfionis caulã certẽ in vtraque quæftione fuit & elegans & fubtilis, Scæuolã magiftri fui fententiam probauit Paulus in *d. l. 2. Pro fuo*, itẽmq; Põponius in *l. 4. co. tit.* Et nõ facilẽ video quomodo hi duo conciliari poffint. Apertẽ fiquidem Pomponij diftinctionem illud vellicat quod Paulus fcribit in *d. l. 4. §. de illo ver. §. si antequã pariat.* Initium vfucapionis effe intuendum fi cùm iam partem vfucapere emptor cõcepiffet, refcierit alienam matrem effe ficut in emptis rebus. Quã tamen adiectione an non fignificat apertiffimẽ, Ancillã emptã non idẽ emptum partum videri. Planẽ non dubito quin graue mendam fub fit in *d. §. de illo*, in iis verbis & hoc verum efi quã delenda effer arbitror. Ostendunt enim fequentia vique ad verfic. *si antequã pariat*, Refertur à Paulo fententiam Sabini, & Caffij. Suam verd incipere duntaxat exponere in *d. ver. §. si antequã pariat*, vbi adhibet diftinctionem quam Sabini & Caffius prætermiferant, vtrum ancillã furtiuã pro libertate à ferno datam, refcierit emptor furtiuã effe antequã pariat an ignorauerit, vt fi ignorauerit poffit vfucapere, fi refcierit non poffit: Idcõque in *d. ver. §. si antequã pariat*, legendum dicimus, nõ vt vulgò diximus, cùm in præcedentibus nihil tale Paulus diftinxerit, fed Caffij tantũ & Sabini fententiam, quã nullam admittere diftinctionem retulerit, Nec meliũ Iulianus in *l. qui ob pactionem 8. §. seq. §. pro empt.* indiftinctẽ quoque fcripfit, Eum

Eum qui ob pactionem libertatis ancillã furtiuã à ferno acceperit, poffe partum eius quafi emptorẽ vfucapere. Nam diftinctio Pauli fupradictas opinionẽ conciliantẽ omnino admittenda est. Cùm neque Sabini & Caffij ratio fit bona, neq; Iuliani. Nõ illa Sabini & Caffij quod poffeffio quam feruus vitiofẽ nactus est, nocere domino debeat. Cur enim noceat domino qui vt Iulianus difputat genere quodã, id est quodã modo emptor & fingularis fuffeffor est? Tunc enim dolus ferui nocet domino, cùm feruus acquirat domino, *l. in huiusmodi 11. §. de contr. empt. nõ autem* quando feruus cum domino ipfo efi iufta caulã cõtrahit vtrura pro libertate. Nõ illa etiam ratio Iuliani quod dominus quali emptor effe videatur, ex perpetua illa Iuliani fuppoftitione quod partus ancillã veditẽ fit pars rei venditẽ atq; ita venditus quoque debeat exiftimari. Nec enim Paulus hoc admittit, qui partum hũc emptum effe negat tam in *d. ver. §. si antequã pariat* quam in *d. l. 2. idcõq;* poffideri ait & vfucapi nõ pro emptore, fed pro fuo. In quo poffidendi & vfucapendi titulo fingularis est, vt nõ poffit prius incipere, quã poffeffio ipfa, quod in titulo emptionis, alitque emiffionis titulis, qui emptionis loco fuit, diaetium efi: Non vt cõtractus iniri fi infpici oporteat, fed vt poffit vfucapio incipere ante partũ editum, *d. §. efi poff. §. non l. in §. 4. §. de vfucap.* quamuis

4 ¶ Idẽm Iulianus generaliter dicit, ex qua caulã matrem vfucapere poffem, fi furtiuã non effer, ex ea caulã partum me vfucapere, fi furtiuã effe matrem ignorabam. Ex omnibus igitur cafibus Publicianam habebõ.

#### Ad §. 4. Idẽm Iulianus.

Sententia Iuliani quẽ in hoc §. refertur extat in *l. non folum 3. in princ. §. de vfucap.* vbi postquam dixit non folã bonã fidei emptores, fed & omnes qui poffident ex ea caulã quam vfucapio fequi folet, partum ancillã furtiuã vfũ fuum facere, fubiungit arbitrari fe id ratione iuris introducẽtum. Nam ex qua, inquit, caulã quis ancillã vfucapeter, nifi lex dante em tabulari vel Atinia obftaret ex ea caulã nec effe partum vfucapi fi apud eum conceptus & editus eo tempore fuerit quo furtiuã effe matrem efi ignorabat. Ratio dubitandi. Partus fecundum Iuliani fententiã quam retulimus ad §. præcedẽtem, & probauimus ex *l. pen. de stat. hom. l. qui ob pactionẽ 8. §. l. seq. §. Pro empt.* pars efi ancillã, & cùm ancilla efi furtiuã partus quoque per confequens pars efi rei furtiuã. Atqui ancilla non ob id de finit efi furtiuã quod apud bonã fidei poffefforiẽ per longum tẽpus mãfcuit, ibiq; conceperit, & pepererit, Idcõq; nec vfucapere potest quã in domini poteftatẽ redierit, adcõq; nec partus apud furem editus *l. ancilla 12. C. de fur.* aut etiam conceptus tantũ ex Vlpiani opinione in *l. qui vas 48. §. ancilla de fur.* repugnante licet Scæuola in *l. fi alienã 10. §. vlt. ceterãq;* Inecõfultis, quorquo fuerunt qui cum Scæuola partum ancillã negarũt ancillã partẽ efi, Inter quos fuprà enumerauimus Paulũ in *l. 4. §. de illo ver. §. si antequã pariat*, & Vfu. *l. si prægnans 42. §. de emitt. l. 2. Pro fuo*, & Pomponiũ in *l. si ancilla 4. co.* Eigo partum ex ancilla furtiuã licet apud poffefforem bonã fidei cõceptum, & editum vfucapi non poffe dicendũ efi. Quidni enim furtiuus erit & vicio reali affectus perinde ac fi apud furem aut furis heredem conceptus effer ac editus cùm fit ex ancilla quã femper remanet furtiuã? Dec. Furtiuã rem nihil facit nifi

Papin. ibidẽ videatur, vt fuprà diximus Iuliani fententiam fequi, & partum ancillã venditã ac traditã habere pro vendito ac tradito fi nõ formaliter, vt loquuntur philofophi, fal. efi eminenter. At Paulus nõ patitur incipere prius vfucapionem partus editi ex ancilla furtiuã, quã à ferno datã fit, nõ pro libertate, quã partus fit editus, nõ idẽm eo tempore quo daret bona fides. Nam prius vfucapionem admitteret incipere poffe, cogeretur vti que ire in Papiniani fententiam exiftimantis non eo minus poffe partum vfucapi, quod ante partum editũ mala fides fuperauiffet: Cùm fateatur Paulus in partu quoque non vedito hand fecus quã in rebus emptis initium vfucapionis intuendum efi. Quãvis enim loquatur Paulus de ancilla furtiuã, Papinianus autem de non furtiuã, vt fuprà post Cuiacium obferuauimus, tractat tamen Paulus de ancilla, quã apud dominum post contractum bona fide initum conceperit, vt & Iulianus in *d. l. qui ob pactionem 8. §. seq. Pro emptor.* quo cafu nemo vquam negauit vfucapi partum poffe: fed ita tamen meo iudicio, vt non ex conceptionis, fed ex natiuitatis hora incipiat vfucapio. Diffenferunt ergo in tota hac quæftione Iureconfulti, & diftinctiendi caulã, vt dixi probabiliiffimas habuerunt, quod à Iacobo Cuiacio, totique viris doctiffimis obferuatum non fuiffe demor.

fraudulenta cõtractate rei alienã inuito domino, quã furti diftinctio efi in *l. de fur.* Atqui partus ex ancilla furtiuã editus quantumuis pars fit rei furtiuã non tantẽ cõtractatus videri potest ante quã fit cõceptus cùm ante conceptionẽ non folũ nõ fit in hominũ fed nec in rerum natura, Tum autẽ duntaxat in rerum natura efi incipiat, cũ pars efi & portio vifcerũ matris, vt loquitur *l. i. §. ex hoc refcripto. §. de ventr. in fpec.* & fpec. an. v. atis, *l. 1. D. mort. v. r.* Eigo non ob id folũ quod partus ex ancilla furtiuã fit editus, potest eũ facere furtiuũ, nifi concurrat etiã illud, vt apud furem vel furis heredẽ editus quoq; fit vt Marcellus loquitur apud Scæuolã & Vlpian. in *d. l. fi alienã 10. §. vlt. §. de vfucap.* & Imp. Antoninus in *d. l. ancilla 12. C. de fur.* aut falte cõceptus, vt idẽm Vlp. nofter ex Iuliano hũc fcribit & in *l. qui vas 48. §. ancilla §. de fur.* Cùm enim cõcipitur, licet ex eo tẽpore incipit efi pars ancillã furtiuã, ita & nec effe efi vt eodẽ inftãti furtiuus fiat, fecundũm eos qui pro Marcello & Iuliano cõtra Scæuolã fentiuũ, in quo numero efi Vlpian. & n. falior, Papinian. quoq; in *l. n. §. efi poff. §. non l. in §. de vfucap. l. si id quod 7. §. de leg. 2.* Quãvis nõ idẽ huius partus nomine furti agi nõ poffit, quod nec Vlpianus ipfe diftinctur in *d. §. ancilla.* Nepe quia non potest interuerfa eius poffeffio quã furtiuã quã poffedit, vt ad §. præced. fuiffet explicauimus Solent nofteri difputare, an idẽ fit in fetu ex vacca furtiuã edito apud bonã fidei poffefforem. Non. n. de iunt, qui negent poffe vfucapi ex epi partus. Alij contra adfirmant, eũ quibus Iac. Cuiacius *l. 4. Obfer. c. 20.* Mihi ociofa efi quæftio videretur. Præfuppõnit enim quod & verũ efi, fœrum pecudis furtiuã non efi furtiuum quia non pars pecudis efi, vt partus pars ancillã, fed fructus. Atquin etiam fructus rei furtiuã, fi à bonã fidei poffeffore perceptus fit,



fit bonæ fidei possessoris sola perceptione, Interim quidem, ut ait l. bona fidei 48. de acquir. rer. domini. sed tam in statim l. 4. §. l. l. de v. cap. l. in pecudum 28. de v. r. Porro quod iam meum est non potest magis fieri meum, §. sic itaque Infr. de actio. Ergo nec fieri potest, ut usufructuarius saltem à bonæ fidei possessore: Quamvis si per tantum tempus eos possederit, quantò si iam eius non essent usufructuarius ab eo possent, debeat ei prodesse possessio ne illes quibus extantes cogatur officio iudicis restituere quos alioqui non nisi consumptione lucraretur, §. 1. Infr. de off. iudic. l. in libro 12. §. si quis seruum, ubi est text. elegans §. de capt. & possit. Quod si bonæ fidei possessor eos viderit sine percipiendos, siue iam ab ipso perceptos, neque locus esse potest questioni De usufructu. Cùm dominium quod bonæ fidei possessor vel habuit ob perceptionem, vel habuisset si percipisset ad emptorem transeat qui eos percipit ex bonæ fidei possessoris voluntate. Sicut enim bonæ fidei possessoris quoquomodo separati sunt à toto siue ab ipso, siue ab alio, l. si fructuarium m. §. m. 13. §. 1. quib. mod. usufr. amitt. l. qui per 25. §. 1. de v. r. l. si fructus 61. §. locum. §. de furt. Vnus ergo tantum casus est, quo videantur posse & debere usufructuarius, si forte quis eos emerit ab alio quam à bonæ fidei possessore, quem tamen vel dominum vel saltem bonæ fidei possessorem esse existimabat. Hoc enim casu cùm dominus fieri non possit fructuum quos necque à domino emit necque à bonæ fidei possessore, indigere videtur usufructuarius ut possit eos sibi acquirere. Nec dubitatio videtur vlla posse incurrere quin usufructuarius possint cùm nemo sit qui non fateatur eos futurius non esse: qua tamen sola ratione tentari poterat non posse illos usufructuarius, quod futuri viderentur, sed tamen si verum amantus neque hoc casu locus esse potest usufructuarius cùm bonæ fidei possessor tam secundus quam primus faciat fructus suos dummodo putet dominum fuisse illum qui vendidit & tradidit. Planè non sufficeret ut putet fuisse bonæ fidei possessorem. Includeret enim hæc opinio scientiam rei alienæ, Cùm quisquis bonæ fidei possessor tantum est, non sit dominus. Quod si quis bona fide fructus emerit iam perceptos ab illo qui eos mala fide percepit, tunc sanè usufructuarius necessaria quidem esset sed sequi non potest quia fructus sunt futuri, l. si fructus 61. §. loca-

§ ¶ Idem est & si ex partu partus est: & si non natus, sed post mortem matris, exfecto ventre eius, extractus est, ut & Pomponius libro quadragensimo scripsit.

Ad §. 5. Idem est.

Ratio dubitandi. Partus ex partu ancillæ natus non potest dici partus ancillæ furtivæ, licet primus partus fuerit editus apud furem aut futis heredem. Qui casus est de quo hic tractat Vlpianus. Non enim habet ancillam illam matrem. Ergo non debet prodesse bonæ fidei possessori quod subsequens partus apud eum sit editus, vel non, debet eidem nocere quod ancilla quæ prior partum peperit, furtiva sit.

Dec. Vbi eadem iuris ratio est ibi & ius idem constitui debet, leg. illud 32. Infr. ad leg. Aquil. l. 3. §. unde etiam Infr. de in iust. rupt. Atqui eadem iuris, & æquitatis ratio est in partu partus, quæ in partu quantum ad omnia, id est siue quod ad usufructuarius, siue quod ad Publicianam, siue quod ad cau-

ni §. de furt. Idè; sanè est quod Vlp. monet in d. l. qui vas 48. §. non tamen (sic namque cum Cuiacio legendum arbitror & inde inchoadum §. cum Gothofredo, qui subtiliter sanè ac feliciter & longè felicius quam Cuiacius locum illum meo iudicio emendavit.) Non idem in pecudibus seruandū esse & in earum factu quod in partu. Nam ex futurius e quis natos scilicet apud bonæ fidei possessorem, licet apud furem conceptos aut apud futis heredem statim ad bonæ fidei emptorem pertinere. Merito, inquit, quia in fructu numerantur, idè; que nec de ipsorum usufructuarius quarendum est: At partus ancillæ non numerantur in fructu, & idè; usufructuarius & possunt & debent ut acquirantur. Separanda igitur est causa usufructuarius & acquisitionis fructuum, V usufructuarius enim res futiva non potest, At fructus ex re futiva percepti dummodo à bonæ fidei possessore, statim ei acquiruntur & quidem pleno iure licet eos non lucraret ante consumptionem, l. 4. §. possit ut em. §. Infr. reg. ind. & d. l. 4. §. l. l. de v. cap. l. questum 40. d. de v. r. dom. differentia ratio est quoniam usufructuarius iuris est. Bona verò fides ex qua fructuum acquisitionis pendet tota est facti, ut subtiliter ratiocinatur Paulus in d. l. bona fidei 48. §. in contrarium eod. ill. tit. & in §. §. ubi observandum est De omnibus fructibus duntaxat tractare Paulum, cùm ait eos esse in fructu ad exclusionem partus qui non est in fructu, in eo namque prudentes omnes possit Brutū vno excepto Sequola consentit ut, d. l. vlt. questio. Et idè; inquit Paulus ad bonæ fidei emptorem fructus pertinent. Etiam si prægnantes oves venierint & subieptæ sint. Sic enim eo loco legendum & emendandum esse probabilis est quam ut cum Cuiacio legamus quæ pro vel. Porro cùm de Publiciana tractamus non tantum ad bonam fidem, sed ad ius potissimum usufructuarius respicimus, Vt tam sape à nobis supra dictum est. Ergo bona consecutio est & illatio Vlpiani in illis verbis Ex omnibus igitur casibus Publicianam habebit, id est ex supradictis omnibus casibus de quibus diximus in duobus §. §. precedentibus qui sunt de partu. De factu ovium & alis fructibus, quia usufructuarius nunquam possunt ut probauimus, nec potest Publiciana locum habere. Aut enim sunt statim bonæ fidei possessoris, Aut si à mala fidei possessore percepti sunt futuri fiunt. Proinde neutro casu usufructuarius possunt.

sam futivam, Nec quicquam refert an de partu primo agamus an de secundo, sicut & in hominum genere plerumque quo in filio ius est, in nepote etiam locum habet ne melior sit causa nepotis quàm filij l. 3. C. de bon. matern. l. liberorum 220. §. vitium. De verb. signific. quia continuatio sanguinis facit, ut quod per se aliud reuera est, continuatè tamen idem esse existimetur ut Baldus loquitur ad l. 1. per ill. text. C. de condic. Infr. Ergo quæ in precedentibus tractauimus circa usufructuarius & Publicianam in partu ancillæ futivæ, eadem & in partu partus tractata videri debent.

a Post mortem matris exfecto ventre eius. Ratio dubitandi. Partus hic qui post matris mortem exfecto eius ventre extractus fuit, neque natus dici potest, neque editus, sed extractus. Ergo quæ in precedentibus dicta sunt de partu nato & edito apud bonæ fidei

fidei possessorem, ad hunc partum extractum pertinere non possunt.

Dec. Eadem omnino iuris & æquitatis ratio est in partu extracto quæ in edito, cùm diueritatis ratio reddi nulli possit, Quod satis est, ut proximè diximus ex d. l. 3. §. unde etiam §. de in iust. rupt. Ergo idem ius in partu quoque extracto constitui debet. Notandus autem est hic locus contra eos qui putant sceminam posthumum propriè habere non posse, quare fieri nequeat ut ex matre iam mortua

6 ¶ Idem ait, ædibus emptis si fuerint diruta, ea, quæ ædificio accesserunt, huiusmodi actione petenda.

Ad §. 6. Idem ait.

Ratio dubitandi. Qui emit ædes à vero quidem domino, sed ex alienis tamè tignis edificatas, numquam tigna illa vel emalle vel possidisse videri potest, Quoniam aliud est ædes dicere, Aliud verò tigna & camenta ex quibus ædes constructæ sunt l. cum qui ædes 23. §. de v. r. Atqui Publiciana requirit & titulum & possessionem præcedentem bona fide coniunctam, ut & inchoari potuerit usufructuarius & completi, Vt tam sape inculcauimus ex §. namque. Infr. de actio. & l. 1. §. pass. sup. hoc tit. Ergo si quis ædes emerit quæ fuerint diruta, ea quæ ædificio accesserunt si aliena fuerint, per Publicianam petere non potest, Sed eorum diuersa vindicatio danda est ei qui postinus matris dominus fuit. Aut si quis nolit camenta & tigna aliena iuncta ædibus eodem iure censeri quo ædes ipsæ censentur, Tantò magis dicendum est, non esse locum Publicianæ, si ponimus cum Accursio emptas fuisse ædes à vero domino: Cùm qui emit & accepit rem à vero domino competat directæ vindicatio, l. quoties 19. C. de rei vindic.

Dec. Solet quidem Publiciana ei dari qui rem petitam aliquando possederit, sed tamen ex causa datur aliquando ei, qui nunquam possedit, si modo in eo statu res sit, ut possideri & usufructuarius potuerit, ut in §. partus sup. l. cum sponsus prox. §. is cui §. In proposito autem dubium non est, quin is qui emit ædes, siue à non domino, bona tamen fide, siue à domino quidem, sed qui ædibus suis aliena tigna iuxerat, possessurus fuerit ea tigna dirutis ædibus, & ea usufructuarius, si possessionem non amittisset quam à venditore acceperat. Ergo & Publiciana ei danda est non quidem contra dominum camentorum, & tignorum (nec enim datur nisi in certis casibus Publiciana aduersus dominum, l. pen. & v. l. §.) sed contra extractum camenta illa & tigna possidentem. Nam etsi columna ædibus iuncta, & cum ipsis empta, cuius effectus, actio exempto eo no-

7 ¶ Quod tamen per alluionem fundo accessit, simile sit ei, cui accedit, & idè; si ipse fundo Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, & ad partem, quæ per alluionem accessit, & ita Pomponius scribit.

Ad §. 7. Quod tamen.

Huius §. sententiam proximè iam ad §. præcedentem explicauimus. Ratio dubitandi. Publiciana nati non solet alij quam ei qui possessionis suæ titulum aliquem habeat, & quidem iustum & talem qui sit habilis ad transferendum dominium, l. 1. l. 3. §. 1. sup. l. prox. §. hoc tit. Atqui non potest dici emptor fundi habere titulum vllum pro ea

partus adhuc viuus extrahatur Quod certè falsum est, Non minùs quam verum è contrario est, Non posse dici peperisse eam, cui mortuæ filius extractus est l. amicus 132. §. 1. de verb. sign. ubi malè Haloander ob hanc causam legit mortuum pro mortua Vt constat ex hoc ipso loco & ex l. posthumus 6. de v. r. simili modo, sup. de inofficioj. testam. & l. quod dicitur 2. §. de liberis & posthum. Iunge l. etiam 141. de verb. sign.

mine competeret, d. l. cum qui ædes 23. §. si autem columna de v. r. Non alia ratione quam quia emptis ædibus empta sit viuertitas ædium, in qua continentur omnia quæ sunt ædium, ac proinde & columna, & camenta, & tigna quamuis aliena: quæ idè; nemo dubitat posse usufructuarius dummodò inchoetur usufructuarius tanquam rerum mobilium à tempore dirutarum ædium, d. l. cum qui §. vlt. Itaque nihil interest an dicamus cum Accursio emptas ædes fuisse à non domino, an verò à domino qui aliena camenta suis ædibus iuxerat. Nam quæ ita o facit, ut possent ædes peti per Publicianam cùm cæpitent usufructuarius, quia iam possessæ fuerunt, eadem facere debent, ut pro tignis quoque dati eadem actio debeat quamuis possessa nunquam fuerint, quia possident ex iusto titulo potuerunt, & possessa fuisse nisi ab extraneo præoccupata & usurpata possessio fuisset. Quæ tanè sequuntur in §. prox. de iis quæ per alluionem accedunt probabilior em faciunt interpretationem Accursio, ut hic locus intelligatur de ædibus emptis à domino. Subicitur enim per aduersariam Quod tamen per alluionem fundo accessit, simile sit ei cui accessit Quæ verba bene Azo sic explicat, ut inter hunc casum & superiorior differentia illa sit, quod in superiore ea quæ accedunt ædibus, non eodem, quo ipsæ ædes, iure censentur. Cùm enim ædes vindicari possint, non autem per Publicianam peti, tanquam empta à vero domino. Tigna tamen ædibus iuncta si diruta sint ædes, vindicari non possunt, sed per Publicianam peti debent: At cùm aliquid fundo accessit per alluionem, Non aliter peti per Publicianam potest id quod accessit quam si id cui accessit peti potuerit. E contrario autem, si id cui accessit vindicari directò potuerit, per Publicianam quoque id quod accessit non petatur, sed per directam vindicationem. Nulla autem inter hos casus esset diuersitas si empta fuissent ædes à non domino, Tunc enim & ædes & tigna non nisi per Publicianam peti possent.

fundi parte quæ post contractam emptionem accessit per alluionem, Eatenus siquidem vendita res esse intelligitur, quatenus tunc fuit cùm venderetur, l. Ruilia Poia 67. §. de contr. empt. Contractus enim tempus semper spectandum est, l. bonitaris 13. §. de emi. l. si voluntate 8. C. de rescind. vend. Tempore autem contractuum ea pars fundi quæ per alluionem accessit nondum accesserat, nec proin-

de vendita fuerat, Ergo tanquam possessa sine titulo ea pais nec vlcapi, nec per Publicianam peti potest.

Dec. Per alluionem accrescit portio portioni non personæ, l. si Titio 33. in fin. de vsu. ideo que cedit commodum etiam usufructuarij l. rem si fundi 9. §. hinc vicinus. cod. tit. Ergo quemadmodum fundus alienus, cui portio accrescit fuit veditus, & per Publicianam peti potest, ita & portio quæ per allu-

8 ¶ Idem adiicit, & si statua emptæ partes recisæ petantur, similem actionem proficere.

Ad §. 8. idem adiicit.

Ratio dubitandi. Partes integrales statua emptæ vbi recisæ sunt à statua iã nō sunt pars statua, nec tale quid quod separatim venditum dici possit. Est enim statua ex eorum corporum numero quæ dicuntur l. quæ & vnita, quæ scilicet vno spiritu continentur, vt Pomponius loquitur in l. rem mixturam 30. §. de vlcap. Ergo nec per Publicianam separatim peti possunt, sed tantum simul cum statua si statua ipsa tota petatur. Dec. Meum est quod ex re mea superest, ideo que & vindicari potest l. solium 49. §. 1. i. p. ut. prox. Ergo & pars statua quam emi recisæ mea esset, si eã à domino emissem. Cùm verò à non domino quidem emerim, sed bona fide factis mihi est ad Publicianam, vt qua actione possem statua perire, possem etiam partes statua recitas. Vt eadem in omnibus ratio sit partis quæ totius. Etiam in Publiciana quemadmodum in directa rei vindicatione l. que de tota 76. sup. eo. ut. prox. Nec video cur glossatores nostri hunc §. intelli-

gationem accessit, quamuis possessa numquam fuerit, quia nunc possideretur si fundi possessio & vlcapio per extraneum vsurpata non fuisset. Proinde si fundus ipse per Publicianam peti non possit, vt puta si res talis sit, vt eam lex aut constitutio alienari prohibeat, vt in l. prox. §. si res. j. dicendum erit nec Publicianam pro ea parte quæ per alluionem accessit, competere.

gant de partibus quas statua dominus ex aliena materia iunxerit, siue per ferruminationem, siue per adplumbaturam: Cùm equè possit ex Iuliani & Vlpiani sententia procedere in partibus emptæ statua alienæ vt diximus. Quamquam admitto facile quod illi volunt, si de his partibus loquamur quæ per ferruminationem aut adplumbaturam adiunctæ sunt, & queratur qua actione postquam recisæ fuerint peti possint, separandam esse ferruminationem ab adplumbatura, Secundum distinctionem Pauli in l. in rem 23. §. ut in quacunque i. p. ut. prox. Sed tamen si propitis inspicere volumus dici non potest meo iudicio, qua arte vel ratione possint esse recisæ partes quæ fuerant iunctæ per ferruminationem, Cùm ferruminatione per eandem materiam faciat confusionem materiarum d. §. item quacunque, id est, vt materia iuncta nō possit ab ea cui iuncta fuit discerni, nō magis quam separari, eã vnitate maioris materia non tam iuncta quam vnita, nec tam vnita, quam cõsumpta esse videatur.

9 ¶ Idem scribit, si aream emero, & insulam in ea ædificauero, rectè me Publiciana vsurum.

Ad §. 9. idem scribit.

Ratio dubitandi. Qui aream emit, non ideo potest videri emisse ædificium quod ipse postea in area illa ædificauerit, & quod emptionis tempore nondum in rerum natura erat, Cùm empta area nec posset dici insula, nec pars insula nondum in ea ædificata, sicuti dicimus aream legatã si postea in ædificata fuerit peti interim non posse l. si chorus 79. §. aream. De lega. 3. Atqui Publiciana non competit nisi pro ea re, quæ ex iusto aliquo titulo fuerit antè possessa, vt toties inculcauimus. Ergo pro ædificio quod post emptionem in area emptæ ædificatum sit, Publicianam emptor habere non potest, cùm Publiciana non nisi tempus emptionis contineat, vt idem Vlpianus noster loquitur in l. sed et si 7. aliis l. cum qui §. Publiciana, sup. hoc tit.

Dec. Superficies & naturali & ciuili ratione cedit solo l. 2. §. de sup. r. j. c. l. qui res 95. §. aream in fin. §. de solut. Ergo qui aream emit ius quoque adquirendi dominij in insula quam in area illa quandoque poneret emisse intelligitur. Ac proinde quemadmodum si aream emisset à domino, etiam ædificij in area postmodum positi dominium sibi acquisiisset, ita & emendo alienam aream acquisiuit sibi ius vsucapiendi cum area ædificium quod in ea quandoque poneretur, (nec enim superficies longo tempore siue solo capi potest, nec solum siue superficie l. numquam sup. r. j. c. l. si solus 39. §. de vlcap.) consequenter ius Publicianæ eo nomine exercenda: quippe quæ causam vsucapionis sequi ferè semper & in omnibus solet l. prox. §. si res. j. §. namque Inst. de action.

10 ¶ Item, inquit, si insulam emi, & ad aream ea peruenit, æquè potero vti Publiciana.

Ad §. ult. Item, inquit.

Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadem est quæ ad præcedentem, sed inuersa. Nam qui emit insulam alienam bona fide si insula ad aream vsque sit deposita, & vt loquitur hinc Vlpianus ex Iuliano si ad aream vsque peruenit, ideo non videtur posse Publicianam habere, quod non aream ipsam emerit, sed insulam quæ porò amplius nulla est. Titulum autem necesse sit aliquem præcede-

re pro ea ipsa re, quæ per Publicianam peratur, Sed aliud tamen respõdetur, quoniam area empta fuit simul cum insula, Et quãuis insula conuerit, area tamen superest quæ pars est insula, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit, vt scriptum est in l. qui res 98. §. aream in fin. §. de sol. Sic dicimus eũ cui insula vsufructus legatus est, quamdiu quilibet portio eius insula remanet totius soli viuam fructum retinere l. si cui insula 35. §. de vsu.

12. P A V L V S libro 19. ad Edictum.

Cum sponsus sponsæ seruum donauit eumque in dotem accepisset ante vsucapionem: rescriptum est à Diuo Pio, diuortio facto, restituendum esse seruum: non valuisse donationem

nationem inter sponsum, & sponsam dabitur. ergo & possidenti exceptio, & amissa possessione, Publiciana: siue extraneus, siue donator possideat.

Ad l. cum sponsus 12.

Ratio dubitandi. Donatio rei alienæ non valet l. si filius 2. §. si autem 10. l. si patri 24. C. de don. præsertim verò si eam postea maritus, idemque donator in dotem accepit, Cùm etiam si quis rem suam alij donaret statim eam ex alio nono titulo recepturus, impediretur vtique translatio dominij l. qui sic 55. §. de iur. l. si tibi 20. §. de reb. credit. vbi licet agatur de eo qui tibi pecuniam donauit, vt eam tu illi crederes. Quid tamè interest an ita donatio facta sit, an ita potius vt eadem res tibi in dotem constitueretur? Nam & per dotis constitutionem equè ac ex causa mutui dominium acquiritur certum est l. doce 9. C. de rei vind. Non potest igitur sponsa cui sponsus alienam rem donauit habere Publicianam ex illa donatione ne quidem contra extraneum, Quia ex quibus causis dominij trãsferri non potest etiam si à vero domino facta traditio proponeretur ex his, nec vsucapiendi condicio sequi potest si aliena res fuit, Ne maiorem vim habeat traditio à non domino facta ad vsucapiendum, quam traditio facta à domino ad dominium transferendum. Accedit, quod donatio à sponso in sponsam collata nō alia contẽplatione facta videri potest quam futuri matrimonij quasi sub illa conditione, si nuptiæ sequerentur, vt de dotis stipulatione dici solet, quæ licet pura sit, tamè ex qualitate & natura subiectæ materiae tacitam conditionem nuptiarum futurarum habere intelligitur l. stipulatio 21. d. iur. do. Itaque eã videatur donatio collata in tẽpus futuri matrimonij, non magis valere potest quam si facta esset inter coniuges. Inter quos certũ est prohibitam donationem quamlibet inter viuos per quam & pauperior fiat is qui donat, & locupletior is qui accipit l. l. §. 101. iur. de donat. inter vir. & vxor. Non tam enim spectandum est tempus quo fit dispositio, quam illud in quod dispositio contertur l. quod sponsus 4. C. de donat. ant. nupt.

Dec. Donatio inter sponsum & sponsam prohibita numquam fuit, sed inter coniuges duntaxat l. 1. C. eod. Excepta illa quæ collata sit in tempus matrimonij, de qua in dict. l. quod sponsus. Nam & extraneus plerumque dotem constitutus tradit rem aliquam hoc addito, vt tamen non fiat dotis prius-

quam sequantur nuptiæ, Quo casu traditio habet conditionem expressam quæ impedit ne dominij interim trãsferri possit l. si ego 9. §. si res. j. de iur. dot. l. omnia 7. §. de reb. credit. Extra hunc casum, nihil est quod impediatur ne donatio valeat inter sponsum & sponsam eã non sunt coniuges l. si sponsus 5. §. de don. inter virum & vxor. Nisi forte poneres ea lege donatam rem à sponso, vt sibi protinus in dotem daretur, vt in dict. l. si tibi, quod hic non euenit. Ponimus enim factam purè donationem, & ita donatæ traditionem. Secutam autem ex intervallo dotis dationem. Quidni enim potuit res donata & iam spõsæ acquisita dari postmodum in dotem vt aliam mulieris rem quamlibet? An non veniet ea res in generalem dotis constitutionem si fortè mulier bona sua omnia in dotem dedisset? quod vtique facere nulla lege prohibetur l. 4. C. de iur. dot. Ergo quemadmodum si sponsus sponsæ rem suam donasset dominium statim per traditionem in sponsam transiisset. Ita si aliena res donata sit, necesse est transferri in sponsam vsucapiendi conditione, ac proinde Publicianam quæ vsucapiedi ius sequi aut potius conceitari semper solet, cùm bona fide traditionis tempore mulier habuerit. Ergo si antè completam vincionem vt scilicet diuortium, danda erit Publiciana mulieri ad hoc, vt seruus restituatur, siue donator ipse possideat, qui eũ ipse donauerit factum suum improbare non potest l. post mortem 25. sup. de adopr. nec præterea potest recusare quominus res reddat quam in dotem accepit etiam quam sciens mulier alienam dedisset l. si alienam 11. §. solut. matrim. quo tamen casu Publiciana dari non potest mulieri quæ malam fidem habuisset, siue extraneus, qui quod ad extraneum attinet, perinde haberi debet inchoata vsucapio acti iam completa esset. Multò magis possidenti mulieri danda erit retentio, quia cui damus actionem, Multò facilius & exceptio & retentio si possideat danda est ex iuris regula l. inuitus 16. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. is autem j. de sup. r. j. c. l. 1. §. de pignor. Igitur contra maritum duplicem actionem habebit mulier Publicianam & actionem de dote, vt bene Accursius notat ex d. l. si alienam. Contra extraneum verò Publicianam solam.

11 ¶ Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nactus possessionem, vt potest Publiciana.

Ad §. 1. Is cui.

Ratio dubitandi. Restitutio hereditatis quantumlibet facta ex Trebelliano Senatusconsulto non transfert possessionem rerum hereditariarum in fideicommissarium quousque ea sit corporaliter apprehensa, tamen res omnes hereditariæ statim fiant in bonis fideicommissarij l. facta 63. in princ. §. ad S. C. T. rebell. Atqui sine possessione locum habere non potest vsucapio l. sine possessione 25. §. de vsucap. nec proinde Publiciana quæ datur eo colore quasi vsucapio completa sit quam necessariò prius inchoata esse oporteret §. namque Inst. de action. Ergo ei cui ex Trebelliano S. C. restituta fuit hereditas non potest Publiciana competere pro ea re quam fideicommissarius ipse numquam possedit, licet defunctus possederit.

Dec. Defunctus qui rem alienam ex iusto titulo

& bona fide possidebat, eãque ideo vsucapere cepit, haud dubiè poterat vti Publiciana. Ergo & is cui ex S. C. Trebelliano hereditas ipsius restituta fuit, licet verbo tantum poterit eãdem actione vti ex persona, scilicet defuncti & tanquam hereditaria, cùm sit loco heredis l. 2. §. lita tamen 27. §. qui ex Trebelliano. d. l. facta in pr. l. restituta 27. §. pass. §. ad S. C. T. rebell. §. restituta. Inst. de actio. In herede enim & consequenter in fideicommissarium vniuersalem transeunt actiones omnes & ciuiles, & prætoriarum quas defunctus exercere poterat, & quibus conueniri potuisset l. 1. cod. §. d. §. qui ex Trebelliano. l. si heres pecuniam 73. cod. Accursius noster malè ac infeliciter tentat Publicianam saltem vtili heredi competere ex propria persona, quamuis numquam rem possederit. Nam si res fuit defuncti non indiget heres Publiciana vtili ex pro-



pria persona, nec eam habere potest etiam si maxime velit, qui tanquam dominus suo nomine dicitur. Etiam habet rei vindicationem. Publiciana enim domino numquam datur. Si vero res quam possedit defunctus, fuit aliena, quod semper supponendum est eam de Publiciana tractatur, fieri certe nequit ut Publiciana, quae defuncto iam competuit competat heredi alio iure quam hereditario. Et longo facilius est, ut Publiciana competat ei, qui nec possidere cepit unquam, neque usufructu, ut in casibus *l. proxi. §. partus*, & *§. idem ait adibus §. cod.* quam ut ex propria persona competat, vel utilis ei qui defuncto successit, cui iam ceperat dicitur etiam co-

2 ¶ In vectigalibus, & in aliis praediis, quae usufructu non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

*Ad §. 2. In vectigalibus.*

Ratio dubitandi. Publiciana non potest competere nisi pro his rebus quae possunt usufructu cum eo colore datur quasi res iam usufructu sit *namque Instit. de action.* Atqui vectigalia praedia & stipendiaria & tributaria, & alia huiusmodi non possunt usufructu, ut Paulus hic scribit. Ergo nec si bona fide mihi tradita sunt, Publicianam tamen eorum nomine habere potero. Sicut in *§. proxi. seq.* scriptum est in ea re quam lex aut constitutio alienari prohibet, non posse Publicianam eo nomine competere, non alia utriusque ratione quam quia prohibita per legem alienatione, usufructu quoque prohibita intelligitur *l. si fundum 16. §. de fund. dor. l. alienationis 28. §. de ver. b. signific.*

Dec. Multum interest an res ipsa per se talis sit quae usufructu non possit, ut puta propter vicium aliquod reale, ut euenit in re futiva, vel immobili re vi abrepta. Eiusmodi namque res usufructu non possunt, futiva quidem ex lege duodecim tabularum & ex lege Atinia. Vi autem abreptae ex lege Iulia Plautia *l. non solum in pr. 33. §. 1. l. quam rem 38. §. de usufr.* Idem est si res sit filici *l. ubi lex 24. §. 1. cod. m.* Et quia his casibus lex usufructu inhihet, bona fides possidenti nihil prodest *d. l. ubi lex in pr. id est*, ne quidem ad Publicianam quousque vicium rei sit purgatum *cod. leg. §. 1.* An vero talis res sit quae per se usufructu possit, quamuis aliqua ratione & secundum quid, ut logici loquuntur, non sit usufructuibilis. Ut euenit in fundis vectigalibus, quos dicimus non posse usufructu in praedictum municipium quorum sunt vectigales, quibus scilicet nihil potest imputari etiam si longo tempore quis eos possideat, cum non possint rem auferre quandiu pensio, vel

3 ¶ Idem est, & si superficiariam insulam a non domino, bona fide emero.

4 ¶ Si res talis sit, ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

*Ad §. 3. Idem est, & §. 4. Si res talis sit.*

Ratio dubitandi. Nihil verat talem esse rem quae usufructu non possit, Et tamen posse illam peti per Publicianam, ut euenit in fundis vectigalibus, superficiariis, & aliis, de quibus in *§. proxi. sup.* Ergo etiam si talis res sit ut eam lex aut constitutio aliqua alienari prohibeat, Publicianam tamen eo quoque casu dari nihil prohibet, si modò res illa bona fide tradita proponatur.

Dec. Praetor nihil contra leges facere potest, quàm praeter leges possit facere, & faciat permulta l.

perere. Argumento est quod pro ea re quae defunctus numquam possedit, nec heres ipsius, nec vniuersalis fideicommissarius Publicianam, siue dicitur etiam, siue utilem habere possit. Alia cautio est legatarij, de quo etiam Accursius tractat. Nec enim vniuersalis & iuris successor est, sed singularis *l. quae dicitur §. nihil inter se, sup. de eden. §. legataris inst. de test. ord.* quàmvis in re legata quodammodo quasi heres esse videatur, in quibusdam scilicet est, quantum ad accessionem temporis, ut seipsum interpretatur Paulus in *l. id tempus 14. §. 1. §. de usufr.* De Publiciana pro legato danda legatario scriptum ad *l. 2. & 3. sup. itemque de danda illa donatario causa mortis.*

tributum, vel stipendium soluitur. Ceterum si quid sit quod ipsi municipibus, qui soli domini sunt imputari possit, puta si pro rebus vectigalibus ex causa damni interdicti cauere iussi sint, nec cauerint, Constat vicinam adium qui ex primo decreto Praetoris in eorum possessionem missi. deinde ex secundo eandem possidere iustus est posse ab illo tempore eas usufructu, & dominium earum sibi acquirere, quod municipes habuerunt *l. si finitas §. §. de vectigalibus. & §. §. iulianus §. de dam. inst.* De cuius loci itemque huius interpretatio evidenda sunt, quae pluribus scriptimus *lib. 20. Coniunct. cap. 11.* Vbi etiam referimus vulgarem illam & commerciam distinctionem interpretum De dominio directo & utili, De quo hic etiam Accursius. Hoc igitur casu quo agitur de fundis vectigalibus, vel stipendiariis, vel tributariis, vel denique superficiariis, quia eorum usufructu non lege aliqua vel constitutione nec simpliciter & absolute, sed secundum quid ex mera tantum iuris ratione prohibita est, mirari nemo debet competere Publicianam eorum quoque nomine si bona fide tradita sint, quia non quae ratio usufructu impedire eadem potest impedire Publicianam, quippe per quam non ipsorum municipum ius laedatur, sed possessoris tantum. Nec enim Publiciana dominium vllum auocat, sed possessionem tantum, quamuis eam non nudam, sed cum utilitate, & commodo fructuum coniunctam, ut eleganter Papinianus tractat in *l. si cum venditor 66. §. 1. §. de cens.* De cuius quoque sententia scripti dicitur *cap. 11.* Itemque de superficiariis adibus, de quibus etiam Paulus in hoc §. subiicit, & nos diximus ad *l. in specialibus 73. §. 1. & l. seq. sup. tit. 1.*

necnon 28. §. quoad eius. sup. ex quib. caus. maior. Atqui contra leges & constitutiones faceret si tueretur per Publicianam cum qui rem petitam usufructu per leges prohibetur, & quam proinde nec videri potest usufructu. Ergo quoties usufructu lex aut constitutio aliqua prohibet, non potest Praetor dare Publicianam, quia faceret contra leges. Exemplum est apud Accursium in fundo dotali qui per legem Iuliam sicut alienari prohibetur ita & usufructu *l. si fundum 16. §. de fund. dor.* Item in fundo pupillari *l. bone fidei 48. §. 1. de acqu. rer. domi. l. si com-*

mumem 10. §. quemadmodum. seruit. amitt. Addit Accursius alind exemplum de praedio minoris quod post Seueri orationem & constitutionem alienari non potest sine decreto *l. 1. & 10. tit. §. de reb. cor. l. 2. & 10. tit. C. de praed. minor. sed non satis accommodatè. Non enim res minorum alienari prohibentur simpliciter, sed tantum sine decreto, Et posse illas usufructu, earumque dominium per usufructu acquiri constat ex eo, quod contra eos qui res minorum tenent, postquam usufructu dominium acquisierint restitutionis auxilium eis decerni debet *l. vnic. C. si aduers. usufructu.* Nec de rebus pupilli scriptum esset usufructu non posse illas, si in rebus cuiuslibet minoris idem iuris esset. In eo sane par minorum omnium causa est, quod si quis emat etiam a pupillo sine tutoris autoritate, quem tamen puberem esse*

se putet, aut a minore quem maiorem esse putet, procedit usufructu, & consequenter Publiciana quoque competet *l. sed et si 7. §. si a minore sup. hoc tit.* vbi diximus. Planè quod adfert idem Accursius de rebus sacris sanctis, & religiosis, & publicis populi Romani & ciuitatum, & liberis hominibus ex *l. usufructu 9. §. de usufr.* omnino alienum est. Et si enim illarum quoque rerum omnium nomine non magis Publiciana competit quam usufructu, non tamen ratione illa hoc fit, quod usufructu nequeant; Nec quod Praetor neminem contra leges tueri debeat, quae Pauli in hoc §. ratio est, Sed quia res illae non sunt in hominum commercio, ideoque nec actiones vllae earum nomine competunt quae non nisi commercij gratia comparatae sunt.

5 ¶ Publiciana actione etiam de infante seruo nondum anniculo uti possumus.

*Ad §. 5. Publiciana.*

Ratio dubitandi. Res mobiles, in quarum numero serui numerantur *l. 3. §. Nervae filius §. de acqu. poss. non possunt usufructu nisi anno vno ex illa lege duodecim tabularum *l. si auctoritas fundi biennium esto. Ceterarum rerum usus annuus esto.* Nec proinde fingi possunt usufructu ante annum, Inspecto scilicet iure veteri. Nova enim Iustiniani Constitutio in *l. vnic. C. de usufr. transform.* substituit triennium in locum illius anni veteris: Quod non satis videtur obseruasse Accursius qui responsum hoc Pauli ex noua illa constitutione interpretatur. Atqui anniculus is demum infans est, qui annum iam compleuit, anno tamè ciuili non ad momenta temporum computato, ut idem Paulus non ster loquitur in *l. anniculus 13. §. de verb. signific.* Ergo infans qui nondum anniculus est non potest esse reuera usufructu, Nec proinde fingi usufructu, Ne plus possit fictio in casu ficto quam veritas in casu vero, contra *l. filio 23. de liber. & posthum.* Proinde nec Publiciana huius infantis nondum anniculi nomine videtur competere posse, Cum detur eo colore qua-*

si impleta sit usufructu, Quae scilicet impleri potuit, licet nondum sit impleta *§. namque Instit. de action.*

Dec. Publiciana nihil requirit, nisi inchoatam usufructu, & in necessarium antecedens ea quae ad inchoandam usufructu sunt necessaria, id est, possessionem traditam ex iusto titulo, acceptamque bona fide *l. 1. l. 3. §. 1. l. sed et si 7. §. pen. sup. hoc tit.* Atqui usufructu inchoatur à primo momento traditae possessionis ex iusto titulo, & acceptae bona fide. Ut ex eo constat quod in usufructuibus tempora computantur, licet non ad vltimum usque momentum postremae diei, à primo tamen momento primae horae *l. in usufructuibus 6. & seq. §. de usufr. l. pen. in princip. §. de diuers. tempor. praer.* Ergo à primo illo momento inchoatae usufructu incipit Publiciana competere. Ut enim usufructu inchoata fingi possit impleta, quae fictio utriusque ad Publicianam necessaria est, sufficit ut impleri quandoque possit: quia & is qui nondum anniculus est, spectatur tamen aliquando futurus, & certum est usufructu completum iri, adueniente trecentesimo sexagesimo quinto die: quem utriusque tandem aliquando venturum esse certum est.

6 ¶ Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest.

*Ad §. 6. Si pro parte.*

Ratio dubitandi. Publiciana datur eo colore, quae usufructu iam completa sit, ut proximè & iam alibi tam saepe diximus. Atqui non potest res usufructu pro parte, Ne alioqui vna & eadem res diuerso iure censetur *l. eum qui ades 23. in fin. §. de usufr.* Ergo nec pro parte peti per Publicianam potest. Dec. Datur Publiciana ad exemplum vindicationis, & ideo quaecunque superiore titulo dicta sunt de directa vindicatione, ea ferè omnia in Publiciana obtinent *l. sed et si 7. §. in Publiciana. sup. hoc tit.* qui etiam pars rei vindicari potest à domino qui totam vindicare possit *l. quae de tota 76. vbi dixi sup. tit. proxi.* Ergo & is qui pro parte rem petere vult, Publiciana uti potest, si de aliena re agatur quam ipse usufructu ceperat, & bona fide antea possederat.

7 ¶ Sed etiam is, qui momento possedit, rectè hac actione experiretur.

*Ad §. ult. Sed etiam is.*

Ratio dubitandi. Non potest momento vno & inchoari & compleri usufructu, quae ad minus annum in rebus mobilibus concludatur olim, hodie triennio, ut dixi ad *§. Publiciana. sup. ex l. vni. C. de usufr. transform.* Atquinon datur Publiciana, nisi eo colore quasi iam completa sit usufructu §.

namque. Instit. de action. Ergo dari non potest ei qui non nisi momento vno possedit.

Dec. Publiciana datur ei qui cepit usufructu & fauore usufructu quae impleri quandoque possit, Atquin à primo momento iustae possessionis inchoatur usufructu, ut diximus ad *d. §. Publiciana.* Ergo & ab eodem momento Publiciana competere incipit, & à Praetore dari potest.

Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti, res amitte-

Ad l. Quisquisque 13.

Ratio dubitandi. Non sufficit ad acquirendum rei alicuius dominium quod iusta acquisitionis causa præcesserit, & traditio subsecuta sit, adeoque bona fide, nisi etiam illud concurrat, ut dominus sit is qui tradit. *l. traditio 20. §. de acquir. rer. domin. l. cl. inibus 74. De cond. emp. l. ex emptio 11. §. de ail. emp.* Atqui Publiciana non datur nisi ei qui rem accepit à nō domino. Ergo parum interest an iusta dominij acquirendi causa præcesserit, i. e. ne, cum dominij acquisitio sequi nulla possit, potuitque dicendum esset sufficere bonā fidem, quæ sola præcipuum favorem Prætoris meretur. Cum bona fides illa sit quæ possidenti tantum præstat quantum veritas ubi lex impedimento non est. *l. bona fides 136. de reg. iur.* Dec. Et si dominium transferri nō potest ex traditione quæ à non domino facta sit, Publiciana tamen datur eo colore, quasi dominium iam sit acquisitum non quidem per traditionem, sed tamen per vñcupationem *§. namque Infr. de action.* Omnia igitur illa concurrere necesse est ad Publicianam quæ necessaria essent ad inchoandam & completam vñcupationem. Atqui vñcupatio nō sola traditione contenta est, nec si concurrat bona fides, sed præterea iustum titulum requirit, & quidem qui fuisset habilis ad trāsferendum dominium si traditio à domino facta fuisset. Vñcupatio enim est quidem adiectio dominij, aut ut alij legunt adpripio *l. 3. §. de vñcupatione*, sed ita ut suppleat duntaxat id quod defuit traditioni ex parte tradentis qui non fuit dominus, Non ut plus possit quam traditio per verū dominum facta præstare potuisset. Qui sensus esse videtur *l. traditionibus 20. C. de poss.* Porro ut traditio dominij transferat nō illud tantum requirimus, ut à domino facta sit sed illud etiam ut facta sit ex iusta causa, Nec id quoque tantum, sed ut iusta illa causa sit habilis ad trāsferendum & acquirendū dominium. Fieri siquidē potest ut causa sit iusta ad acquirendam possessionem, nec tamen sit iusta ad acquirendum dominium, ut cōtingit in pignoratitiis & precariis possessionibus de quibus ob eam causam agitur in *§. seq.* Ergo & ad Publicianam inducendam præter bonam fidem etiam iustus acquirendi dominij titulus necessarius est. Bene igitur hic Caius *quæcumque sunt iustæ causæ*, inquit, *acquirendarum rerum*, ut significet dominij non possessionis acquisitionem.  
a *Si ex his causis nati.* Scilicet possessionem non dominium, sufficit enim rem esse in bonis alicuius ut ad eam retinendam si possideat possit habere exceptionem, vel ad eam recuperandam actionem si forte possessionem amiserit, *l. rem in bonis 52. infr. De acquir. rer. domi.* Ratio dubitandi. Potest amissa possessio recuperari per interdictum, Idque commodius plerumque est quam de dominio experiri per actionem propter difficultatem quæ ut pluri-

Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianam iudiciū, namque pignoratitiæ & precariæ possessiones iustæ sunt: sed ex his non solet competere tale iudiciū: illa scilicet ratione: quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

Ad §. 1. Interdum.

Ratio dubitandi. Ut Publiciana competat hæc concurrere oportet, ut quis antea possederit ex iu-

stam maxima est probandi dominij aut quasi dominij, *§. commodum Inst. de interd. l. is qui destinavit 24. sup. tit. prox.* Ergo nil fuit necesse proponi à Prætorē hanc actionem, præsertim verò in favorem eius qui dominus numquā fuit, sed possessor tantum.

Dec. Interest actoris Publiciana agere potius quam interdicto, quoniā Publiciana causam dominij continet non minus quam civilis & directa rei vindicatio. Interdictum verò non nisi possessionis. Interest autē non idē tantum ut possit cōplere vñcupationē inchoatam, atq; ita ius sibi acquirere, etiā contra dominū. Sed ob id etiā ut hic pluri estimetur si nolit possessor rem restituere. Nam in interdictis estimatio sit possessionis duntaxat *l. in interd. l. 6. §. vnde vi. l. 3. §. 2. l. §. uti possid.* At in Publiciana etiam dominij. Nec idē tamen sit durior condicio petitoris ob difficultatem probandi dominij, cum probare dominium nullum debeat, neque suum, neque auctoris sui, quippe qui fateatur se à non domino emisse, nec aliud probandum habeat, quam iustum titulum & traditionem ex eo factam cum bona fide, in quibus nihil est, quod sit ram difficilis probationis. Itaque quod scriptū est in *d. l. is qui destinavit 24. sup. tit. prox.* eum qui destinavit rem petere & vindicare, prius animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longē commodius est ipsum possidere & aduersarium ad onera petitoris compellere quam alio possidete petere, ad eum qui Publiciana experitur adaptari non potest, cui certē longē vtilius ac si non commodius, certē nō incommodius est ea actione de quasi dominio quam interdicto aliquo de possessione sola experiri. Estque hoc valde notandum inter cetera in quibus observari solet Publicianam non in omnibus, & per omnia similem esse vindicationi.

b *Res amiserimus.* Ratio dubitandi. Publiciana cōpetit interdum etiam ei qui numquam possedit, ut diximus ad *l. si ego 11. §. partus. §. idem ait adibus. sup. §. ad l. prox. preced. §. si cui.* Ergo ad Publicianā dandā non semper necesse est amissam esse possessionem. Nec enim amitti possit possessio quam quis numquā habuisset *l. non videtur 83. l. non potest videri 208. de reg. iur.* Dec. Amissa possessio satis intelligitur & quidem facta aduersarij quoties per aduersariū sit, ne adprehendi possit quæ a quoquam adprehenderetur, arg. *l. in iure civili 162. cod.* Præsertim si ea res quæ numquā possessa fuit adprehensa, potuerit sequi & continuari per solā continuationē alterius possessionis precedentis, ut in supradictis casibus & exemplis percipere est. Ergo quod hic dicitur *res amiserimus* ad possessionis non ad dominij amissionem referendum est. Non enim potest rem amittere is cuius propria res non fuit *l. non videtur.* In Publiciana autem numquam actor petit rem propriam semper alienam.

ita causa, iustoque titulo, & præterea bona fide inspecto nimirum tempore traditionis, aut si de emptione agatur, inspecto utroque tempore & contractus

tractus & traditionis *l. 1. l. 3. §. 1. l. sed et si 7. §. pen. vbi dixi sup. hoc tit.* Atqui concurrunt ista omnia in persona eius qui rem sibi traditam ex causa pignoris vel precarij bona fide à non domino accepit. Possunt igitur pignoratitiæ & precariæ possessiones sufficere ad Publicianam.

Dec. Ea demum possessio bonæ fidei ad Publicianam prodest quæ fuit acquisita animo dominij acquirendi, & consequenter ex causa habili ad trāsferendum dominium. Cum detur quasi quæsito per vñcupationem dominio. Quod porro non ex alia causa sequi potest quam quæ iusta causa sit dominij acquirendi, ut diximus ad initium huius legis. Nam nec aliter transferri dominium possit, etiam à vero domino facta traditio fuisset. Sunt autem iustæ causæ acquirendi dominij quæ sunt perpetuæ non quæ temporales *l. 1. §. de iur. dot.* Cuiusmodi sunt emptionum, donationis, muni, permutationis, & aliarum similes. Non etiam pignoris & precarij, quia pignus non datur nisi quousque sit solutum debitum vel aliter eonominè satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia. §. de pigno. actio. l. ex lege 13. §. etiam si. §. de pignor.* precarium verò ad nutum concedentis reuocabile est *l. 1. 2. §. pass. §. de precar.* Neque rursus illa contrahentium mens est ut ex his causis dominium transferatur. Cum is qui rem accipit aut pignori, aut precario, sciat vel scire debeat, neque pignus, neque precarium rei propriæ consistere *l. neque pignus 45. de reg. iur.* Ideoque qui pignori accipit semper scit pro alieno se possidere, ob idque nec potest vñcupare *l. pignori 13. §. de vñcup.* Multo minus ille qui precario accipit, qui nec verè possessor sit, sed tantum est in possessio-

ne, tanquam qui possessionem corpore nanciscatur *l. corré 6. §. is qui iunct. l. §. habet §. §. cum qui infr.* De precar. Possidere namque est tibi habere & animo domini, ut Theophil. diffinit in *tit. de libertin.* Etiam autem creditor non magis animo domini pignus possidet quam qui precario rogavit, quia tamen ad vtilitatem suam possidet, adeo ut fructus faciat suos tanquam quos percipiat ex voluntate domini quamvis eos in sortem imputare cogatur *l. 1. 2. §. pass. C. de pignor. act.* habent pro vero possessore, & creditur verè possidere quantum ad omnes causas præterquam quod ad vñcupationem, *l. ferui 16. infr. de vñcup.* In eoque plus iuris habet qui pignori rem accepit, quam qui precario. Et sanè precaria possessio licet iusta sit quoniam habet domini voluntatem, non tamen pergit ad iudicij vigorem, ut loquitur Vlpia. in *l. communis 7. §. inter prædones infr. commun. diuid.* nec vlla eo nomine civilis actio comparata est, sed tantum interdictum de precario *l. interdictum 14. infr. de precar.* Solet quidem Prætor in interdictis clandestinæ & violentæ possessioni equiparare precariam cum interdictum ei proponit qui nec vi nec clam, nec precario possederit, aut quid aliud fecerit, aut cum tractatur de accessione possessionis ex persona auctoris *l. Propositus 13. §. 1. infr. de acquir. end. possession.* Sed ita id intelligi debet, ut neque ad causam interdicti, neque ad possessionis accessionem quæ non nisi vñcupationis aut longæ possessionis gratia sit, magis possit precaria possessio quam violenta vel clandestina, sed non etiam ut perinde sit iniusta *d. l. communis. §. inter prædones. §. commun. diuid.*

2 Qui à pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse: Se & si deceptus, falso tutore auctore, emerit, bona fide emisse videtur.

Ad §. 2. Qui à pupillo.

Ratio dubitandi. Qui à pupillo emit rem pupillarem etiam sine auctoritate tutoris ac sine Prætoris decreto non potest videri malæ fidei emptor cum emerit à domino, *l. sciam scires 83. pro emptor.* Nec rursus si emerit alienā. Cum pupillus res suas tantum alienare prohibitus sit non etiam alienas. Ergo omni casu bonæ fidei possessor habendus est qui à pupillo emit etiam sine auctoritate tutoris & citra decretum Prætoris, quod ad hoc saltem ut & fructus faciat suos & Publicianam habeat, quamvis non idē rem pupilli possit vñcupare propter legis prohibitionem.

Dec. Malæ fidei emptor est etiam qui emit à domino si dominus prohibitus fuit alienare dummodo sciverit emere se ab eo, qui sit prohibitus. *l. si ab eo 12. §. de vñcup.* Quisquis enim contra leges mercatur malæ fidei possessor est, *l. quemadmodum 7. §. fin. C. de agric. & censu. lib. 11.* Et ille demum bonæ fidei possessor dici potest, qui emit à domino non prohibito alienare, aut à prohibito quidem, sed ab eo quem ignorabat prohibitus, ignoratione scilicet facti non intris, *d. l. si ab eo l. 2. §. si a pupillo §. pro empt.* iunct. *l. siue autem 9. §. si a minore, vbi scripimus sup. hoc tit.*

a *Sed et si deceptus.* Ratio dubitandi. Non est iusta causa acquirendi dominij emere rem pupillarem à falso tutore, adeoque nec ab eo qui pro tutore negotia gerit, quia non posse illos res pupillorum vel a quoletentium distrahere certissimum est *l. qui neque 83. de reb. cor. qui sub tutel.* Non enim eadem

huius quæ tutoris est rerum pupilli administratio, *l. 2. §. de eo qui pro tutor.* adeo ut nec debitores pupillares ei bona fide soluentes aliter liberentur, quam si in pupilli rem & vtilitatem versa sit pecunia, *l. debitores 28. §. de solut.* Vnde est quod edicto Prætoris in falsum tutorem proposita est actio, ne quem impunè decipiat falsus tutor qui adhibetur, *leg. 1. l. nonisime 7. l. falsus 11. §. pass. §. quod fals. tutor.* Atqui non datur Publiciana nisi cum præcedit iusta causa acquirendi dominij ut initio huius legis dictum est. Ergo si deceptus quis falso tutore auctore emerit, licet bona fide emisse videatur, Publicianam tamen habere non debet de qua hæc sola tractatur.

Dec. Nihil imputari potest ei qui emit à pupillo falso tutore auctore quæ verum tutorem esse existimabat, ideoque cum & titulum habeat iustum acquirendi dominij licet non verum, Publicianam habere debere præsertim quæ non pupillo ipsi sed extraneo sit nocitura. Quidni verò cum & possit vñcupare *d. l. 2. de eo qui pro tutor. d. l. 2. §. si a pupillo §. seq. §. pro emptor. l. 4. §. si quis non tutor 24. §. de dol. mal. except.* Cum enim non malè contrahatur cum tutoribus *l. 4. §. vlt. §. de emit.* iustus est titulus acquirendi dominij quoties emit quis à pupillo tutore auctore siue verus tutor fuit siue falsus dummodo verum tutorem esse emptor crediderit. Nec ad huc casum pertinet, quod dici solet, Pupilli re vñcupari non posse, *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin.* Sed ad illud quo quis vñcupare velit rem pupillarem quam emerit, à non domino licet bona fide, ut ex



supradictis locis constat. In eoque deceptus fuit Cuiacius, qui negavit viciari posse rem pupilli etiam quam pupillus ipse vendiderit auctore siue pro tutore, siue falso tutore. Quamquam non nego bonam esse emendationem quam ille attulit ad d. §. si quis non tutor in illis verbis & viciari sit ubi legendum ait addita negatione & non viciari sit quomodo in dict. l. 2. de eo qui pro tutor. vbi eadem species proponitur scriptum est nec viciari sit. Nam qui ponit rem non esse viciariam supponit esse viciabilem, Alioqui esset stulta positio sine suppositione. Ergo qui pro re à pupillo empti exercet Publicianam: cum non fuerit factus dominus per traditionem, quia vel pupilli res non fuit, sed aliena, vel tutor non verus, debet probare se emisse & tutore auctore & lege non prohibete, id est rem quæ non fuerit inalienabilis, vt bona fide emisse videatur. Nec sufficit vt probetur res aliena, quia licet ea demum res à pupillo sine tutoris auctoritate alienari prohibeatur, quæ pupillaris

est. Attamen sicuti non potest quis alienam rem emere à pupillo bona fide quin eam emat vt pupillarem, Nec rursus tanquam pupillarem, quin adhibeat solennitates omnes quæ in rei pupillaris distractione requirerentur. Omissio enim solennitatum inducit malam fidem aut saltem malæ fidei præsumptionem. Nec tamen prodesset quicquam fuisse adhibitas solennitates in venditione eius rei, quam lex alienari prohiberet. Solennitates namque adhiberi oportet in contractu permissio non in prohibito. Nec vnquam Prætor tueretur, qui emit lege prohibente ne contra leges facere videatur l. proximi §. si res. supr. Bene igitur Bartolus notat, Eum qui solennitates alicuius actus allegat probare illam debere, Scilicet cum agitur de solennitate extrinseca quales illæ sunt, de quibus in hoc §. agitur. Nam solennitates intrinseca facile præsumuntur, nec alia indiget probatione l. sciendum 36. §. de verbor. obligat. §. vltim. Instit. de fideiuss.

## 14. VLPPIANVS libro 16. ad Edictum.

Papinianus libro sexto quæstionum scribit: Si qui, prohibuit, vel denunciavit, ex causa venditionis tradi rem, quæ ipsius voluntate à procuratore fuerat distracta, & is nihilominus tradiderit: emptor tuebatur prætor, siue possideat, siue petat rem. Sed, quod iudicio empti procurator emptori præstiterit, contrario iudicio mandati consequetur. potest enim fieri, vt emptori res auferatur ab eo, qui venire mandauit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti, Si non auctor meus ex voluntate tua vendiderit.

## Ad l. Papinianus 14.

Ratio dubitandi. Publiciana requirit bonam fidem emptoris non modò tempore contractus, sed etiam & potissimum tempore traditionis l. sed et si 7. aliàs l. cum qui §. vltim. aliàs l. traditionem. iunct. l. 1. & pass. sup. b. tit. Nam & in cæteris contractibus solum tempus traditionis spectatur non contractus, l. penultim. §. de viciari. l. 2. in princ. §. pro emptor. Atqui in proposita specie nec traditio vlla facta fuisse videri potest, Tantùm abest vt possit facta dici bona fide, quia traditionem eam demum intelligere debemus quæ sit facta voluntate & animo transferendi dominij l. qua ratione 9. §. haec quoque res. §. de acquir. rer. dom. alioqui nec si à domino facta esset, dominium tamè transferre posset l. non omnis 19. & preced. §. de rebus cred. Hic autem traditio non potest videri facta voluntate domini ex cuius scilicet mandato & voluntate facta fuerat venditio cum voluntatem mutauerit, & mandatum reuocauerit ante traditionem, ac proinde re adhuc integra cum dominium nondum translatum esset, quippe quod non transfertur ex venditione nisi per traditionem, adeoque nec secuta traditione nisi solum sit precium, vel aliter eo nomine satisfactum l. quod vendidi 19. l. vt sit 53. §. de contr. emp. §. vendita. Instit. de rerum diuision. Fateor nihil interesse an dominus ipse rem suam tradat an alius ex eius voluntate, quemadmodum nec interest an tibi tradatur an alij ex tua voluntate l. mulier 11. & sequi. ad S. C. Trebell. dict. l. quaratione 9. §. nihil autem interest. de acquir. rer. dom. Sed non perinde potest dicere, Nihil referre an quis rem suam tradat, an alius eius quidem nomine, sed contrarius voluntatem. Non enim quod sit meo nomine aliter mihi nocere potest quam si ex mea voluntate fiat.

Dec. Qui mandauit procuratori suo vt rem venderet, illud etiam videtur mandasse, vt traderet ac venditionem impleteret, cum sine traditione perfecta quidem esse potest cum consensu perficiatur, sed in pleia dici nõ potest ante traditionem, adeoque dominij translationem l. in princip. l. ex empto 11. §. 1. si quis alienam 26. §. de action. empt. Proinde si procurator ex domini voluntate & ante reuocatum mandatum vendiderit, preciumque acceperit quod in venditionibus solui ferè solet priusquam res tradatur non tantùm vt vgeri possit venditor ad traditionem l. Iulianus 11. §. vltim. eod. titul. sed etiam vt dominium per subsequendam traditionem transferri possit d. l. quod ven. idi. & d. l. vt res. De contrahen. empt. consequens est vt quamuis postea prohibitus sit tradere antequàm traderet non possit ea reuocatio mandati nocere tanquam re amplius non integra quominus idem procurator possit ac debeat rem quam vendit tradere. Parandum enim est si pudori suo parcere voluerit, & bonam fidem præstare, argum. l. Quintus 48. in fin. principij. §. mandat. Nec potest videri res integra ex parte domini, cum iam non est integrum procuratori qui non modò rem vendidit, sed etiam precium accepit fidem fallere, minùque præstare quam promiserit quamuis dominium non sit translatum. Sufficit enim quod ex parte emptoris factum sit quicquid ab eo fieri potuit & debuit ad dominium ex causa emptoris acquirèdum. Quid enim aliud facere potuerat & debuerat, nisi vt emeret, preciumque solueret. At ex parte venditoris fuit & rem tradere & dominium transferre. Et quidem adeo vt à quo instanti vendidit & precium accepit, nec rem tradidit, hoc ipso videatur re ipsa in mora tradendi constitutus l. curabit 5. C. de actio. emp. Nec enim bona fides patitur, vt eodem tempore

& precium habeat & rem retineat venditor, adeoque tempus contractus pro tempore moræ apud prudentes nostros solet accipi, vt in l. §. si per venditorum. §. eod. tit. de action. empt. & dict. l. curabit. Planè antequàm precium ex parte emptoris solutum sit, videtur esse adhuc integra ex parte venditoris, licet venditio iam contracta & perfecta sit, Non solum quia dominium nondum translatum fuit ante traditionem, sed quia nec per traditionem transferri potuit citra solutionem precij, vel aliam satisfactionem. Nec cum querimus an res sit integra in venditione, ad id respicimus an venditio perfecta sit, sed an post eam contractam & perfectam traditio secuta sit ex parte venditoris, aut solum precium ex parte emptoris l. ab emptore §. sup. de pass. l. 1. & 2. C. quoniam lic. ab emp. de sed. Proinde si venditor qui procuratori mandauerat vt venderet, ante solum precium, contracta iam tamen venditione prohibuerit ei ne traderet, etiam si postea sequatur traditio, dominium tamen in emptorem non transferetur, quasi reuocato mandato rebus omnibus adhuc integris, nec habebit emptor aut exceptionem rei venditæ, & traditæ aduersus dominum rem suam vindicantem, aut Publicianam aduersus dominum possidentem, vt disertè Vlpianus scribit in l. 1. §. 1. de except. rei venditæ & traditæ. Cui proinde non obstat hæc lex, quæ procul dubio, vt bene vidit Accursius, intelligenda est de eo casu quo dominus prohibuerit rem tradi post precium procuratori iam solutum, quod & in dubio præsumendum est solum fuisse ipso venditionis tempore, atque ita post contractam à procuratore moram quam ab eo purgari, & culpam quæ in mora contrahenda admiffa est emendari sanè ipsius interest, & ad eius pudorem atque existimationem pertinet: quod non similiter dici potest, cum ab emptore nondum sit solutum precium. Eo siquidem casu sibi debet imputare emptor cur in soluendo precio non fuerit diligentior, vt constitueret in mora venditorum, aut potius venditoris procuratorem. Atque hæc legis huius sententia & ratio est, & vnus præterea ex casibus in quibus Publiciana locum habere potest etiam contra dominum, Licet Accursius eum non enumeret inter cæteros quos congerit ad leg. vlt. §. Nimirum quia hanc legem intelligit de eo qui mandauerit rem alienam vendi, vt nimirum, inquit, hæc lex faciat ad Tit. De Public. in rem act. Nec videri ad Publicianam inducendam, id est, ad excludendam directam vindicationem sufficere, vt traditio facta sit à non domino, quod contingit cum facta est à procuratore, & quidem post reuocatum mandatum & contra domini voluntatem, Dummodò ex parte emptoris concurrant cætera quæ hic concurrunt, vt Publicianam etiam contra dominum dari oporteat. Placet sanè quod hic Bartolus notat, Protestationem & denunciationem alicui factam ne id faciat ad quod tenetur, non impedire ne possit facere.

Sed quod iudicio empti. Malo legere si quid iudicio empti procurator emptori præstiterit. Nam eo casu quo emptorem tueretur Prætor, siue emptor possideat, scilicet per exceptionem rei venditæ & traditæ, siue non possideat, sed rem per Publicianam petat, nihil est quod procuratori emptor imputare possit, aut quod emptori præstare procurator debeat, aut denique mandator procuratori. Sed quia,

vt subiicit Vlpian. potest fieri vt emptori res auferatur ab eo qui rem venire mandauit, quia per ignorantiam non sit usus emptor exceptione quam debuit opponere Si non auctor meus ex voluntate tua vendiderit. Potest etiã fieri vt eo scilicet casu & procurator iudicio empti præstare debeat emptori quanti eius interest, & vicissim mandator tantundem procuratori reddere iudicio mandati, Ideoque bene sub dubio euentu debuit Papinianus, & post eum Vlpianus hoc ponere in verbis, quæ nos sic restitimus Si quid iudicio empti procurator emptori præstiterit auctore scilicet facti specie.

Contrario iudicio mandati cony. qu. tur. Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa sua damnum sentit sentire non videtur l. quod quis 202. de regul. iur. Atqui potest imputari procuratori cui rem alienam à se venditam, licet ex mandato domini, postea reuocato iam mandato & contra domini voluntatem tradiderit. Cum non sit ex fide bona, vt mandataris quicquam faciat contra voluntatem mandantis l. dicitur inter §. & pass. §. mandat. Nam quemadmodum nihil tam naturale est quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. haec quoque res. §. de acquir. rer. dom. Ita nihil tam iniquum quam aduersus voluntatem domini rem ipsius in alium transferre, quod nec ratio nec regula iuris ciuilibus permittit l. id quod nostrum 11. de regul. iur. Est enim vnusquisque rei suæ moderator & arbiter l. in re mandata 21. C. mandat. Ergo non debet huic procuratori actio mandati contraria dari pro indemnitate consequenda qui nullum damnum passus intelligitur.

Dec. Potest quidem reuocari mandatum pro arbitrio mandantis, sed rebus omnibus adhuc integris: quo demum casu sufficit ad impediendum mandati effectum, vt vel suspicari possit & debeat mandataris reuocatum fuisse mandatum l. si cum Cornelius 82. in fin. §. de solut. At cum res non est integra certum est reuocari mandatum amplius non posse, Ne quidem morte mandantis quæ alioqui sola sufficeret ad reuocationem l. inter causas 26. & l. seq. §. morte. §. mandat. At qui res non est integra in proposita specie, cum non possit procurator saluo pudore suo recusare traditionem eius rei quam vendidit alieno, licet nomine si præterea eius nomine iam precium acceperit. Nec enim dicitur posse quis facere quod honestè facere non potest l. filius 15. & l. precedent. §. de condic. instit. dict. l. Quintus. §. mandat. Meritò igitur succurrendum est procuratori qui vt pudori suo parceret rem à se venditam tradidit licet reuocato iam mandato cum ante reuocationem non modò vendidisset (nec enim hoc est quod efficit vt res non sit integra, quomodo malè videtur sensisse Accursius) sed etiam precium ab emptore accepisset. Aliud sanè esset si precium nondum fuisset solutum, vt diximus ex dict. l. 1. §. 1. de exceptio. rei venditæ & traditæ. Adfert Accursius tanquam simile, quod scriptum est in l. qui saxum 6. §. de donation. vbi tractatur de eo qui saxum mihi permisit animo donandi de fundo suo eximere, & postquam eximi prohibuit me euehere. Et ait Vlpianus prohibitionem illam nullius esse momenti, Nempe quia vt lex ait, lapsis iam quasi traditione per exemptionem factus est meus, Vt proinde dubitari non possit quin prohibitio facta sit re amplius

non integra cum post translatum dominium. Quod in proposito casu diuersum est. Nec enim dominium translatum videri potest in emptorem ex sola venditione per procuratorem quamuis ex voluntate domini facta, nec si solutio precij sit fecerit quousque traditio, vel à domino ipso, vel aliter ex eius voluntate facta sit. Neque verò quod Papinianus dicebat, & Ulpianus probat, Tu edum esse cum cui procurator post domini prohibitionem tradidit rem venditam, sic debet accipi quasi per eam traditionem is factus sit dominus, (nec enim egeret traditione pratoris ille qui per traditionem factus esset dominus quititarius) sed ut eum Prator tueat possidentem data ei exceptione rei venditæ & traditæ, Non possidentem verò data illi Publiciana, quam diximus roties, & venissimum est numquam dari nisi domino.

*Potest enim fieri.* Ratio dubitandi. Qui non est vltus exceptione quam opponere potuit & debuit, etiam si per ignorantiam & imperitiam id fecerit, debet sibi suæque imperitiæ id imputare, Cum ex regula iuris imperitia culpæ adnumeretur *l. imperitia 13. de reg. iur.* Qui autem ex culpa sua damnum sentit, nec sentite videtur *l. quod quis 203. cod.* Et quemadmodum is qui per imprudentiam, aut per sordes, vel gratiam iudicis malè condemnatus est, sine emptor sit, sine fideiusor nullum eo nomine regressum habere debet aduersus alium, quia iniuriam quæ ei facta est penes ipsum manere potius quam ad alium transferri æquum est *l. si per imprudentiam 13. de emitt. l. exceptione 67. j. de fideiuss.* Ita & in proposito dicendum est imperitiam emptoris qui opposita exceptione poterat sibi aduersus dominum consulere, atque ita se suamque auctoritatem indemnem seruare, ipsi potius nocere quam procuratori debere, cui nihil imputari potest, Videturque emptor hanc sibi ipsi iniuriam intulisse, argum. *l. si mulier 21. in princ. sup. quod met. caus.* Præsertim cum imperitia ista non tam error facti sit, qui etiam prudentissimos fallit *l. 2. j. de iur. & fact. ignor.* quam error iuris, in quo qui errat, non tam pro errante habetur quam pro stulto *l. regula 9. §. penult. cod.* quia potuit consulere peritiores *l. in bonorum 10. j. de bonor. poss. §.* Nec magis debet quis ex imperitia sua quam ex improbitate actionem contra alium sibi acquirere *l. itaque 12. §. 1. j. de furt.*

Dec. Ignorantia facti alieni semper tolerabilis & probabilis est *l. vlt. j. pro suo.* Huius autem emptoris, de quo tractamus ignorantia huiusmodi est, Facti scilicet, & quidem alieni cum potuerit emptor ignorare an mandatum vendendi præcessisset, aut si præcesserat an postea renocandum esset, ut bene hic notat Accursius, Itemque si renocatum fuerat vtrum ante an post precij solutionem. Quæ omnia potuerunt ita se habere & non habere, Nec emptori decepto succedendum est

15. POMPONIVS libro 3. ad Sabinum.

**S**i seruus meus, cum in fuga sit, rem à non domino emat: Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sum.

*Ad l. Si seruus meus 15.*

Ratio dubitandi. Publiciana non datur ei qui nunquam possederit *l. sed est 7. §. penult. sup.* cum non alio colore detur quam quasi actor iam vltuce-

quod non diuinauerit *l. si fideiusor 29. §. si cetera debitor. j. mandat. l. si pater 4. j. de manum. vindict.* Ergo non ob id minus regressum habere debet aduersus procuratorem per actionem ex empto, quod passus sit auferri sibi rem à domino quem poterat per doli exceptionem repellere. Planè si prudens & sciens exceptionem sibi competentem siue doli siue aliam omisit, regressum nullum habere deberet, quia hoc ipso videretur dolo malo verlatum esse cum dissoluta quoque negligentia prope dolum *l. d. l. si fideiusor. in princip.* Sufficeret autem culpam solam interuenisse etiam sine dolo ad denegandum ei regressum, *dict. l. exceptionem l. si obligatus 18. C. de emitt.* Quid ergo si non prudens & sciens sed errans in iure exceptionem omisit? Non idè videbitur in dolo esse. Neque enim pravo aut dolosus est qui in iure errat, *l. sed est 7. §. si sup. De hered. petiti.* Et quamuis stultus videri possit, non tam quod in iure errauerit, quam qui a non consulente peritiores, non idè tamen culpa ei obici potest quæ damnum adferre ei debeat. Cum error iuris licet in lucris & compendis nemini prodest, ita nec in damnis amittenda rei suæ quicquam nocet, *l. iuris 7. §. j. de iur. & fact. ignor.* Nec rursus imperitia culpæ adnumeratur, nisi cum imperitus quis est in ea re vel arte cuius scientiam profuerit. Nana ut solebat dicere Seruius Sulpicius, turpe est Senatori & viro cui libet Patricio ignorare ius in quo versatur. Ergo quamuis per iuris ignorantiam emptor exceptionem omiserit, non eo minus succurrendum ei erit ex æquitate pratoris, Ne in damno versetur cum culpa careat, Dominus autem veniens contra factum suum audiatur, *l. post mortem 25. sup. D. adopt.* Est verò hic locus notandus contra eos qui putant iudicis arbitrariis sicut iis quæ bonæ fidei sunt inesse exceptiones doli, & pacti, & alias huiusmodi, & quidem ipso iure ita ut opponi eas non sit necesse *l. 3. de excep. rei vendit. & tradit.* Nam aduersus directam rei vindicationem à domino propositam, de qua hic agitur, necessariam esse exceptionem hæc lex aperte probat, ut & *l. sumptus 48. sup. de rei vindict.* & alia pleræque. Et sanè licet in arbitrariis iudiciis arbitrium iudicis tanquam vii boni præcedere necesse sit quod æquitate semper admixtam habere debet. Non idè tamen videri possunt arbitraria esse iudicia bonæ fidei, Non magis quam stricta, sed tertiam iudiciorum speciem constituunt ab iis quæ vel bonæ fidei, vel stricta sunt differentem, ut pluribus à nobis probatum est in vltima parte Chiliadis nostræ De errorib. pragmaticor. *Ex l. 3. §. in his quoque iudiciis. j. de iur. §. præterea. Insti. de actio.* Exceptionis autem quæ in hac specie emptori competit verba illa sunt quæ in fine huius legis subiiciuntur *Si non auctor meus ex voluntate sua vendidit.*

perit hoc ipso quod vfucapionem inchoauit *§. namque. Insti. de action.* Nec enim sine possessione potest vlla procedere aut inchoari vfucapio *l. sine possessione 25. l. iusto 44. §. vlt. j. de vfucap.* Atqui per seruum meum qui in fuga est possessio mihi acquiri non

non potest, ut in hac lege Pomponius dissentit scribit. Ergo si cum in fuga esset rem aliquam à non domino emerit non potest eo nomine Publiciana mihi competere.

Dec. Non est æquum fugam serui nocere domino cui nihil imputari potest *l. 1. Cod. de seru. fugit.* vbi additur seruum fugituum sui furtum facere, idè obque nec vfucapere eum, nec longi temporis possessione acquiri posse. Atqui damnum adferret domino fuga seu si ob id minus Publiciana danda esset domino ex contractu serui quod esset ipse fugitius: Ergo perinde Publicianam ex pratoria æquitate habere debet dominus, atque ante fugam seruus à non domino rem emisset.

*a. Licet possessionem rei tradita per eum nactus non sum.* Videtur in hoc Pomponius dissentire à plerisque aliis Iureconsultis quibus visum est per seruos fugitivos non minus quam per eos qui in provincia sunt acquiri domino possessionem. Non enim de eo perinde olim apud veteres prudentes constituisse, ex eo conici potest quod Paulus scribit in *l. 1. §. p. v. seruum qui in fuga sit. j. de acquir. poss.* eam fuisse Cassij & Iuliani sententiam. Non ergo ceterorum omnium, Præsertim Neræ filij quem ibidem refert existimasse, Per seruum qui in fuga sit nihil posse nos possidere. Et quamuis addat responderi solere quandiu ab alio non possideatur seruus fugitius à nobis eum possideri, idè obque interim etiam vfucapere, Cum tamen subiicit, Vtilitatis causa receptum esse ut impleatur vfucapio, quandiu nemo eius possessione nactus est, Satis indicat magis se probare Neræ sententiam, Non in eo tantum quod Neræ dicebat Per seruum qui in fuga sit nihil possidere nos posse. Sed in eo quoque quod nec utilitatis causa videtur velle admittere, ut per eum inchoetur vfucapio, ne tunc quidem cum nemo eius possessionem nactus est, sed tantum ut impleatur. Favorabilior siquidem esse solet implenda vfucapio quæ proinde iam inchoata est quam inchoanda *l. heres 43. §. l. seq. §. eum qui. j. de vfucap. iun. l. numquam 31. §. pen. l. captam 40. d. l. iusto. §. nondum adit. eod. t. l. qui cum 6. §. vlt. j. pro empt.* Et verò cur scriberet Paulus Vtilitatis causa receptum esse ut per seruum fugituum impleatur vfucapio quandiu alius possessionem eius nactus est, si inchoari quoque illam posse existimaret. Cur verò negaret inchoari posse, aut cur non nisi vtilitatis causa receptum esse diceret, ut per eum vfucapionem impleri posset, si putaret stricti iuris rationem pati posse ut & seruum nostrum qui in fuga est, interim possideamus, & per eum possessionem non tantum retinere, sed etiam acquirere possimus? Videntur autem Imperatores quoque eam Neræ sententiam comprobasse in *d. l. 1. C. de seru. fugit.* Cum recitentur, seruum fugituum sui furtum facere. Nam cum furtum nihil aliud sit, quam interuersio possessionis *l. 1. §. Scanola. j. si is qui restat. lib. est. iust.* Consequens est ut non aliter sui ipsius furtum facere possit seruus qui in fuga est quam si possessionem suam interuertat, id est, efficiat ut à suo domino desinat possideri. Quid verò absurdius, quam ut per eum qui à nobis non possidetur, aliarum rerum possessionem, vel retineamus, vel acquiramus? Fuit tamen conuaria Iuliani & Cassij sententia vulgo magis à prudentibus nostris adprobata, ut constat ex *l. rem qua nobis 15. cod. tit. de acquirend. poss. vbi Caius ait, Etiam per seruum fu-*

gitiuum possessionem acquirere nos posse, nedum retinere, Et rationem hanc esse quare videamur seruum fugitiuum possidere, quod is, inquit, quemadmodum aliarum rerum possessionem iam acquisitam interuere non potest ex regula *leg. melior 133. De regul. iur.* ita ne suam quidem potest. Quod & ab eodem Caio scriptum est in *l. si cui 25. §. vlt. j. de liber. caus.* vbi quod ait, Placuisse per seruum quoque fugitiuum posse nos possessionem acquirere, Ostendit satis non de eo satis ab initio inter omnes constituisse, Sed tandem Cassij & Iuliani opinionem tanquam vtiliorem & hoc ipso æquiorum præualuisse: ut alia pleræque circa possessionem controuersia primùm, tandem ex eo quod publicè vtilius visum est magis placuerint, Quæ inter cetera illud fuit, ut per procuratoris personam tamen liberam possessio acquiri nobis posset. *l. 1. C. per quas p. rfo. nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. l. possessio 43. §. vlt. j. cod. tit. iur.* Sic enim Neratius in *l. si rem scriptam 41. j. d. v. iust. iur. cap. quamuis per procuratorem possessionem adipsos nos iam serè conueniat, ut intelligamus nō de eo bene semper conuenisse, de quo tamen iam nemo est qui dubitet. Mirabilis illud est, quod Caius in *d. §. vlt. ait, Possit nobis acquiri possessionem etiam per eum qui à nobis non possideatur, ut in specie illius §. vlt.* Quandò igitur magis per seruum fugitiuum qui nec ipse à nobis delicti possideri. Atque ita Hermogenianus etiam scribit in *l. per eum 50. d. 1. j. d. acq. poss.* Per seruum in fuga agentem si neque ab alio possideatur, neque se liberum credat, possessionem nobis acquiri. Cui simile est quod Ulpianus scribit in *l. 2. §. si fugitiuus antepemul. j. v. bon. rapr.* Si seruus meus fugitiuus intruendi suæ causa res aliquas emerit eas in bonis meis esse, & idcirco si ei vi rapta sint, posse me vi bonorum rapto agere. Quomodo enim possent fieri in bonis meis, si nec seruum ipsum fugitiuum possiderem? Et si posset dici non improbabiler, loqui eo loco Ulpianum de bonis à fugitiuo emptis ante fugam & eo tempore quo à domino haud dubiè possidebatur. Id enim significare videntur verba illa *instruendi sui causa*, ut solent qui fugam meditantur eam intruere, & in id comparent omnia, quæ præuident sibi fore necessaria. Nec sanè mirum est in specie huius legis dari Publicianam domino pro ea re, quam seruus tam fugitiuus emit, si eorum sententiam sequamur qui putant seruum fugitiuum nihilominus possideri, & per eum posse dominum possessionem non tantum retinere, sed etiam acquirere. Sed secundum opinionem Pomponij, qui non putat posse acquiri possessionem per seruum fugitiuum difficilius est ut Publiciana domino dari debeat, Maximè verò si cum Accursio legem hanc intelligas de seruo fugitino qui iam ab alio cepit possideri. Quamquam enim hoc casu non fuit ex prudentibus, qui non dixerit fugitiuum desinere possideri à domino, Cum à duobus in solidum possideri non possit ne quidem ab vno iuste, ab alio autem iniuste. *l. 3. §. ex contrario. j. de acq. poss.* Attamen tantò minor ratio est ut per eum acquiri possit Publiciana domino, Nam qui nō potest acquirere possessionem quæ facilius acquiratur quam vel actio, vel dominium quod nec sine possessione acquiri solet *d. l. per procuratorem 8. C. de acq. poss. §. per traditionem. Insti. de rer. diuis.* Quomodo Publicianam potest acquirere? Illud siquid est constat*



per seruum fugitiuum qui ab alio possideatur si bona fide acquiri bona fidei possessori l. qui bona fide 23. §. de acq. rer. dom. si mala fide, neque domino, quia ab eo non possideatur, neque male fidei possessori propter malam fidem d. l. §. sed per eum. §. de acquir. poss. §. si seruum meum 1. §. de stipulat. seruer. Prornde nec verum esse potest quod Accursius putat per hunc seruum fugitiuum, eum quoque etiam ab alio possidem mala fide, nihilominus acquiri domino posse, vel dominium, directamque vindicationem si tradens fuit dominus, aut Publicianam, si non fuit dominus. Nam quo casu seruus acquireret bona fidei possessori si bona fide possideretur, eo casu eam mala fide possideretur, neque sibi, neque male fidei possessori acquirere d. l. seruus, & d. §. sed per eum. Itaque necessarium intelligendus est hic locus de seruo fugitiuo qui nondum ab alio possideri ceperit, quem mirum non est acquirere domino & directam vindicationem si tradens fuerit dominus & Publicianam si non fuerit dominus. Cum ipse a domino possideatur, potestque probabiliter defendi sententia Pompo-

16. PAPINI ANVS libro 15. Quiritium.

Paulus notat.

Exceptio iusti domini Publicianae oblienda est.

Ad l. Paulus notat 16.

Ratio dubitandi. Quisquis habet Publicianam eo colore habet quasi iam vsuceperit, ut patinde habentur acti iam vsucepisset §. namque. Insti. de a. h. r. Atquin ei qui vsucepit si dominium vindicet, iusti domini exceptio obici non potest. Cum sit ipse iustus dominus. Nec enim quicumque dubitat quin per vsucapionem acquiratur dominium iustum & quiritarium, non minus quam per traditionem a domino factam l. traditio in 20. Co. de pact. & apud Vlp. tit. 19. de acq. sit. rer. vbi referunt vsucapio inter modos sex acquirendi domini ex iure Quiritium, Vnde etiam definitur adeptio & adiectio domini in l. 3. §. de vsucap. l. in bello 12. §. si quis seruum 7. de capti. & possi. Ergo nec Publicianae obici potest exceptio iusti domini, Ne alioqui se cum pugnare Praetor videatur si in actione habeat pro non domino, quod utique implicaret contradictionem. Dec. Praetor eam dat Publicianam actori, habet quidem illum pro domino & pro eo qui vsuceperit, sed non absolute & simpliciter, Ac secundum quid duntaxat, id est, haecenus tantum, vt cu tucatur aduersus extraneum qui proculda-

17. NERATIVVS libro 3. Membranarum.

Publiciana actio non ideo comparata est, vt res domino auferatur: (eiisque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, Si ea res possessoris non sit) sed vt is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est potius rem habeat.

Ad l. Publiciana vlt.

Ratio dubitandi & dec. eadem est quae ad legem praecedentem, quemadmodum vtriusque legis sententia illa est, Publicianam contra dominum ipsum non dari, sed tantum contra extraneum possessorem: Nisi quod in hac lege ratio huius sententiae redditur ex Neratio lamptra ex mente Praetoris, qui primus hanc actionem induxit, & qui non id egit vt noceret domino, sed vt prodesset possessori bona fidei aduersus extraneum. Probat autem Nera-

nij in seruo qui nondum ab alio possideatur vt possit Publicianam acquirere domino, quemais secundum eiusdem Pomponij opinionem non possit acquirere possessionem, quam vt dicimus, Publicianam acquiri per seruum fugitiuum ab alio, siue bona, siue mala fide iam possessum quod pagaret euidenter eam d. l. seruus meus. Eadem enim traditionis quae stipulationis ratio hac parte constitui solet, nec facilius est, vt per eum acquiratur dominium, quam actio ex stipulatione. Nec alia certe huius legis ratio reddi potest quam quae initio allata fuit. Ex hac vero interpretatione nostra nihil aliud sequitur incommode, nisi quod licet consequens, vt in illa quaestione, An per seruum fugitiuum possessio acquiri domino possit, dicendum sit Pomponium a ceteris dissensisse. Quod nos non solum libenter adhaerimus sed etiam ita esse omnino dicendum fuit, vt nobis videmur, probauimus. Nec solum Pomponium in ea fuisse haerent in d. l. §. per seruum qui in signa sit, de acq. poss. adeoq; Inapp. Dioeletianum & Maximianum in l. C. de ser. fugit.

bio minus iniis habet, quam ille qui ceperat bone fide possidere & vsucapere, sed non contra dominum ipsum qui eam iam sit verus dominus nulla indiget vsucapione vt magis dominus fiat quod nec licet possit d. §. si quis seruum, nec fieri potest vt non plus iuris habeat quam qui est in casu vsucapiendi tantum, necdum vsucapionem compleuit, Idque nihil in est quod ex Neratio subicitur in l. seq. Publicianam actionem non ideo comparatam esse vt res domino auferatur. Sed vt is qui bona fide emit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat quam extraneus possessor. Merito igitur placuit Publicianae iusti domini exceptionem obici posse & debere. Nec enim id agit Praetor vt meliorem faciat conditionem quasi domini quam veri domini, sed vt quasi dominum tucatur aduersus eum qui neque dominus est, neque quasi dominus, adeoque nec dominus fieri speratur: Quidam tamen sunt casus in quibus Publicianae non obstat exceptio illa iusti domini, Quoties scilicet aliquid est quod impurari domino possit & propter quod bonae fidei possessoris meliorem quam domini conditionem esse aequum sit, De quibus post Accursium dicemus ad l. 39.

tius mentem Praetoris eam fuisse ex duobus. Primum ex aequitate in illis verbis primo aequitas vbi nescio cur moneat Accursius posse legi Prima aequitas, nisi vt introducat suam illam distinctionem iustitiae primitiae & positiae. Nec tamen aperit Accursius in quo aequitas illa consistat, & quanam eius ratio esse possit. Nos vero ad legem praecedentem artulimus, neq; aliud hi addendum habemus, Praetor quae quod Praetor cu sit aequitatis custos & magister potissimam aequitatis rationem habere debet, eamque iuri stricto semper anteposere, vt & alius quilibet Magi-

Magistratus, Instaurat. §. C. de iudic. l. in omnibus 90. De regul. iur. l. 3. de eo quod certat. Secundum ex illa exceptione quae in Publicianae actionis formula addicit Praetor ubi dicitur si ea res possessoris non sit. Ponit tamen Accursius aliquid casuum in quibus Publiciana datur etiam contra dominum & sine hac exceptione. Primus est in causa damni infecti, si forte dominus adium quo totam miratur possederet nollet cauere de damno infecto, & ob eam causam vicinus in adium possessionem nullus sit nec fuerit admittus, ut non tantum nullus fuerit, sed etiam ubi possidere nullus ex secundo Praetoris decreto atque ita ceperit vsucapere. Nam si quidem fuerit nullus in possessionem nec tamen eam sibi, habet interdictionem de vi publici qui in poss. §. si ad eod; actionem in factum si ades postea deciderint. Si vero & admittus fuerit & ceperit possidere expulsius tamen sit, habet Publicianam etiam contra dominum, Idem §. penult. d. l. §. l. si sint 12. §. ad hunc seruum 14. §. per 7. de dam. infect. Quidam enim Praetor hanc possessionem tucatur contra dominum qui duplici decreto Praetoris noluit parere. An forte dignus est cui Praetor auxilium ferat exceptione illa addita in formula si res possessoris non sit, cum ipse Praetoris imperium & auctoritatem neglexerit, arg. l. auxilium 27. in fin. sup. de minor. Dices fortasse, Eum qui a Praetore sibi possidere minus ades nullus est ex secundo decreto, hoc ipso domino a Praetore constitutum esse d. §. iudicium. Dari ergo hoc casu Publicianam domino non autem aduersus dominum, cum duo in solidum eiusdem rei domini esse non possint. Sed facilis responsio est. Possessionem hanc ex secundo decreto fieri dominum, sed qualis a Praetore fieri potest, id est bonitarium non autem quiritarium. Inreim vero quiritarium manere eum qui antea fuit quousque completa sit vsucapio, Quo demum tempore fieri possessor ex domino bonitatio quiritarius. Est enim vsucapio modus acquirendi domini quiritarij, non bonitarij, vt toties diximus. Et quamuis non possint duo esse eiusdem rei domini in solidum eodem domini genere l. §. si duobus vobiscum 7. Commod. l. de hereditate 19. §. pater De cast. pecul. nihil tamen vetat esse vnum dominum bonitarium, alterum vero quiritarium: quod omnium apertissime & apertissime probat text. d. §. iudicium. Quamuis cum id accidit, tota domini utilitas sit penes dominum bonitarium, penes alium vero nihil nisi nudum nomen heredis, quod Iustinianus tamen iniuriosè, vt alibi monuimus vocat antiquae subtilitatis ludibrium in l. omni. C. de iud. iur. Quirit. coll. Porò cum dicimus non solere dari Publicianam contra dominum, intelligimus de domino quiritario non de

bonitatio. Bonitarius enim plerumque ille est cui datur, Numquam quiritarius, Secundus casus est in seruo noxae dedito. Nam si alienus fuit & non domino deditus, quia fieri non potest vt dominum quod dedit non habuit transeat in accipientem, Non alio, quam Publicianae actionis remedio potest constari ei qui accepit si forte verus dominus qui non dedit eius possessionem nactus sit. Est etiam non ipse dedit, sed alius qui eius deditus non habuit, quippe qui dominus non fuerit, non tamen potest verus dominus deditorem mutare, si non malit damnum decidere ac litis actionem inferre, Quandoquidem ex delicto serui tenetur ipse dominus noxali actione l. §. 2. in aduers. 23. in d. §. de l. praed. §. de noxal. actio. vbi re dicit Barolus notat, Natus iuris illam esse rationem, quod nihil hic factum sit a non domino, nisi quod ab ipso vero domino si admitteret fieri praestatione dimiserit. Tertius casus est cum quis non domino rem aliquam vni vendidit quam postea dominus factus vendidit alteri, vt in l. 2. §. de except. acti vult. & tradit. & l. 2. §. si Titio inf. de doli mal. except. Nam & hic qui prior emit non tantum habet exceptionem aduersus dominum vindicantem, sed etiam Publicianam aduersus dominum quoque non minus quam contra quemlibet extraneum possessorem, l. §. Titio 72. sup. tit. praed. vbi diximus. Quartus casus est, si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit. Potest enim eam petere a quolibet possidente adeoque ab ipso domino, & aduersus exceptionem illam vulgarem, si res eius non sit quae in Publicianae formula adici solet, & debet, adiuuandus est illa replicatione, At si res iudicata non sit, si quis rem 24. §. de except. rei iudic. Quintum casum addit Accursius ex l. si culpa 62. sup. tit. praed. Sed tamen magis probat, vt non de Publiciana intelligi locus ille debeat, sed de alia vili in rem actione. Quam sententiam nos refutauimus, simulq; casum hunc explicauimus ad eum locum. Ego sextum casum addo ex l. quousque 13. §. vlt. vbi scripti sup. loc. 21. Omnium autem istorum casuum ratio & aequitas vnica illa est, quod impurari aliquid potest domino propter quod minor aequitas pro eo facere videatur quam pro actori, vt in superioribus exemplis omnibus apparet. Illud omnino observandum est, Quibus casibus Publicianam habere quis potest siue contra dominum ipsum siue contra extraneum, raulto magis dandam ei exceptionem si possideat & conueniatur. Nam ex iuris regula cui damus actionem multo magis exceptionem dandam esse quis dixerit, l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur. l. 1. §. is autem De superfic. l. 1. in princ. §. De pignor.

# SI AGER VECTIGAL VEL

EMPHYT. PETAT.

TITVLVS III. ET VLT.

I. PAVLVS libro 20. ad Edictum.



**A**gri ciuitatum alij vectigales vocantur, alij non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur: id est hac lege, vt tandiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsi, qui conduxerint: neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, vt priuatim agros nostros colendos dare solemus.

*Adl. Agri ciuitatum 1.*

Hæc lex & torus hic Titulus est De actione in rem vtili quæ à Prætoribus, vt vulgo creditum est, *De fundo vectigali* proponitur. Sic enim Papinianus vocat in *l. si cum venditor 66. in princ. j. de eu. 2.* vbi mentio subiungitur huius actionis post factam mentionem Publicianæ, sicut & Titulus hic subiungitur tractatum & Titulum De Publiciana in rem actione, vt intelligamus esse vtramque actionem in rem, sed vtilem non directam, ciuilem: Nam de ciuili & directa vindicatione actum est in *Tur. De rei vind.* Post quem tractatum subiicit duos istos Titulos de vtilibus in rem actionibus istis conueniens fuit quod videretur ferè regulis consistant euidentibus: q; sint potestatis & effectus licet diuersas causas habeant, *l. actio 47. sup. De negot. gest.* Non probat, quod Accursius noster ad Rubricam notat, quamuis Cuiacius probeat, Agium vectigalem eundem esse quem emphyteuticarium, & esse ista synonyma, vt articulus vel positus in hac rubrica accipiat pro id est, sicut & in *l. sciendum 15. §. 1. sup. qui satis cog.* Puto enim differre agrum emphyteuticarium à vectigali tanquam genus à specie. Omnem agrum vectigalem esse emphyteuticarium, sed non emphyteuticarium omnem esse vectigalem. Emphyteuticarios agros specialiter dicendos esse illos qui sunt priuatorum, & à priuatis in perpetuum excolendi dantur certa pensione, & ea lege, vt quâdiu pensio pro iis soluetur possessori res auferri non possit. Vectigales verò agros ciuitatum eadem lege conductos & excolendos datos. Habent enim ciuitates vt hæc lex ait duas species agrorum, Alios vectigales quales diximus, & Iurisconsultus hic definit, Alios non vectigales qui à ciuitatibus locantur ad eum modum quo locari à priuatis solent, id est ad certum & breue tempus, nullâq; alia lege adiecta, quam certæ pensionis soluendæ. Ex quo apparet prudentum nostrorum temporibus non fuisse adhuc vtilitatem emphyteutes quæ à priuatis fierent, quas longo post tempore Zenonis constitutio videtur si non induxisse saltem comprobasse, nouamque & primam formam iis dedisse in *l. 1. C. de iur. emphyt.* cum antea minus frequentarentur, propterea quod eiusmodi contractus natura esset valde dubia, & incerta, nec planè sciri posset an ad venditionem magis, an ad locationem accederet, §. *adeo Inst. de loca.* Videnturque emphyteutes priuatorum à fundis vectigalibus ciuitatum originem traxisse, Cum vsu

compertum esset exemplo ciuitatum quàm longè vtilius & commodius sit iis qui tot habent agros vtilis excolendis non possint sufficere, aliis illos in perpetuum fruendos & colendos dare, Præsertim verò si incolti sint & steriles, calidq; ex quibus vel nullus vel non nisi perexiguus fructus sperari possit, si non maiore & accuratiore diligentia excolantur. Vade & contractus meliorationis appellatur, & institutionis, à præcipua, vt Cuiacius ait, culturae parte. Nec sanè video factam mentionem agri emphyteuticarij vlllo Pandectarum loco si excipias textum illum, quo vno mouetur Accursius in *d. l. sciendum §. 1.* vbi non dubito quin verba illa, *id est emphyteuticarium* sint irreptitia ex glossæmate alicuius interpretis explicare volentis, quid vectigalis fundi appellacione significaretur, nec animaduertentis notius fuisse prudentibus nomen sensumque fundi vectigalis quàm emphyteuticarij nec in tot aliis iuris nostri locis in quibus mentio fit vectigalis fundi adstructam esse vsquam talem interpretationem. Et si non nego, vt iam dixi vectigalem fundum posse dici emphyteuticarium. Nego tamen esse illa synonyma, aut eam interpretationem Iureconsulti temporibus aptè fieri potuisse, licet hodie non ineptè fieri possit. Quod autem in huius Tituli rubrica mentio fit agri emphyteuticarij nemo non agnoscit esse Tribonianum, qui Pandectarum titulos adscripsit & pro arbitrio reformauit, Neque hunc ineptè significaret, quamuis in legibus quæ sub hoc Tit. collocatæ sunt nulla fundorum emphyteuticarium mentio fiat, sed diuertat vectigalium, eandem tamè vtilem actionem in rem quæ pro fundis vectigalibus proponitur, pro emphyteuticariis dari quoque posse & debere.

*Qui in perpetuum locantur.* Ratio dubitandi. Locatio neque dominium transfert, neque possessionem *l. non solet 36. j. locat. l. quadam mulier 77. sup. de rei vindic. l. si quis ante 10. j. de acquir. poss. l. certe 6. §. 1. qui j. De precar.* Atqui locatio quæ in perpetuum fieret dominium transferret saltem illud quod interpretes nostri vulgo vtile vocant. Quid enim prodesset dominium & proprietatem semper abscedente propter locationem fruiione? Quæ emadmodum de nuda proprietate Caius noster ratiocinatur in *l. 3. §. pen. j. ti. 1.* Quid quod nec societas in æternum coiri potest? *l. nulla 70. j. Pro socio.* Nam quod dicimus, societatem in perpetuum coiri posse, *l. 1. cod. de soc. sic intelligendum est vt possit durare*

durare societas quantum socij viuunt, vt eadem lex explicat, non autem vt etiam post eorum mortem societas durare possit. At post Paulus hic ait, Vectigales agros dici qui in perpetuum locantur, ita proculdubio accipiendum est vt neque locatoris neque conductus morte fundus vectigalis esse detinatur, sed ad heredes quoque extendatur vis & potestas huius contractus, vt scilicet quâdiu heredes conductoris eorumque successores quocumque gradu sint vectigal pendere volent, non possint heredes locatoris rem eis auferre. Nam & illud ordinarij iuris est vt locatio & conductio ad heredes transeat, *leg. viam veritatis 10. C. de locat.*

*Dec. Contractus omnes ex conventionione legem accipiunt, l. 1. §. si conuenit. j. Depositi.* ac proinde licet non sit ex natura locationis vt sit perpetua, quia plerumque non fit nisi ad tempus. Nihil tamè prohiberi fieri eam ex conventionione perpetuam, vt scilicet quâdiu vectigal aut pensio soluatur, non possit res auferri conductori nec ipsius heredibus. Nec tamen ea res facit, vt dominium vllum in conductorem transeat, neque directum neq; quod interpretes vocant vtile. Nec enim locatio titulus habilis est ad transferendum dominium, Non ob id tantum quod sit temporalis. Causa verò transferendi dominij perpetua esse debeat, *l. 1. j. de iur. dot.* Sed etiam qui non eo animo est locator & conductor vt cogitent de dominio vel acquirendo vel transferendo, Non magis quàm qui rem aliquam aut pignori aut precario accepit, De quo egimus ad *l. quæcumque 13. §. 1. sup. tit. prox.* Atq; ita esse vt ex ista conductione quamuis perpetua dominium non transferatur, ex eo intelligimus quod si conductor erit heres cesserit in vectigalis solutione auferretur ei res non per actionem aliquam personalem, sed per pristinam illam vindicationem quæ competeret si talis nulla locatio facta esset, Iure igitur veteris dominij, quasi numquam amissi. Nâ si amissum fuisset vtique non posset vindicatio competere nisi secuta retrotraditione, essetque agendum actione personali non vindicatione, vt contingit in venditione facta sub lege commissoria si emptor commiserit in legem venditionis, *l. commissoria 4. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Dico amplius, Possit locatorem tanquam dominium vindicare rem vt pote suam priuè etiam quàm cessauerit conductor in solutione vectigali, sed hoc casu repellatur exceptione & quidem doli quod aduersus factum proprium venire velit, Cum etiam vtilem actionem in rem aduersus eum quoq; polliceatur Prætor conductori legem conductionis obseruanti, Quomodo & de superficiario qui ab huiusmodi conductore non valde distat, scriptum est in *l. 1. §. is autem j. de superfi.* Nimirum quoniam cui damus actionem multo magis damus exceptionem, secundum iuris regulam, vt eadem lex ait & *l. annuus 156. §. 1. De regul. iur.* Caterum dominium fundorum vectigalium etiam qui in perpetuum locati sunt non transferri à ciuitatibus in conductorem, Ex eo intelligimus quod dici solet fundos vectigales vsucapi non posse, scilicet aduersus ciuitatem cuius sunt, *l. cum sponso 12. §. in vectigalib. §. tit. prox.* Nam cum vsucapio nihil aliud sit quàm adiectio & adeptio dominij adeoq; quiritarij, *l. 3. j. De vsucap. l. si finita 15. §. Iulianus j. de damn. infect. l. in bello 12. §. si quis seruum j. De captiu. & post. quis*

obsecro effectus esset illius propositionis, Funderi vectigalem aduersus ciuitatem & municipes vsucapi non posse si non ciuitas & municipes domini manerent. Sed & apertius idem probamus ex eo quod scriptum est in *d. l. si finita §. si de vectigalib. vers. sed in vectigali pradio.* si municipes nolunt caute vicino ex causa damni infecti pro vectigali pradio, Possit vicinum cui cautum non est si non modo nullus sit in possessionem, sed etiam ex secundo decreto tibi possidere iustus, Possit illum etiam vectigalis pradij dominium logo vsu capere. Quodnam enim dominium possit vsucapere si non haberent municipes Quiritarij? Nec ad rem pertinet, quod conductor res auferri non potest. Id enim sit vi exceptionis non iure dominij, & potestate conventionis, quam tueri Prætor debet non quod neque ius neque dominium vllum locator habeat. Itaque non dominium vllum conductor habet, sed ius tantum rei retinendæ, quod ius licet non aliunde quàm ex conventionione & locationis lege nascatur, ita cum causa dominij nihil habet commune. Illud certè negari non potest, Conductorem & possessorem fundi vectigalis facere in bonis ius eam fundum. Cum ipsius nomine acquirit, tibi & exceptionem si possideat, & vtilem actionem in rem ad possessionem recuperandam, si eam forè sine culpa sua amiserit, *l. rem in bonis 52. De acquir. rer. dom.* Ideoque si quis conductorem hanc dominium bonitarium appellare voluerit, is meo iudicio non valde aberrauerit. Eoq; fortasse pertinet, quod scriptum est in *d. l. non solet,* non solere dominium rei locatæ transire in conductorem, vt intelligamus transire igitur aliquando. Sed quando, nisi cum locatio facta est in perpetuum, & ea lege, vt quâdiu vectigal soluatur, res auferri conductori non possit? Quodnam verò dominium nisi bonitarium? De quitario enim iam ostendimus. De directo autem fatentur ipsi etiam interpretes, De vtili verò quod illi comminiscuntur somnium illud esse docuimus, *lib. 20. Comest. cap. 11.* Neque obstat quod habet ille vtilis in rem actionem. Non enim sicut directa vindicatio nascitur ex directo dominio, si quod tamen est quod directum dici possit, ita & vtilis in rem actio ex vtili aliquo dominio, In quo sanè hallucinati sunt interpretes. Sicut & in eo quod putant post Accursium quod hic dicitur de agris ciuitatum posse etiam agris priuatorum conuenire, vt alij vectigales dici sint, alij non vectigales secundum Iuliani distinctionem. Nam priuatorum agri emphyteuticarij quidem esse & dici possunt, sed vectigales nec esse nec dici possunt, quia nec pensio quæ pro iis penditur, vectigal dici potest, sed pensio, Neque enim vectigal appellamus pensionem illam quæ pro perpetua conductione à priuato facta penditur, sed vel pensionem, vel mercedem, vel, vt posteriores vocant, canonem annuum. Ergo nec fundos illos vectigales, pro quibus inter priuatos tale vectigal penditur, cum nemo ambigat fundos vectigales ex eo dictos esse, quod pro iis certum vectigal annuum soluendum sit. Et si autem vectigalia quædam publica dicuntur, ad differentiam priuatorum, Attamen priuata non ea dici debere credendum est quæ priuato alicui non etiam ciuitati debeantur, sed quæ ciuitatibus. Quorum scilicet causa illa est vt priuatorum loco habeantur si cum populo Romano & ciuitate Ro-



mana conferantur. Publica siquidem tantum illa sunt quæ filicus Populi Romani capit, de quibus in *l. i. in publica 17. §. 1. De verb. sign. & publicanus ille qui populi Romani vectigalia conducta habet, nō qui civitatum, quæ ut diximus licet sint quid publicum, hac parte tamen priuatorum loco sunt, l. cum qui 6. cod. Priuatorum ergo agri etiam qui vectigalibus simillimi sunt, vectigales tamē dici nullo modo possunt. Ac proinde omnes qui civitatum non sunt, non vectigales dicendi sunt sed hirsutum subdividendi, Aut etiam emphyteuticarij sunt, aut non emphyteuticarij prout aliter atque aliter conducti proponantur.*

**B** Neque his qui in locum eorum successerint. Intelligitur Accursio, siue generali titulo successione hereditaria, siue speciali & singulari, puta venditionis aut societatis, *l. in prin. in iis verbis societate eius 7. De loco public. fruend.* Ratio dubitandi iura non transeunt in singulares successores, *l. ult. in fin. inf. De contr. empt. l. 1. §. si heres ad S. Trib. l. 1. C. de hered. vel act. vend. l. fin. C. de hered. alt.* Ergo si quis fundum vectigalem in perpetuum conduxerit fructum ea lege ut quoad vectigal pendet fundus ei auferri non possit, poterit quidem ius eo contractu acquiritum transmitti ad heredes aliosve universales successores, sed non ad singulares. Nā nec ius alterius cuiuslibet locationis transit in singularem successorem, sed tantum in universalem *l. viam veritatis 10. C. de locat.*

**Dec.** Cū fundus per locationem perpetuam fit vectigalis, lex non tam personæ dicitur, quam ipsi fundo, *l. lex vectigali 31. §. De pignor. & consequenter ex ea lege possidentium personæ & obligantur & ius habent retentionis, l. venditor 13. inf. commun. præd.* Est enim hoc ius non tam personæ quam possessionis, iura verò possessionis quidni transeant in successorem singularem, in quem transeunt etiam vicia ipsa possessionis, *l. vicia u. C. de acquir. poss.*

**Res auferri ei non possit.** Ratio dubitandi. Nemo pacificèdo efficere potest ne de re sua manente sua disponere pro arbitrio possit, *l. penult. sup. de pact.* Atqui municipes qui fundum aliquem fruendum in perpetuum locaverunt, licet ea lege adiecta, ut quoad vectigal pendetur, auferri res conductori non possit, remanent domini, ut probauimus in præcedentibus: Ergo ex ea pactione obligari non possunt.

**Dec.** Cū locatio fit à municipibus & traditio

**I** Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quamuis non efficiantur domini, tamē placuit competere eis in rem actionem aduersus quemuis possessorem: sed & aduersus ipsos municipes,

*Ad §. 1. Qui in perpetuum fundum.*

Ratio dubitandi. Actio in rem non datur nisi ei qui sit dominus iure gentium vel ciuili, *l. in rem 23. in princip. sup. de rei vind.* Ergo si ei qui vectigalem fundum conduxit actio in rem competit, adeoque non tantum aduersus quemuis possessorem extraneum ut Publiciana, sed etiam aduersus municipes ipsos fatendum videtur conductorem ex hoc genere contractus effici dominum, Præsertim cū nec Publiciana quæ datur eo colore quasi res iam vscapta sit, non detur tamen contra dominum, Extra certos casus de quibus scripsimus ad *l. pen. & ult. sup. tit. prox.*

certa lege, contrahitur proculdubio *συνάλλαγμα*, & consequenter nascitur hinc inde obligatio quæ contrahentes vincit, & necessitate adstringit standi conventioni, *l. iuris gentium 7. §. 1. sup. de pact.* Indèque est quod ait *l. in traditionibus 44. cod. lit.* In traditionibus rerum quodcumque pactum factum sit, ille valere. Etiam quod alioqui non valeret, *d. l. venditor 13. §. Commun. præd. l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. §. de seruit. l. si creditor 7. §. ultim. §. De distract. pign.* quia scilicet dominus non aliter fuerat rem suam traditurus, *l. ult. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Cū ergo contractus hic vltro citroque sit obligatorius non magis permittendum est locatoribus ut auferant rem conductori quam conductori ut eam rem retineat nullo etiam vectigali soluto. Nec enim contractus debet claudicare, *l. cum te 6. cod. l. Iulianus 13. §. offerri & §. si quid a pupillo 7. de action. empt. l. nam absurdum 7. §. de bon. lib.* Aliud est si quis nulla alia causa preecedente eam sibi reique suæ velit legem dicere ut rem illam alienare aut aliter de ea disponere non possit. Hoc enim fieri certè non potest, *dicit. l. penult. vbi diximus sup. De pact.* Quamquam defendi etiam illud potest Conductorem fundi vectigalis videri quodammodo factum dominum bonitarium postquam Prator vilem in rem actionem, & exceptionem huic conductori dedit, ut probauimus in superioribus ex *leg. rem in bonis 52. De acquir. end. rer. dom.*

**Ut priuati agros nostros.** Hinc ergo intelligimus non fuisse solitos Pauli temporibus priuatos eiusmodi contractum inire. Si quando tamen id fiebat, dicebatur contractus emphyteusis, & fundus emphyteuticarius, Etiam ante Zenonis constitutionem in *l. 1. C. de iur. emphyt.* Nec enim Zeno aut nomen aut speciem hanc contractus introduxit, sed cū minus frequens minùsq; probatus contractus esset propterea quod certam nullam haberet naturam, Primus Zeno certam ei formam dedit, ut Iustinianus refert in *§. adde Inst. de locat.* Fluxit autem eius origo & vltus haud dubiè à locatione & conductione fundorum vectigalium, ut diximus. Solent verò etiam hodie dari à priuatis agri colendi ad breue tempus nec ferè vltra quinquennium, *l. si filiosfamilias 25. §. ult. §. filius mar. vbi notant interpretes, nec si maritus in longius quam quinquennij tempus fundum dotalem locauerit, cogendam tamen esse mulierem soluto matrimonio aut mulieris heredem stare locatiōi.*

**Dec.** Actionem hanc in rem proposuit Prator ex summa æquitate & utilitate, ut facilius inuenirent municipes conductorem qui fundos ciuitatis vectigales veller in perpetuum conducere sciens futurum ut eo nomine perinde actionem in rem & exceptionem haberet etiam contra dominum, acsi dominus ipse effectus esset. Neque vllorum magis interest quam ipsorum municipum tale ius inductum esse, Ne alioqui magno ipsi incommodo afficerentur, nemine cum iis ita contrahere volente, quomodo de minoribus & militibus scriptum est in *l. quod si minor. 24. §. non semper sup. de minor. l. Diuus 24. §. de testam. milit. l. ratas 7. C. de rescind. vendit.*

**vendit.** Est igitur hæc actio Prætoria si interpretibus nostris credimus pro quibus videtur facere, quod eleganter Papinianus noster scribit in *l. si cum venditor 66. in pr. §. De cur. in illis verbis vel ea actione qua de fundo vectigali proposita est.* Edicto nimirum Prætoris. Ciuiles enim actiones non proponuntur in albo Prætoris sed præteritis dantur. Sic & Publicianam actionem à Pratore Publicio in edicto propositam esse, ait Iustinianus in *d. §. namque in si. l. est. De act.* Cuius etiam meminit Papi. in *d. l. si cum venditor.* Vt verisimile sit inducta prius Publicianam deinde ad ipsius exemplum actionem in rem De fundo vectigali, Mihi tamen aliud iudicium est qui video nihil tale in hac lege scriptum esse, neque vllam edicti prætorij aut hinc aut alibi mentionem fieri, sed è contrario sic Paulum scribere tamē placuit eis competere in rem actionem, quibus verbis innuitur potius actionem hanc ex prudentum autoritate quam ex Prætoris edicto descendere. Quod & nos pluribus comprobauimus in *Error. 9. D. cad. 63. De error. pragm.* vbi & in *D. cad. seq.* multa noua & singularia prouimus ad huc tractatum pertinentia. Illud sanè verum est vtramque actionem & Publicianam & quæ de fundo vectigali à prudentibus inducta est esse vilem.

2. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

**I**ta tamen, si vectigal soluant.

*Ad l. Ita tamen 2.*

Bene Accursius hanc legem refert ad id tantum quod proxime in fine legis præcedentis scriptum est Actionem hanc vilem in rem dari conductori fundi vectigalis etiam contra dominum ipsum, Non autem ad id quod dictum est dari eam contra extraneum. Nam cum de illa contra extraneum danda queritur, non distinguimus an possessor locatori suo vectigal soluat an non, quoniam esset illa exceptio de iure tertij nec aliter exclusua iuris agentis quam si tertius velit, Quod genus exceptionis numquam admittitur, *l. bona fides. 1. §. quod si ego 7. de posit. Bart. ad l. 2. §. De except. rei iudic.* At cum de hac eadem actione contra dominum ipsum danda tractatur, necessaria est supradicta distinctio, Quia nec æquum est exceptionem vllam, nedum actionem dari conductori ex eo contractu cui ipse non satisfaciat, & contra eum cui fidem frangat, Cū prior ipse ex parte sua contractum implere debeat, *l. Iulianus 13. §. offerri §. de action. empt. l. cum re 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ideoque in edicto de superficiebus quod ad huius exemplum Prætor proposuit bene ille hoc verba cōcepit *Vt ex lege & locationis, l. 1. in pr. de superfic.* Et in interdicto De loco publico fruendo similiter in hunc modum *Quominus ei qui conduxit societate eius è lege locationis frui liceat, l. 1. in pr. §. de loco publ. fruend.* quia ut in *§. vlt. eiusdem legis scriptum est vltra legem locationis, contra legem audiri nō debet qui frui debet.* Ratio dubitandi. Contractus vltro citroque obligatorius non ex eo solo constituitur irritus quod alteruter contrahentium nolit ex parte sua satisfacere, *l. ea condicione 14. C. de rescind. vendit.* vbi dicitur ex hac causa esse agendum ad id quod interest, non ad contractus rescissionem, Nempe si non diuersa quoque pars à contractu discedi velit *l. si diuersa. 14. C. de transf.* Ergo quamuis conductor

Est igitur vtraque & ex æquitate. Nec idè tamen consequens est ut is cui vel hæc vel illa datur dicendus sit dominus utilis. Nam nec in alius iuris nostri locis dominus dicitur is qui viles tātū actiones habet, nec heres, quo nomine nihil nisi dominum significamus, *l. aut Prætor 7. §. sed quod Papinianus sup. De mino. idq; apud Accursium Iohannes glossator tam olim oblectauit.* Superficiarij non ha ratio est. Nam & h. c. habet hodie vilem actionem de superficie & exceptionem *l. 1. de superfic. l. i. iter 16. §. ult. & l. seq. §. de pign. act.* vbi hanc ob causam scriptum est, Etiam vectigale prædium & superficiarium pignori dari posse, quamuis alioqui ius pignoris supponat antecedens ius domini, *l. 1. §. sed & Marcellus §. de in diem addit.* Cū res aliena pignori dari nequeat à non domino nisi ex domini voluntate, *l. 1. & tot. tit. C. si aliena res pign. aut. sit.* Nihilominus quia ut pignoris datio valeat sufficit rem pignoratam in bonis esse pignoris, *l. & que non dūm 15. §. quod dicitur §. de pignor. l. ante omnia 22. §. de probat.* Nec talis oppignoratio lædit ius domini, sed fit cum sua causa, *l. §. vlt. & l. seq. & ita ut resolutio iure conductoris resoluatur etiam ius pignoris, l. lex vectigali fundo 31. §. de pignor. l. 1. §. sed & Marcellus §. de in diem addit.*

cesset in solutione vectigalis non eo magis tamen contractus irritus constitui debet. Quo tamē subsistente non potest aut actio in rem aut exceptio denegari conductori quamuis in vectigalis solutione cessanti.

**Dec.** Quisquis ex contractu vltro citroque obligatorio vel agit vel excipit, prior contractum implere ex sua parte debet, *d. §. offerri d. l. cum te.* Nec æquum est ut ex eo contractu Prætor illum tucatur, qui in eo ipso quod promisit præstando sit cōtutus. Vix enim est ut nō sit in dolo qui conuentioni suæ vltro non satisfacit, *l. magnam 13. in fin. C. de contr. & commit. stipula.* Numquam autem æquū est siue per actionem siue per exceptionem ei succuri qui sit in dolo, *l. penult. in fin. §. ad S. Tribell.* Atqui tam actio in rem quæ datur conductori fundi vectigalis quam exceptio non nisi ex æquitate datur & tuitione prætorij, Quam ex mera iuris ciuili ratione nō alij quam vero domino in rem actio dari debeat, *l. in rem 23. in pr. sup. de rei vindic.* neque utilis contra dominum quem scilicet iusti domini exceptione longè iustius tueretur, *l. pen. sup. tit. prox.* Ergo non aliter conductori fundi vectigalis danda actio vel exceptio est, quam si ex parte sua contractui satisfaciat, & vectigal soluat. Ob eamq; causam solebat lex vectigali fundo illa dici ut si intra constitutum tempus vectigal solutum non esset fundus vectigalis, id est plenus ius fundi ad dominum rediret, *l. lex vectigalis 31. §. de pign.* Cuius conuentionis ea vis erat ut non soluto sua die vectigali contractus ipso iure resoluatur sola pacti potestate, ut contingit in venditione facta sub lege commissorij vel sub pacto additionis in diem, *d. l. 4. §. sed & Marcellus de in diem addit. l. 1. de leg. commif.* Nisi quod post legem venditionis commissam nō vindicatio competit venditori, qui per traditionem dominus esse desit, sed tantum actio personalis ex

