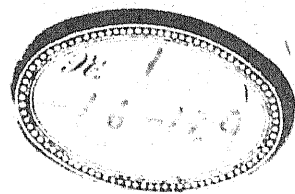


14. 7. 78

14	7
14	7
14	7



10 b^o R. 4559
Soy del Colegio Mayor y Real de Santa Cruz y Santa Catalina de Madrid.

FRANC.

HOTOMANI IVRISCONSVL. IN SEX LEGES

OBSCVRISSIMAS, *commentarius*:

EX SCHOLIS VALENTINIS.

L. Gallus, L. Vinum, L. Frater à fratre,
L. Pacta conuenta, L. eam quam L. precibus.

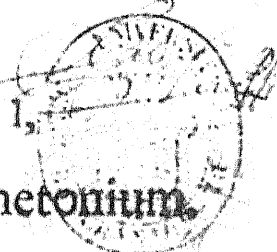
DVRARE ET MORI,

DE LA LIBRERIA
DEL REAL COLEGIO MAYOR
Reunido de Santa Cruz, y
Santa Catalina.
E. 2.º C. 44 N. 6

LVGDVNI,

Apud Claudium Sennetonium.

M. D. LXIII.





AMPLISSIMO VIRO,
IOANNI MONLVCIO, EPIS-
COPO ET COMITI VALEN-
tino Diensi, Francif. Ho-
romanus S. P.

De
Dr. Franc. Carbonel del Rosal

QUID his paucis proximis mensibus
in hac Academia tua, hoc est, in his
tuis Iustitia scholis egerim, Amplissi-
me Monluci, quauē in re meum hoc
literiarū ocium cōsumpserim,
poteris ex hoc, quem ad te mi-
si, libello cognoscere: in quo ea-
rum sex legum, quae in libris nostris obscurissimae nume-
rantur, interpretationem posui. Et si enim Regia te ne-
gocia, in quibus tot iam annos, magna cum laude, per-
petuāque nominis tui gloria, versatus es, magnopere
occupatum ac prope districtum tenent, nunquam ta-
men Academiae tuae memoriam ex animo deponis: nū-
quam optimarum artium ac literarum studia inter-
mittis: nunquam tantis te occupationibus obrui sinis,
ut non ad Doctrinae studium, tanquam ad suauissi-
mum ingenij tui pabulum, oculos saepe animūque re-
feras. Itaque ornarunt te quidem amplissimae, honori-
ficientissimaeque legationes, quamplurimae, quae iam-
pridem in Graecia, Italia, Polonia, Anglia, Scotia, Bel-
gica, fidelissimè sapientissimèque summis de rebus
a 2 obij

obijsti. Præcipuum autem splendorem doctrina tibi & eloquentia largita est: quæ te non modò apud gentes illas exteras, cum in omnibus prope orbis terrarum partibus Regum nostrorù nomine verba faceres, admirabilem reddidit: verùm etiam nunc in illo Regis sacratio, cum inter primos Regni proceres de maximis quibusque rebus sententiam dicis, summam tibi apud Regem nostrum gratiam: apud reliquos, dignitatem, auctoritatemque peperit. Quanquam autem nostra hæc fere totaludicra, ac plane scholastica sunt, & à rebus illis magnis, quas vos in tantorum munerum procuracionibus geritis, longè remotissima: delectaberis tamen, ut spero, commentationibus hisce nostris, ex quibus cuiusmodi Valentine inuentutis tuæ studia sint, & quanto opere iam ab armis & gladijs abhorreant, existimare poteris. Restat, ut hoc abs te, vir Amplissime, totius Academiæ nostræ nomine petamus, ut, quod primum ac summum Optimi Regis nostri, Serenissimæque ipsius matris optatum esse confidimus, tu pro ea, qua plurimum in hoc regno potes, auctoritate perficias, ut nobis otio isto literario quam diutissimè frui liceat. Quod si beneficio tuo impetrauerimus, spondemus fore, ut Academia hæc tua breui tempore nostra docendi assiduitate, fide & accuratissima diligentia, cum ijs quæ celeberrimæ, florentissimæque numerantur, comparari possit. Vale, vir Amplissime, & Salue. Deus te Opt. Max. singulari sua beneuolentia complectatur. Valentie Idib. Aprilis. 1564.



FRANC. HOTOMA-

NI IURISCONSULTI.

COMMENTARIVS IN

l. Gallus, 29. De liber. & posthumis.

EX SCHOLIS VALENTINIS.

ARGVMENTVM.



IRACTATIO de liberis & posthumis instituendis aut exhæredandis, tripartita est. Liberos appellamus, iam natos: posthumos verò, qui nondum nati sunt, sed qui post nascuntur: id est, aut post testamentum, aut (quòd certius & antiquius est) post testatoris mortem: prius autem de liberis dicemus, quæ ipsa quoque disputatio tripartita futura est: Primum enim de filio, post de nepote præmortuo filio, postremò de nepote & filio viuis differendum erit. Ergo quod ad filium attinet, is quidè qui iam natus est, omnino vel institui, vel nominatim exhæredari iure antiquo debuit: neque quicquam illo de iure vsque adhuc immutatum est. Filii namque præteritio testamentum & iniustum & nullum facit. l. inter cætera, 30. De lib. & posthu. l. 1. & pass. D. de iniust. rupt. De nepote autem qui præ-

a 2 mortuo

mortuo filio superstes est, hoc iuris est, ut & institui, & exheredari, & verò etiam præteriri recte possit. Præteritus enim valere testamentum finit, sed scriptis hæredibus accrescit: id est, partem illis aufert: id quod traditur à Iustiniano §. 2. De exher. liber. & Ulpiano capite Instit. XXII. Quod autè ad filium & nepotem attinet, de filio quidem illud perpetuum est, ut præteritus testamentum iniustum faciat. Nepotis autè antiquo iure, haberi ratio non poterat. Quod etsi in scholis nostris nouum atque inusitatum videbitur, tamen his (ut spero) rationibus euincemus. primùm quia nepos hic neque ut suus, neque ut alienus institui poterat, deinde quia in patris sui potestatem recasurus erat: (certè quidem ominis causa ita sperandum erat) ac propterea tota illius cura filio relinquenda: neque quicquam de illius iure, aut sollicitudine anticipandum: præterea quia partes inter patrem & filium fieri non poterant: neque familiæ excusanda iudiciū inter illos exerceri. Neque verò nobis aduersatur. l. Si ego, 26. & l. Si ex sua 36. D. de acqui. hære. dicitur, patrem vnà cum filio hæredem institutum, pro sua parte aditurum, & pro altera parte iussurum adire filium. Nam & vterque illorum testatori erat extraneus: & constat partem illam non acquiri patri iure hæreditatis, sed iure accrescendi: ex l. Si mihi purè, 61. D. de legat. secundo. Denique Ceruidius Scæuola hoc ipsum de nepotibus, qui superstite filio neque institui, neque exheredari viuo filio possunt, ita perspicuè ac dilucidè

in §.

in §. Idem credendum, demonstrat, ut nulla tergiversandi occasio supersit: quemadmodum cum eo loci ventum erit, planius intelligetur. Atque hæc quidem omnia de iure antiquo accipienda sunt: quo nulla eius casus ratio habebatur, cum filio ante testatorem moriente, succedens nepos, hac successione, perinde quasi agnatione, testamentum rumpebat. Præteritus enim (ut posterius docebimus) dici nõ poterat: quippe qui in institutorum ordine non esset. Propterea autem nulla iure veteri casus istius ratio ducebatur: quia filio mortuo plena & integra mutandi testamenti facultas testatori constabat. Sed tamen cum perpè accideret, ut testatores in exteris regionibus negociantes, aut ruptionem illam successione factam ignorarent, aut ciuium Ro. copiã ad testamentum condendum non haberent, lex Iunia Vellea lata est, ut ius hoc nouum & inusitatum induceretur, ne huiusmodi nepotes viuo filio superstitibus, vel instituti, vel nominatim exheredati, testamentum successione rumpere. Ex quo illud quoque, quod superius diximus, perspicuè confirmatur, ante hanc legem perlatam, nepotes istos quantumuis institutos, quantumuis exheredatos, tamen successione rupisse. Successio enim, ut iam dixi, quasi quædam agnatio est. Nunc ad alteram tractationem accedamus, de iis, qui testamenti faciendi tempore nati nõdum sunt, qui generali nomine Posthumi appellantur: cum eorum (ut antè dixi) duo genera sint. Nam alii post mortem testatoris nascuntur,

alii

alii post testamentum, ante ipsius mortem: in quibus post legem demum Velleam vsurpari hoc nomen coepit: vt posterius intelligetur. De hisce igitur omnibus ius hoc, priscis temporibus, de veterum Iurifconsultorum sententia, constitutum ac receptum fuit: vt nondum natos neque institui, neque exhæredari liceret: quod etsi adhuc in scholis nostris inauditum est, tamen his fere argumentis comprobabimus: primùm quia Ceruidius in hac ipsa l. Gallus §. pen. aperte, disertè, ac dilucidè testatur, ante legem Velleam nullo iure licuisse nondum natos institui. Legis autem Velleæ primo capite permissum esse, vt liceret institui nondum natos. Eò accedit quòd certum concilium testantis esse oportet: vtpote, ne non satis suæ compos mentis fuisse videatur. §. posthumo, de legat. De eo verò qui natus nondum est, iniri certum consilium qui potest? Nam primum omnium incerta eius conceptio est, deinde vt certa conceptio sit, tamen natiuitas incerta est. Abortio enim pro natiuitate non habetur. l. qui mortui, 129. D. de verborum significat. præterea, vt recte natiuitas succedat, tamen incertus est sexus: cum lege Voconia institui eorum, qui censi essent, filia non possent. Postremò incertus erat nasciturorum numerus: vt facile appareat, nihil certi consilii de iis iniri à testatoribus posse. Atque hoc quidem communiter & ad filios, & ad nepotes pertinet. Nepotum verò illud etiam præcipuum est, quòd si eorum iam natorum cura superstiti filio tota relin-

quenda

quenda est, ne aut de illius vita malè ominari, aut sollicitudinem ipsius propriam anticipare videamur: multo magis eorū qui nondū nati, ac fortasse ne concepti quidem sunt, integra ei sollicitudo relinquenda est. Hæc igitur ita cum essent, vetus à Iurifconsultis regula super hac re concepta est: Agnatione sui hæredis, testamentum antè factum rumpi: quocunque tempore nasceretur: id est, siue ante siue post testatoris mortem: item, cuiuscunque gradus, sexus'ue esset. Quam regulam quasi proverbiū locum olim inter illos obtinuisse, non obscurè significatur in l. quod dicitur, 12, & l. seq. D. de liber. & posthum. l. 1. & passim, D. de iniusto, rupt. Atque hoc nimirum illud est, quod sæpe antehac apud Ciceronem legebamus primū, in Oratione pro Cæcina: Hoc non potest: Cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum, iudica. Item lib. de Orat. 1. Num quis eo testamento quod paterfa. antè fecit, quàm ei filius natus est, hæreditatem petit? nemo. quia constat agnascendo rumpi testamentum. Filius autem exempli loco nominatim appellatur, cum generaliter de suo hærede regula fuerit: cuiuscunque is gradus, sexus'ue esset. Ex quo præclara hæc & obseruanda doctrina sumitur: Eam nimirum suitatis (tandem enim aliquando verbum hoc in scholis nostris contritum, & huic rei significandæ aptissimum in vsum recipiendum est.) eam, inquam, Suitatis præstantiam ac dignitatè fuisse, vt eius causa qui suis agnatus esset, nouum testamentum fieri oporteat: antè factum,

b nihil

nihil valeret. Hæc igitur iure antiquo sic erat: cum incommodum testatoribus maximum accidebat, ut cui post suam mortem liberi nascerentur, si sui nascerentur, frustra operam in testamento faciendo consumeret: ac ne illud quidem incommodum vlla ratione vitare posset. Itaque huic malo remediū à Jurisconsultis inuentum est, & de communi sententia constitutum, ut posthumos & institui, & nominatim ex hæredari liceret: non quidem omnes: quid enim ad auum nepotis eius, cuius pater superstes futurus erit, cura pertinet? sed ii demum, qui nati testamentum rumpent: hoc est, qui si ante testatoris mortem nati fuissent, sui hæredes fuissent: quos iccirco Posthumos suos vulgo appellamus. Propterea igitur institutum hoc fuit, quia post mortem mutandi testamenti, & natis liberis consulendi, adempta facultas erat. Quod si nepotes hi ante mortem testatoris agnascerentur, tum quia integra de iis statuendi facultas manebat, eos institui non permiserunt. Id quod etsi in scholis nostris nouum videbitur, tamen vel ex eo perspicue intelligitur, quod Vlpianus cap. Instit. xxii. ita scribit: Eos qui in utero sunt, si nati sui hæredes nobis futuri sunt, possumus instituere hæredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure ciuili: si verò viuentibus nobis, ex lege Iulia.

Argumētū enim ex cōtrario sic inducimus: ut si ius ciuile (quo verbo propriè recepta Jurisconsultorum placita, & probatæ sententiæ intelliguntur) post mortem nascentes institui permisit, sine dubio

bio contrarium ius in contraria specie, id est, in iis qui ante mortem nascerentur, reliquit. Alterum etiam apertius est, ex eodem tamen genere: quia Ceruidius, sub finem huius legis, vbi commemorat lege Vellea permissum fuisse, ut liceat institui nondum natos, qui cum nascerentur sui erunt, dilucidè demonstrat, ante legem Velleam id non licuisse. Quemadmodum autem antiquo iure, vitandæ ruptionis causa, potestas facta est testatoribus, eos qui post mortem nascerentur instituendi: sic etiam lege Vellea inductum est, ut eos qui post testamentum, licet ante mortem nascerentur, institui liceret: siue filii, aut filia, siue nepotes, aut neptes essent: duntaxat qui quæve agnascens testamentum rupissent: id est, sui suæve hæredes existeret. Opinor, quæ per sæpe accidebat, ut peregrè profecti testatores aut agnatū sibi suū hæredē ignorarent, aut ciuium R. copiam ad nouū testamentum faciendū nō haberet. Ciuiū autē R. consuetudinē fuisse, ut mature testamēta, facerent, diuque illa parata asseruarent nemo ignorat.

Quæ superius dicta sunt, primū ad filios, deinde etiā ad nepotes, quæ filio testamēti tēpore mortuo in nurus utero sunt, pertinet. Sequitur tertia & postrema huius tractationis de posthumis pars: nimirū de nepote, quæ filio superstite in nurus utero est: qui, si filius viuo testatore moreretur, suus hæres agnasceretur. Dupliciter autē hæc quæstio tractatur: Primum cum post testatoris mortem nascitur: deinde cum ante eiusdem mortē nascitur. Ergo si post

testatoris mortem nepos hic posthumus suus nascetur, antiquo iure ratio eius haberi in testamento non poterat. Nam illa vetus regula qua posthumos institui permixtum est, de iis demum erat, qui si testamēti tempore nati fuissent, sui hæredes fuissent. Hic autem nepos natus testamenti tempore, suus hæres non fuisset. Præterea superius dictum est, quandiu filius superstes est, tandiu nepotum rationem haberi nullam: neque enim auos superstitibus filiis sollicitos de nepotibus esse conuenit. Itaque necessariò accipienda erat plaga, ea que insanabilis: quia neque, ut non rumpetur testamētum, caueri, neque si ruptum esset, remedium adhiberi poterat, mutandi enim post eum natum testamenti facultas mortuo non erat. Neque mihi dicat aliquis, nepotem hunc ex præteritorum fore numero, qui scriptis hæredibus accrescunt. Præteritus enim nemo dicitur, nisi qui è suorum hæredum ordine ac numero est. Præteriti, inquam nepotes ii demum dicuntur, qui testamenti tempore demortuorum iam filiorum locum successionem adepti sunt. Rursus dici non potest, vulgarem substitutionem accommodari ad hunc casum potuisse, propter utramque superiorem regulam: quia neque nondum natos, nisi qui nati sui hæredes futuri essent, institui ius erat: neque superstiti filio nepotum haberi ratio poterat. Hæc cum ita essent, inuentus est C. Aquilius Gallus Iuriconsultus, & Mutii Scæuolæ, & Ser. Sulpitii præceptor, qui testamentorum conseruandorum, & vitandæ rptionis caussa

caussa, ius nouum atque inusitatum induxit, ut posthumi nepotes, ab auo, si filius se uiuo moreretur, instituti, nominatimue exhæredati, testamentum non rumpent. non quò eorum præteritio rptionem testamentum esset, (præteritionis enim verbum cadere, ut superius dictum est, in illos non potest.) sed quia sui hæredis agnatione testamenta rumpentur. Hi autem nepotes cum nascebantur, sui nascebantur. Sequitur altera tractatio, de his ipsis nepotibus, ante testatoris mortem suis, per filii obitum, agnascantibus. Nam cum eos nullo antiquo iure institui liceret, quemadmodum & ex superioribus intelligitur, & Ceruidius dilucidè testatur per legem Velleiam primùm inductum esse, ut deinceps liceret, & hæc formula testatores commodè veterentur, Quicumque mihi suus hæres futurus erit cum nascetur, hæres esto. Atque hæc quidem quasi præuentionis causa, breuiter, satis tamen, pro rerum obscuritate, dilucidè, de hæc tripartita liberorum & posthumorum instituendorum ratione, dicta sint. Nunc tempus est, ad Ceruidium nostrum accedere.

A R G V M E N T V M.

Aquiliana formula eos nepotes posthumos uiuo adhuc filio instituendi, qui, si post patris familias mortem sui nascerentur, præteriti testamentum rumpent.

SCAEVOLA LIBRO VI.

Quæstionum.

GALLVS *sic posse institui posthumos nepotes induxit*

b s

duxit

dixit. SI FILIVS MEVS VIVO ME MORIETVR, TVNC SI QVIS MIHI EX EO NEPOS, SIVE QVAE NEPTIS, POST MORTEM MEAM IN DECEM MENSIBVS PROXIMIS, QVIBVS FILIVS MEVS MORERETVR, NATVS NATA ERIT, HAEREDES SVNTO.

HOTOMANVS.

INSTITVI.) Rectè, Institui: si euentum ipsum, & Aquilianam sententiam spectemus: at si iuris civilis rationem & consuetudinem, scripturaeque ordine attendamus, substitutio est. Hic enim verè secundus haeres est. l. cū in testamento, 37. D. de haere. insti. POSTHYMOS NEPOTES.) Quorum pater testamenti tempore superstes est: vbi rei integra de illis cura relinquenda videatur.

INDVXIT.) Cum prius id iuris nō esset. Eos enim solos posthūmos institui licebat, qui, si post testamentū factū ante testatoris mortē nati fuissent, sui haeredes nascituri fuerant: ac proinde agnatione testamentum rupturi. Cæterorum autem posthūmorū cura iis relinquebatur, quorū in potestate nascituri erant: id est, quorū in potestate sperandum erat vt nascerentur. Induxit ergo, id est, ius nouum in ciuitatem inuexit. Iuriscōsultorum enim ea fuit auctoritas, vt eorum placita, decreta, sententiæ à cæteris probatae ac receptae, tandē ita ratae essent, vt pro iure valerent, cuius rei exemplum vel hac ipsa in lege extat de Iuliani sententia contra ius commune probata, sub §. Ille casus. Item vt in l. 3. D. de coniung.

cum

cum emancip. Itaque posterius sub §. sequenti capite: Aquilii sententia haec nominatur. Quin & sub §. si eius, nominatim tribus locis Ius antiquum appellatur. Sic & Catonis sententia saepe appellatur, quae regula vulgo dicitur.

SI FILIVS MEVS.) Deest initium. Filius haeres esto: vel certe potius abest. Id enim solum hic profertur, quod ab Aquilio inductum est. Initium autē illud ex iure antiquo est. l. inter cætera, 30. D. de liberis & posthumis quod quia tritum & notū in vulgus erat, à Ceruidio omissum est.

SI QVIS MIHI NASCATVR.) Notanda locutio: Nasci cuique dicitur is, qui ei suus haeres agnascitur. vt saepe posterius, sub §. Et quid si tantum.

SIVE QVAE NEPTIS.) Necessariò hoc addit: nam huius quoque agnatio testamentum rumpebat: siquidem sua haeres agnasceretur. l. posthūmorum, 13. D. de iniust. rupt.

DECIM MENSIBVS PROXIMIS.) Nam decimo mense legitime hominem gigni, Decemviri duodecim in tabulis cauerunt: vt Gellius lib. iii. cap. xvii. testatur, Similiisque extat formula in l. vlt. C. hoc tit. & l. vlti. D. de fideic. libert.

QVIBVS FILIVS MORERETVR.) Id est, quorum ratio à die mortis mei filii primum inibitur.

HAEREDES SVNTO.) Latinae linguae consuetudo postulabat, Haeres esto. propter disunctiuā particulā SIVE. Quid ergo est propter incertū. Inasciturorū numerū ita cocepit: vt si plures nasceretur

omnes

omnes instituti intelligerentur. vide l. si ita scriptum, 13. D. de liber. & posthum. & l. vtrum, 7. D. de reb. dub.

§. primus.

In Aquiliana formula, casum mortis filij, sine fraude, omitti posse.

QVIDAM rectè admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filij: sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, quo ex verbis concipi possit.

QVIDAM.) Deinceps quadruplex Ceruidii disputatio præfertur, in singula sententiæ Aquilianæ verba: quarum hæc prima verba illa examinat, SI FILIVS ME VIVO MORIATVR.

SI NON EXPRIMAT.) Si totum hoc omitat, Si filius me viuo moriatur.

SIMPLICITER.) Purè, sine conditione substitutionis. Simples Enunciationes Cicero appellat, quas Græci κατ' ἁπλοῦς Omnis autè substitutio conditionalis est. At si dicat, Filius hæres esto: Qui mihi ex eo mortuo post meam mortem nascetur, hæres esto: ex conceptione verborum nõ substituere posthumũ filio, sed simpliciter instituere videtur.

EX VERBIS CONCIPI.) Ex verbis elici, intelligi que possit. Quasi dicat, Non ex conceptione verborum, sed ex sententia quæ ex verbis concipi intelligi que poterit. Nam si verborum conceptionem spectemus, nepos vna cum filio absurdè institutus videretur, quod fieri non posse, superius diximus. Id que Ceruidius apertè, nec ita multo post demonstrat. Sed causæ constitutio exponenda est.

est. Cùm enim illa simplici formula vsus testator esset, natus nepos non rectè se institutum dicebat, ac propterea agentes ex testamento legatarios repudiabat. Intentio igitur horum hæc erat. Rectè simplici formula institutus es. D. Imò non rectè Q. Rectène an secus? R. Quia vt verba concepta sunt, vna cum patre sum institutus: id quod non potest. F. At non verba, sed sensus qui ex verbis concipi potest, spectari oportet: quasi testator non aliter te, nisi in filii defectum, instituisset. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur. Scriptum urgebat nepos: Legatarii sententiam, & casum qui ex scripto concipi, intelligi que potest. Sæpe autem & hac ipsa in lege, & alibi, Concipere verbis vsurpatur pro complecti & comprehendere. Sed aliud est Verbis concipere, aliud Ex verbis concipere.

§. Idem Credendum. 2.

Quod de filio & nepote Aquilius scripsit, id etiam ad eos casus accommodatur, quibus aut filio mortuo nepos: aut hic nepote mortuo, aut etiam uterque superstes est, & pronepos instituendus est.

“IDEM credendum est Gallum existimasse & de pronepote, vt dicat testator: SI ME VIVO NEPOS DECEDAT, TVNC QUI EX EO PRONEPOS. &c. Sed et si viuo filio, iam mortuo * pronepote, cuius vxor pregnans esset, testamentũ faceret, potest dicere: SI ME VIVO FILIVS DECEDAT, TVNC QUI PRO-

Nepo

NEPOS.

UNIVERSITÄT

NEPOS. Num si & filius & nepos uiuat, concipere utrisque mortuis, uiuo se, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendū est. Ita sane si prius nepos, deinde filius decederet: ne successione testamentum rumperetur.

IDEM CREDENDVM.) Sequitur secunda Ceruidii disquisitio, in uerbum Nepos: an scilicet pronepotis uerbum pro eo substitui possit. Triplex autem hæc de pronepote consultatio est: cum aut filio mortuo nepos, aut hic nepote mortuo, aut, etiam uterque superstes est.

CREDENDVM EST.) Sanè, nisi admodum incredulis. Nam dubitandi causa quæ fingi possit, nulla est.

NEPOS DECEDAT.) Qui in demortui filii locum suus hæres successione factus erat: neque item ut filius nominatim instituendus erat. Præteriri enim poterat: ac tum scriptis hæredibus acruisset. § 2. De exhær. lib.

MORTVO PRONEPOTE.) Iam pridem corrigendum docuimus, Nepote: ut in aliis omnibus, neque quicquam dubitationis res habet.

VIVAT.) Latinæ orationis lex postulat, VIVANT.

CONCIPERE VTRISQUE.) Subaudi Possit, quod è propinquo repetendum est, ut sit sensus: Potestné etiam hoc modo formulam concipere?

CONCIPERE.) Hoc modo: Filius hæres esto

esto: Si is me uiuo morietur, tunc qui pronepos &c. Nepotis autem nulla mentio facienda est. Eius enim, uiuo filio, ratio haberi ante legem Velleam non poterat.

NE SUCCESSIONE.) Insignis locus, ex quo tria singulariter obseruanda sunt. Primum est, Nepotem superstite filio uiuentem, de quo mentio facta nulla est, præteritum dici non posse. Præteriti enim ii demum dicuntur, qui in suorum hæredum ordine locum obtinent. Itaque quamuis postea filius illo superstite moriatur, non tamen ut præteritus ualere testamentum sinet, sed successione, quasi noui hæredis agnatione, rumpet. Alterum est, nepotem uiuo filio superstitem, neque institui, neque exhædari, rectè posse. Omni modo enim, moriente filio testamentum successione rōpet. Quo modo enim si nepos hic uel institui, uel exhædari potuisset, Ceruidius ei tanquam capite dánato moriédum ante filium dixisset: neque alia ratione cōseruari testamentum posse? Tertium est nepotes ex iure antiquo, id est ante legem Velleam, in demortui filii locum succedentes, sui ius adeptos esse: id quod propter secundum legis Velleæ caput obseruandum est.

§. 3. Et quid si.

Quod de morte Aquilius dixit, id etiam in emancipatione, deportatione & captiuitate ualet. Sed ne tam multa supplenda sint, cautius erit dicere: Quicumque natus fuerit, si suus nascetur.

ET QUID SI tantum in mortis filij casum concipe-

Interdictionem pateretur.

ret? quid enim, si aqua & ignis * interdictione peteretur? quid si nepos ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset: hi enim casus, & omnes ex quibus suus haeres, post mortem scilicet aui, nasceretur, non pertinet ad legem Velleam. Sed ex sententia legis Velleae & haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis caeteri casus admittendi sint. Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxere, ut si anteaquam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet aui * nasceretur, non rumpere? Nam hic casus ad legem Velleam non pertinet. Melius ergo est, ut in eiusmodi utilitate, praesertim post legem Velleam, quae & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur: ut instituens nepotem qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumpere que praeteritus. Atque etiam si generaliter quicquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicumque natus fuerit, sit institutus si suus nasceretur.

ET QUID SI.) Sequitur tertia Ceruidii disquisitio, in verbum MORIATUR: an quod de morte dictum est, idem in omnibus casibus intelligendum sit quibus filii Suias admittitur.

CONCIPERET.) Testator suam testamenti institutioni'sque formulam.

INTERDICTIONE PETERETUR.) Alii codices interdictionem pateretur. Quod magis arripdet.

Aui qui.

ilitates.

det. Dubitandi autem quae causa sit, exponendum est. Nam mortis dissimile esse ratione ac deportationis, vel ex eo confici videtur, quod mortuus restitui non potest, deportatus potest. Itaque in illo, spes extincta est: in hoc, non est. Denique casum mortis ad deportationis casum non produci, patet ex l. ex ea parte, 121. D. de verb. obl. l. Sed si mors, 13. D. de donat. int. vir. & vxor. l. cum pater, 77. D. de legat. secundo: & l. 5. D. de bonis dānat. l. intercidit, 59. D. de codit. & demōst. in quibus omnibus traditur, ea quae in tempus mortis collata sunt, deportationis tempore non committi. Quod si dissimiles inter se mors & deportatio sunt, non recte Iuriscōsultus dissimilibus convenire similia respondit: & quod mortis casui proprie ac nominatim attributum est, id ad deportationis casum produxit. Contra tamen ad extremum Ceruidius concludit, cum ita loquitur: SED EX SENTENTIA ET HAEC OMNIA admittenda sunt: ut ad similitudinem mortis caeteri casus admittendi sint. Quibus postremis verbis, si tamen verè Ceruidii verba sunt, perspicue significatur, inter hos mortis & deportationis casus similitudinem existere. Quod profecto ita est. Nam etsi in iis quae facti sunt, cuiusmodi superiora illa sunt, propter restitutionis incertum dissimiles sunt, tamen in iis quae iuris sunt, & rei naturam ac substantiam attingunt, pares sunt, & eundem effectum habent: quemadmodum intelligitur ex l. i. §. filium, D. de bonor. poss. cōt. tab. l. 4. §. 2. D. de bon. libert. vbi traditur, edictum in hac sententia scriptum, Bonorum possessio filio mortuo detur nepoti: ita esse accipiendum, ut

etiam in casum deportati filii admittatur nepos: præclare. Quorum enim ius & vis, & effectus paræ sunt, quamvis extrinsecus dissimile aliquid habeant, paria tamen censenda sunt. Constat autem & bonorum possessionem & heredis institutionem, æque per deportationem ac mortem extinguí: constat inquam illas utroque casu, in primo gradu constantes, pariter deficere, ut dubitandum non sit, quin secundus gradus æquè utroque defectionis casu admittendus sit. Sed occurritur ab hominibus eruditis, obiicientibus auctoritatem legis Commodissimè, 10. D. de lib. & posthum. ubi traditur casum expressum non produci ad casum omissum. Præclara verò & Iurisconsultis digna obiectio. At qui casus in illa lege omissus dicitur, ex diametro contrarius est expresso: Si me vivo nascatur: & si me mortuo nascatur: quid cogitari potest pugnantius? Itaque rectè Ulpianus respondet, hæreditatem alicui in vnum casum nominatim attributam, non posse ad contrarium casum transferri. Propositis enim duobus contrariis quod vni conuenit, alteri conuenire non potest: tamen si Iustinianus pro suo, id est, Imperatorio iure aliter constituerit. l. vlt. C. de posthum. hæ. inst. At in lege nostra, qui casus omissus est, & ius & effectum habet expresso planè similitum: ut mirandum non sit, si in causis paribus paria iura statuamus. Id quod ex hac causæ cõstitutione planius intelligitur, Qui filium & nurum ex eo grauidam habebat, Aquiliana formula est usus: postea deportatur filius

lius: moritur testator, ac tum deinde nepos nascitur, qui cum legatis & libertatibus dandis, suam imminui hæreditatem videret, testamenti vim nullam esse disputabat. Intentio igitur legatariorum hæc fuit: Substitutio rectè facta est. D. Imo non rectè. Q. Rectène, an secus facta sit: R. Quia casus mortis, in quem collata est, non accidit. E. At mens testatoris in vno illo casu defixa non fuit: sed omnes casus, quibus deficere institutio posset, spectauit. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur: An qui casum vnum defectionis expressit, idem de omnibus similibus cogitasse videatur. Respondetur, idem videri testatorem sensisse.

EMANCIPATVS ESSET.) Quo tempore primum cœpi in hanc legem scribere, dicebam mihi mirum videri, quòd Ceruidius nullam adiuvandæ lectoris memoriæ rationem ducens, & quasi de industria rem implicans, casum hunc emancipationis potius in nepotis & pronepotis persona, quàm ex Aquilianæ sententiæ præscripto, in persona filii & nepotis tractaret. Sed postea visum est quibusdã eruditis, aliquid hoc loco mysterii subesse. Ceruidius enim casus morti similes persequitur. Emancipatio verò in filii familias persona, neque morti, neque deportationi similis dici potest: quippe quæ institutionem non perimat. Institutus enim filius quamvis postea emancipetur, nihilominus institutionis ius retinet: ut ex huius legis fine dilucidè cõstabit. At si & filius & emancipatus nepos superstites sint, pronepus autem grauida: filius

lius autem instituat, moriente ante nepotem filio, nepos emancipatus in ius sui non succedet, quod per emancipationem amiserat. l. i. §. 4. & l. capitul. D. de suis & leg. Qua de causa emancipatio isto casu tantum efficit, quantum mors. Acute hoc quidem & ingeniose animaduersum est: sed videamus, ne ad institutum nostrum nihil omnino pertineat. Cum enim casus morti similes quaerimus, in re ea similitudinem aucupamur, ut primi gradus defectio similiter per alium quendam casum inducatur, ut in Aquiliana formula per mortem inducta est. Velut in superiore quaestione, An nepos nominatim in casum mortis instituti filii substitutus, contingente filii deportatione, ex scripti sententia recte institutus videatur. At in hac nepotis emancipati causa, nihil est eiusmodi. Proposita, inquam, quaestioni termini longe alii sunt a superiore. Nam in eius persona neque institutionis, neque defectio quaestioni locus ullus est: quari, inquam, non potest an pronepos recte substitutus videatur, quia nepotis instituti gradus casu aliquo deficit. Nihil igitur rationis fuit dicere emancipationem in ista nepotis causa tantum efficere, quantum mors. Nam per mortem desinebat institutio: hic neque institutus est, neque si esset, defectio accideret. Casum igitur emancipationis alio tractemus modo. Primum in filii familias instituti, tum deinde, ex Ceruidii praescripto, in nepotis persona. Nam si filius Aquiliana formula instituat, & nepos ex eo posthumus in mortis filii casum substitua

stituat, post emancipetur filius, dein avus moriatur: praclare quaeretur, ecquidnam iuris statui oporteat. Non enim ut ius sui, sic ius institutionis filio adimit emancipatio. Quod si ille ut recte haeres institutus est, atque etiam necessario institutus est, ita haereditatem perpetuo retineat, quid dicemus? Nam isto nepote in familia nato quid fiet? Aequum ne est, ut auita haereditatis, qui suus ei natus est, expers sit? Et constat iniquissimum id esse. Verum ecquonam iure particeps esse poterit, cum quandiu instituto locus est, tandiu nunquam substitutus admittatur. l. quandiu, D. de acq. vel omit. haere. Hanc quaestionem Iuriscōsultorum nostrorum ingenio & disquisitione satis dignam, qui ante hoc tempus tractarit, arbitror fuisse neminem. Respondendum autem existimarem, ubi subtilior iuris ratio nobis deficit, ad aequitatem, tanquam ad sacram anchoram, esse confugiendum: uti patet veteres in testamentis contra ius summum sustinendis factitare solitos, ex l. posthum. 12. D. de iniust. rupt. l. Si ita scriptum, 13. D. de lib. & posthu. & sexcentis aliis. Quid ergo est? Sustinebitur videlicet testamētum propter iuris publici utilitatem, testatoris voluntatem, & haeredum ac legatariorum rationem. Nepos autem reiectis iuris summi argutiis, etiam una cum filio admittetur. Similis enim aequitatis exemplum videmus in clausula Iuliani, sub Rubrica de coniug. cum emancip: ubi nepos in potestate retentus, & praeteritus, multo minore ratione admittitur ad bonorum possessionem

d

contra

contra tabulas vnà cum emancipato filio, neuter enim institutus fuerat: hoc vero casu vterque scriptus hæres fuit.

Sed nunc tēpus est, ad nepotis personam, in qua Ceruidius emancipationem tractat, accedere. Ergo qui filium familias & ex eo nepotem in potestate habebat, ita scripsit: Filius hæres esto. Quod si is me viuo moriatur, tum, qui mihi post meam mortem pronepos nascetur, hæres esto. Deinde viuente adhuc filiofam. nepotem emancipauit. His perfectis, moritur primūm filius, deinde testator, tandem agnoscitur pronepos. Hoc loco si quæstionē aliquis poneret, similisne quæstio versari hoc casu possit, vt in deportatione: hoc est, an pronepos nominatim in casū mortis primi hæredis substitutus, deficiente primo gradu per casum aliquē alium quàm mortē, rectē substitutus videatur: si quis, inquā, ita propter nepotis emancipationem quæreret, nōne alicui vaticinari atq; insanire videretur? Quod enim illius nepotis emancipatio, Iuris Ciuilis ratione, similis videtur morti, quia sui ius ei ademit, experitēque illum paternæ hæreditatis facit quasi mortuum: quid ad hanc quæstionem pertinet, in qua de gradus instituti defectione agebatur? Frustra igitur, & rei potius implicandæ, quàm docendi lectoris causā, inducta in hunc locum huius nepotis emancipati commemoratio est. Quod si tamen quærat aliquis, hoc casu quid isto emancipato fiet, qui quia ope institutionis orbatus est, planē iure Ciuili destituitur: Videndum ecquid ex æquitate

tate & contra subtilem iuris rationem adiuuari debeat, vt cum pronepote admittatur: ad exēplum eius æquitatis, quam superius ex Iuliano commemorauimus: vt quemadmodum ille nepotem suum præteritum, Iure Ciuili fretum, prætorio verò destitutum, tamen ad prætorium emancipati beneficium admittebat, similiter hoc casu emancipatus nepos ex iure Ciuili destitutus, propter Iuris ciuilis in hunc pronepotē beneficium, admittatur.

AD LEGEM VELLEAM.) Quæ posteriore capite casus omnes quibus sinitas à filio familias amittatur, generalibus hisce verbis complexa est: SI QVIS EX SVIS HÆREDIBVS SVVSESSE DESIERIT. Quibus verbis nō tantum mors, sed etiam deportatio & emancipatio, de quibus modo agebamus, comprehenditur. Eius autem legis duo sunt termini, quibus ius illius vniuersum definitum ac circumscriptum est. Vnus est de filio sinitatem quouis modo amittente: alter de nepote, qui viuo testatore sinitatem aut per agnationem, aut per successionem adipiscitur. Propterea autem casus hi omnes ad eam legem non pertinent, quia terminus de nepote his casibus non cōuenit, quibus nepos post aui mortem nascitur.

EX SENTENTIA LEGIS VELLEAE.) Hoc quemadmodum intelligi debeat, satis existimare non possum: cū in illa lege casus huic nostro planē dissimiles contineantur. Itaque peracutē sane & ingeniosē animaduersum ab aliis video fuisse, verba hæc duo, LEGIS VELLEAE, d 2 spuria.

spuria esse, & ex imperiti alicuius interpretis verbis in contextum irrepisse. Sententiam enim Aquilianæ formulæ sine dubio significat: quandoquidem ex scripto & sententia omnes istæ caussarum disceptationes constant. Præterea si ex sententia demum legis Velleæ casus istos admittamus, sequeretur ut per annos amplius centum aliud iuris fuisset. Denique hoc ipsum posterius sub §. sequenti parte, non obscure ostendit: cum ita loquitur. Et bene verba se habent, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus.

AD SIMILITVDINEM.) Totam hanc clausulam aut vna litura deleri oportet, quasi ex marginis annotatione in hunc locum translata: aut Ceruidiū ridicule βαρβαρολογου̅ fuisse fatendum est.

QVI FILIVM APVD HOSTES.) Commodius fuisset, tertiam hanc capitis diminutionem accommodatè ad C. Aquilii sententiam tractare: utpote, si filius superiore formula institutus ab hostibus capiatur: sed post testatoris denique mortem, in eodem statu decedat. Non est autem id quidem dubium, quin exitum habeat institutio: scilicet propter legis Cornelix fictionem, quæ apud hostes morientem perinde haberi vult, ac si eo ipso momento quo captiuus abductus est, mortuus fuisset. l. in omnibus, 18. D. de captiu. & posthum.

SI ANTE QVAM.) Ceruidiana locutio à Latinorum consuetudine aliena. Dicitur Latinè potuit, Si filius apud hostes, quamuis post mortem patris,

patris, decederet. Verum ut de re ipsa differamus, intelligendum est, proximum illum superiorem casum de nepote & pronepote à Ceruidio hoc in loco retineri, ac retractari. Id quod verba hæc indicant, ADHV C ILLIS VIVIS. Nam Ceruidium ita locutum esse, pro I L L O V I V O, & in tam augusta periodo pluralem numerum pro singulari vsurpasse, nisi tum forte vaticinatum illum dicamus, perabsurdum est: tametsi ita perplexè ac distorte loquatur, ut etiam qui in Latina lingua exercitatissimi sunt, vix ac ne vix quidem eius sententiam assequantur. Quare, inquit, veteres Iuriconsulti, qui ante Velleam legem scripserunt, non induxere formulam, ut si filius apud hostes, quamuis post mortem patris, decederet, tum deinde nepos ille, de quo proximè loquebamur, emancipatus decederet, vel etiam adhuc illis ambobus viuis: qui post aui mortem nasceretur, non rumperet testamentum? Etsi autem vox P R O A V I, melior quàm A V I fuisset, tamen idem planè Ceruidiana linguæ peccatum, licet superius animaduertere: vbi cum de pronepote locutus esset, aui tamen mortem nominavit. Propterea autem A V I Q V I, reponendum hoc loco putamus, superiore autem §. non putamus, quia Latinæ linguæ lex vocem Q V I, hoc loco postulat: in illo, repudiat. Sed iam ad Ceruidianam quæstionem, perinde quasi optimis ac lectissimis verbis proposita sit, accedamus. Qui filium apud hostes, nepotè autem emancipatum habebat, filium ex Aquiliana formula instituit:

stituit: ei que pronepotem posthumum, ex nepote ante emancipationem conceptum, substituit (Eum enim qui apud hostes est, quia status eius pēdet, & benè quàm malè ominari est fatius: non modo rectè institui posse, patet ex l. illa institutio, 32. §. 1. D. de hær. instit. verum etiam, si prætereatur, testamentum iniustum facere: ex l. Si quis filio, 6. §. Sed si pater, D. de iniust. rupt. test.) Dein filius ille moritur: mox testator: vel fortè prior hic moritur: in quo nihil est discriminis: quia qui apud hostes moritur, eo ipso momento quo captivus abductus est, mortuus intelligitur. Ad extremum nascitur pronepos. Hic iam suus exorriens, & agnascens, rumpet ne quasi substitutus in eum casum, qui non accidit. Et respondetur similiter, atque in deportatione. Quavis in substitutionis formula casus captivitatæ expressus non sit, tamen cum mortis casui planè par ac similis sit, non esse dubitandum, quin quod de casu expresso testator statuit, id & de omisso, qui par similis que est, intelligendum sit.

TVM DEINDE NEPOS.) Decederet.

VEL ETIAM ADHVC ILLIS VIVIS.) Filio apud hostes, & nepote emancipato. Mors enim nepotis emancipati non exigitur.

NAM HIC CASVS.) Ab ea quidem parte, qua filius suitatatem per hostium servitutem amittit, cum lege Vellea congruit: ab altera verò, qua nepos suus ante testatoris mortem extitit, non congruit.

IN EIVS MODI UTILITATE.) Rectius
erit

erit, Utilitates: pro in usum huiusmodi casuum. *ut dicitur* homo Græcus dicere voluit.

MULTOS CASVS.) Notandum per mortem, ut Aquilius: sed etiam per quosvis alios suitatæ amittendæ modos. Mihi tamen persuaderi nullo modo potest, non eandem horum omnium casuum quæ & mortis fuit, rationem, etiam ante Velleum natum fuisse.

INSTITVENS NEPOTEM.) Non est hæc nova Ceruidii formula, sed illa ipsa Aquiliana, totidem verbis constans: ut sensus sit. Melius est, cum Aquiliana formula usurpata fuerit, & casus isti morti similes cōtingerint, ut in usum istorum casuum, quibus scriptum & sententia committitur, interpretatio vnius casus expressi admittatur ad alios casus cōsimiles: ut substituens nepotem ex Aquiliana formula, QUI MIHI SVVS NASCETVR, rectè substituisse videatur: non tantum cōtingente casu mortis expresso; sed etiam quibuscunque aliis casibus nepos post aui mortem natus suus existeret, & præteritus rumperet.

QVIBVSQVQVE CASIBVS.) Quocunque modo filius suus esse desinens, vacuum sui hæredis locum agnascendi nepoti traderet.

RVMPERETQVE PRAETERITVS.) Præteriti nomen hoc loco rectè nepoti attribuitur: quia de nepote posthumo hic agitur. In nepotes autem iam natos non convenit.

GENERALITER.) Nulla vel nepotis, vel
prone

pronepotis persona nominata.

QVICQVID SIBI.) Quo in pronomine tota vis posita est: vt in Aquiliana formula ad vocem M I H I, notauimus. Suus enim cuique nascitur, qui ei nascitur.

QVICVNQVE.) Ex sententia legis Velleæ ita formulam Aquilianam contraxit, primùm vt totum illud tolleret, Si filius me viuo moriatur: deinde vt pro, Si nepos, siue quæ neptis, natus, nata erit: reponeret, QVICVNQVE: vt etiam ad pronepotes valeret. Postremò totum illud, in decem mensibus, &c. tolleret, propter ius ex lege X I I. tabul. satis per se cognitum.

§. 4. Si eius.

Qui Aquiliana formula institutus, apud hostes viuo testatore natus, eo mortuo in ciuitatem affertur, rectè institutus intelligitur.

S I E I V S. qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus pregnantis ab hostibus capta sit, ibique viuo pariat, mox ille post mortem patris atque aui redeat: vtrum hic casus ad legem Velleam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit: possit que vel ex iure antiquo, vel ex Vellea institutus, non rumpere? Quod querendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeat que mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert, vtrum ex iure antiquo, an ex lege Vellea excludatur.

S I B I V S Q V I.) Caput hoc quartam Ceruidii

dii disquisitionem continet in illa verba, POST MORTEM MEAM NASCITVR.

IBIQVE VIVO PARIAT.) Puto legendum IBIQVE VTROQVE VIVO PARIAT: quæ vox propter superioris similitudinem descriptoris oculos effugere facile potuit.

AD LEGEM VELLEAM.) Subtilissima hæc disputatio est: ita, inquam subtilis, vt neque hoc loco, neque posterius à Ceruidio aperte explicetur. Aquiliana sententia de iis scripta est, qui post testatoris mortem nascerentur. Hic, si rei veritatem spectemus, ante illius mortem natus est, & natus non suus. Rursus lex Vellea vetat eos nepotes rumpere, qui post testamentum ante testatoris mortem, sui hæredes agnascuntur: hic propter postliminii ius semper in ciuitate fuisse fingitur: ac propterea viuo adhuc testatore suam ciuitatem adeptus. Sed tamen siue rei veritatem, siue fictionem integram sequamur, suus natus non est. Nam ante patris sui mortem natus est: & si in ciuitate fuisset, Suus hæres eo tempore non fuisset. Cum igitur casus hic neque ad Aquilianam sententiam, neque ad legem Velleam referri possit, quæ sola duo iura rumpere prohibent, relinquatur, vt non prohibeatur rumpere. Mirum est autem, quæstionem hanc à Ceruidio inexplicatam relinqui. Animaduertimus enim ex l. si quis, 9. §. 1. De liber. & posthum. & l. si quis. 6. §. 2. D. de iniust. rupt. in istis casibus hanc subtilitatem adhiberi (audenter tamen, vti Ceruidius in §. Videndum testatur) vt neque veritas, neque fictio
e vsque

vsquequaque, sed vtraque ex parte tantum admit-
tatur. Veritatem enim ex ea parte sequimur, quia
nepos hic ante testatoris mortem natus est: qui ca-
sus ad prius legis Velleæ caput pertinet: ex ea verò
parte non sequimur, quia superstiti filio natus est
non suus: qui casus ad legem illam non pertinet.
Rursus fictionem ex ea parte sequimur, quia nepos
hic post filii mortem in ciuitate fuisse fingitur: ex
ea non sequimur, quòd ante eam mortem fuisse
non fingitur. Et omnino si prohiberi rptionem
volumus, ita hanc rem expedire cogimur, vt nepo-
tem illum tum demum natum fingamus, cum iam
filius decesserat. Quòd si ita est, dubium nemini
esse potest, quin hæc quæstio, non ad Aquilianam
sententiam, sed ad primũ legis Velleæ caput apta-
ri debuerit.

IUS ANTIQVVM.) Notandum, Aquilianam
sententiam Iuris nomine dignari: qua de re supe-
rius dictum est.

NON RUMPERE.) Id est, Vtro iure prohibea-
tur nõ rumpere: Nam si neutro iure casus hic com-
prehenditur, ruptio non prohibetur: vti posterius
sub §. Ille casus, ratiocinatur.

QVAERENDVM EST, SI.) Legendum est, vt
in aliis libris omnibus, QVOD ET QVAEREN-
DVM EST: vt iam institutum illud suum Cerui-
dii teneat, & quæ in filii & nepotis persona tracta-
uit, eadẽ in pronepotis quoque persona retractet.

REDEAT QVE MORTVO.) Auo testatore, &
filio instituto: nepote verò (vt superius) emãcipato.

NON

NON RUMPATVR.) Quippe cum testamentũ
exactũ habeat, recteque institutio ceciderit, quasi
tum demum natus videatur Nepos, cum in ciuita-
tem affertur: qui casus ad Aquilianam sententiam
pertinet. Quæ tamen Ceruidii disputatio, si ius
postliminii spectemus, ex iuris summi subtilitate
non probabitur.

EXCLVDATVR.) Id est, prohibeatur rumpere.

§. FORSITAN, §.

Verba Ceruidianæ formulæ quamuis de nepotẽ co-
gitata sint, in pronepote tamen, qui eius in locum suc-
cessit, valent.

FORSTAN addubitet quis *an istis casibus, si ne-
pos post testamentũ nascatur vivo patre suo, deinde ex
eo concipiatur, isque *vivo patre, deinde auo nascatur:
an non potuerit heres institui, quia pater ipse non re-
ctẽ institutus esset, quod minimè est expauescendum.
Hic enim suus heres nascitur, & post mortem nasci-
tur. Ergo & *si pronepos admittetur, qui natus erit ex
nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset
*adoptatur.

* in

* mortuo

* sic

* adoptatus

FORSTAN.) Hoc capite Ceruidius non in A-
quilianam, sed in suam ipsius formulam inquirit.
Itaque quod est IN ISTIS CASIBVS, sic accipe,
Cum generalis formula, Quicumque mihi suus erit
cum nascetur, vsurpata est.

SI NEPOS.) Qui posthumus fore sperabatur,
& eo nomine Aquiliana formula institutus est.

ISQVE VIVO PATRE.) Legendũ, vt in aliis,

¶ 2 MOR

MORTVO PATRE. idque iam pridem monuimus. Mira est autem Ceruidianæ orationis ieiunitas: qui tam exiliter locutus sit, cum hoc significet: Et conceptus, primùm patre, deinde auo, ac postremò proauo mortuis, nascatur. Nam proauum quoque testatorem postremum mori oportet: quas tamen mortes tam commodè accidere, ne Ceruidius quidem vnquam, vt opinor, vidit.

ANNON POTVERIT.) Id est, non licuerit eum hæredem institui. Sed cum iam & vetusto iure & ex Aquiliana sententia posthumos institui licuerit, ecquænam subesse dubitatio potuit? Ergo intelligendum est, pronepotem hunc ex neutro eorum genere videri, quos institui licebat: quippe qui posthumus sit eius, qui ipse posthumus fore sperabatur. Nam posthumos prisco iure institui eos demum licuit, qui si testamenti tempore nati fuissent, sui hæredes fuissent. Ex Aquiliana sententia, quos nominatim testator designauit: quos inquam, vel Nepotis vel Pronepotis nomine disertè appellauit: vt ex formula intelligitur. Hic autem neque nomine appellatus est, neque mente & cogitatione testatoris comprehensus. Constat enim de nepote illum, quo tempore testamentum scribebat, cogitasse.

NON RECTE.) Quid ita nepos non rectè institutus erat? Multò igitur planius ita dixisset: Quoniam pater ipsius institutus esset: non rectè tamen, quia inutiliter & inaniter. Exitum enim testatoris consilium non habuit. Sensus est: Forsitan addubitet

dubitet quis, an hic pronepos illa generali formula, quæ nondum in ius Ciuile recepta est, institui potuerit. Dubitandi autem causa hæc erit, quia si testatoris consilium spectemus, non ipse, sed eius pater institutus fuit. In eius enim personam directæ atque intentæ testatoris mens & cogitatio fuit. Ius autem Aquilianæ sententiæ eorum duntaxat institutionem confirmat, qui & verbis & mente testatoris designati atque instituti sunt. Causæ igitur constitutio hæc erit: Qui filium & nurum ex eo grauidam habebat, posteaquam filium instituit, generalibus verbis subiunxit: Quicumque mihi post mortem meam suus nascetur, hæres esto. Accidit autem vt ipso testatore & filio familias viuentibus, nepos nasceretur: qui tandiu in vita vnà cum parentibus illis suis permansit, dum vxorem duceret, quæ ex ipso conciperet. Quod, vt accidit, continuo moritur: tum deinde filius, postremò testator: ac tum postea pronepos agnoscitur: qui cum suum patrimonium imminui ex testamento videret, negauit se illud agnoscere: vnde orta intentio legatariorum, Rectè institutus es. D. Imò nō rectè. Q. Rectè ne, an secus. R. Quia certum testatoris consilium fuit, nepotem suum, posthumum instituere. Euentus autem illius consilium fefellit. nepos enim illo viuo natus est. F. At cum verba testatoris generalia in euentum aptissimè conueniant, melius est ea sic accipere, vt testamentum sustineatur, quàm vt corruat. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur: An verba testatoris generalia potius ad euentum

tum, cui cōuenire possunt, produci oporteat, quàm ad testatoris mentem arctè restringi. Respondendum est fauorem testamentorum id exigere, quorum ratam esse auctoritatem publicè expedit. l. vel negare, s. D. test. quemad. aper. Sic enim Ceruidii sententiam explicandam arbitramur: quia ex sententia complura nobis insignitè obseruanda sunt atque illud in primis: In hac disceptatione, quæ ex scripto & sententia est, maiorem verborum quàm sententiæ & consilii, rationem haberi. Nam cum testatoris mentem & consilium in nepotis persona defixam fuisse constet, cum, inquam, constet & mentem testatoris intentam, & eiusdem verba in nepotis personam directa, quasi in scopum suum, fuisse: tamen testatoris consilium ad pronepotem, propter verborum fauorem, extenditur: ut in quæ testatoris sententia non conuenit, in eum verba eō ueniant. Neque obstat, quòd casus hic potest etiã de eo commodè tractari, qui filium aut nondum maritum, aut nondum vxoris grauidæ maritum habebat, & qui generalitèr de posteriorum graduum posthumis cogitans, illa Ceruidii verba usurparit. Quæ tractatio multo sanè facilior, & expeditior videtur. Sed verba Ceruidii dilucidè ostendunt, hanc eius quæstionem ad casum nostrum accommodatam fuisse: primùm in illo loco: **SI NEPOS POST TESTAMENTVM NASCATUR.** Videtur enim dicere, Si nepos iam ex filio testamèti tempore conceptus, post testamentum nascatur. Sed præsertim in illo: **QVIA PATER IPSIVS**

NON

NON RECTE INSTITVTVS EST: quæ verba planissimè ostendunt, testatorem de pronepotis patre cogitantem, substitutionem illam ascripsisse. Ergo, (vti iam dictum est) cum in huius pronepotis personã sententia non conueniret, verba cōuenirent, ex verbis potius, quàm ex sententia admissus est. Alterum insignitè obseruandum est, quòd cum certum consilium in testatoribus maxime requiratur, qua de causa etiam posthumorum institutionem in dubium vocatam constat: tamen hic contra testatoris consilium & propositum, videmus posthumũ eius qui posthumus sperabatur, institutum accipi: de quo non est verisimile testatori vnquam in mentem venisse, vt de eo cogitaret qui non modò natus non esset, sed etiam cuius pater nondum natus esset. Deinde vt cogitaret, eum qui nondum natus erat, ac præsertim nepotem, vsque eò se viuo victurũ vt vxorem duceret. Nã isto modo, vt nepotem istum anno vxorem duxisse fingamus, tamen quindecim aut sexdecim minimum antè annis testamentum pararit, necesse est. Præterea vt illud accidisse concedamus, tam multas mortes contra naturæ ordinem, tam ordine tamen cecidisse, vt primùm nepos, natu minimus, tum deinde filius maior, ac postremò testator ipse natu grandis moreretur: tamen cui verisimile videtur, testatorem de talibus mortibus & tam ordine, contra naturæ tamen ordinem, accidentibus cogitasse? Sed hæc, vt antè dixi, non tam euenta fortasse, quàm figmenta fuerunt.

HIC

HIC ENIM SVVS.) Sensus est, Cùm formulæ verba, Qui mihi suus hæres post mortem meam nascetur, in pronepote aptissimè conueniât: qui & suus nascitur, & post mortem nascitur: tametsi de nepote testator cogitarit, tamen benignè verba interpretabimur. Neque tam angustè potestatem posthumorum instituendorum Aquiliano iure introductam accipiemus, vt ad eos solos de quibus testator cogitauit, pertineat: sed cum iccirco inducta sit, vt qui sui nascerentur, & post mortem nascerentur, rumpere testamenta vetarentur: eam ad hunc quoque casum ex æquo & bono produci-
mus.

ERGO ET SI.) Molestum est, rem per se obscuram legere: quanto molestius, obscuris & contortis verbis traditam? quid verò si in super librariorum error accesserit? Ne multa: Remotis aliorum correctionibus, vulgatam lectionem, quæ duabus literulis ab hac Florentina discrepat, retinemus, & sententiam sic explicamus: Ergo & sic pronepos iste ad sui ius & hæreditatē admittetur, qui natus erit ex nepote, post quem viuis fuit filius, atque si adoptatus esset, quasi ex filio natus. Nam vocem QVASI post ATQVE SI necessariò interponendam arbitror: neque vllum ferè in antiquis libris mendum frequentius videmus, quàm vt è duabus similibus proximis vocibus altera affluerit. De hoc autem adoptionis genere tractatur in l. si quis, 10. & l. seq. D. de adopt. vnde hoc ipsum intelligitur, adoptatum in nepotem quasi ex filio factum, pramo

præmoriante filio, a quo suum hæredem fore.

ET SI.) Sententia postulat, ET SIC, vt in vulgatis libris.

POSTEA VIVO FILIO.) Locutio Ceruidiana, hoc est hominis Græce quam Latine doctioris. Dixit enim POSTEA VIVO FILIO pro, Post quem nepotem viuis fuit filius. Positum est enim nepotem prius, deinde filium decessisse.

ATQVE SI EX EO.) Atque si quasi ex eo, sententia postulat.

§. In omnibus. 6.

In superioribus formulis & surpandis, filius qui in potestate est, necessaria instituenda est. At si apud hostes est, aut si nepos proneposue sui hæredis locum obtinet, præteriri potest.

*IN OMNIBVS his speciebus illud seruandum est, vt filius dumtaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus. Nam frustra ex hæredabitur post mortem suam: quod non *esse necesse in *est eo filio qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certè & pronepote: quorum si liberi hæredes instituantur, institutionem nunquam exigamus: quia possunt præteriri.*

IN OMNIBVS.) Hoc postremo loco præceptum subiungit, tum ad Aquilianam, tum ad suam formulam accommodatum: vt si filius superstes est, hæres saltem ex parte instituat. Id quod etiam patet ex l. Si mater, 13. & l. Si quis eum, 16. D. de vulg.

de vulg. substit. Quid enim si alios præterea filios testator haberet? ecquonam enim iure illos prætermitteret? l. inter cætera, 30. D. de lib. & post.

QUI EST IN POTESTATE.) Qui non est apud hostes. Non enim ad emancipatum hæc pertinet disputatio: quod non intelligitur, cum inferet: Non esset necesse in eo filio, qui apud hostes est.

EX ALIQUA PARTE.) Ex quo sequitur, ut mortuo ante testatorem filio, is qui cum illo institutus fuerat, hæreditatem vnà cum substituto nepote partiat. Partem porro intelligimus velle legitimam, ex Iustiniani constitutione: vel etiam, ex iure antiquo, legitima minorem. l. omnimodo, 30. C. de inoff. testam.

POST MORTEM SVAM.) Exhæredari post mortem suam dicitur is, cui exhæredi scripto, nullus, nisi post ipsius mortem, hæres substituitur, id quod in solos filios familias conuenit, quippe, qui soli ipso iure hæredes sint: ac proinde iure illo depellendi. l. Quidam, 132. D. de verb. obl. Hoc, ut planius intelligatur, illud scire oportet, hæres & exhæres eorum contrariorum esse numero, quæ priuantia dicuntur: quorum hæc natura est, ut alterum ab altero pellatur: id est, ut alterum non prius esse desinat, quam ab altero depulsum & quasi destrusum sit. Cum igitur filius familias suus hæres sit, & lege XII. tabul. in hæreditate, etiam viuo patre, tanquam in præsidio siue possessione sua locatus, non prius exhæres erit, quam ab altero hære

hærede pulsus eo loco & destrusus fuerit: sicuti Triphoninus scribit in l. filium, 20. D. de bon. possess. cont. tab. exhæredationem, nisi ex testamento adita sit hæreditas, nullam esse. Cum igitur filiusfam. exhæres esse iubetur, & tamen nemo in ipsius locum, nisi post ipsius mortem substituitur, sequitur, ut post mortem demum suam exhæredatus intelligatur: quippe cum in illum locum suum nemo, nisi post ipsius mortem, succedat. Ita Iulianus in l. Si ita scriptum, 13. in fin. D. de lib. & posthum. Qui filium exhæredarat, & Titium ita instituerat, ut post mortem denique filii hæres esset, filium suum post suam mortem exhæredasse dicitur: ut pote, cum eius in locum neminem, nisi post ipsius mortem substituisset, ac proinde filius suo loco, nisi post suam mortem pellatur, quod idem traditur in l. 4. in fin. D. de hæred. instit. Neque verò hoc in loco prætermittendum est, quod obiici solet ex fine. l. ult. de cond. institu. vbi Papinianus hanc formulam probare videtur: Filius exhæres esto: Nepos, cum filius morietur, hæres esto. Qua de re postulat hic locus, ut paulò explicatius disseramus. Hæ duæ formulæ, Ille post suam mortem hæres esto: Ille cum morietur hæres esto: si rei veritatem spectemus, vim eadem habent: tum quia moriens nihilo magis quam mortuus hæreditate fruitur: tum etiã quia nemo nisi volens, hæres est. Velle autem non videtur, nisi quod potest & nolle. In morientem autem neque consensus, neque dissensus cadit. Sed tamen in fauorem testamatorum, & hæredum scriptorum, institutum est ut hæc posterior formula

la admittatur: tametsi prior improbetur. l. hæres meus, D. de cond. & demon. l. extraneum, 9. C. de hæredibus instit. quod, inquam, institutum est, ut propterea institutio hæc admittatur, quia moriendi momentum in vita deputatur: à Jurisconsultis in fauorem testamentorum contra subtilem iuris rationem introductum est. Iam quod hæredum adiuuadorum causa institutum est, id in filiorum, qui veri & necessarij hæredes sunt, iniuriam ac detrimentum conuerti, nulla ratio est. Quòd si hæc formula in filiis familias probaretur, Filius cū morietur heres esto: non in heredis certè fauorem illa sententia induceretur, Moriendi momentum vitæ attribui: sed potius in maximam & filii & legis iniuriam: nam & ille sua hæreditate in omne vitæ suæ tempus priuaretur: & legi, quæ illos hæredes designarat, illuderetur, aut potius fraus fieret. Quod igitur receptum est, ut quis, cum morietur, institui possit, id in extraneis hæredibus qui adiuuadi sunt locum habet: d. l. extraneum: in filiisfam. qui iure satis freti & muniti sunt, non habet. Hæc cum ita sint, sequitur, ut si filius hæres cum morietur scribi non potest, ne exhæres quidem scribi possit. Priuantium enim (quo in numero Hæres & Exhæres sunt) hanc esse naturam constat. Eò accedit absurditas summa: quia si filius iste non prius hæres esse desinat, quam mortis tempore (nam priuatio tunc accidens rem semper eousque affuisse significat.) sequitur ut per omne vitæ tempus hæres fuerit: moriendi autem momento esse desierit. In quo ec-

quænam

quænam testamēti & exhæredationis vis est: Nunc ad quæstionem nostram redeamus. Quæritur, cum illa formula non valeat, Filius exhæres esto: Nepotes post filii mortem hæredes sunt, quid de hac dicendum sit: Filius exhæres esto: Nepotes, cum filius morietur, hæredes sunt. Nam propterea probanda videbatur, quia cum moriendi momentum vitæ attribuat, neque filius dici poterat, post mortem suam exhæredatus: & nepotes videbantur eo adhuc viuente substituti. Id quod rectè fieri posse, patet ex l. 6. §. pen. D. de acq. hæred. Præterea cum exhæredatio sui ius adimat filio, & ille mortis tempore suus esse desinat, nepotes qui eius in locum succedunt, rectè se institutos reperiunt. Sed videamus, ne, si hoc admittamus, illud consequatur, ut filius simul eodémque tempore & exhæres & hæres futurus sit. Nam propter testamenti scripturam, illo mortis suæ momento exhæres erit: at propter nepotis personam, qui eo viuo ad hæreditatem admittitur, hæres auo fiet, atq; adeo necessarius: ut patet ex d. l. 6. & l. placet, 79. D. de acq. hæred. Difficilis sanè hæc ad iudicandū cōtrouersia videtur. Quamuis enim si subtilem iuris rationem spectemus, exhereditatio illa non admodum firma videatur, tamen cum instituti sint nepotes, qui sui hæredes filio moriente existunt: videndum est, an in fauorem testamētorum dicendum sit testamētū ab iis sustineri, quam puto Papiniani sententiam fuisse: quasi dixisset: Si filius sub conditione dadi institutus, nihilo dato moriatur, quæritur an,

f 3 def

deficiente conditione, eius quoque institutio deficiat. Respondit esse distinguendum: aut enim substituti nepotes non sunt, quo casu testamentum, propter conditionis defectionem, corrumpitur: quippe cum nemo sit qui illius nomine det, ut moriendi momento ipsemet dedisse videatur: aut substituti sunt, quo casu, testamentum sustinent: quia conditionem filii nomine implent, qui moriendi momento illam implere videtur. Similiter in hac causa: Si filius exhaeres, cum morietur, scriptus sit, & nepotes instituti non sint, qui testamentum sustineant: puto exhaereditationem inanem esse. At si instituti sint, tolerandam exhaereditationem: cum ii qui veri & sui, & necessarii haeredes sunt, recte instituti sint.

QVI APUD HOSTES EST.) Quippe, cum is qui apud hostes decedit, iam ipso captiuitatis momento decessisse intelligatur. Quamobrem sine fraude in testamento praeteriri potest. l. Si quis, 9. §. Si filium, & l. pen. D. de lib. & posthum. cum tamen si reuenteretur, testamentum iniustum fuerit. l. Si quis 9. §. Sed si. D. de iniust. rupt.

ET IN NEPOTE.) Cum filio mortuo, vel quauis alia ratione de familia sublato, nepos sui locum adeptus est: ex quo pronepos posthumus expectatur, qui Aquiliana formula instituendus est. Nepos enim suus per successionem factus sine fraude praeteritur, & praeteritus scriptis haeredibus accrescit.

ET PRONEPOTE.) Cum filio & nepote de
fami

familia sublatis, pronepos suus haeres successionem factus est: ex quo abnepos posthumus speratur, a quo per Aquilianam formulam testamento cauendum est. Mirum est autem haec *νεπίσημη* Ceruidium confectari, quasi vlla de graduum personis dubitatio fingi possit.

SI LIBERI.) Omnes qui locum hunc interpretati sunt, quos quidem viderim, sic exponunt: Id est, filius vel nepos, qui gradu praecedit. Ut totum hoc, Si liberi haeredes instituantur, *ναρὰ τῶν ἐλευθέρων* legatur: ne scilicet vox. QVORVM, ad voces duas referatur, LIBERI ET INSTITUTIONEM. Sed si hoc admittamus, ut de nepote videlicet eo nunc agatur, quem filius praecedit, videamus, ne Ceruidium duo perabsurda locutum fingamus: quorum illud prius est, eam institutionem non exigi, quae inanis, inutilis, & nullius momenti est, Filio, inquam, viuentis superstitis nepotis institutio absurda & inepta est: uti superius sub §. Idem credendum, perspicuis rationibus euicimus. Alterum absurdum est, quod Ceruidius Praeteriti verbum in nepotem viuentis filiofamilias, superstitem contulisset: quo nihil obtusius dici est. Cum satis constet, eos demum qui in suorum haeredum ordine sunt, Praeteritos dici posse. Sed nimirum hoc illud est, quod iam persaepe ostendimus, eiusmodi Ceruidianae orationis elegantiam esse, ut etiam ab iis qui Latinis literis optime instituti sunt, vix ac ne vix quidem intelligatur. Vox igitur, QVORVM,
RVM,

R V M, ad utramque proximam LIBERI & INSTITUTIONEM referenda est: & Liberos de posthumis intelligendum: quasi scriptum ita fuisset: Filius quidem superstes, ex quo posthumus Aquiliana formula substituitur, omnino instituendus est. At nepos superstes, filio mortuo, cuius liberi posthumi eadem formula instituntur, non necessario instituendus est: in testatoris enim arbitrio positum, est ut si eum volet definitam illam ex accrescendi iure portionem habere, prætereat: sin aliam, instituat. Quod idem in pronepote locum habet: qui filio & nepote de familia sublatis, si posthumus ex eo speretur & instituat, aut institui, aut præteriri sine fraude potest.

§. Nunc de lege Vellea. 7.

Qui testatore vivo sui nascuntur, si vel heredes, vel ex heredes scripti sint, lege Vellea, rumpere prohibentur: potius que agnationis quam testamenti spectatur tempus.

N V N C de lege Vellea. videamus: voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. * Et rogo si filium habeas, & nepotem nondum natum * tantum ex eo heredem instituas: filius decedat: mox vivo te nepos nascatur: ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos * qui eo tempore instituat, quo filius non sit: verum et si vivo patre * nascatur: quid

* ergo si
* tamen

* vacat
* nascatur.

*quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari id tempus, quo nascitur? Nam et * si ita verba sunt, QVI TESTAMENTVM FACIET, IS * OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EISVVS HAERES FVTVRVS ERIT. &c. etiam si * vi- uente parente vivo * nascatur.*

N V N C D E L E G E.) Quibus temporibus lata hæc lex sit, nondum planè constat, videri possunt eius latores fuisse, M. Iunius Silanus, & Velleus Tutor Consules: qui & Velleiani. S. C. auctores nominantur in l. 2. D. illo tit. Comitiorum tamen & legum ferendarum rationem iam tum sublatam fuisse, vel hoc argumento esse potest, quòd de mulierum intercessionibus, non per legem, sed per Senatusconsultum latum est.

V I V I S N O B I S.) Viuis testatoribus natos, siue filios, siue nepotes, siue alios per virilem sexum descendentes. Cum enim inferius dicat, O M N E M: absurdum esset filios excludi. Imo qui de liberis sermonem instituit, & O M N E M dicit, potissimum de filiis sensisse intelligitur. Neque obstat l. sed si conditioni, 6. §. I. D. de hæred. instit. nam eo in loco de secunda huius legis capite agitur.

S I M I L I T E R.) Ut Aquilius mortuis nobis natos. Similitudo igitur in eo est, quod uterque & Aquilius scilicet, & Velleus cauent testamentis ab agnatione suorum hæredum.

N O N R V M P E R E.) Quod si lege veritum g est

est ne rumpant, sequitur necessariò, vt ante legem rogatam rumperent. Et profectò ita est, vt agnatio sui hæredis testamentum ante factum rumperet. At sub §. ille casus, apertè traditur, nullo iure institutionem nundum natorum valuiffe. Ergo non rumpi, sed iniustum fieri dicendum est. Respondendum, testamentum cæteris ex partibus valuiffe, & si agnatus nemo fuisset, constaturum fuiffe: sed nundum nati institutionem nullo iure valuiffe. Rumpi igitur, non quà institutio nundum natorum facta erat, sed quà cæteræ.

NONDUM NATVM TAMEN.) Tantum, pro Tamen, à librario non satis attento positum est: decepto fortasse similitudine notæ, tamen pro tantum: addit autem Tamen, vt secundi capitis nepotes excluderet.

NON RUMPI.) Ita loquitur, quasi prius caput, item vt posterius, verandi modo cõceptum fuisset. cum in §. Ille casus, perspicuè ac dilucidè testetur, permittendi modo conceptum illud fuiffe. Malè certe de nostris ingeniis meritis est Tribonianus, dicam, an Ceruidius? nisi forte de nobis metipsis male nosmetipsi scientes ac prudentes mereamur, qui in iis intelligendis tantopere laboremus, quorum intelligentia planè nulla est. Sed tamen ecce tibi Vlpianum in l. 3. D. de iniust. rupt. qui caput hoc verandi modo compositum non obscure ostendit.

NEPOS QUI EO TEMPORE.) Iam pridem docuimus legendum, si nepos eo tempore. Duos igitur

igitur casus hoc primum caput complectitur: cum testator nepoti qui in vtero est, aut filio iam mortuo, aut adhuc superstitite, prospicit.

VIVO PATRE NASCATUR.) Hoc quoque loco veterem sententiã retinemus, vt vox **NASCATUR** ab interprete indocto, adiecta, deleatur: alioqui casus hic esset, quem vulgo Iuliani appellant: de quo posterius sub §. Ille casus, disputabitur.

QVID ENIM.) Dubitandi causa est, quia institutio ex testamenti tempore vires sumit, §. 3. de hæ. qual. & diff. l. Si filiusfam. 19. D. qui testam. fac. Testamenti autem tempore nepos hic institui non posse videbatur, cum eum pater præcederet: cui naturæ ordine filiusfam. futurus erat. Exhæredari autem qui posset nepos, quem pater antecedit? vt ait Vlp. l. 6. D. de iniust. rupt.

QVONASCITVR.) Quippe cum in formula testator dixerit, Qui mihi suus futurus erit, cum nascetur.

NAM ET SI ITA.) Rectè olim correximus, vt in aliis, Nam & ita.

QUI TESTAMENTVM. Cicero in Oratione pro Posthumo, testis est ascribi solitum, **QVINCUNQUE POSTHAC:** vt in lege Falcidia: Qui ciuis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, &c.

OMNIS VIRILIS.) Nemo non videt corrigendum **OMNEM.** Sed in, **VIRILIS SEXVS,** aliquanto plus difficultatis subest. Et vt paucis com-

plectar, legendum puto: QVI VIRILIS SEXVS testamentum faciet: vt in l. 4. supra eod. Placeat omnem masculum, &c. Fœminæ ab hac testamenti factione excluduntur, quia suos hæredes non habent. l. nulla, 13. D. de suis & legit: Eandem porro esse neptium ac nepotium rationem, idque adeo in hac ipsa lege Iunia Vellea, dilucidè Caius testatur in fine l. posthumorum, 13. D. de iniust. rupt. itemque in l. 1. §. 4. D. de suis & leg. vbi duobus locis dicitur, non minus neptes, quam nepotes succedere in locum parentum. Quin nec vllam vnquam inter nepotes posthumos nepte' sive posthumas differentiam fuisse, patet ex verbis Vlp. cap. Instit. XXII. tamen si frequentiore vsum & obseruationem, in exhæredatione nominatim concipienda, notet. Id quod ad institutum nostrum nihil omnino pertinet. Quid verbis opus est? Constat Velleo propositum fuisse, vt testamentorum rptionem caueret, atque auerteret. Nunc si fœminas posthumas ab hac lege excludamus, accidet, vt & filia, & neptes in vtero instituta, nominatim' ue exhæredata, testamentum rumpant. Neptes, inquam, siue quæ mortuo, siue quæ viuo testamenti tempore filio, in vtero sunt: siue etiam ex secundo capite quæ filio testamenti tempore viuente nata iam & incolumes, eo ante testatorem demortuo, sui hæredis in locum, quasi agnascendo, succederent. Hoc cum ita sit, sane difficile dictu est, non in lege ascriptum ita fuisse. Qui, quæue ei suus, sua'ue hæres, futurus, futuraue erit, &c. Sed

satis

satis habuit Ceruidius legis formulam, vt in vulgus notam, præcisam nobis, quantum ad institutum suum satis erat, proponere: neque fore sperabat, vt Tribonianus aliquis aliquando existeret, qui sua scripta tam mutila nobis & decarata proponeret. Nisi forte dicamus muliebris sexus agnascens satis per vocem OMNEM, designari.

OMNEM QVI EI.) Omnis, nota est totius generis. Itaque qui omnem dicit, nihil excipit. Ad filium igitur & filiam prius hoc caput pertinet: idque potissimum. Neque obstat l. 6. §. 1. D. de hæ. insti. quia de secundo legis Velleæ capite ibi agitur: quod ad primi gradus liberos referri non potest. Rursus hac nota continentur posthumi & cõcepti & non concepti: item & ex eo qui maritus est, & ex eo qui nondum maritus: denique & ex ea quæ iam vxor est, & ex ea quæ post futura est, vt l. 4. & ll. seq. supra hoc tit.

FVTVRVS ERIT.) Obseruandum igitur est, cum filius extat, non satis esse de nepotibus dicere: Qui mihi suus hæres futurus erit, hæres esto: sed à principio prætexendum, Filius hæres esto: Non enim verbis illis, FVTVRVS ERIT, contineri potest.

FVTVRVS ERIT.) Hoc loco, si vsquam a libi, crucem nostris ingeniis Tribonianus posuit: quibus crudelissime diuinandum reliquit, quidnam ascriptu deinceps in lege fuisset. Ascriptum autem quippiam, in hanc fere sententiam videtur:

CUM NASCETUR, eum instituendi, nominatim ue exheredandi, potestatem habeto: isque rectè institutus exheredatusue esto, etiam si parente viuo nascatur. Id enim significare Ceruidius videtur in §. Ille casus, infra: cum tamen verè ad modo prius hoc caput conceptum, item vt posterius, fuisse, non paucis ex locis, disputari possit. Instituendi autem potestatem eodem loco Ceruidius permiffam ostendit, quòd ante legem nundum natos nullo iure institui exheredari ue liceret: nisi post testatoris mortem nascerentur. Quod ipsum aperte Vlp. cap. instit. XXII. confirmat: cum ita loquitur: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere: siquidè post mortem nostram nascantur, iure ciuili: si vero uiuentibus nobis, ex lege Iunia. De exheredatione porro nominatim concipienda, testis est idem, in l. 3. §. 3. de iniust. rupt.

§. Sequenti. 8.

Secundo Velleæ legis capite inferiores in superiorum suitatum succedentes, si modo instituti sint, rumpere testamentum vetantur.

SEQUENTI parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum. Et ita interpretandum est, vt si & filium, & nepotem & pronepotem habeas, mortuis utrisque, pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent. SI QVIS EX SVIS HAEREDIBVS SVVS HAERESE ESSE DESIERIT

SI ERIT, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus: nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat: sed & si superuixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

NON VULT RUMPERE.) Vetat lex nepotes in filii locum succedentes rumpere: non tamen omnimodo: sed ita demum, si instituti exheredatiue sunt. l. 2. C. de lib. præterit.

NON VULT LEX.) Vetandi enim modo caput hoc conceptum fuisse, vel illa insequentia demonstrat: Posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi. Similiter in l. 2. §. 1. D. de vulg. substit. & infra persæpe.

PRONEPOS INSTITVTVS) Hoc item loco crux fixa est, cum cuiusmodi instituendi formula fuerit, diuinari non possit. Superioris enim capitis formulæ, propter verba CUM NASCETUR, locus hoc capite nullus omnino est. Videndum igitur, quoniam arioli esse cogimur, an vt ex superioris capitis verbis formulam ad ipsius casum accommodatam cõcepimus, sic etiam ex huius capitis verbis concipere formulam hanc possimus: Filius heres esto, vel, Filii heredes sunt. Si quis ex iis qui mihi sui heredes sunt, suus heres esse desierit, liberi eius in locum suum sui heredes succedentes, mihi heredes sunt.

VT SI ET FILIVM.) Exemplum in nepote à primo erit facilius: & rectius est, agitorem de

de principio equos in planicie, quàm in salebrosis locis, exercere. Sed parvam eius rei rationem habuisse Ceruidius videtur.

IN SVI LOCVM.) In filii. Nam vt præmoriatur nepos, loco se pronepos non mouebit.

SI QVIS.) Hæc sub proximo §. locò magis idoneo, explicabimus.

IN GALLI AQVILII.) Redire ad ingenium videtur: & Aquilianã formulam denuo peruellere: quasi diceret, Melius lex Vellea, quàm Aquiliana formula, cõcepta est. Non enim tam multi casus quàm Aquiliana sententia, supplendi sunt. Quid igitur si formulam Gallus istis verbis, ex Ceruidii consilio, composuisset: Filius hæres esto: Si filius meus suus esse desierit, nepos hæres esto: quid iuris? Malè Gallus testatoribus cauisset. Nam emancipatione suus quidem hæres esse desisset: at hæres esse non desisset. Quod si tamen quid iuris sit, exquiras: respõdendum, idem vt in simili casu, putarem, quem casum superius exposuimus sub §. Et quid si: Nimirum filium ex testamẽto hæredem futurum, nepotem autem ex æquitate, propter simillimam Iulianæ sententiæ rationem in l. 4. D. de coniung. cum emancip. Non incommode igitur Aquilius mortis casum expressit. Nam etsi similes casus supplendi sint, tamen aurea est regula, quæ in pari causa paria iura desiderat. Nunc vt ad Ceruidium nostrum redeamus, præclare de hoc ipso emancipationis casu quæretur, quid si filius institutus per emancipationem suus esse desierit? Nam etsi nepos

pos in sui gradum ascendat, tamen ille hæres esse non desinit. Et non dubito, quin idem hoc casu iuris statui ex æquitate oporteat.

AQVILII SENTENTIA.) Non dixit, Formula: quasi formam duntaxat, non etiam rem ipsam & materiam, hoc est ius nouum, induisset: sed quemadmodum Catonis regula, sententia dicitur: Item Iuliani sententia, qua ius nouum indutum est. l. 3. D. de con. cum emancip. Et item altera eiusdem Iuliani infra, §. Ille casus.

NON SOLVM SI NEPOS.) Hoc ascripsit propter finem §. Idem credendum: vbi cum hanc ipsam hypothesim ad Aquilianam sententiam accommodasset, addit, pronepotem hunc, ita demum recte institutum fore, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumpere-tur: hoc est, ne succedens in demortui sui hæredis gradum nepos, testamentum ista quasi agnatione sua rumpere: quippe qui neque institutus esset, neque verò institui potuisset: vt millies demonstraui-mus. Monet igitur Ceruidius dissimilem esse vellea ni & Aquiliani iuris, in hac ipsa pronepotis institu-tione, rationem. Nam ex lege Vellea nihil interesse, vtrum nepos, an filius, prior decedat: præclare. Cùm in Aquiliana formula nominatim appellatus pronepos fuisset: hoc modo? Filius hæres esto: si filius me viuo moriatur, tũ qui mihi pronepos post meam mortem nascetur, hæres esto. Itaque quod propriè & nominatim de pronepote cautum fuerat, ad nepotem produci non poterat. At in Vellea-

na formula pronepos nominatim appellatus non est: sed generali verbo designatur, *QVICVNQVE*, vel, *QVI* mihi suus hæres futurus est: quod verbum æquè in nepotem, ut in pronepotem continet.

NEC SVCCEDENS PRONEPOS A VO MORTVO RVMPAT.) Locutio Ceruidiana, id est, hiulca & distorta, & ut verbo vno absolvam, homini Græcè quam Latinè doctiori cõsentanea. Videtur enim pronepotem ineptè ad auum referre: cum, ut filius ad patrem, & nepos ad auum: sic etiam pronepos ad proauum referendus sit. Itaque docti viri de mendo suspicantur, & vel, *PATRI NEPOS*, vel simpliciter *NEPOS* legendum putant: ut sensus sit, Non solum pronepos non rumpet, si nepos viuo patre decedat: id quod olim in Aquiliana tractatione desiderauimus: ne succedens in patris demortui locum nepos, rumpet: sed etsi superuixit patri, &c. In eamque sententiam specie ipsa probabilem, olim facile me adduci sum passus. Sed postea re paulò attentius considerata, tria turpissima incõmoda latere sub hac lectione animaduerti. Primum est, nepotem in hac hypothese succedentem, quasi institutus non esset, rumpere: quemadmodum in Aquiliana tractatione constitutum est. Quod superius absurdum esse docuimus. Nepos enim etsi nominatim appellatus non est, sub generali nota, *QVI* vel *QVICVNQVE* comprehensus est: ut in filii locum succedens non

rum

rumpat, quod in Aquiliana sententia dici non potuit. Alterum est, quod isto pacto testamenta non nisi testatoribus mortuis rumpi dicerentur: quod apertè & cum sensu communi pugnat. (Quorsum enim alia statim post sui hæredis agnationem fieri oporteret?) & vero cum l. si pater, 23. D. de vulg. substit. Denique vix à matris utero infans editus est, cum testamentum intercidit. Tertium & absurdissimum incõmodum ex eo perspicitur, quod isto modo purgantia Ceruidius loqueretur. Cur enim hoc loco dicitur nepos rupturus? an quasi esset præteritus? Atqui mox Ceruidius monet, cum nepotem aut instituendum, aut exhæredandum fuisse: ut facile appareat, non opus esse nepotem in hac hypothese viuo patre decedere, ne ipsius successione aui testamentum rumperetur: sed eum duntaxat hæredem institui aut exhæredari. Quem igitur institui satis fuit, cur ei priore loco moriendum esse dixisset? Sed horum vtrunque falsum est. Nam neque succedens patri mortuo nepos, aui testamentum rumpit, quia generali verbo *QVICVNQVE* institutus reperitur, neque eum aliter institui exhæredari ve oportuit, imo ne potuit quidem, quàm ut pronepos illa generali formula institutus exhæredatus ve est. Denique ut finem faciamus, recta hæc & Florentinorum & aliorum codicum scriptura videtur. neque mirum est, quod pronepos ad auum referatur: nam hoc ipso versu nepos similiter ad patrem refertur.

h

2.

Sic

Sic enim Ceruidius loquitur : Si nepos viuo patre decedat. Item, Succedens pronepos auo mortuo. Et profecto ita est, vt passim in hac tractatione abutendum istis graduum nominibus fuerit. Sententia igitur huius contortæ & ineptæ Ceruidianæ locutionis hæc erit, quasi sic dixisset, Nec solum pronepos non rumpet, si nepos viuo patre (id est testatoris filio) decedat : quod si accidat, dubium nemini est, quin auo, (id est, illo testatoris filio, quem, proximè, Patrem nepotis appellarat) postea moriente, pronepos eius in locum succedens non rumpat. Non enim auum testatorem intelligo, sed eius filium : siquidem vt testatoris filius pater nepotis, eodem modo idem filius pronepotis auus & erat, & appellatus est. Denique perobscure Ceruidius, ne dicam ineptè, particulam Nec, secundo loco vsurpauit : cum planius dixisset, **V T N O N** hoc modo, Vt succedens postea gradatim pronepos in aui sui (id est filiifam.) mortui locum, non rumpat.

SED ET SI SUPERVIXIT.) Sed etsi prior decedat filius fa. cuius in locum nepos suus hæres succedat, non rumpetur testamentum : nam siue isto rerum statu testator moriatur, nepos generali formulæ vocabulo institutus reperitur : siue prius decedat nepos, mox testator, ad pronepotem generale verbum pertinebit. Lex enim Vellea generalis illius verbi cautionem in omnem euentum introduxit.

DVM MODO HAERES.) Hoc si ita est, crudelis Ceruid

Ceruidius fuit, qui in Aquiliana tractatione nepotem istum, quasi capite damnatum, mori ante filium voluerit : quasi alia conseruandi testamenti ratio nulla superesset. Nam si per institutionem aut verò exhæredationem conseruari testamētum potuit, cur ei ante filium moriendum esse dixit? Quanquam, vt repugnantiam illam omittamus, ecquonam alio modo nepos hic viuo filio superstes institui exhæredari ve, quàm vt per Velleanā formulam præscriptum est, potuit? Nam ante legē perlatam nequicquam institutos fuisse, cum ex re ipsa patet, tum etiam ex l. 2. §. 1. D. de vulg. subst. vbi cum Vlpianus scribit, nepotes istos institutos post legem Velleam successione non rumpere, satis dilucidè significat, ante legē Velleam rupisse. Itémque ex l. Si hæreditas, 10. D. de test. tut. vbi cum idē ait, tutorem nepotib. aui testamento attributum per legem Velleam confirmari, satis planè demonstrat, ante illam rogatam inutiliter iis tutorem attributum fuisse. Quod cum ita sit, haud scio an tota hæc appendicula non Ceruidio, sed interpreti potius, non satis iuris istius intelligenti, adiudicanda sit. Porro autem illud hoc loco summe obseruandum est, quòd è nepotib. natis ii meliore conditione videntur esse, eorum, inquam, videtur esse ius potentius, qui filio viuo superstites sunt, quàm qui demortuo. Nam hi non rumpunt : præteriti enim accrescunt : illi, morente filio rumpunt. Sed in promptu est ratio : quia nepos hic succedens, quasi agnascens habetur : id est, quasi posthumus,

& eo iure est, quo posthumi nepotes: quos constat agnatione testamentum rumpere, quasi oblivione essent præteriti. quod idem de hoc nepote dici potest, ut quia pater illum præcedebat, nihil de eo cogitasse testator videatur. Neque verò eorum nepotum quorum pater demortuus est, singularis quædam conditio prætermittenda est. Nam etsi constitutum sit, ne rumpant: tamen illorum, ut ita dicam, non ruptio, magno testatori constat. Cum enim nepotes sine testamento facto ex lege XII. tabul. ita cum patruis auctore suo succedant, ut patris sui partem duntaxat habeant l. 3. & l. 4. C. de præter. lib. tamen hi nepotes testamento facto præteriti, ex iure Ciuili, in viriles partes, vna cum patruo succedunt. Nam si, verbi gratia, duo sint, bessem ex aui hereditate auferent, trientem tantum patruo relinquent: ac proinde plus quam quantum ipsorum pater habuisset, obtinent. Quod absurdum videtur: ut plus is qui successit iuris habeat, quam habiturus fuisset is, cuius in locum successit. Sed nimirum à Iureconsultis institutum illud est, ut aut testatores sui officii meminissent, aut, cum vnum illum filium præteritis nepotibus instituisent, in eam partem eorum institutio acciperetur, quasi qui vnum ex suis hæredibus instituisset, idem etiam alios omnes suos hæredes ex æqua parte instituisse videretur. Qua ex disputatione mirifica iuris nostri mysteria, nundum, ut opinor, a quoquam animaduersa, perspicue ac dilucide patefacta sunt.

§. Vid

§. Videndum. 9.

Qui filium apud hostes habens, nepotem Vellea formula instituit, quamuis ibidem filius eo mortuo decedat, recte nepotem instituisse intelligitur.

“ VIDENDVM num hac posteriore parte, SI QVIS
 “ EX SVIS HAEREDIBVS, SVVS HAERES
 “ ESSE DESIERIT, LIBERI EIVS, &C.
 “ IN LOCVM SVORVM SVI HAEREDES
 “ SVCCEDVNTO, possit interpretatione induci,
 “ ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo hære-
 “ dem instituas: nō tantum si viuo te filius decedat,
 “ sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reuer-
 “ sus fuerit, succedendo non rumpet: nihil enim addi-
 “ dit, quo significaret tempus, nisi quod, licet auden-
 “ ter, possis dicere, viuo patre hunc hæredem esse de-
 “ sisse, licet post mortem decedat, quia nec credit, nec
 “ potest redire.

ESSE DESIERIT.) Desinit autem quis hæres suus esse, quavis capitis deminutione, ut puta emancipatione. l. 1. §. 4. & l. capitis, II. D. de suis & legit. Item seruitute pœnæ. l. 6. §. 3. D. de iniust. rupt. Item exhæredatione. l. Si quis, 9. §. 1. hoc ipso titu.

DESIERIT.) Auo viuo: ut in l. 2. C. de liber. præter. l. Si quis, 34. C. de inoffic. testam. & hoc ex rei natura per se ac sua sponte intelligitur.

EIVS &C.) Quid sub verbo, ET CAETERA desider

res futurus erit, hæres esto. Post moritur testator: tum deinde filius: atque ita post testatoris demum mortem nepos suus hæres efficitur: qui ob eam causam ruptum esse testamentum dicebat, quasi lex eos demum nepotes institutos rumpere prohiberet, q̄ viuo testatore sui hæres succedendo fieret. vt l. 2. C. de lib. præ. l. Si quis, 34. C. de inoff. test. Et certè ita se res habet, vt successio post testatoris mortem intelligi non possit, quippe cum eo tempore nepotes in patris sui potestatem recidant: vnde illud Vlpiani in l. 1. §. sciendum, D. de suis & leg. Successionem in suis hæredibus non esse: id est, quãdiu sui hæredes extant. Intentio igitur legatariorum fuit: Lege Vellea prohiberis rumpere. D. Non prohibeor. Q. An prohibear? R: Quia lex de iis lata est, qui viuo testatore succedunt. F. Imo lex indefinite sine vlla temporis distinctione scripta, indefinite accipienda est. Nihil addidit, inquit Ceruidius, quo significaret tempus. Disceptatio igitur ex scripto & sententia nascitur. Ceruidius respondet, interpretatione induci posse, vt non rumpat. Id est, subtili quidem iuris ratione non vetari rumpere, quia reuera post testatoris mortem successit: sed quia testamentis, quoad commodè fieri potest, fauendum est, benignam interpretationem legis scripto adhibendam esse, vt non rumpat.

QVO SIGNIFICARET TEMPVS.) Succedendi, vtrumne antè, an post testatoris mortem, succederent.

NISI QVOD LICET AVDENTER.) Genus loquen

loquendi Ceruidianum, quod, vt opinor, sic accipiendum est, vt illud, LICET AVDENTER, parèthesi includatur: & sensus sit, nisi quod possis dicere, quanquam id fortasse dictum audacius videbitur: filiũ viuo patre, &c. Disputari inquit, ex subtili iuris ratione posset, filiũ etiã viuo testatore decessisse: quia propter legis Corneliæ fictionem, qui apud hostes decedit, iã antè in rerũ natura nõ fuisse intelligitur. Verum id audetius & liberius disputabitur. quia siue rei veritatem spectemus, Vlp. in l. 1. §. 4. D. suis & legit. scribit, si filius apud hostes sit, quãdiu viuit, nepotes nõ succedere: Siue fictionem legis Corneliæ sequamur, retorqueri in nos poterit, quasi filius iam ante testamētum decesserit, ac propterea nepotem ante testamētũ in sui hæredis locum successisse. Legis enim Corneliæ fictio est, vt qui apud hostes decedit, eo ipso momēto quo captus est, decessisse intelligatur. Vnde consequeretur non rectè institutum eum fuisse: cum in formula futurum tēpus designatũ sit, Qui mihi suus hæres futurus erit. Quid igitur Ceruidius significet, paulò explicatius aperiendum est. Nimirum fictionē non integrã, sed ex parte tantum, accipiendam esse: vt non ante testamētum, sed post testamētum deniq; ante testatoris tamen mortem, decessisse fingatur: ac proinde suũ hæredẽ esse decessisse simulq; vacuum succedēti nepoti locum tradidisse. Cuius subtilissimæ disputationis testimonia quædã præferenda sũt. Nã Paulus quidẽ in l. si quis, 9. §. 1. supra eod. demonstrat, si testator filium apud hostes habens alienum

i 3 hære

hæredem instituerit nepotem præterierit, & filius post testatoris mortem apud hostes decesserit, nepotem rupturum : qua de causa? nimirum quia filius fingitur testamenti quidem tempore superstes ac suus hæres adhuc fuisse : post testamentum autem ante testatoris mortem, decessisse : ac proinde nepotem illo demum tempore, id est, post testamentum factum in sui hæredis locum successisse, & successione testamentum rupisse : ut fictio legis Corneliæ non integra, sed dimidiata tantum accipiatur. Nam si eam integram admitteremus, & filius ante testamentum decessisse, & nepotem iam tum eodem tempore in sui hæredis locum successisse fingeremus. Nunc autem filium post testamentum denique decessisse fingimus : cuius fictionis causam, Paulus significat fuisse spem postliminii, quæ testamenti tempore constabat : cum filii, inquit, ius adhuc penderet; de quo scilicet bene ominandum erat. Idem que Ulpianus quoque confirmat in l. Si quis, 6. §. 2. D. de iniust. test. vbi ait, nepotem ex filio ab hostibus abducto, quamuis post aui mortem nascentem, tamen patre in eadem causa decedente, post mortem aui succedendo rumpere. Quid ita? quia filius fingitur post testamentum & ante testatoris mortem decessisse? ac proinde sui hæredis locum nepoti succedenti vacuum tradidisse. Quia supra scripta persona, inquit, ei non obstat : nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat. Agnascens autem is rumpit, quem nemo præcedebat mortis tempore : inquit

quit Ulpianus in l. Si quis, 6. §. 1. D. de iniust. testam. Quod nisi fictionem ita interpretamur, profecto absurdissime diceremus, nepotem auo ante filium mortuo, suum hæredem successisse : cum satis constet, successionem nepotis, non nisi præmortuo filio, posse intelligi : ut necessario in utroque superiore casu filius fingendus sit ante testatorem decessisse : ac proinde suum hæredem esse desiisse, simul que succedenti nepoti vacuum locum tradidisse. Qua disputatione, quia nihil subtilius fingi potest, & aliquantum à fictionis iure alienior videtur, apparet non sine causa eam à Ceruidio audaciorum appellatam fuisse. Neque verò minus subtilitatis in illa altera est, de qua coniunctim Paulus tractat in d. l. 9. §. 1. supra hoc tit. Si filium exhæredauero, nepotem que ex eo præteriero, & alium hæredem instituero, & supervixerit filius post mortem meam, postea decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum. Quid hoc est? quomodo præteritus nepos dicitur, quem pater non modo testamenti tempore, sed etiam post testatoris aui mortem antecedit? Quid, nonne exhæredationis nulla, nisi post testatoris mortem, vis est? nullus effectus est? Cum igitur exhæredatus filius non ante testatoris mortem suus hæres esse designat, quomodo nepos iam tum testamenti tempore in ipsius locum successisse, & suus effectus esse, ac propterea præteritus dicitur? Respondetur subtilissime, cum per exhæredationem ius filii, id est, ius sui in filii persona desperatum & abscissum sit, &

non, ut in illo captiuo, adhuc pēdeat, intelligēdum esse, ipso exhæredationis, id est testamenti, faciēdi momento, filiū defuisse suum hæredē esse: ac proinde nepotem in sui hæredis locū successisse: & quia præteritus est, non rumpendi, sed accrescendi ius habiturum. Ea' que ipsa de re agitur in l. i. §. sciendum, D. de suis & legit. l. Scripto, 7. D. si tab. test. l. Si quis, 34. C. de inoff. test.

LICET POST MORTEM DECEDAT.) Verè post mortem aui decedit: fictione, ante mortem. Quòd si fictionem integram accipiamus, etiam ante testamentum. Sed quia testator benè de filio sperare atque ominari debet, partem illam fictionis relinquimus, alteram sumimus.

§. Ille casus. 10.

Nepos qui uiuo filio nascitur, si quidem post filium testator moriatur ex Vellea formula institutus, non uno sed utroque legis capite coniuncto rectè institutus existimatur.

ILLE casus in difficili est, si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur uiuo patre suo, ac mox pater decedat. non enim suus hæres est, tempore quo nascitur: nec posteriori * aliq' succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit. Denique & superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, * permitti: posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neue ob eam rem minus ra-

turus

um esset quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.

VIVO PATRE SVO.) Qua circumstantia prius legis caput excluditur: in quo scriptum erat, Qui suus hæres futurus erit, cum nascetur.

MOX PATER DECEDAT.) Qui secundi capitis casus esse videtur, in quo nepotibus iis, qui uiuo testatore sui ius amittētibus succedūt, cauetur.

TEMPORE QVO NASCITVR.) Hoc nunquam putarem dicturum hoc loco Cernidium fuisse, nisi disertè in lege ascriptum fuisset CVM NASCETVR.

PROHIBERI VIDETVR.) Cur addidit, Videtur? Scilicet dubitandi causa hæc fuit, quia in capitis secundi verbis, quæ quidem extant, verbum nullum est, quo nascens post testamentum nepos apertè excludatur. Imò cum indefinitè scriptum sit, LIBERI SUCCEDVNTO: neque præcisè quicquam de natis ante testamentum liberis definitum: disputari posset, indefinite quoque esse accipiendum, siue ante testamentum, siue post testamentum illi liberi nati essent: quemadmodum in superiori §. disputauit, quia lex nihil definitè de tēpore quod testatoris mortem, aut antecederet aut subsequeretur, statuerat, propterea nihil præcisè de successionis tempore definiendum esse.

esse. Magis tamen ad posterius, quam ad prius caput, hæc institutio pertinet: quia qui nondum nati sunt, si quidem ante testatoris mortem nascantur, neque antiquo iure institui poterant, neque lege Vellea, nisi cum nascentur, sui nascantur. Hic autem suus natus non est. Cum igitur ab initio non valuerit institutio, quavis sublatum postea vitium illud fuerit, tamen ex postfacto non conualescit. Rursus posterius permittendi modo scriptum non est. Nullo igitur neque antiquo, neque nouo iure, hunc institui permissum est.

LICEAT INSTITUI.) Quod cum ita sit, perspicuum est, ante legem Velleam institui nondum natos non licuisse, propter eas causas quas superius enumerauimus. Nimirum quia certum consilium testatis esse oportet. Incerta autem in nondum natis hæc sunt: Primum ipsa conceptio: deinde natiuitas, potest enim abortio contingere: præterea sexus, cum muliebris lege voconia excluderetur: postremo nasciturorum numerus, cum in ventre, incerta re, terni concepti numerentur. l. fed et si, 28. in fin. D. de iudic.

NON PERMITTIT.) Sensus est, Permittendum fuit, ut huiusmodi nepotes nondum nati instituerentur. Posterius autem legis caput nihil permittit: non est permittendi modo conceptum, sed vetandi duntaxat. Ergo referri ad illud non posset.

VE T A T R V M P I.) Nam vetandi modo caput hoc posterius conceptum fuisse, superius satis
planè

planè docuimus.

NEVE OB EAM REM.) Verba hæc non Ceruidii, sed legis ipsius esse, partim ipsa rationis vetustas, & ratio, Ceruidianæ planè dissimilis, arguit: partim etiam ipsa loci sententia demonstrat. Sensus autem superius exposuimus.

V T I L I T E R.) Legendum INVTILITER, primum ipsa sententia conuincit. Quomodo enim aut ex superioribus procedere atque effici diceret, ut rectè atque vtiliter institutus esset? aut mox inferret, nullo id iure licuisse? Deinde etiã vox T A M E N: quæ nunquam, nisi vbi aduersatiuum aliquid subiungitur, vsurpatur. Sensus igitur hic est, q. d. Quæ cum ita sint, procedere debet, ut inutiliter sit institutus. Nam etsi postea vitium sublatum esse videtur, tamen regula iuris est, ut quæ ab initio non valuerunt, postea non conualescant.

QVOD NVLLO IVRE.) Quia nullo iure.

NVLLO IVRE POTVIT.) Præclarus locus, & qui superiorem illam disputationem nostram perspicuè confirmat, ante legem hanc nullo iure licuisse nondum natos institui. Cuius rei causas in præfatione ostendimus.

D V O B V S C A P I T I B V S.) Ab utroque enim casus hic participat: A' priore, quia post testamentum nascitur: à posteriore, quia succedit. Sed his partibus non adiuuatur. Quid ergo est? Adiuuatur scilicet à priore, quia prius permisit nondum natum institui: id quod hoc casu erat necessarium. A posteriore verò, quia vetuit succedentes rumpere. Er-

go quòd institutio valeat, à priore capite est: quòd succedens institutus non rumpat, à posteriore.

IN HOC QVOQVE.) Negotium, thema, propositum.

NE RUMPANTVR TESTAMENTA.) Quasi dicat, non ex subtili iuris ratione: imo contra iuris argutias, sed fauore testamentorum & benigna iuris interpretatione, qua quammaximè possumus, iuuamus ne rumpantur. Patet igitur, ex iure & æquitate disceptationem nasci.

§. Quæremus.

Nepos velle a formula institutus, si filio mortuo emancipetur, voluntarius hæres futurus est.

QVÆREMVS tamen, cum recepta est Iuliani sententia, an si nascatur nepos viuo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem. Quod magis probandum est: *nam emancipatione suus hæres fieri non potuit.

*nam in

RECEPTA SENTENTIA.) Dixi iam antea, Iuriconsultorum placita quædam de nouo iure, quæ ab aliis iuriscōsul. quasi probata, in vulgus recepta sunt, Sententias, dici solitas: quasi ^{nuptias adfens} id est, vt Cicero, interpretatur, Ratas sententias.

AN SI NASCATUR.) Qui filium habebat, ita dixit, Filius hæres esto. Si meus filius, suus hæres esse desierit, qui in eius locum suus hæres succedet, hæres esto. mox nascitur nepos: deinde moritur filius. Nam id accidere oportet, vt aliquo tēpore nepos suus hæres extiterit. alioqui hæres ex testamento nepos esse non posset. Post deinde nepos hic ab

auo

auo emancipatur. Atque ita testator moritur. Quæritur utrū vt suus, an vt alienus hæres futurus sit: vt suus, non poterit, cum per emancipationem sui ius amiserit. l. i. & l. capitis, D. de suis & legit. vt alienus autē, propterea nō videtur, quia testator dixit, Qui in sui hæredis locū suus hæres succedendo futurus est, hæres esto. Hic autē mortis testatoris tempore, in quod omnis institutio confertur, suus non est, quippe, emancipatus. Sed respondetur, vt superius cum infinitè lex scripta sit, neque præfinitè tēpus vllum notarit, quo sui hæredis qualitatem exigeret, ante mortem aut mortis tēpore: nobis quoque nihil præcisè definiendū esse: sed satis esse, quod aliquo tēpore suus extiterit. Cōtrouersiam ex legibus caducariis fiscus faciebat. Intentio nepotis: Hæres voluntarius sum. D. neque suus, neque voluntarius. Q. an hæres non sit? R. Quia institutus est, qui mortis testatoris tempore suus hæres esset. F. Imo qui quocunque tempore suus hæres esset. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur.

SPONTE ADIRE.) Id est, An tanquam alienus & extraneus hæres futurus sit, cum cōstet eū vt suū & necessarium esse nō posse. Respondetur, cum ex recepta Iuliani sententia huiusmodi institutio valeat, neque quicquam acciderit, quo euertatur, rata eam futuram. Nam etsi emancipatio sui hæredis qualitatem adimat, institutionis tamē ius nō extinguit.

MAGIS PROBANDVM.) Fauore scilicet testamentorū. Nā si subtilis iuris ratione spectemus, difficile dictu est, aliquem alio iure hæredem existere.

quàm

quàm quo institutus est. Hic institutus est, ut suus acquirat tamen, ut extraneus.

NAM EMANCIPATIONE.) Hæc quoque ex Cæcilianarum locutionum genere videtur: pro eo quod aliquis dixisset: Nam propter emancipationem. Quanquam legendum potius putarem, NAM IN EMANCIPATIONE, quæ particula quàm facillè propter proximæ literæ, m, similitudinem scriptoribus elabatur, nemini ignotum est.



Francis. Hotoman. Jurisconsul.

Commentarius in l. Vinum, 22.

D. Si cert. petat.

EX SCHOLIS VALENTINIS.



In lege Vinum, 22. D. si certum petat. nonnulla sunt, de quorum sententia mihi cum scholasticis interpretibus usque adeo non conuenit, ut potius quàm eorum interpretationem approbem, Sabini ipsius aut Iuliani auctoritatem repudiem: sed melius est totius eius responsi explicationem, pro veteri nostra consuetudine & Methodo, suscipere. Verba Iuliani hæc sunt. Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quæsitum est, cuius temporis æstimatione fieret: Vtrum cum datum esset, an cum litem contest

contestatus fuisset, an cum res indicaretur? Sabinus respondit, Si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset. Si non quanti tunc, cum petitum esset. Interrogatus cuius loci præcium sequi oporteat: Respondit, si conuenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti ubi esset petitum. Huius igitur responsi argumentum hoc esto: Vini mutuo dati æstimatione, si aut dies, aut locus solutioni dictus est, pro diei loci uel ratione incunda est: sin minus, ad tempus litis contestatæ, loci que ubi petitum est, pretium reuocanda. l. vlt. D. de condict. tritic. Nunc eiusdem responsi partitionem siue analysis videamus, ac prima quidem enuntiatio hæc esto: Re de vino reddendo indicata, eius æstimatione incunda est. l. vlt. D. de condict. tritic. l. 3. D. de act. empt. quod tamen contra constitutum videtur in l. 2. supra, eo. & l. 1. §. 1. D. de oblig. & act. ubi regula hæc traditur re mutuo data, alteram eiusdem omnino generis reddendam esse. Veluti Vinum pro Vino, triticum pro tritico, pecuniam pro pecunia: hoc enim proprie est Mutuum facere, par pro pari reddere. Verum duobus casibus vsu venit ut necessaria sit æstimatione. prior est, cum par omnino, eiusdemque generis res non reperitur, quod in vino præsertim frequentissimè accidit. neque enim nouum vinum pro veteri rectè redditur. l. 3. D. si cert. petat. Alter est, cum eiusdem generis res reperitur illa quidem, sed quo tempore res indicatur, aut pluris est, aut minoris, quàm quanti superiore tempore

fuerat: & si plurius est, debitor dare re recusat, æstimationem alterius temporis offerens: si minoris, creditor superioris temporis meliorem æstimationem petit.

Sequitur I I. In vino re iudicata æstimando, tria tempora in ratione vocantur: contractus, litis contestatæ, & condensationis. Nam contractus tempus ob eam causam spectatur, quia quod reddendum est ex ea quantitate æstimandum est, quæ mutuo data est. In ea autem æstimanda, ratio temporis habetur: cum ita quaeritur, quanti tunc temporis res fuerit. Rursus litis contestatæ tempus propterea spectatur, quia in condemnatione facienda, præsertim in strictis iudiciis, ea quantitas spectatur, quæ nominatim petita & actionis formula comprehensa est. Sententiæ autem iccirco, quoniam mora & tergiversatio debitoris litigantis ei lucro esse non debet.

Sequitur I I I. enuntiatio: Vini mutuo dati æstimatione aut ex præstituta soluendi die, aut, si ea adiecta non fuit, ex tempore accepti iudicii facienda est. d. l. vlt. De tritic. vbi Cassius & Caius idem confirmant. itemque l. quoties, 59. De verb. obli. vbi Iulianus, Quoties, inquit, in diem oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit. Item l. si kalendis, II. D. de re iudic. vbi Celsus de facto in obligationem deducto idem scribit. Aequitas autem huius sententiæ paulisper consideranda est. Nam quod ad contractus quidem tempus attinet, nulla ratio

erat.

erat æstimationem ad illud reuocari: siue quia si eiusdem bonitatis frumentum extaret, frumentum redderetur: nunc autem æstimatione, frumenti debiti vicem sustinet. siue quia contractus mutui hoc ius est, vt creditor omnem totius temporis, quod à die contractus ad diem solutioni præfinitam excurrit, vtilitatem & commodum, debitori largiatur: sic, vt si contractus tempore vinum esset viginti solidorum, præstituta verò diei tempore esset decem, aut trium duntaxat, debitor vtilitatem illam omnem sibi haberet, & par frumentum reddendo liberaretur. & vicissim si multò plurius nunc esset, tamen quia debitor mutuum facere, id est, par pro pari reddere obligatus est, quanti quanti frumentum nunc est, par tamen frumentum debet. Quod autem ad rei iudicatæ tempus attinet, propterea eius ratio non habetur, quia in strictis iudiciis (cuiusmodi nostrum est, de rebus creditis & vino mutuo dato) quanti quæque res fuit cum Iudex datus est, spectatur: non autem quanti posterius esse potuit: quippe cum Iudex ad certam summam quæ nominatim in formula iudicii præscripta est, ita sit adstrictus, vt neque ad eam addere, neque de ea quicquam detrahare possit: neque enim quæ post acceptum iudicium accidunt, ad eius cognitionem villo modo pertinent. Hoc autem iudicium de mutuo strictum est: & iam versamur in tractatu, Si certum petatur: nostræque actionis formula disertè certam vini mensuram, puta viginti amphoras, complectebatur. Quare nihil vobis aduersatur,

quod

quod hoc modo disputari posset, debitorem in mora fuisse, moræ autem hoc ius esse, vt non modò nullam moratori vtilitatem afferat, verù etiam omne damnum ac dispendium quod ex ea nascitur in ipsum transferat: non modo quod in re est, quò in numero est, quanti plurimi æstimabo: Verum etiã quod est in accessione, & extrinsecus accidit, vt id quod interest, & fructus & partus l. mora, l. videamus, cum cæteris peruulgatis, D. de vsur. quæ de causa Pomponius in l. 3. D. de act. empt. scribit, si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportere, vtro tempore pluris vinum fuit: vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Ex quo idem hoc quoque casu dicendum videretur: vt cum debitor moram commiserit, propterea quanti plurimè toto illo tempore quod à die præstituta solutioni, ad diem condemnationis fluxit, tanti eum esse damnandũ. Sed, vt modo dicebamus, quantitas illa qua post acceptum iudicium excreuit, ad huiusce actionis strictæ iudicem non pertinet. Pomponius autem de empti actione quæ bonæ fidei est loquitur: in qua iudex non ad certam summam adstrictus est, sed infinitam potestatem habet arbitrato suo iudicandi, quantum alterum alteri dare facere oporteat. Superest tamen alterius temporis consideratio: nimirum quod à die præstituta solutioni, ad diem litis contestatæ excurrit. nam scholæ nostræ persuasum habent, Sabinum hoc loco constituere, nunquam litis contestatæ tempus spectandum esse, sed

sed solam præfinitam solutioni diem: sic vt, siuè pluris, siue minoris tunc fuerit, tamen tanti semper quanti illo tempore fuit, debitor damnandus sit. quod si ita est, & vinum soluendi tempore fuerit quindecim aureorum, iudicii autem accepti tempore fuerit viginti: tamen condemnationem in aureos duntaxat quindecim faciendam esse. In quo profecto eruditissimorum hominum iudicium desidero: quid enim dicemus? fraudatorem ex sua mora & cessatione lucrum facturum? & quod creditorem qui ei gratificatus est, & liberaliter commodauit, ex re sua sibi habere oportuit, propter alterius frustrationem amissurum? fraudatorem autem propter suam cessationem id in se translaturum? Et quid si eiusdem generis frumentum in foro extaret, cuius generis mutuo datum est? Liceret ne debitori non frumentum reddere, sed eius temporis quo contractum est, æstimationem persolvere? an non hoc modo occasionem debitoribus præberemus, eosque quasi oblato præmio ad cessandum, frustrandum, & ludificandum inuitarem? Faceat igitur tam absurda & iniqua huius æquissimi responsi interpretatio: & deinceps defendamus Cassium, Sabinum, Iulianum & Caium auream illam regulam tenuisse: vt frustrator non modo nullam ex mora sua vtilitatem percipiat, sed etiam creditorem omnis damni expertem præstet: ac propterea quod responderunt, SI DICTVM ESSET, QVO TEMPORE REDDERETVR, QVANTI TVNC FVISSET, Sic interpretemur: quasi

quasi additum fuisset, s i Q V I D E M pluris tunc fuisset, quàm accepti iudicii tempore: sin minus, æstimationem ad litis cõtestatæ tempus reuocandam esse. Verum hæc lentius sine causarum constitutione disputantur. Primum igitur primæ quæstionis exemplum proferemus. Quidam mutuo vini decem amphoras accepit, quæ tum quindecim aureorum erant: neque solutioni diem præstituit. Aliquanto post cum vinum viginti aureorum esset, creditor agere cum eo instituit: eumque tandem condemnat: ac propterea in exequenda sententia, cum vinum eiusdem generis non extaret, aureos X X. postulat: Intentio, Aestimatio eius temporis quo vinum petere institui, spectanda est. D. Imo eius quo mutuo datum est. Q. Vtrius temporis æstimatio sequenda sit? R. Quia in mutuo quanta summa accepta est, eadem pariter æquabilitérque debetur: tu vero plus quàm quantum credidisti postulas. F. At precium in vini locum succedit: Id est, Imò eandem summam postulo: quia si vinum extaret, eandem mihi mensuram redderes, cuius tantum esset pretium, nunc quia non extat, pretium eius loco numeras. Disceptatio ex contrariè scriptis nascitur. An cum ex mutuo par tantum summa debeat, vbi tamen ad æstimationem veniendum est, quia pretium loco rei succedit, præsentis temporis æstimatio debeat? Id est eius temporis, quo vinum peti- tum est: quia perinde est ac si litigatio non esset, sed sine controuersia statim debitor appellatus soluit

soluisset.

Sequitur secundæ causæ constitutio. Qui vini decem amphoras mutuo acceperat, quo tempore vinum erat aureorum quindecim, diemque solutioni Kalendas Maias præscripserat, moram interposuit. Kalendis Maii Vinum erat viginti. Postea vilius factum est, & cœpit esse quindecim, cum creditor vinum petere instituit, debitorémque per iudicem damnauit. In exequenda sententia, siue quia eiusdem generis vinum non extabat, siue quia vinum accipere prætio iam diminuto creditor recusabat, ad æstimationem ventum est. Creditor petiit viginti, quanti vinum fuit diei præstitutæ tempore. Intentio, Debentur mihi viginti, quanti vinum fuit die præstituta. D. Imo quindecim, quanti tum fuit cum à me vinum petiisti. Q. Vtrius temporis æstimatio sequenda sit? R. Quia ius mutui est, vt quanta summa accepta est, tanta pariter reddatur: neque quicquam amplius: quare vel vini amphoris decem cõtentus esse debes, quãti quãti nunc vinum sit: vel si non extet vinum, pretium eius vini accipere: quod si extaret, eadem qua credidisti mensura accipere deberes. F. At quod propter moram creditoris interest, præstari debet. Disceptatio ex cõtrariè scriptis nascitur. An cum ex mutuo par tantum modo summa debeat, tamen vbi quid propter debitoris moram interfuit, id ad quantitatem actionis accedat. Sabinus respõdet, accedere: ac propterea diei præstitutæ æstimatione spectandã esse, ne debitor vri-

l 2 lita

liratam ex mora sua percipiat, creditor autem damnus. Interesse autem in frugibus, nullum aliud esse constat, quam æstimationem quanti plurimi: ex l. Si sterilis, 21. §. 3. D. De act. empt. Deinceps ad tertiæ causæ constitutionem accedamus. Qui mutuo vini amphoras decem, quæ quindecim aureorum erant, acceperat, diemque solutioni Kal. Maias præstituerat, moram commisit: Kalen. Maii vinum erat sexdecim. Aliquanto post creditor egit, cum vinum esset aureorum viginti: debitoremque damnauit. In exequenda sententia quia vinum eiusdem generis non extabat, ventum est ad æstimationem: Creditor petit viginti, quanti Vinum fuit litis institutæ tempore. Intetio, debentur mihi viginti, quanti vinum fuit litis contestatæ tempore. D. Imo sexdecim duntaxat, quanti fuit diei præstituti tempore. Q. Vtrius temporis ratio sequenda sit? R. Quia cum in stipulationibus in diem conceptis, tota vis obligationis in eam diem conferatur, par est ut illa ex eius dicti ratione æstimetur. l. quoties, 59. D. de verb. oblig. F. At quod propter debitoris moram creditoris interest, præstari debet. Disceptatio ex contrariè scriptis nascitur: An cum vis obligationis in diem ex constitutæ diei ratione æstimanda sit, tamen vbi quid propter debitoris moram interfuit, id ad quantitatem actionis accedat. Vlpianus in l. 4. D. de eo quod cert. loc. respōdit, vbi temporis utilitas interuenit, id ad actionis quantitatem accedere: quoniam si creditori sua die satisfactum fuisset, totam adau-

cti

cti pretii utilitatem haberet. Quare æquum est illum saltē hodie habere, quod iam olim dari oportuit. Præterea si frumentum extaret, debitor frumentum admetiretur. nunc autem quia non extat, pretium in rei locum succedit.

Nunc sequitur IIII. enuntiatio: Vinum per Iudicem repetitum, vel pro ratione loci vbi reddi conuenit, vel si dictus non est, pro eo vbi petitum est, æstimatur. d. l. ult. quoniam (quod ad priorem partem attinet, in qua locus constitutus fuerat) contraxisse quisque eo loco intelligitur, in quo ut solueret, se obligauit. l. contraxisse, 31. D. de oblig. & act. & l. 3. D. de reb. auct. iud. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo soluenda est pecunia. Quod autem ad alteram partem attinet, hæc videtur esse ratio: quia cum locus non additur, videtur tacitè conuenisse ut eo loco æstimeretur, quo primùm petetur. Sed de vtraque specie ordine differendum est. Nam in priore duorum tantummodo locorum comparatio fit: loci designati, & eius in quo lis contestatur. Loci autem contractus ratio habetur nulla, propter eam causam quam prius exposuimus. Contra Sabinum autem qui designatum ad solutionem locum preferendum scribit, facere videtur integer tractatus de eo quod certo loco: vbi arbitraria actio conceditur, cum id quod certo loco promissum est, alibi petitur: quam actionem Vlpianus ait vtriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei: quia si rei interest, minoris

I 3 fieri

fieri pecuniæ condénationem quàm intentatū est: at si actoris, maioris pecuniæ, l. 1. & 3. D. de eo qui cert. loc. Quod cū ita sit, mirum est q̄ Sabinus respondeat, eum spectari locū qui ad solutionem cōstitutus est: ac non potius arbitrariam actionē concedi. Sed respondendū est, hāc legis nostre partem ex superioris fundamēto intelligēdam esse: id est, ut non ea obligatio simpliciter proposita sit, cui locus designatus est: sed etiā ea quæ in diē concepta est. veluti reddes vinū Capuæ Kal. Maii? debitore autem sua die non soluisse, sed moram interposuisse, eoque tēpore vini pretium immutatum fuisse. Dupliciter autē quæstio hęc tractanda est: cū aut minoris est vbi petitur, aut pluris. Prius de minoris quæstione videamus. Promiseras te redditurū capuæ Kal. Maii. Ibi erat plurimi. tu eò vel propter hanc causam, vel ob alias occupationes non venisti? cum itā me aliquandiu frustratus esses, tandem ibi te reperio, vbi vinum est vilissimum, tēque in ius voco. Intentio, Debentur mihi viginti, quanti vinum fuit Capuæ Kalen. Maii. D. Imo quindecim quanti hoc loco iam est. Q. Vtrius loci ratio habenda sit? R. Quia ius mutui est, ut tanta demum summa reddatur, quanta accepta est: neque quicquam amplius: quare vel vini decem amphoras hoc loco accipe, quanti quanti hic sit: vel pretium F. At quod propter debitoris moram creditoris interest, præstari debet. Disceptatio ex contrariè scriptis nascitur, qualem superius exposuimus. Sabinus æquissimæ respondet, debi

debitorem ex designati loci ratione condemnandum esse, ne debitor magnam ex mora & frustratione sua vtilitatem percipiat. Nunc de contraria quæstione videamus: cum scilicet pluris est vinum vbi petitur, quàm vbi debebatur: debitor moram interposuit in soluendo Capuæ, vbi minimo liberari potuit. Postea creditor illum reperit Brundusii, vbi vinum multo pluris est. Intentio, Debētur mihi viginti, quanti hoc loco vinum est. D. Imo quindecim quanti est in loco designato. Q. Vtrius loci ratio habenda sit? R. Quia cum id quod certo loco dari oportet, alio petitur, si rei interest, minoris sit peccuniæ condēnatio. d. l. 2. D. de eo quod cert. loc. F. Nimirum scilicet cum mora facta nulla est, propter quam creditoris interest. Disceptatio ex scriptis & sententiæ contentione nascitur. An arbitraria actio ita intelligenda sit, nisi mora debitoris creditori damnosa fuerit: de quo cum dubitari non possit, illud quoque extra controuersiam ponendum arbitror, Sabinus verba hęc, **Q V A N T I E O L O C O E S S E T**: cum hac interpretatione accipienda est, ut pars legis superior: siquidem pluris eo loco sit. At si minoris, eius rationem habendam esse, ne mora frustratori fructuosa sit. Restat ut partem legis postremam explicemus: vbi Sabinus ait, Si dictum non sit ut certo loco redderetur, tanti demandandum esse debitorem, quanti fuit vinum vbi petitum est. Qua in quæstione duorum dūtaxat locorum comparatio fit, eius vbi cōtractum est, & eius vbi

vbi petitum est. Quamobrem autem huius loci ratio potior sit, superius exposuimus: quia vbi locus non additur, tacitè conuenisse videtur, vt eius loci æstimationi seruiatur, vbi vinum petitur. Verùm hæc quoque quæstio dupliciter spectanda est cum scilicet minoris est vinum, aut pluris. Nam si pluris est, aperiri fenestra videretur creditoribus, obseruandi suos debitores eo loco, vbi fruges essent quàm plurimi: quod quia iniquissimum est, propterea idem hoc quoque loco dicendum arbitror, quod proximo casu diximus, hanc quæstionem ex legis nostræ principio ac fundamento esse intelligendam: id est, de ea obligatione, quæ in diem concepta est: & debitorem sua die non satisfecisse, sed moram commisisse, quam hac ratione plectimus. At si minoris sit vbi petitur, tum aut dies dicta non est, aut dicta est. Si non est, ac propterea nulla mora interposita est, nihil amplius debitor debet. Sin autem cum dies præstituta fuisset, debitor creditorem frustraßet: nunquam Sabinum credam ita sensisse, vt huius tantum loci æstimationem minimam sequatur iudex: Sed præter eam petendum esse, id quod propter moram interfuisse constabit. Atque hæc quidem de legis Vinum interpretatione dicta sint: nunc quia paragraphus tertius, legis tertiæ, D. de act. empt. ad hanc eandem de vini æstimatione disputationem pertinet, non incommodum fore arbitror, si eius Analysin exponamus. Prima igitur enunciatio hæc esto: Vini venditor post moram, vtro tempore vel contractus vel sententiæ

iriv pluris

pluris vinum fuit, ita condemnandus est. Sequitur I I. Vini venditor, post moram vtrubi pluris vinum fuit, vel vbi vauit, vel vbi agitur condemnandus est. Sequitur I I I. Vini venditor mora per emptorem facta & ex loco in quo vilius sit, & ex iudicii accepti tempore condemnandus est. Nunc syntefin, quod argumenti loco præponere solemus, sic colligemus: Vini venditor post suam moram vtro tempore, vel contractus, vel sententiæ, item vtro loco pluris vinum fuit, condemnandus est: at post emptoris moram, vtrubi fuit vilius: item ex actionis die.



Francis. Hotoman. Iurisconsul.

Commentarius in l. Frater à fratre,
D. De condic. indeb.

EX SCHOLIS VALENTINIS.



ANNVS, vt opinor, agitur septimus, ex quo legem frater à fratre, quam omnes scholæ nostræ inter obscurissimas ac difficilimas numerant, ita sum interpretatus, vt nõ modo à recepta omnium Doctourum expliacti one lõgissimè discederem: verum etiam scripturam planè commutarem, & negationem pro affirmatione reponendam esse putarem.

m

Quo

Quoniam autem eo tempore neque Doctorum no-
strorum argumenta refutavi, neque legis Analy-
sin explicavi, qua Methodo in istis labyrinthis qua
si Ariadnes filo uti consuevi, placet nunc ecquid
mea me tum opinio fefellerat, paululum conside-
rare. Argumentum igitur hoc esto. Quod fratri aut
patri naturali ex causa debitum, solutum erit, id
ex ea parte tanquam indebitum condicetur, qua
ex parte ad illos peculium peruenit. Participatio
namque peculii naturalem obligationem, qua ex
parte illud acceptum est, extinguit.

Interpretatio Grammatica.

Pecuniam mutuatus.) Primo loco quæren-
dum videtur, vndenam hanc pecuniam
filiusfa. acceperit, cum satis cõstet, omnia
filiusfa. ciuili quidẽ iure, patri, cuius in potestate est,
cõtinuo acquiri. Respõdetur ex peculio. Verum ex
vtro peculio, Castrensine, an profectitio, aut verò
ex aduẽtitio? Et cum Africanus toties obligationẽ
ex isto mutuo contractã, naturalem appellet, non
dubiũ est, quin ex profectitio vel aduẽtitio ea pec-
cunia depropta sit: quoniam quæ ex castrensi cre-
ditur, ciuilitè debitorem obligat: l. 2. D. ad Mace-
don. Atque hac quidẽ in re mihi cum cæteris omni-
bus interpretibus summa consensus est. In duabus
autem aliis quæstionibus, summa dissensio. Pri-
mum in ea qua quæritur, cui naturalis illa obliga-
tio quæsitã sit? Vtrumne patri, an fratri creditori,
an ve

an verò etiam vtrique. Deindè in illa, quandò &
quomodo illa obligatio dissoluta sit? Nam quod
quidem ad priorem quæstionem attinet, alii eam
obligationem soli patri, alii vero fratri & patri si-
mul quæsitam esse existimant. Qui verò soli fratri
creditori eam quæsitam esse dicat, hominem ex
iis arbitror esse neminem. Id'que ob hanc vnam
causam, quia regula est in l. placet, 79. D. de acq hæ-
re. quia dicitur, quæsitã per filium ipso eodem mo-
mento patri acquiri. Sed videamus ne doctissimi-
viri aliquantum in ea re ab vñtata prudentia sua
discesserint. Cùm enim nulla alia de re in hac tota
quæstione agatur, quàm de obligatione naturali,
sequi etiam illud oportet, vt si quærat, quemad-
modum illa vel contrahatur, vel acquiratur, vel dis-
soluatur: non aliter respondeatur, quàm naturali-
ter. Vt enim quæ ciuilia sunt, non nisi ciuilitè, sic
etiam quæ naturalia sunt, naturalitè intelligi de-
bent. Quod cū ita sit, non dubium est, quin quem-
admodum naturalis illa obligatio etiam nostro-
rum confessione, naturalitè conceptã & contra-
cta est, quippe cum filiusfa. Filiusfamil. pecuniam
crediderit: sic etiam naturalitè acquiratur: id est,
ei, cui remotis omnibus iuris Quiritum inuentis
acquireretur. Is autẽ est filius ipse creditor. Quod
enim regula illa dicit, à filiofam. quæsitã statim ip-
so momẽto patri acquiri: totum hoc ex iuris Qui-
ritium subtilitate, & patria potestate à Romulo in-
stituta proficiscitur. Repugnant igitur Naturalem
esse obligationem, & de ea tanquam ciuilitè, id
est, ex

est ex iuris ciuilis subtilitate & inuentis acquisita disputare. Iam verò quod ad alteram quæstionem attinet, ecquonam modo & quando naturalis ista obligatio dissoluta sit, scholæ nostræ vno ore clamitant, id per patrisfamilias mortem factum esse: quia quoties debitor succedit creditori extinguitur obligatio. Verum hoc nostris vsuuenisse videtur, quod iis qui de via aberrant, solet accidere. Nam cum quis de principio vel minimum aberrauit, quò longius progreditur eò longius longiusque abscedit. Similiter nostri malo posito fundamento, nihil rectè postea superstruere potuerunt. Naturalem obligationem, & naturaliter contractam, dixerunt ciuiler patri quæsitam esse: nunc vt errorem errore cumulent, dicunt eam ciuiler dissolui. Quod certè doctissimis viris indignum fuit. Totum enim istud, Patrisfamil. morte contractam inter filium & fratres obligationem extingui, è iuris ciuilis fontibus fluxit, est que ab illa, quam superius posuimus, analogia longè alienissimum. Quemadmodum enim naturalis obligatio naturaliter & contracta & acquisita est, sic etiam naturaliter dissolui debet: quemadmodum vulgata regula percipit: quo quicque modo contractum est, id contrario modo dissolui. Dissoluitur autem hæc obligatio, vt Africanus ait, per fraterni peculii communicationem, quæ à iure quidem ciuili excogitata & inuenta est: sed cum ea primò facta, id est, participatione peculii, quæ naturalis est, deinde iure constet, id est subtilitate

tate iuris Quiritium, quod totum ciuile est: Natura quod in ea naturale est amplectitur, & per illud obligationem contractam, naturaliter extinguit. Sic enim Africanus scribit: Naturalem obligationem hoc ipso sublatam esse, quod peculii partem frater sit consecutus. Quibus ex verbis perspicuè intelligitur, nequaquam per patris mortem extinctam naturalem obligationem fuisse: quippe cum etiam postea perduret: sed per solam peculii communicationem. Quod si iam tum cum pater moreretur, extincta fuisset obligatio, quemadmodum nostri existimant: nunc quomodo iterum per peculii communicationem extingueretur? Quod si Africanus eam tum demum tolli pronunciat, cum peculii pars capitur, sequitur vt agnoscamus eam etiam post patris mortem, & vsque ad perfectam hæreditatis diuisionem durasse. Eodemque pertinet, quod posteriorius idem Africanus scribit. Si debitori fratri suum peculium prælegatū esset, posse creditorem id quod sibi naturaliter debetur, ex eo deducere. Nam vnde deducendi facultas, nisi ex obligatione naturali? Quod si debitum naturale tandiu durauit, dum in hæreditate partienda de peculio prælegato deduceretur, nemo non videt, quam absurdum & ridiculum sit, quod nostri statuerunt, id per patris mortem extinctum fuisse. An repetere possit. Dubitandi causa in eo posita est, quia naturalis debiti soluti repetitio nulla est. l. naturales,

io. D. de oblig. & act. l. fideiussor, 16. §. 2. D. fideiuss. cuius regulæ rationem vel ex eo licet intelligere, quod Ulpianus in l. Stichus, 95. §. naturalis, D. de solut. pronunciat, firmamentum quo naturalis obligatio nititur, nullum aliud esse, quàm æquitatem. Repugnant igitur ex bono & æquo aliquid deberi, & id per imprudentiam solutum condici.

Extitisset repetiturum.) Sic omnes quos adhuc videre licuit, tum impressi, tum manuscripti libri. Id autem scholæ nostræ sic interpretantur, Cùm obligatio naturalis patri quæ sita per ipsius mortem extincta sit, propter regulam quæ dicitur, cum debitor creditori succedit, obligationem extinguere: si frater ille debitor ab illa naturali obligatione liber ac solutus, tamen per imprudentiam exsoluerit, repetiturum: primum pro qua parte hæres extitit, (ponamus autem æquas hæreditatis fuisse partes: quinquaginta igitur illo nomine repetet) deinde item pro altera, pro qua frater creditor hæres extitit, quia suum peculium participauit. Hæc (vt verè dicam) in mentem tam magnis viris venire potuisse, vehementer miror. Primum enim fratrem debitorem ab obligatione naturali per patris mortem solutum ac liberatum esse aiunt: cum tamen toties ac tam perspicuè Africanus noster dicat, eum non ante liberari quàm frater creditor partem ex ipsius peculio ceperit. Deinde vtramque naturalem æquitatem quæ in ista causa proposita fuit, apertissime violant. Nam & illam priorem, quæ vetabat naturalis debiti soluti vllam esse repetitio

itionem, funditus euertit: totum enim quod persolutum est, cõdici volunt: & illi alteri quam Africanus elegantissimè patefecit, vt ei qui naturale debitum agnouit, suum peculium relinquatur, directo aduersantur: totum enim illud quod ex fratris peculio alter accepit, ei relinquunt. Præterea cum existiment, se totum creditori fratri ademisse, qui primum quinquaginta (vbi causa) ex fratris peculio, deinde centum crediti nomine acceperat, illi tamen centum ista duntaxat adimunt, quinquaginta autem peculiaria integra relinquunt. Sed nimis multa de nugis. Nos quod nostri officii est, agamus. Nam octo, vt opinor, ab hinc annos, rediū multumque deliberata, memini me in eam opinionem venisse, vt legendum cum negatione putarem, NON REPETITVRVM, eamque sententiam doctissimis multis viris, qui mihi principio vehementer aduersabantur, probasse. Hanc veterem opinionem meam nondum animum inducere potui, vt abiicerem. Tota enim Africani disputatio eò redit denique, Naturalem debitoris fratris obligationem eatenus extinguere, quatenus ex ipsius peculio ad creditorem fratrem peruenit: vt paucis post versibus apertè pronunciat. Peculium autem profectitium, aduentitiumue intelligimus, quod iure ciuili cum hæritate paterna confunditur. l. 1. D. si à parente quis man. l. certum, 13. C. fami. ercisc. contra naturæ certè, id est æqui bonique rationem: quid enim rationis aut argumenti res habet, pecuniam multa vnius industria, & sudore

partam, cum altero ignauo fortasse & inerti communicare? Sed hoc patriæ potestatis ius à populo R. Quiritium institutum fuit. Itaque cum ad Africanum ea caussa delata esset, qua frater creditor in diuidenda patris hæreditate partem ex fratris debitoris peculio ceperat, præclare respondit, debitorem qui naturale illud debitum imprudens persoluerat, ex ea parte quæ ad fratrem peruenerat tantum repetiturum, quantum debiti summa exsuperabatur. Dicit aliquis, an non creditoris fratris peculium æque ut alterius cum hæreditate paterna confusum est? quod cum ita sit, quid est, quod debitor partem sui peculii ad fratrem peruenisse quærat, cum vicissim alterius peculii pars ad se peruenerit? Huic obiectioni necessario occurrendum est: & respondendum, causam de qua ad Africanum relatum est, ita constitutam fuisse, ut qui mutuo pecuniam accepit, aliquantò vberius & copiosius peculium habuerit: neque enim dicere possumus creditorem nihil in peculio habuisse: quippe ex quo creditam illam pecuniam depròpserit. Verùm ut ad Africani verba redeamus, non immerito dubitari posset, quãobrem prius quàm ad summam quæstionem respondeat, ista præfatione utatur: **E X E A** quidem parte, qua ipsemet filius debitor suum peculium in adeunda patris hæreditate consecutus est, non repetiturum. Quorsum enim istud pertinebat? cum neque in ea re quicquam existere dubitationis possit, & ad subleuandum debitorem nihil omnino attineat quære-

re,

re, nunquid nam è suo sibi reseruarit: sed potius quid alter ex propriis ipsius bonis ad se auerterit. Verùm ne nimium litigiosi videamur, melius erit fortasse totum istud silentio prætermittere.

Patri hæres extitisset.) Præcisè, & obscure totidem ferè verbis, nihilo maiore negotio, planius dicere potuit, Pro ea parte quam ipse in diuidenda patris hæreditate de suo peculio ceperat.

Frater hæres extiterit.) Et partem è fratris debitoris confuso cum hæreditate paterna peculio, ceperit.

Ita repetiturum, si non minus.) Quin tu potius vno verbo rem expedis? Tantum repetiturum quantum ista peculii participatio debiti persoluit summam exsuperat.

Peculio suo.) fratris debitoris.

Ad fratrem.) creditorem.

Si non minus.) Id est, si præter naturale creditum receptum, nihilominus in partienda hæreditate totam eam peculii fraternali partem accepit, quam eius ciuile attribuebat. Ex quo intelligendum videtur, fratrem debitorem debitum illud naturale ante hæreditatis diuisionem persoluisse: fratrem creditorem nihilominus integrã peculii fraternali partem accepisse, quam si nihil ei persolutum fuisset.

Quæ fuisset.) subaudi, si res esset in integro: id est, si primus nondum fratri suo satisfacisset: sed hæreditatis partitio ante illius debiti solutionem corrigisset: tum enim per peculii participationem tolleretur neque amplius ius vllum (vel ipsa natura iudi-

n ce

ce) creditori relinqueret.
Adeo. Et si.) Huius loci sententiã cum olim non satis attendissem, idem, quod alii, credidi: confirmari scilicet superiorem proximam sententiam. At re attentius cogitata, perspicue cognoui, nihil hanc appendiculam, nihil, inquam prorsus ad proximã sententiam pertinere. Nam in illa vis declaratur participationis peculii: quam esse tantam Africanus scribit, vt naturalem obligationẽ æqui boniq; neruis ac vicibus cõstantem extinguat. hæc autem appendicula, re inuersa demonstrat, quanta vis sit naturalis obligationis: quam sanè mirabilem esse Africanus ostendit: quia cum ciuilem actionem non pariat, deducendi tamen facultatem præbet. cuius rei fortasse hæc causã est, quia vis naturalis obligationis est, vt quod natura debetur, veniat in compensationem l. 6. D. de compensat. qua de causa debitori cui suum peculium prælegatur, id imputatur, quod ex naturali obligatione debebat. vt autem se res habeat, si quis pugnaciter cù Africano vellet contendere, & ex nobis quærere, quorsum additamentum istud pertineat, haud scio ecquid satis appositè respondere possemus.

Ex eo fieret.) Pro hæreditaria portione.

Maxime consequens.) Argumentum ex comparatione minoris. ex quo intelligitur, participatione peculii non tantum liberatione afferre, sed etiam obligatione: idq; etiã aduersus extraneũ, quippe cù peculium cù onere suo transeat, l. D. de pecul. sic igitur Africanus ratiocinatur. Multo durius est obliga-

ri

ri extraneo pro fratre, quã obligationem in ipsum fratrem quæsitam amittere. Qui verò fratris peculium participat, extraneo propter illã participationem pro fratre obligatur: actione scilicet de peculio: longè ergo facilius quæsitam in illum obligationem propter eandem peculii participationem amittet.

Extraneo.) Qui in eadem familia non esset: qui neque filius, neque seruus eius patris factus esset.

Ab eo.) extraneo creditore.

Exactũ.) Nã creditor extraneus filiũ factũ, etiã ciuiler obligatũ habet. l. Siquis cum filio, D. de pecul.

Quem.) filium, patris morte sui iuris factũ.

Re integra.) Cum filius debitor nondum extraneo creditori satisfecisset.

Ita peculium.) fratris, qui extraneo debet.

Diuidi.) inter fratres cohæredes.

Indemnitas.) Vt caueat is qui vult fratris peculium cõmunicari, se redditurũ eam partẽ quam accipiet, si frater debitor postea cogatur creditori satisfacere. Subest autem vis argumenti ex comparatione minoris in hanc (vt opinor) sententiam. Graue est acquisita sibi in fratrem obligatione spoliari: sed multò grauius & acerbius est, pro eo alligari extraneo, pro eo litem & iudicium suscipere, pro eo iudiciales molestias ac labores sustinere. quapropter si quod minus conueniebat, vt qui peculium participat, id cogatur facere, conuenientius tamen: multò magis conueniet, quod erat conuenientius, nimirũ vt quæsitã in fratrem obligationem amittat: quia qui aliquẽ ab extraneo indemnẽ præstare

n 2 debet

debet multo magis à seipso. Deinceps igitur ad legis Analyfin accedamus.

Pecuniam mutuatus.) Enuntiatio I. Mutuum inter fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, contrahitur. Cum enim Africanus dicat *M V T V A T V S E S T*, sequitur ut mutuum contractum esse fateamur. Quod tamen de naturali obligatione intelligendum est: id est, de æquo & bono: non autem de iure Quiritium, quo iure contractus & lites eorum qui in alicuius patris familia manu ac potestate sunt non à Prætoribus urbano, neque in foro, sed ab ipso patre familia in familiæ suæ finibus & priuatis parietibus disceptantur.

Quæsitum est, an repetere.) Sequitur II. Pecuniæ quæ naturali tantum iure debebatur, solutæ, nulla repetitio est. l. naturaliter. 13. l. iudex. 28. D. de condi. indeb. l. hoc iure. 19. §. 4. D. de donat. l. naturaliter. 10. D. de oblig. & act. l. hæres. 16. §. 2. D. de fideiusso. Cum enim dicit, Quæsitum est, significat scilicet id quæri & in dubium vocari, propter illam regulam, quam hoc loco pro secundo enuntiato proposuimus: cuius æquitatem Triphonius in l. si quod domino 64. D. hoc titu. sic explicat: ut enim inquit, libertas naturali iure continetur, & dominatio ex iure gentium introducta est: ita debiti, vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.

Non repetiturum.) Sequitur III. Qui fratri naturale debitum persoluit, pro qua parte patris hæreditatem adies, suum ipse peculium retinet, nihil repetit

repetit. Quæ de re tum in causæ constitutione, tum in Grammatica interpretatione differuimus.

Si non minus.) Sequitur IIII. Qui fratri naturale debitum exsoluit, tantundem repetet, quantum ex suo peculio ad fratrem peruenerit. Cuius rei rationem mox declarat: nimirum, quoniam eatenus sublata obligatio est.

Naturalem enim.) Sequitur V. Naturale fratris debitum quæ ex parte alter peculium ipsius participat, extinguitur. Quod etiam posterius ostendit, cum ait, Si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum. nam manere naturalem obligationem &c. Huius autem sententiæ perspicua est æquitas. Nam cum de obligatione naturali hoc loco agatur, quæ tota (ut Vlpianus ait in l. stichum, 95. naturali, D. de solutionib.) æqui & boni ratione nititur, annon æquum est, fratrem creditorem, qui propter naturam, id est boni & æqui rationem, contra iuris Quiritium inuenta persolutum sibi naturale debitum retinet, propter eandem naturæ legem, integram fratri peculium relinquere: quamuis ei ius Quiritium partem ex eo aliquam attribuat?

Sit consecutus.) Seq. VI. Peculium tum profectitium, tum aduentitium, hoc iure cum hæreditate paterna confunditur. l. i. D. si à parent. quis l. certum, 13. C. famil. ercisc. l. licet filiæ. C. de collat.

Adeo ut si prælegatum.) Seq. VII. Ex peculio à patre prælegato, naturale fratris debitum deducitur. Veluti: centum erant in peculio ynius. Is autem

viginti fratri debebat. In partienda hæreditate, & prælegato excipiēdo, viginti deducētur, sic, vt peculii nomine nō amplius octoginta ad illū perueniāt. Deducit enim id quod sibi naturaliter debebatur, ex ea parte peculii, quæ ad ipsum peruenisset, si nō fuisset prælegatū. In quo sanè mirabilis quædā vis obligationis naturalis perspicitur: quæ etsi civilem actionē nō parit, l. iuris gentiū, §. sed cū nulla, D. de pact. tamen in hæreditatis diuisione tribuit ius fratri creditori, debitum deducēdi. Cuius rei fortasse hæc causa est, quia vis naturalis obligationis est, vt quod natura debetur, veniat in compensationem. l. 6. D. de compensat. qua de causa debitori, cui suū peculium prælegabatur, iam id imputabatur, quod ex naturali obligatione debebat.

Consequi potuisset.) Seq. VIII. Extraneus qui filio fa. credidit, patre mortuo, potest actione de peculio ab ipsius cohæredibus suum ex eo peculio repetere. l. his consequentur, 18. §. si filius. D. fam. erc. l. quæsitum, 30. §. 1. D. de pecul. Etenim qui cū filio fa. peculium habente contrahit, cū ipsum filium fa. in solidū astringit, tum ipsius patrē, aut cohæredes, de peculio sibi obligat. l. si quis cū filio, D. de pecul.

Iudicio familie.) Seq. IX. filius a quo creditor extraneus post patris mortem exegit, à cohæredibus peculium pro rata recuperat. l. certum est, 13. C. famil. erc. l. his consequenter, 18. §. si filius. D. eod.

Ita peculium diuidi.) Sequitur X. Is cuius peculium cohæredes participant, potest ab iis, vt se indemnē creditori suo pro rata participationis præstent, petere.

tere: quippe cū extraneus creditor filium sibi in solidum obligatum habeat: patrem autē aut cohæredes, de peculio. d. l. si quis cum filio. D. de pecul.

Longè magis in eo.) Sequitur XI. Qui fratrem aduersus extraneum, idem eundē in multo magis aduersus seipsum præstare indemnem debet. facit l. si negotia, 31. D. mandat. l. alius, D. si seruit. vindic. l. cū in eo, D. de pac. l. antep. D. de admi. tut. superest vt causæ cōstitutionē exponamus. Duo fuere filii fa. fratres, in eiusdem patris potestate. vterq; peculium profectitiū aut aduentitiū habebat: sed alter altero aliquatō copiosius. Qui vberius habebat, (verbi causa) Primus, cuius peculium mille aureorū erat, à secūdo, qui quingētos tantū habebat, cētū mutatus est: itaq; naturali obligatione ei se altrinxit patre mortuo, cū Primus existimaret se fratri actione aliqua, illius mutui noīe, teneri, solidū ei persoluit. Aliquatō post inter se patris hæreditatē diuidit in qua cū vtriusq; peculium cōfufum & permixtū esset, Primus quidē ex secūdi peculio ducētos quinquaginta aureos abstulit: Secūdos autem ex Primi, quingētos. Ita subducta ratiōe, & eo, quod Primus ex secūdi peculio acceperat, cōpensato, secūdos ex Primi peculio 250. aureos adeptus est. Tādē Primus de iuris ciuilibus ratione admonitus, quo iure naturalia ista debita exigere nō poterāt, cōditione indebiti agere aduersus fratrem suū instituit, illamq; 100. aureorū persolutā summā repetere. Intentio, Centū te mihi reddere oportet, quippe indebita p imprudentiam soluta. D. non oportet. Q. an oporteat? R. quia æquitatis ratio postulat, vt naturalis debiti

soluti nulla repetitio sit. F. At eiusdem æquitatis ratio non ferebat, vt tu quicquam ex peculio meo ca peres: estque id à iure ciuili contra naturalis æquitatis rationem institutum. quoniam igitur tu naturali æquitate pugnas, mihi quoque vicissim liceat, eiusdem me naturalis æquitatis ratione tueri. Disceptatio ex contrariè scriptis, id est, æquitatis duplicis contentione, nascitur: An æquitas quæ naturalis debiti soluti repetitionem impedit, ex altera æquitate, quæ suum cuique filiofa. integrum peculium seruabat, & fratres ab eo remouebat, modificata sit: Africanus hac de re consultus, cum vno verbo planè ac dilucidè respondere posset, naturalem primi obligationem eatenus extinctam esse, quatenus secundus ex ipsius peculio consecutus esset: quoniam æquitas cum æquitate compensanda est: perplexe tamen ac tortuose de principio respondere sic maluit: Primum vtique quidem non repetiturum pro ea parte, qua ipse patri hæres existens, partem ex suo peculio ceperat: de quo neminem tam alienum à sanitate esse arbitror, qui dubitare vllomodo posset: neque verò ad illius subtilis quæstionis disceptationem magnoperè proferendum fuit. Quid enim ad ius fraterni crediti restringendū pertinet, quod ipse de suo cōsequutus est? Sed reliqua videamus. Pro ea verò parte (inquit) qua secundus frater ipsius patri hæres extiterit, ac propterea partem ex primi peculio in hæreditate partiūda ceperit, ita repetiturū, si nō minus ex peculio suo ad fratrem secundū peruenerit, Id est, vt re vno verbo cōple

etamur repetiturum. Quia cum naturale debitum integrum antea recepisset, postea tamen in hæreditate patris diuidenda totam illam fraterni peculii partem accepit: id est, nihilo minus accepit ex fratris peculio, neque magis æquitatis naturalis in diuidendo fratris peculio rationem habuit, quàm si antea nihil ex debito naturali recepisset. Quod cum ita sit, æquum esse, vt centum illa persoluta repetantur, quia iure naturæ, quæ sola in hac controuersia dominatur, naturalis obligatio quæ fuisset, si res esset integra, & si nondum debitor quicquam soluisset, hoc ipso sublata videretur, & reuera tolleretur, quod secundus partem ex fratris sui peculio consecutus esset. Atque hæc quidem de priore legis capite hætenus dicta sint. Deinceps ad alterum accedamus: in quo nouum omnino controuersia genus proponitur. Itaque argumentum huius capituli esse fortasse poterit, Quod naturaliter debitum filius patri, patèrue filio, post emancipationem soluit, repeti non potest: quia naturalis obligatio per emancipationem non tollitur.

Si nihil ex peculio.) Sic Africanus. Tantum enim ad propositam quæstionem opus fuit. Nam illam alteram partem, Si quid remansisset, repetiturum: facile ex superiore disputatione intellectam iri existimauit: vbi perspicuè docuit, Eatenus naturalem inter fratres obligationem extinguere, quatenus creditor debitoris peculium participauit. Parem autem esse fratrum obligationis rationem, & eius

quæ inter patrem & filium detracta est, nemo ignorat. Itaque siue ad fratrem, siue ad patrem creditorem, fratris filii ac debitoris peculium peruenit, naturalis obligatio pro parte pecuniæ acceptæ dissoluitur.

Argumento esse.) Verùm ecquænam dubitandi ratio subest? mihi quidem argumentum istud, quod Africanus profert, significare atque adeo aperte ostendere videtur, hanc solam subesse: quia sui iuris adeptio, siue migratio de familia, videtur naturalem obligationem extinguere. Cum enim obligatio naturalis eiusdem familiæ finibus coercetur, id est, inter eos solos vim habeat, qui in eadem familia sunt, quemadmodum ciuiles obligationes eos solos obligant, qui eiusdem ciuitatis sunt: sequitur, vt migratio de familia similiter naturalem obligationem extinguat, quemadmodum exilium & migratio de ciuitate ciuiles obligationes dissoluit. l. vlt. D. de duob. reis. l. si debitor, 47. D. de fideiuss. Sic igitur huic obiectioni respondebimus, Regulam esse in iure ciuili, quo quicquæ modo contractum est, id contrario modo, qui ex eodem genere sit, dissolui, qui ex alio genere sit, non dissolui. l. eas, D. de cap. minut. Itaque naturalia quidem naturalibus modis, ciuilia ciuilibus dissolui: veluti patria potestas emancipatione, stipulatio nouatione tollitur. At quæ naturalia sunt ciuilibus modis non perimuntur, inquit Iustinianus, §. 4. de legitim. agnat. tut. l. 8. D. de capit. minut. Cum autem naturalis obligatio non ciuili iure contra-

cta

cta sit: sed naturali, cõsentaneum est, vt per emancipationem, quæ tota iuris ciuilis est, non dissoluitur. Et profecto ita est, vt naturalis obligatio (quemadmodum superius dictum est) sola æquitate nitatur: & (vt ita dicam) Aequitas sola naturalem obligationem animat, planeq; sustinet: quare cum æquitas per emancipationem non tollatur, ne obligatio quidem naturalis per illam extingui potest. Eamque Africani mentem fuisse, verba illa significat, **NAM MANERE NATURALEM OBLIGATIONEM.** Subaudiendum enim est, Etiam post emancipationem: ac proinde hanc subesse sententiam, naturalem obligationem non esse per emancipationem extinctam. Ad illud autem superius argumentum sumptum ex simili, sic respondebimus: In hoc simili illud esse dissimile, quod causa obligationum ciuiliū est ipsa ciuilitas: id est qualitas & conditio ciuis: tota enim posita est in forma, quippe cū stipulatio nihil nisi forma sit. At naturalium obligationum causa est æquitas. d. l. stichum, D. de solut: Itaque nulla in iis forma est, sed sola materia, quæ, etiam post emancipationem in suo statu permanet. Verùm hæc quidem ita se habent. Nunc ad Africani argumentum accedamus, in quo fortasse desiderari aliquid posset. Cū enim Africanus de eo casu respondisset, quo pater nihil de peculio retinuerat, nūc argumentum affert ex eo iure, quod cõstitutum est de patre, q̄ totū peculiū retinuerat. Nam quo casu extraneus intra emācipationis annū potest cū patre

o 2 de

de peculio agere, nisi cum pater peculium emancipati filii retinuit? Itaque optimus Accurtius hoc loco ita scribit: Argumentum domini Africani non est necessarium. Sed videamus ne vir optimus Africani ratiocinationem non satis attente consideret. Etsi enim de principio pater filii peculium retinuit, postea tamen illud extraneo reddidit: ac nihilominus post redditum peculium obligatio naturalis durat: propterque illa viginti detrahit, non patriæ potestatis, sed illius obligationis iure.

Deduceret pater.) Veluti, Filius centum habuit in peculio. Viginti patri debuit: extraneo vero centum. Pater illum emancipat: peculiumque ipsius retinet vniuersum. Intra annum agit aduersus patrem extraneus: & centum, id est, vniuersi peculii summam petit. Pater pro suo credito, cuius obligatio etiam post emancipationem durat, viginti detrahit: reliqua octoginta extraneo concedit. Hic pater nihil de peculio retinet patriæ potestatis iure, de qua retentione Africanus in responsione sua locutus erat: sed quodcunque retinet, id solum obligationis naturalis iure retinet.

Non repetet.) Siue peculium, id est, reliquam peculii partem retinuit: quod enim debet, inde est: siue nihil retinuit, quia naturalis obligatio post emancipationem erat: naturalis autem debiti solutioni nulla repetitio est.

Manere naturalem obligationem.) Etiam post emancipationem. Subest enim hæc sententia: quasi dixerit, naturalem obligationem per emancipationem

tionem extinctam non esse.

Quod pater debuisset.) Siue ergo retentum, siue non retentum sit peculium, nihil ad hanc quidem questionem interest: quia non id, quod in peculio est, petitur: sed insuper id quod pater filio debuit, quasi ea aduentitia quædam peculii pars sit. Tota igitur hæc disputatio solo isto fundamento nititur: quod naturalis obligatio per emancipationem non tollitur.

Competetur.) Veluti, Filius qui octoginta in peculio habebat, extraneo debebat centum. Eidem filio pater viginti debebat, qui eum aliquato post emancipat. Extraneus actione de peculio centum à patre postulat: octoginta quidem quæ verè in peculio erant: viginti verò, quæ filio naturaliter debita ad peculium pertinere: eiusque partem quandam esse dicebat: quippe cum etiam post emancipationem naturalis illa obligatio, qua filio astrictus erat, permanebat. Sed quæri potest, quo iure extraneus aduersus patrem de istis viginti ageret, cum ex obligatione naturali agi non possit: quin etiam multo mirabilius est, quod de quo creditor filius aduersus debitorem patrem agere non posset, de eo ipsius filii creditor extraneus potest agere. Verùm hæc vis est de peculio actionis, quæ tota æquitate summa nititur: vt illa in peculio etiam naturaliter à patre debita imputet.

Si extraneus hæres.) Hoc modo: Pater qui filio centum debebat, hæredem extraneum instituit, filium exhæredauit. Eo mortuo extraneus ille hæ-

res, existimans se aliqua actione teneri filio propter debitum paternum, pecuniam ei persoluit. Deinde eam quasi indebite solutam condicit. Intentio, Centum te mihi reddere oportet, quippe indebite soluta. D. Non oportet. Q. An oporteat? R. Quia debiti naturalis soluti nulla repetitio est. Hic firmamentum extraneo nullum reliquum est: quia naturalis illa obligatio non tantum post patriæ potestatis interitum, & sui iuris adeptionem durat, verum etiam patris morte in hæredem extraneum transfertur. l. Si eius pupilli. D. ad Trebell.

Ex hæredato soluerit.) Ex quo intelligitur, ius à filio in patrem per contractum quæsitum, per exhæredationem non admitti.

Sequitur nunc huius eiusdem capituli partitio.

Non repetiturum.) Enunciatio l. quod emancipatus patri qui nihil ex peculio retinuit naturali ex causa debitum exoluit, repeti non potest. l. Sed si dem. §. i. D. Pecul.

Manere naturalem.) Sequitur I I. Naturalis inter patrem & filium obligatio nisi quid ex peculio apud patrem remaneat, etiam post emancipationem durat.

Extraneo agente.) Sequitur I I I. Extraneo de peculio agente pater quod sibi filius debet deducit.

Intra annum.) Sequitur I I I I. Actio de peculio aduersus patrem post filii emancipationem annualis est l. i. & pass. D. quand. act. de pecul.

Non

Non repetet.) Sequitur V. Quod natura debitum pater emancipato filio dissoluit repetere non potest.

Si extraneus.) Sequitur V I. Quod extraneus hæres filio naturaliter à patre debitum dissoluit repetere non potest.

Computetur.) Sequitur V I I. Extraneo agente de peculio quod pater emancipato filio naturaliter debuit, computatur.



Francis. Hotoman. Iurisconsul.

Commentarius in l. Pacta conuen-
ta, 72. D. De contrah. empt.

EX SCHOLIS VALENTINIS.



ARGUMENTUM legis Pacta conuenta, 72. D. De contrah. empt. non incommode videtur ita concipi posse: Pactum de adminiculis contractus post emptionem factum si quid ei detrahat, contractui inest: si addat, non ad actionem, sed ad exceptionem valet. At si de pretio, idque re integra factum est, noua contracta emptio intelligitur. Verum antequam eius interpretationem ingrediamur, pauca nobis propter interioris disputationis obscuritatem præmunienda sunt. Intelligendum

dum est igitur, Pactum, Pactionem, Conuentum, Conuentionem, & coniunctè, Pactum conuentum, nomina esse generis, ad omnia pertinentia, de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. l. 1. D. de pact. Nos rei explicandæ causæ Pacti nomen sumemus: eiusque duas species constituemus: quarum altera Contractus, altera Pactum nudum vulgo appellatur. Contractus, est pactum de negotio gerendo inter duos pluresue conuentum, quod per se ac vi sua obligationem parit. Geri autem negotium dicitur, cum de aliquo dando faciendoue contrahitur: id est, cum de re familiari alicuius aliquid dedit, quod ad alterum accedat. Id quod Vlpianus in l. Iuris gentium, D. de pact. causam appellat: nimirum, quod negotio contracto dandi faciendoue causa in altero subest, quoniam alter fecit deditue. Pactum autem est, conuentio, qua non principaliter negotium aliquod geritur, sed id quod ad gestum negotium aliqua ex parte pertinet. Itaque idem Vlpianus eodem loco apertissime nudam pactionem appellat, in qua nulla subest causa, præter conuentionem. Item in l. solent. 15. D. de præscript. verb. perspicue opponit nudam pactionem ei, quæ habet in se aliquod negotium, quemadmodum in l. legem, 10. C. de pact. Nuda pactio ei opponitur, in qua pecunia datur, & de ea reddenda conuenit. Ut non incommodè, meo iudicio, dicere possimus, aliud esse Pactum solidum, *πραγματικὴν πρῆματικὴν* negotiale: in quo nimirum negotium contractum est:

est: aliud verò Pactum nudum, quasi solitarium, & per se factum, sine negotii gestione: id est, sine datione & facto. Denique ut rem in pauca conferamus, Pactum solidum, qui contractus appellatur, ad materiam siue substantiam, rei que naturam pertinet: Nudum verò ad formam, siue accidentia, quæ inesse rei & abesse ab ea possunt, sine ipsius interitu. Veluti, ne duplæ cautio præstetur, vel ut cum fideiussore præstetur, quæ ex hac ipsa lege nostra exèpla sumpta sunt. Vbi Papinianus istas contractuum appendiculas atque accessiones, Admnicula, verbo fortasse non admodum apposito, appellat: eaque cum substantia comparat. Vlpianus autem in d. l. Iuris gentium, hæc etiam exempla profert: Ne statuto tempore dos reddatur, sed statim. Ut in tutelæ actione maiores quàm statutæ usuræ præstentur: quæ omnia Vlpianus ibidem extra naturam contractus appellat. Secundo loco intelligendum est, pactum nudum aliud esse Detrahens, aliud verò Adiciens. Detrahens dicitur, quod de naturali contractus forma aliquid detrahit. Veluti naturalis forma emptionis & venditionis hæc est, ut venditor in rebus præciosis caueat de dupla, l. emptori duplam, D. de euictionib. Ponamus, perfecto contractu, re tamen integra, conuenisse inter contrahentes, ne cautio illa præstetur: quia pactum istud de forma aliquid ademit, propterea Detrahens appellatur. Hoc autem pactum detrahens siue ex continenti, siue ex interuallo interponatur, semper valet: quod nostri Iurisperiti

obscurius dicunt contractui inesse, vel contractu contineri. Adiciens autem pactum duplex est. Aliud enim est, Infitum, nimirum quod ex continenti, id est, in ipso negotio gerendo interponitur: veluti vt cautio duplæ per fideiussorem præstetur. Itaque Vlpianus in dicta l. Iurisgent. Ea, inquit, pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt. Aliud verò est Aduentitium, & quasi Attextum: nimirum, quod ex interuallo & post perfectum contractum appositum est: quod rursus bipartito considerandum est: aut enim materiam & substantiam attingit, quo casu non tantum contractui inest, sed etiam ipsum renouat, atque adeò nouus contractus euadit, atque efficitur: vt ex fine legis nostræ perspicuè intelligitur: vbi pactum de substantialibus contractus factum, euadit contractus. Quod si accidentia duntaxat & formam attingat, atque (vt Papinianus noster loquitur) adminicula, tunc valet illud quidem, non tamen omnino, sed ex parte duntaxat: quoniam obligationem non format, sed reo exceptionem parit. Itaque Vlpianus: solemus, inquit, dicere, Pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, vt si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex interuallo, non inerunt: nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur. Atque hæc quidem præmunitio loco dicta sint, quorum prænotio quam necessaria sit, facile ex iis quæ consequen-

tur,

tur, intelligetur. Nunc ad interpretationem Grammaticam accedamus.

Pacta conuenta.) Pactiones de forma contractus. Nam hoc loco pacta nuda intelliguntur. Omnes quidem contractus habent ipso iure naturalem quandam formam, sed licet ex ea detrahere, aut ei aliquid adiciere.

Postea facta.) Id est, post perfectum contractum: sed tamen re adhuc integra.

Contineri contractu videntur.) Id est, Valent, vim suam obtinent, mutandæ formæ vim habent.

Adiiciunt.) Ad formam: idè; post perfectum contractum.

Non inesse.) Hoc commodius dicitur, quam superiore casu: quia si reciperetur adiectio nouæ formæ, inesset in contractu.

Quod locum habet.) Nisi me vehemèter animus fallit, Pronomen, Quod, referendum est ad vtrumque superius: & de detrahente, & de adiciente: quasi dixisset, Quod vtrumque locum habet, &c. Exemplum enim vtriusque pacti subiungit.

Adminicula.) Posterius apertissime Verbum substantiæ huic loco opponit. Quod cum ita sit, sequitur, vt adminicula dicta intelligamus, pro additamentis, Accessionibus, Appendiculis: de quo non sinunt nos dubitare exempla quæ subiunguntur.

Ne cautio duplæ.) Hoc est exemplum pacti detrahētis: quæ forma naturalis contractus emptionis & venditionis hæc est, vt veditor caueat emptori, sed si res ei euin-

p 2 catur,

catur, id est, iudicio auferatur, duplum ei præstatu-
rum: id est, pretium acceptum cum altero tanto. Id
enim in rebus preciosis fieri solebat, l. emptori du-
plam, D. de euct. Ponamus igitur perfecto contra-
ctu pactum conuentum esse, vt hæc forma detra-
hatur. Hoc pactum valet, & seruiatur, & inest (vt
ita loquar) contractui.

Cum fideiussore.) Forma naturalis huius con-
tractus est, vt cautio sine fideiussore præstetur.
Quare si conuenerit vt fideiussor addatur, ne-
mo non videt, hoc exemplum esse pacti adicien-
tis. Nunc querendum est, quâ obrem istud pactum
non inest? Et respondetur, quia ciues Romani nu-
do pacto non obligantur. At si hoc pactum con-
tractu contineretur, venditor non tantum ad rem
tradendam, sed etiam ad fideiussorem præstan-
dum obligatus esset. Itaque quod dicitur, Detra-
hens inesse, nihil aduersatur, quippe cum ex eo nul-
la maior obligatio nascatur, imo alleuetur. Cum
enim per pactum venditori permittitur, vt de du-
pla non caueat, ad quam tamen ex naturali contra-
ctus forma tenebatur, perspicuum est, eius obliga-
tionem alleuari.

Non valet pactum.) Emptori scilicet: neque
enim de venditore hoc intelligi potest. Vt facile
appareat, hoc non ad prius exemplum referri, sed
ad posterius, quod emptori prodesse posset. Ergo
si ageret emptor, non posset simul postulare, vt fi-
deiussor daretur. Quia venditor ciuis Romanus
obligari pacto nudo non potuit.

Idem

Idem vires habebit.) Id est proderit emptori ad
exceptionem, si aduersus eum venditor egerit. Nam
si venditor pretium postulet, neque fideiussorem
offerat, emptor exceptionem petet, S I N O N cau-
tionem duplæ cum fideiussore promiseris. Non
nimirum est igitur, quod profit ad exceptionem,
non ad actionem. Nam actio ex forma obligatio-
nis formam recipit: simulque obligatio concep-
ta est, simul etiam actionis forma concepta est. At
formula iudicii cõcepta non est, neque enim Præ-
tores vllis formulis alligabantur: sed æquitatem
seruabant, & pro suo arbitratu contra iuris summi
rationem exceptiones addebant.

Non immerito.) Scilicet quia tum attingitur ma-
teria, non forma: vt non mirû sit, si pactum quam-
uis post perfectum cõtractum, de materia factum,
euadat contractus. Atque hoc nimirum illud est,
quod Vlpianus scribit in d. l. Iuris gentium. Adeo
autem bonæ fidei iudiciis pactiones postea factæ
(sic enim legendum esse, non autem Exceptiones,
cum ego ante quadriennium testibus multis pro-
bauit, tum etiam vir doctissimus Iacobus Cuiacius
animaduertit:) quæ ex eodem sunt contractu, in-
sunt, vt constet in emptione cæterisque bonæ fidei
iudiciis, re nondum secuta posse abiri ab emptio-
ne. Quas enim pactiones ex eodem contractu Vl-
pianus appellat, eas perspicuum est intelligi, quæ
naturam, substantiam, & materiam contractus at-
tingunt: quippe cum has illas opponat, quas pau-
cis ante verbis dixerat, Extra naturam contractus
esse.

esse. Si igitur (inquit) in totum potest, cur non & pars eius pactione mutari potest. Quare siue conuenit ut in totum ab emptione abeat, siue ut pretium imminuatur, augeaturue, quia materia tunc attingitur, nouus contractus efficitur. Itaque sic infert: Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet: ut & ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. Veluti si conuenit, ut præter mille aureos, quod fuerat constitutum pretium, ducenti addantur, crescit venditoris actio. Qua de causa ibidem subiungitur: Nam si potest tota res tolli, cur non & reformari? ut quodammodo quasi renouatus contractus videatur. Atque hæc quidem hætenus, deinceps causa constitutionem explicemus. Qui cum filio venditore conuenerat, ut sibi certo pretio fundus esset venditus, post perfectum contractum cum eodem pactus est, ut sibi de duplo fideiussorem daret. Antequam Titius satisfaret, egit ex vendito, & pretium postulauit. Cum in ius ad prætorem ventum esset, & de constituendo iudicio ageretur, emptor exceptionem postulabat, **EXTRA QVAM SI** pactum de satisfactione duplæ contentum inter nos fuit. Venditor eam exceptionem addi oportere negabat, quod absoluto iam & perfecto contractu, & post conceptam atque constitutam contractus formam pactum illud interpositum fuisset. Pacta autem de forma contractuum facta, per se, ac sua sponte consistere non possent: sed ea demum quæ in
contra

contrahendo gerendoque negotio interposita, eo quasi ad miniculo niterentur: & vim non suam ac naturalem, sed assumptam & aduentitiam haberent. Intentio igitur emptoris hæc fuit: Pactum de satisfactione duplæ, quamuis re contracta & perfecta interpositum, tamen ex vi contractus vires sumit. **D.** Non sumit. **Q.** An assumat? **R.** Quia pactum quod per se consistere non potest, multò minus mutare formam contractus semel conceptam & constitutam potest. **F.** At æquius est, pacta inter bonos viros honestè conuenta, quam iuris subtilitatè obseruari. Disceptatio ex iuris & æquitatis contentione nascitur. An æquius sit pacta bono modo conuenta quàm iuris ciuilibus argutias obseruari? Sequitur altera ex fine legis causæ constitutio. Qui de certo fundo mille aureis emendo vendendoque conueniant, aliquantò post, re adhuc integra, id est, neque pecunia numerata, neque fundo tradito, pacti sunt, ut ad pretium mille aureorum ducenti accederent, & pretium fundi mille ducentorum aureorum esset. Cum venditor fundum tradidisset, mille ducentos aureos ab emptore petere institit. Emptor recusabat, hanc afferens causam: quia pactum nudum esset: non immixtum & interpositum in ipso negotio contrahendo. Intentio venditoris, Mille ducentos aureos te mihi dare oportet ex pacto inter nos conuenito. **D.** Imò mille duntaxat. **Q.** Vtrum pretium debeat? **R.** Quia Pactum istud de augendo pretio, est pactum nudum, à quo reformari actio
semel

semel concepta & conformata non potest. Nam pactum nudum est, quod ad superiorem contractum reformandum aliquanto post interponitur. Imo est pactum solidum, & negotiale: quia pactum nudum est, cum quid de superioris contractus forma restituenda conuentum est: & semper ad superius aliquod negotium refertur. At hoc de materia & substantia negotii contrahendi factum est. Itaque per se ac vi sua consistit, neque vires ex superiore negotio mutuatur. Disceptatio ex scripti ambiguitate nascitur. Vtra pacti nudi definitio verior sit. Et respondetur hanc posteriorem esse. Nunc superest, vt legis *Analyfin* exponamus.

(*Contineri contractu.*) Enunciatio I. Pacta post emptionem facta, siquid ei detrahant, in contractu infunt. sin adiciant, non omnimodo. l. *Iuris gent. D. de pact.*

(*Que adminicula sunt.*) Sequitur I I. Adminicula emptionis sunt in numero pactorum, quæ postea facta inesse aut non inesse dicuntur.

(*Ne cautio dupla.*) Sequitur I I I. Pactum ne duplæ cautio præstetur, quia detrahit, quamuis postea factum, tamen inesse, creditur. l. *nec prætorio, 29. D. de regul. iuris.*

(*Vt cum fideiussore.*) Sequitur I I I I. Pactum vt de dupla fatidetur, quia emptioni adicit, non vsque quaque in contractu inest.

(*Idem ires habebit.*) Sequitur V. Pactum ex interuallo adiciens non actori actionem, sed reo exceptionem parit.

Emptio

(*Emptionis substantia.*) Sequitur VI. Emptionis substantia ex pretio consistit. l. 2. D. *cod. l. empti. C. eodem.*

(*Noua emptio intercessisse.*) Sequitur VII. Cum integris omnibus de augendo diminuendove pretio conuenit: noua emptio, sublata priore, contracta intelligitur d. l. *iuris gentium. & l. si quam, D. de rescind. vendit.*



Francis. Hotoman. Iurisconsul.

Commentarius in l. Eam quam. C.
De fideicommissis.

EX SCHOLIS VALENTINIS.



ARGUMENTVM l. eam quam, hoc videtur esse. Qui impuberi quem testator iure adoptatum putabat, pupillariter verbis precariis ac simpliciter substitutus est, impubere mortuo, ab eo qui ab intestato hæreditatem obtinet, petere fideicommissum potest. Antequam autem ad causæ constitutionem accedamus, pauca quædam præmunienda sunt. Primū, Institutionem eius qui iure adoptatus falso credebatur, nullius momenti esse, l. *si pater, & l. nec apud, C. de hæred. instit. l. auferitur, 46. D. de iure fil.* Deinde, cum ex testamento non aditur hæreditas, nihil q eorum

eorum quæ in eo testamento relicta sunt, ac ne fidei quidem commissum valere. l. ex testamento, C. de fideicommissis. Postremo, vbi institutio per se firma per accidens aliquod incommodum extrinsecus vitiatur, reliquas testamenti partes valere, l. titia 13. D. de inoffi. test. His præpositis, causæ constitutionem videamus. Falco puellam quam non iure adoptarat, quasi suam, & iure adoptatam, hæredem instituit. deinde pupillariter eidem sic substituit: si ea ante annum ætatis x i i. moriatur, Titio & Mæuio hæreditatem meam restitui iubeo. Mortuo Falcone, frater eius agnationis iure & ab intestato hæreditatem petit: hanc afferens causam, quia institutio hæredis non valeret. quippe cum ea esset hæres instituta pro iure adoptata, quæ tamen recte adoptata non fuerat. moritur puella ante annum duodecimū: ea mortua, substituti hæreditatem petunt. Intetio substitutorum: Substitutioni locus est, cum eius conditio extiterit. D. nō est. Q. An sit? R. Quia nihil ex eo testamento, in quo hæredis institutio non valet, valere potest. F. Hoc verum est, cum institutio per se non valuit, quia vitium aliquod erat insitum: quia vitio aliquo insito laborabat. sed non cum extrinsecus aliquid obuenit incommodi: vt hic, vbi iusta, æqua, & legitima erat institutio: verum ob errorem testatoris exitum habere non potuit. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur: An regula qua traditur omnes testamenti partes ex vitio institutionis corrumpi, intelligenda sit, de vitio insito: non autem de aduentitio,

tio, & extrinsecus obueniente. Et respondetur, ita intelligendā esse: ac proinde substitutis hæreditatem restituendam esse: primū quia per se iusta & firma fuit institutio: quippe cum ea sit hæres instituta, quæ iure institui potuit. Deinde, quoniam æquius est, certæ testatoris voluntati in ipsius hæreditate attribuenda seruire, quàm propter aliquem ipsius errorem iis eam attribuere, quos ab illa remotos fuisse constabat. Nunc ad interpretationem grammaticam accedamus.

Eam quam.) Vel, Ea quam, legendum est: vt in aliis nōnullis libris: vel Eam quam, ita scriptum est, vt illud Virgilii, Urbem quam statuo, vestra est: quod etiam optimus Accurtius animaduertit. Refertur autem ad verbum, Decefferit: quasi scriptum sic esset, Siue ea quam instituerat, decefferit, &c.

Siue quæ sita.) Quæ sita dixit generaliter, pro occupata, & recepta. Nam neque immiscere se puella potuit, quæ verè adoptata non erat: neque adire, cuius institutio vim nullam habuerat.

Cum tamen simpliciter.) Quidam reponunt T A N T V M: quorum equidem iudicium admittor, cum hæc vox apertissimè ad illud superius, siue quæ sita, siue non quæ sita referatur.

Simpliciter.) Obscurum verbum, nisi cōmunem sententiam sequamur, vt positum sit pro impersonaliter, omnino, *æquius*: & vt Iuriscōsulti loquuntur, in rem, hoc modo, Puella, hæres esto: Si impubes moriatur, volo meam hæreditatē Titio restitui: vt nō addiderit, Volo ab ea restitui. Simpliciter ergo

substituere, & personam hæredis nominare cui al-
ter substitueretur: inter se tanquam contraria op-
ponuntur.

Antequam duodecimum.) Qui casus est pupil-
laris substitutionis.

Verbis precarijs.) Fideicommissi modo, nota au-
tem illa verba sunt ex Vlpiani Institut. & Pauli sen-
tent.

Nihil prohibet petere.) PETI, vt in aliis libris,
commodè legeretur.

Ab ipsis hæredibus.) Si ea hæreditatem, quasi uti-
liter instituta, occuparit, quæ illa mortua ad agna-
tos suos redierit.

Vel ab ijs.) Sunt qui hæc verba tollant: quibus
equidem quid in mentem venerit, coniectura asse-
qui non possum: præsertim cum casum illum lex
nostra complexa sit, quo aduersus legitimos hære-
des possessores, substituti agebant.

Non valere.) Propterea quòd hæredis institu-
tio anima est testamenti: & vt ait Paulus, in l. quod
per manus, 10. de iur. codicil. ex hæredis institutio-
ne testamentum vires accipit.

Verbis relicta directis.) Hoc quid sit, fateor me di-
uinare non posse. nam illorum sequi sententiam,
qui hæreditatem hoc loco pro substitutionem in-
terpretantur, nulla ratio est: siue quia totius istius
legis oratio huic interpretationi aduersatur: siue
quia etiam si precarijs verbis substitutio facta ef-
set, nihilò magis valeret. Putarem igitur illa verba
redundare, & sic accipièda esse, quasi dictum esset,
cum

cum vtiliter ex ipsis testamenti verbis adiri potuit
hæreditas: vel, cum iis verbis concepta esset insti-
tutio, vt vim suam haberet. Hanc enim sententiam
proxima verba requirunt: NON CVM ILLA SIC
DATA EST, VT ESSET &c. alioqui precaria
verba directis opposuisset, sed, vt dixi, frustra: quo-
niam vtrum directis, an precarijs verbis substitu-
tum sit, ad præsentem quidem causam nihil inter-
est. Nunc autem ita loquutus est, quasi dixisset: cum
iis verbis, eoque modo relicta est hæreditas, vt adiri
& capi potuerit. Non autem, cum iis verbis eoque
modo data atque relicta est, vt adiri non potuerit.
Sed fortasse quæret aliquis, Nunquid idem fuisset,
si sic scriptum esset: ADIRI NON POTUIT? cum
satis constet, relicta in testamento ex quo adiri nõ
potuit hæreditas, non valere. Sanè idem fuisset.
quin etiam quòd Imperatores scribunt regulam
intelligendam esse, cum institutio iusta & utilis
fuit, multò magis verum est, quandò utilis nõ fuit:
quoniam vbi inutilis fuit institutio, ex testamento
non aditur hæreditas: quippe cum testamentum
vires accipiat per hæredis institutionem l. quod per
manus, 10. D. de iure codicil. neque possit vllum te-
stamentum valere, quod hæredem non habet. l. 3.
D. de his quæ in test. del. Respondendum igitur
est, regulam quam legitimus hæres obiecit, de ea
institutione intelligendam esse, quæ per se iniusta
atque inutilis fuit: veluti si institutus esset hæres,
quo cum testamenti factio non esset. At institu-
tionem de qua in lege nostra quæritur, per se iu-
tam

stam, vtilémque fuisse: quippe cum nullum prorsus in persona hæredis vitium esset: sed per accidens vitium aliquod extrinsecus obuenerit, nimirum errorem testatoris. vt appareat non institutum, sed aduentitium vitium istud fuisse. Præterea comparantur inter se testatoris error, & ipsius certa atque explorata voluntas: quem constat prætulisse substitutum hæredi legitimo, & maluisse suam hæreditatem ad illum venire, quàm ad proximum agnatum. vt multò æquius videatur certæ testatoris voluntati seruire, quàm propter aliquem ipsius errorem contra ipsius voluntatem vni suam hæreditatem adimere, & alteri attribuere. Itaque similiter videmus Verrina tertia, retineri substitutionem pupillarem ex ea institutione, quæ locum non habuit. Nam præter Verres substitutis pupillæ Annæ hæreditatem attribuit, nimirum quia institutio per se iusta fuerat: sed propter incommodum aliquod aduentitium, hoc est propter nouum Verris edictum, vim suam retinere non potuerat.

Non iure adoptata.) Quo casu cum pro iure adoptata instituta esset, non valebat institutio, d. l. si pater, C. de hæred. instit.

In familia.) Adoptati namque in adoptatorum familiam, gentem, noménque transibant.

Alioqui.) Hoc verbum propriè & commodè vsurpatur: estque hæc illius vera & propria sedes. Sensus est enim, Hæc ita subtili iure statuuntur de ea, quæ in familia non fuit: alioqui si in familia fuisset,

fuisset, iure communi substitutio valuisset.

Ab intestato à successoribus.) Sic rectè, substitutus enim a legitimo hærede postulabat.

Consequenter.) Id est, congruenter cum iure communi constitutionum pupillarium. Superest nunc vt legis analysim exponamus.

Nihil prohibet fideicommissum.) Enunciatio I. Pupillaris substitutio ei quæ adoptiua credebatur simpliciter & verbis precariis facta, etiam aduersus legitimum hæredem valet. Cum enim simpliciter substitutio facta sit, perinde videtur esse, ac si testator dixisset, vt in l. Titia, 13. D. de inoffic. testa. Quæ supra dari iussi, ea dari volo ab omni hærede qui mihi erit, etiam iure intestati.

Non valere.) Sequitur II. Relicta eo testamento ex quo adiri directè hæreditas potuit, si ex testamento hæreditas non adeatur, non valent.

Non cum illa.) Sequitur III. Relicta eo testamento, in quo sic data est hæreditas, vt tamen ab hæredibus ab intestato petenda sit, nihilominus valent.

Respondere coguntur.) Sequitur IIII. Hæredes adoptiue puellæ cui pupillariter substitutum est, ea impubere mortua tenentur.

Franc.



Francis. Hotoman. Jurisconsul.

Commentarius in l. precibus,
C. de impub. & aliis
substitut.

EX SCHOLIS VALENTINIS.

AR G V M E N T V M legis precibus, C. de impub. & aliis sub. non omnino absurde ita concipi poterit. Substitutio filiofa impuberi, à milite in primum casum facta, si filius & heres & impubes moriatur, locum non habet: sed filio succedit mater. at cum in secundum casum facta est, & ultra pubertatem vel expressè vel compendio producta, filio post pubertatē mortuo, mater eius hæreditatem ita retinet, vt tamē patris bona substituto restituat. Antequam autem ad legis interpretationē accedamus quatuor præmunienda sunt: de Modis substituendi, de D. Marci constitutione, de S. C. Tertuliano, & de Privilegio militum. Primus modus substituendi est, qui per vulgarem substitutionem fit: nimirum cum ita dicitur, Si ille hæres non erit, ille esto. Secundus est, qui fit per pupillarem, his verbis: Si filius meus antè pubertatē moriatur, ille hæres esto. Diui autem Marcus & Verus Imp. constituerunt, vt si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituissè intelligeretur, siue filius hæres non

non extiterit, siue extiterit, & impubes decesserit. l. 4. D. de vulg. & pup. l. 4. C. de impub. & alijs substit. Porro autem S. C. Tertullianum Adriano imp. factum est, vt liberorum intestatorum hæreditas matribus concederetur. Postremo intelligendum est, pupillarem substitutionem iure cōmuni vltra pubertatis tempus produci non posse. iure verò militari posse. l. in vulgari, l. 4. & l. seq. D. de vulg. & pupil. His ita præpositis deinceps ad legis interpretationem accedamus. Testator qui filium impuberem in potestate habebat, ita scripsit: Filius hæres esto, si non erit, Titius esto: mortuo patre, filius hæreditati sese immiscet: deinde ante pubertatem moritur. mater hæreditatem ad se redire contendebat, quasi filii intestato mortui hæres legitima S. C. Tertuliano. Substitutus cōtra, illam ad se reuocabat: quia quamuis scriptum esset, si hæres non erit, & filius hæres fuerat, tamen ex D. Marci constitutione, alterutrius casus expressione, vterque contineretur. Intentio matris: Substitutioni locus nullus est. D. Imo est. Q. An sit? R. Quia ex Marci constitutione vulgaris substitutio pupillo facta, tacitè compræhendit pupillarem. F. At constitutio D. Marci sic intelligenda est, nisi maior æquitas aliud postulet: nam interpretatio D. Marci coacta est, & vim verbis facit: qua de causa maior eius æquitas quæ cū verbis facit, quàm illius constitutionis, ratio ducenda est. Æquitas autem, atque etiam scripti ac verborum ratio postulat, vt matri potius ex S. C. Tertuliano attribuaturs hæreditas, quàm vt interpretationem à verbis abhor-

r rentem

rentem sequamur. Disceptatio ex scripti & sententiae contentione nascitur: An legislator non senserit vim verbis inferendam, vbi maior æquitas cum iis congrueret.

Precibus tuis.) Id est, libello supplici, nam moris fuit, vt cum de ea re ageretur, quæ nõdum iure certo constituta videretur, litigatores libellum Principibus offerrent, in quo negotium exponerent. Principes autem de consilii sententia quid sibi videretur, respondebant: quæ responsa rescripta nominantur. Eiusque moris exemplum extat apud Papianum, l. Sed addes, 19. §. 9. D. locat. l. diui. fratres, 17. de iur. patron.

Secundum hæredem scripsisse.) Sic veteres loquebantur: pro eo quod nunc dicimus substituisse. Id quod notum omnibus est.

In primum casum.) Id est vulgari modo: Filius hæres esto: si hæres non erit, Titius esto.

An in secundum.) Id est pupillari formula: Filius hæres esto: si is ante pubertatem moriatur, Titius ei hæres esto.

In potestate mortis tempore.) Iis enim solis liberis pater potest pupillariter substituere, qui mortis tempore in ipsius parte fuerunt. l. 2. D. de vulg. & pup.

Aut postea.) Quod iure communi non licet: iure militari & priuilegio singulari licet: Itaque Pomponius, in pupillari substitutione, inquit, licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.

Non est incerti iuris.) Enunciatio I. Certi iuris est, filiofam. cui pater vulgari substituerat, & hærede

hærede & impubere mortuo, eius matrem ipsius hæredem esse. Sed mirum videtur dici hoc loco à Diocletiano & Maximiano Impp. illud certi iuris esse, quod tamen Iustinianus in l. vlt. C. de inst. & subst. tantò post scribit, vsque ad sua tempora in incerto & ambiguo iure mansisse: nimirum, interpretationem D. Marci non pertinere ad eum casum, quo legitima hæreditas ex verbis substitutionis ad matrem perueniret, præsertim cum in illo Iustiniani casu mater esset cohæres filio ascripta: qua adscriptione (in qua non leue pondus est) noster hic casus ab illo superatur. Intelligendum est igitur, ius illius casus multo fuisse obscurius, quàm nostri: & in illo verba multo magis matri aduersari quàm in nostro: quia in illo casu filius natus non erat, neque sciebatur vtrum conceptus esset, an non: hic verò natus erat & certus. Itaque duplex in illo casu vis affertur verbis: nam S I N A T V S N O N E R I T, interpretamur, Si hæres non erit. Deinde, S I H A E R E S N O N E R I T, pro filio erit, & impubes moriatur.

Omnimoda.) Alii, omnino, in quo nihil magno perè interest. Nam vtrorumque modo, significatur vniuersam hæreditatem filii & qua patris bona extabant, & qua ea bona quæ ei obuenerant, & quæ acquisuerat, ad matrem pertinere.

Vel expressa, vel compendiosa.) Lege V E L E X P R E S S E: V E L (vt in quibusdam alijs) C O M P E N D I O. Expressè hoc modo, Filius hæres esto. Si hæres erit, & intra xxv. annu moriatur, Titius hæres esto. Compendio, hoc modo, filius hæres esto, si hæ-

res erit, & intra pubertatē, posteaūe moriatur: sicuti statim infert, NON VSQVE ad certam ætatem. *Eos habeat hæredes.*) Enunciatio I I. Substitutio pupillaris à milite vel expresse vel compendio vltra pubertatem producta, filio impuberē mortuo locum habet, l. centurio, 13. D. de vulg. & pupil. Vbi Papinianus ita scribit: Centurio filius, si intra quintum & vicesimum annum ætatis sine liberis vita decesserint, directo substituit. Intra quatuordecim annos, etiam propria filii bona substitutus iure communi capiet. Nimirum cum substitutioni pupillari suus casus constet.

Tunc eius te successionem.) Enunciatio II I. substitutione pupillari à milite vel expresse vel compendio producta, mater mortui post pubertatem filii hæreditatem ita retinet, vt tamē patris bonā substituto quasi ex fideiussio restituat: quod etiam Papinianus confirmat in d. l. centurio. D. de vulg. & pupil. tametsi eo loco mentionem de fideicommissio nullam faciat. Verum ea de re posterius dicemus. Nūc illud obseruandum est, productionem substitutionis pupillaris à milite factam non valere post pubertatem in bona filio extra patrimonium acquisita. Cuius rei ratio, vt opinor, illa est, ne militi ius sit testamenti faciendi potestatem, (quæ publici iuris est. l. 3. D. de testam.) ciui. R. pat. rifa. de suis bonis adimere: & vt ius militibus concessum producēdi substitutiones pupillares ad ipsum duntaxat, non etiam ad filiorum suorum bona aliunde profecta pertineat.

Eius te successionem.) Id est bona quæ filio dum viueret

viueret aliunde quam ex hæreditate patris obueniunt. Sed quæri potest, quamobrem mater potius, quam substitutus hæres sit? Et respondetur, vt ratio aliqua reperiatur qua bona illa obuentitia redire ad matrem possint. Nam si substitutus hæres ex testamēto esset, mater ab intestato esse non posset: ne filius ex parte testatus, ex parte intestatus decessisse diceretur. Præterea si substitutus hæres ex asse diceretur, mater nullam aduersus eum actionem de iis bonis haberet. ius enim quod in ea bona mater habet, ex titulo hæredis, quem ei S. C. Tertullianum attribuit, adeptæ est: atque alia ratione illam hoc Senatusconsultum adiuuat. Nominanda igitur hæres fuit: ita tamen, ne iuri producendæ substitutionis, quod testator miles habuit, quicquam derogaretur. Quod autem Imp. ascribunt, mulierem veluti ex causâ fideicommissi filii patrimonium restitutorâ: obscurissimum videtur: cum neque in toto rescripto vlla fideicommissi mentio facta sit: neque verò ratio propositæ controuersie ferre fideicommissum possit. Sed meo iudicio respondendum est, Imperatores non disertè scripsisse, mulierem ex fideicommissio restitutoram: sed cum de restitutione agerent, admonitos similitudine restitutionis fideicommissariæ addidisse **VELUTI EX CAUSSA FIDEICOMMISSI. QUO** verbo non fideicommissum propriè ab iis nominatū apparet, sed impropriè, & quasi ad restitutionis fideicommissariæ similitudinem alludendo. Nunc causa constitutionē videamus. Miles qui filiū impuberē habebat, in suo testamēto ita scripsit: Filius

meus hæres esto: si ante viceſimū quintū annū moriatur, Titius hæres esto. mortuo testatore, filius hereditatē amplectitur, postea quædā ei bona ex legatis aut hæreditatibus alienorū, deniq; aliundē quā ex patre obuenerūt: Tandem post pubertatē moritur: annos fortasse viginti natus. Eo mortuo, controuersia inter matrē & substitutū nascitur. Substitutus enim vniuersam hæreditatē ex priuilegio militari postulabat: mater obuentitia illa filii bona retinere sibi volebat. Intētio matris: bona filio extra patrimoniū suum quæſita, mea sunt. D. Imò mea, qui illius defuncti hæres à suo patre sum institutus.

Q. Vtrius sint? R. Quia lex est, vtrius militibus sit pupillarem substitutionē etiam vltra pubertatis tempus producere. F. At ea lex de solo militis patrimonio intelligēda est: vt arbitrato suo de eo dūtaxat, non etiā de alienis bonis statuatur. Disceptatio ex scripti & sententiæ cōtentione nascitur. Et respondetur, de solis paternis bonis intelligēda esse. Primum quia militare priuilegium non est extra ipsorū militū bona producēdum: ne in aliena etiam bona ius habeant: cum satis constet ea quæ contra iuris cōmunis rationem instituta sunt, quoad fieri possit, restringēda esse, ne nunium ius commune violent. Deinde quia matris ratio habēda fuit: quæ cum S.C. Tertulliano adiuuaretur, tamen hoc casu primū substitutione, deinde extraordinaria productione repulsa fuerat. Atq; hæc quidē ad l. precibus sufficiat nūc ad interpretationē legis vlti. C. de instit. & substi. quæ illius germana esse creditur accedamus. Argumentū igitur hoc est. Qui posth-

mo cui

mo cui mater cohæres adiuncta est, ita substitutus est, si is nō nasceretur: eo nato & impubere mortuo locū nō haberat si vel is nō nascatur, vel mater ante eū moriatur, habet. Sequitur causæ constitutio, Qui prægnantē vxorē credebat, in testamento sic scripsit, posthumus & vxor hæres sūto. Si posthumus natus nō erit Titius esto. Testatore mortuo posthumus natus est, & aliquatō post impubes moritur. Mater intestati filii hæreditatē ex Tertulliano S.C. vindicabat. Substitutus cōtra eam ad se ex D. Marci cōstitutione reuocabat: quæ verba vulgaris substitutionis si filius hæres nō erit, proinde interpretatur ac si ascriptū fuisset, si hæres erit & impubes moriatur: verba enim illa quibus testator usus fuerat: SI NATUS NON ERIT, idē valere ac si scriptū fuisset, si hæres nō erit, easq; duas formulas inter se reciprocari, propterea q̄ nullo alio casu potest accidere vt posthumus hæres nō sit, quā si nō nascatur. Intētio matris, Nō est locus substitutioni, quia facta est sub cōditione si nō nascatur, Natus autē est. D. Imo est locus. Q. An locus sit? R. Quia ex Marci cōstitutione vulgaris substituēdi formulā tacitē pupillare continet. Hæc autem verba, Si natus non erit, idem valent ac si dictum esset, Si hæres non erit: quia nullo alio casu hæres non est, quàm si non nascatur, quippe cum ipso iure hæres sit, etiam si non immisceat. F. At constitutio D. Marci sic intelligēda est, nisi æquitas cum verbis testatoris consentiat. Nā illa vim affert verbis: Quare æquius est matrem ex natua verborum proprietate & vsitata sententia, quàm extraneum ex cōtorta & cō-

acta

acta interpretatione succedere. Disceptatio ex scripti & sententiæ contentione nascitur, an legislator non senserit vim verbis faciendam, vbi æquitas cum verbis facit. Ego respondendum putarem non sensisse, quia hoc casu vis dupliciter affertur verbis. Primum quia verba hæc *SI NATVS NON ERIT* sic interpretamur, Si nascatur, & hæres non erit: deinde quia verba hæc, Si hæres non erit, sic interpretamur, Si hæres erit, & ante pubertatem moriatur, vtrumque autem hoc casu falsum est. Nam in hac controuersia, & natus, & re vera hæres fuit posthumus. Iustinianus autem scribit Papinianum hanc causam addidisse, *SI ENIM* suæ substantiæ partem vxori reliquit, multo magis luctuosam hæreditatem filii matri relinqui voluit. Quod mihi sanè mirum visum est, cum satis constet substitutiones ad summonendos hæredes legitimos institutas esse, & testatorem, si eam mentem habuisset, potuisse matrem & pupillum, inuicem substituere: potius igitur existimarem Papinianum ita sensisse duplicem illam vim verbis non esse afferendam ex constitutione D. Marci aduersus matrem, de cuius apud testatorem gratia ex eo constaret quod hæres vnà cū posthumo instituta fuisset.

F I N I S.