

R. 22969

# ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI, SE-  
RENISSIMI SABAVDIÆ  
DVCIS CONSILIARII,  
ET IN SVPREMO SENATV  
CAVSARVM PATRONI.

## CONIECTVRARVM *Iuris Civilis, Libri Sex.*

In quibus, difficiles plerique iuris loci, nouis cum emendatio-  
nibus, tum interpretationibus explicantur.

*Adiecti sunt hac editione tres noui ac locupletissimi Indices. Primus, Legum  
aut emendarum aut explicatarum secundum ordinem Digesto-  
rum. Secundus, Authorum, quorum opiniones vel recen-  
sentur vel refutantur. Tertius, Materiarum  
qua passim hoc libro continentur.*

A. P. B. I. V. D.



LVGDVNI,  
Apud Franciscum Fabrum.

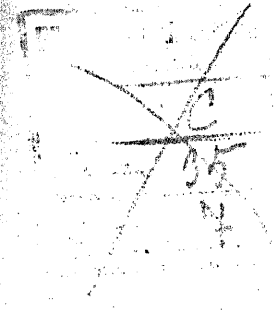
clo 10 xci . 8

DE LA LIBRERIA  
DEL REAL COLEGIO MAYOR  
Reuniao de Santa Cruz, y  
Santa Catalina.  
E. R. C. 30 N. 12

*Franciscus Fabrum*



2 400 40 Italia MADE IN SPAIN



R. 22969

# ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI, SE-  
RENISSIMI SABAVDIÆ  
DVCIS CONSILIARII,  
ET IN SVPREMO SENATV  
CAVSARVM PATRONI.

## CONIECTVRARVM *Iuris Civilis, Libri Sex.*

In quibus, difficiles plerique iuris loci. nouis cum emendatio-  
nibus, tum interpretationibus explicantur.

*Adiecti sunt hac editione tres noui ac locupletissimi Indices. Primus, Legum  
aut emendatarum aut explicatarum secundum ordinem Digesto-  
rum. Secundus, Authorum, quorum opiniones vel recen-  
sentur vel refutantur. Tertius, Materiarum  
que passim hoc libro continentur.*  
A. P. B. I. V. D.

*Francisco*

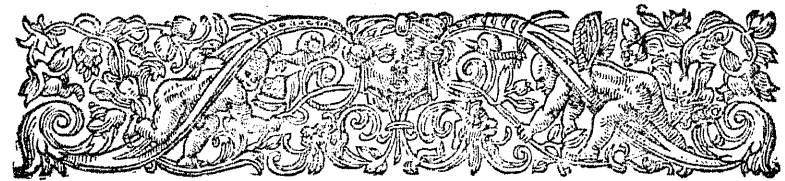


DE LA LIBRERIA  
DEL REAL COLEGIO MAYOR  
Reuniao de Santa Cruz, y  
Santa Catalina.  
E. R. C. 30 N. 12

LVGDVNI,  
Apud Franciscum Fabrum.

clo 10 xci . 8





Amplissimo, & clarissimo viro  
RENATO LYOBARDO CHATE-  
LARDO IN SUPREMO SABAVDIÆ  
Senatu Præsidi Primario,



ANTONIUS FABER S. D.



VM IN omni scientiarum & disci-  
plinarum genere præstantissimis quibus-  
que viris periculosum semper visum fuit,  
vir clarissime, incerta, ac sæpius iniqua, de  
scriptis suis aliorum iudicia experiri, tum  
his maximè temporibus eorum, qui de  
iure scribunt, miserrima conditio esse vi-  
detur, quos necesse est, vel ita scribere, ut  
nihil scribant, vel, si quid de suo scribunt, communem ferè omnium  
reprehensionem incurvere. Quamquam enim tanta Iurisperudentiæ  
amplitudo, & præstantia est, ut nullo quæstionum, aut librorum  
numero concludi possit, veterum tamen interpretum admirabili di-  
ligentia, ingenique fœcunditate factum est, ut nisi quod ipsi prius di-  
xerunt, nihil nunc à nobis dici posse videatur. Quòd si quid ab iis  
prætermissum reperitur, vel minus rectè obseruatum (cuiusmodi  
pleraque in tam vasta scientia superesse adhuc credendum est) iam  
frequens multorum vox est, ab eorum qui de nobis tam benè meriti  
sint traditionibus recedere, & novas requirere, aut sequi, nec tutum  
esse, nec honestum: ut si quis contra audeat, eum impudentem, here-  
ticum in iure, sic enim loquuntur, &, quod omnium indignissimum

est, nihil nisi Grammaticum esse vociferentur. Unde fit ut docti plerique viri, sed tamen nimis timidi, & pusilli animi, à scribendi studio reuocentur: Alij contra nimis temerè omnem suam operam libris conscribendis dedant, in quibus nihil sit, nisi quæ in veterum scriptis melius legere possimus, ac plerumque commodius. Illorum certè pusillanimitas, & inhonestà verecundia excusari non potest, qui rumores, ut dici solet, ante salutem ponunt: Sed horum præcipuè diligentia reprehendenda est, publicis Iurisprudentiæ studiis longè magis perniciosa, quibus tot librorum millia nocent potius, nec nisi ornandis, aut veris onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorum iudicium est, qui licet veterum gloriæ neque addi posse quicquam, neque detrahi debere existiment, fatentur tamen multa ab illis prætermissa esse, & ignorata: nec eorū auctoritati tantum tribuunt, ut cum ipsis errare malint, quàm soli benè sentire. Huiusmodi plures nostra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantum obscurissimis, ac densissimis iuris nostri tenebris lucem attulerit, ipsa, si loqueretur, Iurisprudentia testaretur. Et iam nemo est qui non fateatur, nisi qui aut dissimulant, aut ingenij imbecillitate, & si dicere liceat, obscuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus assueti sunt, reuocari possint, lucemque intueri. Fatetur Italia, quæ Alciati primi veluti cæterorum parentis matrem, & patriam esse se gloriatur. Fatetur Hispania, quæ duorum Antoniorum, Augustini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimam præscorum laudibus anteposit. Fatetur denique Gallia, quæ Budæi, Duareni, Molinæi, Cuiacii, Hotomani, Petri Fabri, totque aliorum Iureconsultorum scriptis doctissimis illustrata, nunc cæteris totius Europæ provincijs nobilior se iactat, quibus antea veterum interpretum gloria longè inferior cedere cogebatur. Ego sanè, ut iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iurisprudentia sapere per ætatem licuit, facere non potui, quin hos præcipuo quodam iure laudarem, mihi que imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, cruditè, & subtiliter tractare omnia, ut eos demùm veram, non rudem, aut adumbratam iuris scientiam affecutos, ac de libris nostris omnium optimè meritos esse iudica-

esse iudicarem. Quæ ex opinione cæpi postea eorum exemplo sic esse affectus, ut ex alieno iudicio pendere nollem, nec ullius auctoritate moueri, nisi eius, qui præter vanam nominis ostentationem rationis potissimum auctoritatem præferret. Ita factum est, ut novas plerasque in iure opiniones, & obscuriorum locorum interpretationes adinuenerim, à receptis cum veterum, tum recentiorum interpretum sententijs omnino abhorrentes: sed à vera, rectaque iuris ratione minus, meo iudicio, alienas: Quas dum in scholis essem, sedulo, & diligenter selectas in diuersa capita disposueram, eo consilio, & proposito, ut si post aliquot annos placeret, quæ tunc probabantur, in publicum exirent, incertamque iudiciorum aleam subirent. Sed à scholis reuersus, tuisque, vir clarissime, imperijs foro addictus, uti planè diuersam prouinciam ingressum me vidi, ita de veteri meo consilio dubitare cæpi, & à scribendi studio, quod antea conceperam, penè reuocari. Præuidebam enim fore, ut hos meos libros, in quibus nihil fere esset quod Accursij, Bartoli, Iasonis, aliorumque communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil nisi Bartolos, & Iasones loquerentur: quorum in forensibus disceptationibus præcipua est & semper fuit auctoritas. Illud verò odiosum, adeoque dignum reprehensione videbatur, ijs me non placere, quibus tantum tribuerem, quantum mihi non ausim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino esset metienda existimatio. Cogitabam quàm difficile sit, præsertim nouo homini, novas opiniones inducenti, de iure sic scribere, ut omnibus satisfaciat, & vanitatis notam fugiat aut temeritatis. Quæ mihi eò magis pertimescenda erat, quòd ego nec ingenio excellens, nec longi temporis studio in hac iuris disciplina exercitatus, necdum quatuor & viginti annos natus (sit hæc non industriæ meæ laus, sed errorum potius meorum excusatio) videbam exprobraturos mihi plerosque, quòd præmaturè de iure scriberem, nimisque confidenter magnum aliquid affecutum me crederem in ea scientia, in qua vix ulli hætenus contigit vel unam paginam sic scribere, ut non aliquid in ea ab alijs desiderari, & varijs errores, ut alia aliorum iudicia sunt, pro cuiusque arbitrio notari

possint. Neque tamen vinci, & persuaderi potui ut à scribendi instituto discederem, vel horum librorum editionem in nouum usque annum, quod vulgare multorum consilium est, dimitterem. Quin potius his ipsis rationibus in priore mea sententia magis confirmatus, facturum rectius me putavi, si in hac aetate, quae sola errorum meorum, & imprudentiae veniam facilius impetrabit, ac priusquam forensium occupationum mole obruerer, hos studiorum meorum, & scholasticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi seruatò publicè exhiberem, tanti ab omnibus aestimandos, quanti bono & docto cuique viro, nec iniquo alienorum laborum aestimatori videbitur. Non enim tantum mihi tribuo, ut opiniones meas omnibus probari posse vel debere confidam: quas idèò Coniecturarum nomine donatas volui, ut ex eo omnes intelligerent non esse mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, sed Coniecturas, neque ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facile possint, neque tamen ita necessarias, quin possint etiam refelli ab ijs qui feliciores ingenio, & maiore eruditione praediti, in scriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec dissimulo, me fecisse, à quibus illud unum dari mihi postulo, ut rationibus duntaxat, non interpretum, licet approbatissimorum, & celeberrimorum, autoritatibus moueantur. Sic fiet ut quid verum, quid ve falsum sit melius appareat, libentiùsque mutem sententiam à qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucundissimum, ceteris longè utilissimum, tot legum à nemine hactenus, ut arbitror, intellectarum veras interpretationes ab ijs discere, quas si hic meus conatus extorquere poterit, satis desiderio meo factum putabo, nihilque praeterea ad laudem deesse mihi arbitrabor. Sed earum praecipuè legum explicationes intelligere cupio, quarum his libris emendationes proponuntur, recentioribus quidem, & venustioribus horum temporum interpretibus familiares, ijs verò, quibus veteres tantum placent, prorsus odiosae, & molestae: quorum frequens illud in ore verbum est, Non solere emendari leges nisi ab ijs, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quàm ridiculè & falsò ab ijs dicatur, testes sunt doctissimi omnes aetatis nostrae Iureconsulti, qui ita

qui in corruptissimis plerisque iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico praestiterunt, quantam ijs interpretandis operam veteres perdidierunt. Multi enim librariorum inscitia, multi imperitorum interpretum audacia sic deprauati sunt, ut qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit, ei omnino necesse sit absurdam & fatuam aliquam interpretationem comminisci. Quales innumeratas in Accursij glossis, & veterum commentarijs cernimus, à librorum quibus vtebantur corruptione ut credibile est, potius quàm à tantorum virorum ignorantia profectas, dum in ijs corrigendis ad superstitionem usque religiosi essent, &, quod homine indignissimum puto, nuda verborum figura magis quàm ratione ducerentur. At quoniam in emendationibus recipiendis magna cautio adhibenda est, ut non nisi quàm parcissimè fieri potest, admittantur, quòd non minus reprehendendae sunt, quae otiosae, quàm adprobandae eae, quae ad legum sententiam assequendam necessariae videntur, placuit emendationibus meis aliquot alienarum reprehensiones subiungere, & receptam lectionem aduersus recentiorum opiniones defendere, ut in libris meis aliquid esset, quo lectorum omnium animi, diuersaque iudicia oblectarentur. In quo, alijs fortasse satisfacere mihi, ut dicam liberè, non satisfacere, cui sanè molestissimum fuit ingeniosum agere in operibus alienis: & eorum maxime quorum elegantiam, subtilitatem, & diligentiam laudare longè iucundius fuisset, quàm auctoritatem, quae iam apud omnes tanta est quanta esse debet, impugnare, & errores (si errores sunt, quos esse puto) refellere. Sed quia tam diligenter illi in iure versati sunt ut nihil intactum reliquerint, ac ferè in omnibus vel cum ipsis vel contra ipsos sentiendum sit, facile omnes factum nostrum excusabunt, qui solius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non posse, quàm omnium opinionum de ea re de qua quaeritur recensitione, & earum quae non probantur, refutatione. Sic Labeonem, Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iurisprudentiæ nostrae Duces, à Laboleno, Marcello, & Paulo plerisque locis rectè notatos legimus, quamuis horum longè minor, quàm illorum auctoritas, & eruditio haberetur. Nempe, docta

omnia non sunt, quæ à doctissimis viris proficiuntur: nec humane imbecillitatis conditio patitur adeò perfectè quem scribere, ut nihil prætermittat, & numquam à veritate aberrat. Illud dumtaxat prospiciendum est diligenter, ne in alienis opinionibus refellendis immodestè quid dicatur, & reprehendendi studio potius quàm discendæ aut inuestigandæ veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curavi: eamque ob causam ex pluribus quæ cumulare nolui, ea dumtaxat selegi, licet non omnia, quæ ab alijs omnibus, quorum scripta legere licuit, & libuit. (quis enim omnium legere aut possit, aut velit?) prætermissa vel ignorata existimaui. Quale verò cumque est, quod feci, totum id tibi uni, vir clarissime, optimo iure debitum, iamque inde à multis annis dicatum, nunc libens offero, & præsto. Serius profectò, quàm oportuerat, si debiti diem totque obligationum, quibus me obstrictum tenes, vim, & conditionem spectes: sed tamen sat citò si ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, & forensium occupationum, quibus me à scholis redeuntem deditum voluisti, impedimenta cogitabis. Quæ si aut nulla, aut minora fuissent, perfectiora nunc haberes, quæ præsto rudia penè, & impolita. Nec tamen diutius ijs poliendis cunctari volui, non solum ut citius, ac oportuniùs tibi de noua ista dignitate gratularentur, quæ iamdiu quidem virtutibus tuis debita, nunc verò summa totius populi expectatione, & admirabili doctissimorum, optimorumque omnium gratulatione honorificentissimè oblata, ac decreta est: sed etiam ne magnam tuam de studijs meis spem, longiore quàm par sit mora, & frustratione deciperem, indeque fieret ut temporis usura, ceterarumque accessionum additamentis debiti mei, quod vix iam possim exsoluere, quantitas, solutionisque difficultas augetur. Quamquam enim te non durum aut molestum creditorem esse expertus scio, verendum tamen mihi fuit, quod prouidi debitores solent, ne si humanitate & facilitate tua, liberiùs abuterer, nullum posthac ad mensam tuam aditum haberem, de qua tam saepe egenti mihi pecunias numerasti. Tua, vir clarissime, infinita erga me merita intelligo, quorum frequentia, & magnitudine à primis studiorum meorum tem-

poribus

poribus tibi deuinctum me voluisti, ut si quid ex industria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquam ex peculio meo profectio quaesitum, patriæ potestatis iure vindicare possis. Me enim non ut eum, qui tibi natura, & sanguine coniunctus sit, semper dilexisti (quod ad gloriam, virtutisque studium sufficere mihi poterat) sed ut filium amasti, & patre meo vita functo, quo tempore consilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab instituto, vixque tunc inchoato studiorum meorum cursu reuocarer, tanta me voluntate, ac officijs omnibus ultrò profectus es, ut facillè intellexerim viuo te non deesse mihi patrem, qui me meà quæ omnia diligenter curet, humaniter foueat, studiosè amplectatur. Inter cetera verò, quæ à te profecta sunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere tunc non possum, quod mihi ad hæc Iurisprudentiæ studia accedenti, magistrum dedisti D. Ioan. Antonium Marutium, cuius disciplina in Taurinensi Academia professorem celeberrimum, & ingenij acumine, orationis eloquentia, doctrinæ præstantia antiquis ipsis iuris authoribus comparandum. Cuius solius, ut iusseras, auspicijs, & præceptis, tantum profecisse me glorior, quantum vix in alterius schola proficere posset is, qui me ingenio, & diligentia longè superaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitijs intelliges, si quid forte in ijs erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Etsi autem verendum potius mihi est, ne tibi eximia præ ceteris, præstantique eruditione, prædito leuia hæc, & pene puerilia videantur: attamen non despero, quin pro singulari tua erga me humanitate, & beneuolentia ijs, quali acumque sint, auctoritatem tuam accommodaturus sis, omnia probaturus, & aduersus eorum, quorum nec reprehensionem curo, nec iudicium requiro, obrektiones, & calumnias, si quæ emergent, defensurus. Id si à te impetrauero, faciam alacriter, ut quicquid mihi posthac à forensi exercitatione otij dabitur, ad scribendi studium conferam, nihilque prætermittam eorum omnium, quæ ad illustrandam Iurisprudentiam, tuamque de me opinionem sustinendam pertinere existimabo. Bene vale, vir clarissime, & reipublicæ mihi que diu felix viue.

è j.



# INDEX CAPITVM

## SEX LIB. CONIE- CTVRARVM.

Prior numerus Caput, posterior verò paginam  
huius editionis demonstrat.

### LIBRI I.

Explicatur l. qui Rom. 122. in princip. D. de verbor. obligat. CAP. I.	I
Emendatur l. 5. D. de impens. reb. dotal. fact. & explicatur l. si is qui. 56. §. quod dicitur. de iur. dot. II.	3
Defenditur, & explicatur vulgata lectio. l. M. auio. 41. §. I. de legat. 2. III.	5
Explicatur l. 26. C. de iur. dotium. l. 26. D. de positi. l. 37. §. codicillis. de legat. 3. IIII.	7
Additur negatio in l. cum reus. 14. D. de fideiussor. V.	9
Defenditur responsum Scauola in l. pradia. 27. §. liberto. de inst. legat. VI.	9
Ex eodem titulo explicatur l. Sei. 20. & alia nonnulla. VII.	11
Noua emendatio l. 7. §. si vir. solut. matrim. & explicatio l. vlt. de fund. dotal. VIII.	13
Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum. 14. D. de in rem verso. IX.	15
Conciliatio l. ventre. 84. de acquir. hered. cum l. filius. 16. D. de liber & posthu. X.	18
Emendatur Claudij nota in l. generali. 32. §. I. de vsufruct. legat. XI.	21
Explicatur l. 1. C. de hered. tutor. & l. 2. C. de magistrat. conuen. XII.	23
Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. D. solat. matrim. XIII.	25
Restituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis. XIIIII.	29
Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendam l. ex asse. 52. D. ad leg. Falcid. XV.	31
Superstitibus liberis dotem profectitiam ad patrem nõ reuertit, iure vetere, aut nouo. XVI.	33
Addendam esse negationem in l. heres. 21. §. quòd si hic seruus. D. de fideiussor. XVII.	37
Dissentio Vlpiani à Paulo, in questione §. si à furioso. l. 2. D. pro emptor. XVIII.	39
An generalis sententia sit l. filio praterito. 17. D. de iniust. rupt. & irrit. testam. XIX.	40
Emendatur l. 1. D. de seruitut. rusticor. præd. XX.	43

### LIBRI II.

**D**E differentia bonæ fidei possessoris, & malæ fidei possessoris, cum de sumptu  
in alienam rem factorum repetitione queritur. CAPVT I. 46  
Explicatur

## INDEX CAPITVM.

Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. author. iudic. possid. alia <sup>s</sup> l. 13. de priuil. credit. II.	49
Recta sententia, & vetus lectio. l. si dictum. 56. D. de euct. III.	51
An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat. IIII.	53
Emendatur l. & hæc distinctio. 35. D. locat. V.	55
Ad l. fructus. 33. & l. pen. D. de rei vindicat. VI.	57
Dissentisse Iureconsultos in questione l. cum quis 38. §. qui hominem. D. de solut. VII.	58
Emendatio l. Papinianus. 23. D. de donation. int. vir. & vxor. VIII.	60
An socius socio de damno infecto cauere compellatur. IX.	63
Conciliatio l. 28. D. de iur. fisc. cum l. vlt. D. qui potior. in pign. habeant. X.	66
Emendatur l. si quis. 17. §. si impubes. D. de instit. act. XI.	68
Quæ actio competat aduersus fideiussorem, qui promissum hominem ante promissoris moram occidit. XII.	70
Explicatio l. si extraneus. 33. de iur. dotium. & l. Nefennius. 41. de re iudicat. XIII.	73
Emendatio l. sicut. 21. D. de re iudicat. XIIIII.	75
De questione, & sententia l. si Stichum. 16. de verbor. oblig. & l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut. & liber. XV.	77
Ad §. vlt. l. 4. D. de condic. instit. & de ratione introducendæ cautionis Mucianæ. XVI.	79
Emendatur l. quid de creditore. II. in fine. D. de damn. infect. XVII.	83
Interdicta quadam esse duplicia, tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis XVIII.	85
Emendatur l. Lucius. 32. De donat. XIX.	86
In l. transigere. 18. C. de transact. verba illa, Excepto adulterio, addita esse ab imperito interprete. XX.	88

### LIBRI III.

<b>D</b> E natura Prætoriarum cautionalium stipulationum. CAP. I.	92
Valde corruptam esse l. in hoc 14. D. commu. diuid. II.	96
Quationem iure Digestorum quibusdam casibus non aliter fieri, quàm si id specialiter expressum sit. III.	98
Herede post aditam hereditatem restituto in integrum, substitutioni locum fieri. IIII.	102
Emendatio l. inter causas. 26. §. sed cum seruus D. mand. V.	105
Ad l. propter. 7. C. de adulter. VI.	107
Ad §. Cato. l. 4. de verb. oblig. noua coniectura. VII.	108
Emendatio §. vlt. l. 4. de verb. oblig. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunciat. VIII.	112
Ad l. lex Cornelia. 28. D. de vulga. & l. pater. 10. D. de capt. & postl. IX.	114
Iuliani, & Papiniani ab Africano dissensio. X.	117
Emendatio l. pen. D. de iur. codicill. XI.	119
Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis. l. cum pater. de legat. 2. XII.	121
Ad l. si heres. 110. D. de legat. XIII.	123

INDEX CAPITVM.

Emendatio noua §. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indign. xiiii.	125
In l. filius. 28. D. de liber. & posthu. in princip. pro institui, legendum esse substitui. xv.	127
Ad litem veniunt. 20. §. ait Senatus. D. de petit. hered. xvi.	129
Explicantur omnes leges tituli. C. de inoffic. donat. Et Nouell. 92. xvii.	130
Deesse negationem in l. pe. §. i. D. de adim. lega. xviii.	135
Emendatur l. cum quis. 38. §. i. D. de solut. xix.	138
Emendatur l. vltim. D. de pact. dotal. & l. interest. 6. C. de vsufruct. xx.	140

LIBRI QVARTI.

<b>C</b> ondictionem ex causa furtina & rerum amotarum dari in solidum contra heredem. CAP. I.	142
Abundare negationem in l. 2. D. de crimin. stellion. ii.	148
Dissentio Cassij & Lauoleni in questione l. si seruus 25. D. de stipulat. seruor. & l. 4. de diuers. temporal. præscript. iii.	150
Vera sententia & lectio l. imperium 3. D. de iurisdic. iiii.	153
Emendatur §. pen. l. 3. D. de minor. v.	154
Ad l. si fundus 23. D. ad leg. falcid. vi.	157
De ordinarijs & extraordinarijs iudicijs. Et emendatio l. actio 47. D. de negot. gest. vii.	159
Emendatur l. vbi purè 19. §. i. D. ad S. C. Trebell. & l. si quis iniuriam 35. D. de iniur. viii.	162
Malè à nonnullis emendatum esse §. si pater. l. si cum dotem 22. D. solut. matrim. & quomodo probabilius emendari possit ostenditur. ix.	164
Ad l. Pomponius 9. D. de negot. gest. x.	168
Emendatio §. qui dotale. l. cum pater 77. de legat. 2. xi.	170
Ad l. verbis 5. D. ad leg. falcid. & l. si creditor 28. de legat. i. xii.	173
Ad §. id quod ex substitutione. l. i. D. ad leg. falcid. xiii.	176
Ad l. 2. & 3. D. ad S. C. Trebell. xiiii.	180
Emendatio §. vlt. l. i. de legat. 3. xv.	183
Emendatur §. tandiu. l. qui bona 23. D. de acquir. rer. domin. xvi.	185
De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis & emendatio l. fructus 45. D. de vsur. xvii.	187
Explicatur l. si quis reum 5. D. de liberat. legat. xviii.	193
Vera lectio & sententia l. si quis dolo 51. §. i. D. de re iudicat. xix.	194
Nihil emendandum esse in l. sub conditione 16. D. de condic. indeb. & explicatio l. Iulianus 60. D. eod. xx.	197

LIBRI QVINTI.

<b>E</b> xplicatio §. vlt. l. vlt. de legat. 3. i.	199
Emendatio l. legani 25. D. de liberat. legat. ii.	202
Veram esse receptam lectionem l. pen. D. de constit. pecun. iii.	205
Explicatur l. cum societas 4. D. pro socio. iiii.	207
Additur negatio in l. 3. D. de instruct. & instrum. legat. v.	209
De sententia & emendatione §. vlt. l. si mulier 59. de iur. dot. vi.	211
Ad §. ex affe. d. l. si mulier. vii.	211

Emendatio

INDEX CAPITVM.

Emendatio l. Neratius ii. D. de seruo corrupt. viii.	214
Ad l. res quæ 54. D. de iur. dot. & alias. ix.	215
Explicatio l. si ex pretio 6. C. si cert. petat. x.	217
Emendatio §. vlt. l. cum essent 33. D. de seruit. vrb. præd. xi.	222
Nihil à Pandectarum Compositoribus immutatum esse in l. ante tabulas 5. D. de iur. codicill. xii.	223
De questione l. si duo 16. D. de legat. præstand. xiii.	225
Emendatio l. cui res 29. D. de action. empt. xiiii.	227
Explicatio l. cum bona 16. D. de reb. author. iudic. possid. vel venund. xv.	230
Ad §. sed cum emptor. l. à Diuo Pio 15. D. de re iudicat. xvi.	232
Varie emendationes. xvii.	234
Aliæ emendationes. xviii.	237
Indicantur Triboniani additiones quibusdam Digestorum locis. xix.	240
De sententia & emendatione litem quod Sabinus 17. §. vlt. & l. ex facto 19. D. de hered. instit. xx.	242

LIBRI SEXTI.

<b>D</b> e legatis ex vetere & nouo iure, singularia quædam necdum ab interpretibus rectè explicata. i.	246
Ad §. si quis ex mortis. l. i. D. quod legat. ii.	255
Deprauatissimum esse textum §. tamen si. l. in ratione 30. D. ad leg. falcid. & quomodo emendandus sit. iii.	256
Emendatio l. in quartam 91. & explicatio l. Tutia 86. D. ad leg. falc. iiii.	264
Ad l. filium 24. C. famil. ercisc. v.	270
Emendatio l. ob hæc verba 20. D. de his qui notant. infam. & l. fundum 20. D. de euit. vi.	272
De purgatione moræ. vii.	274
Triboniani error in §. si cui fundus Instit. de legat. viiii.	279
Ad l. i. D. de rer. permut. ix.	281
Ad l. vlt. D. de condic. caus. dat. x.	287
De sententia §. si sub conditione. l. facta 63. D. ad S. C. Trebell. & obseruata Triboniani additio in l. si cui 31. §. vltim. eod. xi.	290
Ad l. 4. §. i. D. de statulib. xii.	293
Emendatio l. 2. D. qui potior. in pignor. hab. xiii.	295
Emendatio §. vlt. l. 2. D. de suis & legit. xiiii.	297
Ad l. Micinius. 61. D. de rei vindicat. xv.	301
Emendatio l. et si non adscripta 9. C. de fideicommiss. libert. xvi.	304
Venditoris rem tradere volentis dolus quomodo aestimetur. xvii.	307
Emendatur §. quis cum esset. l. cum post mortem 43. de admin. & peric. tutor. xviii.	311
Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis 16. in princip. D. de his quæ vt indign. xix.	314
Emendatio l. si conuenerit 4. D. de pact. dotal. xx.	318

FINIS.

ē iij.



**INDEX LEGVM AVT EXPLICA-  
TARVM AVT EMENDATARVM  
secundum ordinem Digestorum.**

**EX DIGESTO VETERI.**

<b>L</b> Ius autē 7. §. i. D. de iust. & iur. 15	l. Actio 42. D. de neg. gest. 240. 159
l. Non ambiguum. D. de legib. 212	l. i. D. de calumniat. 272
l. In his 15. D. de legib. 39	l. In heredem D. de calum. 23. 148
l. vlt. D. de offic. pref. vigil. 164	l. Diuus 7. D. de integ. restit. 71
l. i. D. de offic. pref. vrb. 163	l. Metum autem 9. §. ex hoc edicto D. quod met. cau. 160
l. ex omnibus. D. de offic. pref. 164	l. Quod diximus 16. §. vlt. D. quod met. cau. 148. 23
l. Si in aliquam 7. §. cum plenissimam. D. de off. procons. 164	l. i. D. de dolo. 160
l. vlt. D. de off. eius cui mand. 153	§. idem Pomponius. D. de dolo. 171
l. Imperium 3. D. de iurisd. om. iud. 153	l. Non debet. ii. §. vlt. D. de dolo. 124
l. Inter omnes. 12. D. qui satisf. cog. 93	l. Si plures 17. §. vlt. D. de dolo. 142
l. i. §. vlt. si quis ius dici non obt. 195	l. Arbitrio 18. D. de dolo. 124
l. vlt. D. si ex nox. cau. agat. 59	l. Si fideiussor. 19. D. de dolo. 62. 70. 72
l. Si per alium 5. §. i. ne quis eum. 195	l. In heredem 16. D. de dolo. 142
l. i. §. vlt. D. de eo per quem fact. erit. 142	l. i. D. de minor. 160
l. 2. D. si quis cautio. 277	l. 3. §. penul. D. de minor. 154
l. et si post tres 8. D. si quis caut. 277	l. Itaque 28. D. de dolo. 148
l. iurisdictionum 7. §. quinimo D. de pact. 219	l. Quidam. 38. D. de dolo. 73
l. Si tibi 17. D. de pact. 220	l. vlt. §. i. D. de dolo malo. 172
l. Et heredi 21. §. vlt. D. de pact. 192	l. Ait prætor 7. §. sed quod Papinianus D. de minor. 103. 212
l. Nisi hoc actum 22. D. de pact. 193	l. Cum mandatu. 23. D. de minor. 193
l. Fideiussoris 23. D. de pact. 194	l. Patri. 27. D. de minor. 156
l. Si vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact. 193	l. 2. §. i. D. de capit. min. 160. 118
l. In persona 30. §. fin. D. de pact. 199	l. Necnon 28. §. si cum D. ex quib. cau. maio. 152
l. Imperator 60. D. de pact. 231	§. quod eius D. ex quib. maior. 115
l. i. D. de transact. 88	l. Cum miles 30. §. vlt. D. ex quib. cau. maior. 72
l. i. D. de his qui not. infam. 149	l. i. D. de alien. iud. mut. cau. fact. 160
l. Athlas 4. §. calumniator. D. de his qui not. infam. 273	l. 4. §. vlt. de alie. iud. mut. cau. fact. 148
l. 6. §. pactusve. D. de his qui not. infam. 92	l. Vtique. D. de recept. 278
l. Quid ergo 13. §. vlt. D. de his qui not. infam. 146	l. Celsus ait 23. D. de recept. arbit. 275
l. Ob hæc verba 20. D. de his qui not. infam. 272	l. Cum prætor 12. D. de iudic. 159
l. 3. in princ. D. de negot. gest. 160	l. Iudicium soluitur 18. D. de iudic. 159
l. Pomponius 9. D. de neg. gest. 168	l. Item veniunt 20. §. ait Senatus D. de petit. hered. 159
l. Si communes 40. D. de neg. gest. 97	§. pridie idus 129
	l. Quod si sumptum 37. D. de petit. hered. 49
	l. Pla-

**INDEX LEGVM.**

l. Plane 38. D. de petit. hered. 14. 46. 68	l. i. Commun. prædior. 158
l. Vtiles 39. D. de petit. hered. 46. 48	l. Venditor 13. commun. præd. 222
l. 2. D. si pars hered. pet. 18	l. 4. in princ. si seru. vind. 65. 43
l. vlt. D. si pars hered. pet. 129	l. Inde Neratius 23. §. hanc actionem. ad leg. aquil. 147
l. Vtique 16. D. de rei vind. 57	l. 2. quemad. seruit. amit. 45
l. Iulianus 17. §. i. D. de rei vind. 58	l. Quemadmodum 29. §. si nauis tua. ad leg. Aquil. 134
l. Fructus 33. D. de rei vindic. 57	l. Stichum aut 55. ad legem. Aquil. 77
l. Sumptus 48. D. de rei vindic. 96.	l. i. §. si filiusfami. de bis qui effud. 145
47	l. 4. fin. regund. 189
l. Qui restituere 68. D. de rei vindic. 308	l. 4. §. post litem fin. regund. 188
l. Si nauis 62. §. fin. D. de rei vind. 57	l. Si filia 20. §. si pater. fam. ercis. 132
l. Si eius fundi. 78. D. de rei vindic. 189	l. Heredes. 25. §. in in illa. fam. ercis.
l. pen. D. de rei vind. 57	<b>III</b>
l. i. D. de public. 39. 63	§. vlt. fam. ercis. 266. 271
l. vlt. D. de publician. 40	l. i. comm. diuid. 65
l. i. D. si ager. vctig. 83	l. Et si non 8. §. vlt. comm. diuid. 16. 17
l. Hoc S. C. 5. §. i. D. de vsufr. ear. rer. 235	l. Si ædes. 12. comm. diuid. 61
l. Arboribus 12. §. vsufructuarius. D. de vsufr. 27	l. Arbor. 19. §. si per eundem. com. diuid. 65
l. Arboribus 12. §. sed si alij D. de vsufr. 45.	l. Si quis putans. §. cæterū. com. diuid. 97
l. Qui scit 25. §. vlt. de vsufr. 186	l. penul. ad exhib. 52
l. Sed et si quid 25. de vsufr. 186	l. Filius 12. de interrog. action. 49. 50
l. Quoties 34. §. vlt. de vsufr. 30	102
l. 3. §. vlt. quib. mod. vsufr. amitt. 118	l. Neratius 11. de ser. corrup. 214
22	l. Lecta 40. de reb. cred. 219. 3
l. Si fructuarius 13. quib. mod. vsufr. amitt. 27	l. Si ex pretio 6. si cert. pet. 217
l. Repeti 5. quib. mod. vsufr. amit. 22	l. Rogasti 11. si cert. pet. 138
l. Is qui 20. quib. mod. vsufr. amit. 45	l. Singularia. si cert. pet. 40
l. Vt frui 5. si vsufr. petat. 280	l. i. de in lit. iur. 236. 369
l. Per seruum 14. §. i. de vsu & habit. 46	l. vlt. de reb. cred. 38
l. 5. §. i. vsufr. quem caue. 45	l. In actionibus 5. de in lit. iur. 309
l. 4. de seruit. 222	l. Tutor 8. de in lit. iur. 309
l. vt pomum 8. §. i. de seruit. 158	l. Nummis 3. de in lit. iur. 282
l. pro parte 11. de seruit. 158	l. vlt. de cond. ob cau. dat. 53
l. Si tam 13. de seruit. 44. 45	l. naturaliter 13. §. vlt. de cond. indeb. 68
l. Si fistula 18. de seruit. vrb. præd. 94	l. Sub conditione 16. de condit. indeb. 197
l. i. si seruit. rust. præd. 43	l. Si non sortem 26. §. si centum. de condit. indeb. 4
l. Qui sella 7. §. i. & de seruit. rust. præd. 44	§. qui filiofamilias. & §. si decem. de condit. indeb. 59
l. Cum essent 33. §. vlt. de seru. rust. præd. 222	l. Frater à fratre 38. de condit. indeb. 76
l. Qui duo. de seruit. rust. præd. 65	l. Si quis cum 39. de cond. indeb. 234
	l. Quod pupillus 41. de condit. indeb.

INDEX LEGVM.

69			
1. Neratius 63. de condict. indeb.	59	1. Tutor 19. §. fin. ad Velleian.	139
1. 1. de condict. furt.	143	1. Si ambo 10. §. vlt. de compens.	94
1. Ex furtiva 5. de condict. furt.	144	1. Si hominem 7. §. 1. de pos.	142
1. Si pro fure 7. §. vltim. de condict. furt.	142	1. Si hominem 7. §. datur. depositi.	23
		1. De 10. 18. depositi.	25
1. Ex argento 13. de condict. furt.	48	1. Lucius 24. in fine. depositi.	218
1. In re furtiva §. 1. de condictio. furti.	143	1. Publia 25. depositi.	7. 8. 171
1. penult. de condict. furt.	145	1. Idemque 10. §. si Titio. mandati.	218
1. penult. de condict. tritic.	340	1. Si ei cui 11. mand.	38
1. 2. ita si ita quis. de eo quod cert. loco.		1. Si verò non remunerandi 12. §. inde	
1. 1. 2.		Papinianus 8. mandat.	171
1. Si donaturus 9. §. vlt. de condic. cau.		1. Inter causas 26. §. sed cum seruus.	
dat.	74	mand.	105
1. 8. de const. pec.	206	1. Inter 26. §. 1. mand.	69
1. pen. de eo quod certo loco	1. 1. 2.	1. Qui negotia 34. mand.	40. 138
1. Item illa verba 18. de const. pec.	205	1. Si Mandatu 45. §. vlt. mandati.	38
1. Illud aut illud 25. de const. pec.	207	1. Nec adiecit 9. Pro socio.	194
1. penult. de const. pec.	205	1. Cum duobus 52. §. damna. pro socio.	105
1. 3. §. hæres. commod.	146	1. Si vnus 67. §. 1. pro socio.	216
1. penul. commod.	106	1. Cum societas. 69. pro socio.	207
1. si necessarias 8. §. si annua. de pignor.		1. Si socius 81. in fin. pro socio.	158
actione.	1. 1. 1.	1. 1. de contrab. empt.	281
1. Tutor 16. §. contraria de pignor. actio.	148	1. Sux rei 16. de contrab. empt.	229
		1. Quod vendidi 19. de contrab. emptio.	10
1. si seruus 31. de pigno. act.	124. 106	1. Si in emptione 34. §. penult. de contr.	
1. si quis in pignore 36. §. sed & si quis.	148	empt.	53
de pignor. actio.	148	1. Quod sepe 35. §. si res vendita. de cõt.	
1. verum. 9. de inst. actio.	68	empt.	54
1. si quis 17. §. si impubes. de inst. actio.	68. 61	1. Si cum fundum 68. §. vlt. de contrab.	
		empt.	368
1. Item si 7. §. quamquam. ad S. C. Mace.	155	1. Pacta conuenta 72. de contrab. empt.	289
1. Filius familias 17. ad S. C. Maced.	34	1. Penult. in princ. de contr. empt.	13
1. 3. §. penult. de pecul.	144	1. Pen. de leg. commiss.	172
1. 14. & 16. de pecul.	16	1. Venditor 21. de hæ. vel act. vend.	53
1. Si duo 15. de pecul.	16	1. Cum emptor 5. §. 1. de reseind. vend.	53
1. Quis ergo 16. de peculio.	16		
1. Hinc quaritur 19. §. vlt. de pecu.	16	1. 7. 8. & 11. de peric. & com. rei vend.	53
1. Summa 21. de pecul.	68	1. Quod si neque 14. de per. & com. rei	
1. Et ancillarum 27. §. vlt. de pecul.	17	vend.	53
1. In bonæ fidei 36. de pecul.	101	1. Vlt. de per. & com. rei vend.	218
1. peculio 40. de pecul.	17	1. 1. de action. emp.	282. 108
1. Ex facto 52. de pecul.	215	1. Si seruus 4. de action. empt.	93. 52
1. Si in rem. 13. de in rem verso.	15	1. Ex empto 11. de actio. empti.	39. 282.
1. Est. quod inst.	16		
1. Quâuis 8. §. si mulier. ad S. C. Vell.	162	§. Qui autem de action. empt.	172. 93
		1. Iulia-	

INDEX LEGVM.

1. Iulianus 13. §. si procurator. de actio.		1. Mora 32. §. vlt. de vsur.	70. 71. 274
empt.	209	1. Videamus 38. §. actionem. de vs.	95
1. Iulianus 13. §. si fructibus. de action.		1. Fructus 45. de vsur.	14. 187
empt.	38	1. Quod in fructus 46. de vsur.	192
1. Veteres 19. de action. empt.	281	1. Si pactum 9. de probat.	87
1. Cui res 29. de action. empt.	228. 227	1. Quingenta 12. de probat.	165. 124
1. Seruus 30. de action. emp.	139	1. 1. §. vlt. de iur. & fact. ignor.	129
1. Titius 43. §. vlt. de act. empt.	214	1. Regula 9. de iur. & fact. ignor.	190
1. Si quis 46. de act. emp.	308	1. 38. §. 1. de rit. nupt.	130
1. 1. locati.	53	1. Probrum 41. de rit. nupt.	125
1. Ex conducto 15. §. 1. in fine. locat.	55	1. Quinetiam 55. §. vlt. de rit. nupt.	117
1. Si in lege 24. §. Colonus. locati.	276	1. Dote. 61. de ritu nupt.	3. 130
1. Si fundus 33. locat.	53-56	1. 4. de iure dot.	35
1. Et hæc distinctio 35. locat.	55	1. Iure fucarfum 6. de iur. dot.	34
1. Si domum 45. locati.	106	1. Dotis 7. de iur. dot.	13. 318. 29
1. Si quis domum 9. locat.	56	1. Plerumque 11. §. vl. de iur. dot.	59. 77
1. 1. de rer. permut.	209. 281	1. Quod si 15. de iur. dot.	53
1. 5. §. 1. de præf. verb.	263	1. Ita constant 26. de iur. dot.	26
1. Naturales 5. §. 1. de præf. verb.	209	1. Cum pater 29. de iur. dot.	165
1. Quia actionum. 11. de præf. verb.	233	1. Cum datur 29. de iur. dot.	168
1. Sed an via 12. de pign.	223	1. Dotem 30. de iur. dot.	93
1. Si fundus 16. §. in vindicatione. de pi-		1. Si ex lapidicinis 32. de iur. dot.	13
gnor.	309	1. Si extraneus 33. de iur. dot.	73. 254
1. Sicut 8. §. sed si permiserit. quib. mod.		1. Licit. 41. §. quoties. de iur. dot.	74.
pign.	74		
1. 2. qui potior. in pign. hab.	295	1. Promittendo 41. de iur. dot.	101
1. Idemque 7. §. vlt. qui potior.	216. 166	1. Res quæ 54. de iur. dot.	215
1. Aufertur 46. §. fiscus. qui pot. in pig.	66	1. Si is qui 56. de iur. dot.	4
		§. Quod dicitur. de iur. dot.	3
1. Vlt. qui potior. in pig.	66	1. Si is qui Stichum 56. §. 2. de iur. dot. 1.	
1. 1. de distraet. pignor.	296	2. 3	
1. Quod si nolit 31. §. quia assidua. de æ-		1. Si mulier 59. §. vlt. de iur. dot.	211
dil. edict.	52. 94	1. Siue generalis 61. de iur. dot.	312
1. 2. de euiction.	290	1. Dotis promissio 68. de iur. dot.	108
1. Si vendideris 9. de euict.	228	1. Titia 62. in fine de iur. dot.	88
1. Lucius 11. de euict.	53	1. Cum in fundo. §. vlt. de iur. dot.	100
1. Sed et si 18. de euiction.	93	§. Sed et si non sit. de iur. dot.	147
1. Fundum 20. de euictio.	272. 273	1. Penult. de iur. dot.	75. 76
1. Si seruus 21. de euictio.	171	1. 2. de pact. dotal.	36
1. Si rem 29. de euict.	171	1. Si conuenerit 4. de pact. dotal.	318
1. Emptori 37. de euict.	52	1. Si ita 9. de pact. dotal.	8
1. Si dicta 56. de euict.	51	1. Si mulier 21. de pact. dot.	216
1. Si plus 74. §. mota. de euict.	54	1. Quidam 22. de pact. dotal.	61
1. Si in venditione 60. de euict.	93. 52	1. Inter 26. §. penult. de pact. dotal.	7
1. Pecunia 9. §. vsurarum. de vsur.	275	1. Vlt. de pact. dotal.	140. 141
1. Scia 12. de vsur.	3	1. 3. de fund. dotal.	14
1. Qui scit 25. §. 1. de vsur.	189	1. Dotalis 13. §. 1. de fund. dotal.	97
1. In pecudum 28. de vsur.	187	1. Vlt. de fund. dotal.	14. 15

INDEX LEGVM.

1. §. vlt. de don. int. vir. & vxor.	138	1. 8. de impens. in reb. dot. fact.	6
1. Si sponsus §. 5. cum igitur de don. int. vir. & vxor.	191	1. Si libertus 16. de iur. patron.	134
1. 5. §. penult. de don. inter vir. & vxor.	258	1. Impensæ. de impens. in reb. dot. fact.	124
1. Quia quod 6. de donat. int. vir. & vxor.	190	1. 3. §. vlt. rer. amot.	145
1. Si vxor filio 19. de don. int. vir. & vxor.	ibid.	1. Vina §. rer. amot.	145
1. Si quis 21. §. vlt. de don. int. vir. & vxor.	61	1. Si mulier 21. §. hæc actio rer. amotar.	143
1. Papinianus 21. de dona. int. vir. & vxor.	60. 122	1. rerum amotarum. 26. rer. amotar.	145
1. Cum hic status 32. §. si diuortium. de donat. int. vir. & vxor.	139	1. 3. de concubin.	125
§. siue autem 18. de dona. int. vir. & vxor.	60	1. Muto 6. §. 1. de tutel.	98
§. Si nurui 18. in fine de don. int. vir. & vxor.	291	1. Si tutor 9. §. vlt. de tut. & rat. distrab.	144
1. Si stipulata 33. de dona. int. vir. & vxor.	60	1. Tutores 39. §. adolescens de admin. tutor.	38
1. Vxor marito 55. de don. int. vir. & vxor.	216	1. Cum post mortem de admin. tut.	311
1. Iulianus 4. de diuort.	241	1. 1. §. vlt. de superst. tutor.	164
<i>Ex Infortiatio.</i>			
<b>L</b> 1. D. solut. matr.	34	1. 6. de magistrat. conuen.	23
1. 1. 2. & 3. solut. matr.	164. 166	1. & mulieri 13. §. 1. de curat. furi.	19
1. 3. solut. matr.	167	1. Si filius 7. de testam.	41
1. Fructus 7. §. vlt. solut. matr.	13. 3	1. Vel negare 6. testamen. quem aper.	293
§. Papinianus. sol. matr.	25	1. Si filius 16. de liber. & post.	18
§. non solum. sol. matr.	18	1. Si ira scriptum 13. §. vlt. de lib. & post.	128
1. Maritum 12. solut. matr.	25	1. Legati 21. §. contra. de liber. legat.	175
1. Ex diuerso 17. solut. matr.	75	1. Filius 28. de liber. & post.	127
1. Sed etsi 21. solut. matr.	96. 309. 101	1. Gallus 29. §. in omnibus de lib. & post.	244
1. Si cum dotem 22. §. si pater. sol. matr.	164. 240	1. Posthumus 12. in vers. idem dicendū de iniust. rupt.	41
1. Dotem 37. solut. matr.	166	1. Filio 17. de iniust. rupt.	40
1. Post dotem 41. sol. matr.	34	1. Vlt. in fine. de his qui in testam. del.	41
1. Caius. 45. sol. matr.	179	1. 2. de hered. instit.	145
1. Caius Scius 45. sol. matr.	8	1. 9. §. 2. sed & si quis. de hered. instit.	140
1. Estimatis 50. sol. matr.	140	1. Interdum 13. §. paterfamilias. de hered. instit.	248
1. Filix 59. solut. matr.	33	1. Item quod Sabinus 17. §. vl. de hered. instit.	242
1. 1. §. 1. de impens. in reb. dot. fact.	3	1. Hereditas 34. de hered. instit.	128
1. 5. de impen. in reb. dot. fact.	3. 6. 4	1. Illa institutio 32. de hered. institut.	237
1. Voluptariæ 7. de impen. in reb. dot. fact.	13. 3	1. Ex facto 35. §. vlt. de hered. inst.	10.

INDEX LEGVM.

242	1. Si minor 61. de acquir. hered.	103
1. In tempus 62. §. 1. de hered. institut.	1. Clodius 97. de acquir. hered.	316
242	1. Si minor. de acquir. hered.	101
1. Qui non militabat 78. de hered. inst.	1. Ventre. de acquir. hered.	18
272	1. 1. si quis omis. caus. test.	115
1. Et qui soluendo 88. de hered. instit.	1. Si quis cum sub. 8. si quis omis. cui test.	257
102. 212	1. Si filius 23. si quis omis. caus.	227
1. 2. de vulg. subst.	1. 2. §. vlt. si quis aliq. test. prohib.	130
1. 5. de vulg. & pupil. subst.	1. Ante tabulas 5. de iur. codicil.	223
1. 4. de vulgar.	1. 3. §. vlt. de iur. codicil.	225
1. Sed si plures 10. §. si ex affe. de vulg. & pupil. subst.	1. Conficiuntur 8. de iur. codicil.	177
1. Si filius 12. de vulg.	1. Qui graui 11. de iur. codicil.	121
1. Lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. subst.	1. Ab intestato 16. de iur. cod.	119
1. Ex duobus 34. §. vlt. de vulg. & pup. sub.	1. Penul. de iur. codicil.	119. 185
1. Cui ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pup. sub.	1. 1. de leg. 1.	261
1. Si pater 29. de vulgar.	1. Si ea toto 8. de leg. 1.	9
1. Cohæredi 41. §. cum filia de vulgar.	1. Si duobus 16. de leg. 1.	18
119. 242	1. Et quidem 18. de leg. 1.	266
1. Qui duos 42. de vulg. & pup. subst.	1. Legata inutiliter 19. de leg. 1.	172
258	1. Si creditori 28. §. vlt. de leg. 1.	176
1. Ex facto 43. §. vl. de vulg. & pup. sub.	1. Si autem 29. de leg. 1.	8. 168
236	1. Talis 30. §. fed etfi. de leg. 1.	197
1. Ex facto 44. §. iulius. de vul. & pup. subst.	1. Si ex pluribus 33. de leg. 1.	152
130	1. Plane 34. §. quod si rem de leg. 1.	77
1. Et si contra tabulas de vulg. & pup. subst.	1. Plane 340. si conianctim de leg. 1.	250
1. 1. de condit. instit.	1. Legato 37. de leg. 1.	254
1. 4. §. vlt. de condit. inst.	1. Quod in rerum 24. §. si quis post. de leg. 1.	210
1. Condiciones 9. de condit. inst.	1. Cum res 47. §. fed si Stichus. de leg. 1.	77
1. Ei qui 13. de condit. insti.	1. Si legati 56. de leg. 1.	95
1. Mulier. 20. §. 1. de condit. inst.	1. Si ita 65. §. 1. illi si volet. de leg. 1.	79
1. Vlt. de condit. inst.	1. Licet Imperator. 74. de leg. 1.	177
1. Aristo 5. de iure deliber.	1. Licet Imperator 74. de leg. 1.	184
1. Aristo 28. de acquir. hered.	1. Si pecunia 77. de leg. 1.	8
1. Si quis heres 35. de acquir. hered.	1. Si pecunia 77. de leg. 1.	170
176	1. Non quocunque 82. §. fundus. de leg. 1.	249
1. Cum quidam 30. §. suum heredem. de acquir. hered.	1. Non quocunque 82. §. vlt. de leg. 1.	78.
1. Quæsitum 40. de acquir. heredit.	1. Huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1.	77. 96. 228. 280
51	1. Huiusmodi 84. §. cum pater. de leg. 1.	165
1. Iulianus 42. de acquir. hered.	1. duobus 85. de leg. 1.	251
49		
1. Necessariis 57. de acquir. hered.		
1. Qui patri 59. de acquir. hered.		

INDEX LEGVM.

l. Quid ergo 90. de leg. 1.	98	2.	170. 171
l. Quidam 96. §. quoties de leg. 1.	130	l. Cùm pater 77. §. à te peto. de leg. 2.	267
l. Si sic legatum 75. §. 1. de leg. 1.	202	l. Debitor 82. de leg. 2.	173. 279
l. Si seruus 70. de leg. 1.	124	l. Caius Scius 86. de leg. 2.	11
l. Licet Imperator. 70. de leg. 1.	202	l. Titia 87. §. Imperator. de leg. 2.	135
l. Si seruus 108. §. qui margarita. de leg. 1.	170. 238. 30. 106	l. Titia Seio 87. §. vsuras. de leg. 2.	274
l. Seruo alieno 113. §. sed si pater. de legat. 1.	199	l. Lucius 88. §. impuberem. de legat. 2.	165
l. Filiusfamilias 114. §. vt quis hæredem. de leg. 1.	237	l. Mæuius §. 1. de leg. 2.	5
l. Ab exhæredati. 126. de leg. 1.	200	l. 1. §. vlt. de legat. 3.	183
l. Si creditori 128. de leg. 1.	123	l. 3. §. si rem de legat. 3.	175
l. Si hæres 180. de legat. 1.	123	l. Si deportati 7. §. vlt. de leg. 3.	174
l. Sed duobus 5. de leg. 2.	172	l. Si deportati 7. §. vlt. de leg. 3.	168
l. Si quis Titio 17. de leg. 2.	136	l. Fideicommissa 10. §. cùm esset. de legat. 5.	263
l. Et Proculo 20. de leg. 2.	249	l. Fideicommissa 11. §. si rem suam. de leg. 3.	9
l. Grege 21. de leg. 2.	210	l. Fideicommissa 11. §. si quis decem. de leg. 3.	11
l. Lucius Titius 22. de leg. 2.	165	l. Cùm quis. 35. §. pater. de leg. 3.	170
l. Pater 29. de legat. 2.	179	l. 36. §. Codicillis. de leg. 3.	7. 8
l. Si quis quos 31. de leg. 2.	136	l. Pater filium. 38. §. fideicommissit. de leg. 3.	137
l. Titia 34 §. qui inuita de leg. 2.	163	l. Post emancipationem 40. §. vlt. de legat. 3.	29
l. Legatum 36. de leg. 2.	252	l. Post emancipationem 40. de legat. 3.	111
l. Si ita relicta 43. §. Pegasus. de leg. 2.	210	l. Vxorem 41. §. testamento. de legat. 3.	34
l. Cùm ab vno 53. de leg. 2.	6	l. Vxorem 41. §. legauerat. de leg. 3.	11
l. Iulianus 80. de leg. 2.	136	l. Si fundus 44. de leg. 3.	10
l. Si Titio & Mæuius 61. §. 1. de legat. 2.	177	l. Item legato 49. §. pen. de leg. 3.	126
l. Si Titio 61. §. vlt. de leg. 2.	103	l. Quæsitum 78. §. 1. de leg. 3.	11
l. Si Titio 61. §. Iulianus de leg. 2.	184	l. Item legato 79. §. penult. de legat. 3.	179
l. Cùm proponebatur 64. de legat. 2.	237. 8	l. Si chorus 79. §. 1. de leg. 3.	11
l. Mæuius 66. §. duorum de leg. 2.	79.	l. Coniunctim 80. de leg. 3.	250
141		l. Non aliter 83. §. vlt. de leg. 3.	87
l. Sequens quæstio 68. de leg. 2.	228	l. Quod his verbis 83. de leg. 3.	210
l. Imperator 70. §. cùm quidam de leg. 2.	237	l. Si ita 86. de leg. 3.	10. 11
l. Imperator 70. de leg. 2.	192	l. Re coniuncti 89. de leg. 3.	249
l. Cùm filius 76. §. hæres meus. de leg. 2.	220. 93	l. Prædiis 91. §. pater de leg. 3.	11. 13
l. Cùm pater 77. §. cùm existimaret. de leg. 2.	120. 269. 30	l. Si mihi 92. in princip. & §. vlt. de leg. 3.	11
l. Cùm pater. 77. §. cùm pater. 7. de leg. 2.	179	l. Si Titius ex parte 96. de leg. 3.	267
l. Cùm pater 77. §. donationis. de leg. 2.	121	l. Vlt. §. vlt. de leg. 3.	199
l. Cùm pater. 77. §. qui dotale. de legat.		l. Iauolenus 15. in fine de ann. leg.	2

l. Titia.

INDEX LEGVM.

l. Titia. 19. de ann. legat.	137	l. 4. de cond. & demonstr.	31
l. Annua 20. de ann. leg.	61	l. Is cui 18. de condit. & demonstr.	79
l. 1. de dot. præleg.	36	l. Qui heredi 44. §. 1. de cond. & demonstr.	292
l. 1. §. 1. de dot. præleg.	4	l. Intercidit 59. de condit. & demonstr.	159
l. 2. §. mulier. de dot. præleg.	174	l. Dies incertus 75. de cond. & demonstr.	197
l. 2. de dote præleg.	3	l. Cùm sub hac. 67. de cond. & demonstr.	80
l. dote 5. de dote præleg.	3. 7	l. Nonnunquam de condit. & dem.	79
l. Penult. de dot. præleg.	6	l. 1. §. id quod ex. ad leg. Falc.	176. 257.
l. Cùm ita 9. de opt. legat.	77	115	
l. Illud aut illud 19. de opt. legat.	255	l. Verbis 5. ad leg. Falcid.	173
l. 3. de instr. vel instr. legat.	209	l. Fundo 4. ad leg. Falcid.	228
l. Quæsitum 12. §. Celsus. de instrum. leg.	10	l. In ratione 11. §. tametfi. ad leg. Falcid.	31
l. Si ita 15. §. 1. de instrument. leg.	10	l. In ratione 11. §. quod vulgo. ad leg. Falcid.	199
l. Cùm de Lanionis. 18. §. penult. de instr. vel instr. legat.	12	l. Si creditor 12. ad leg. Falcid.	157
l. Seix 20. de instr. vel instr. leg.	11	l. Pater 14. ad leg. Falcid.	258. 168. 155
l. Si mancipia 29. de instr. vel instr. legat.	210	l. Quod bonis 15. ad leg. Falc.	212
l. Quæsitum 12. §. sed si fundus. de instr. vel instr. leg.	12	l. Filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.	114.
l. Fundus 24. de instr. vel instr. leg.	7	155	
l. Stichus 16. de pecul. legat.	139	l. Si fundus 23. ad leg. Falc.	158. 37. 157
l. Legat 9. de suppell. leff.	13	l. Lineam 26. ad leg. Falc.	253
l. Pecuniæ 8. de alim. legat.	136	l. In ratione 30. §. tametfi. ad leg. Falcid.	264. 255. 259. 256
l. 3. de aur. & arg. legat.	159	l. Si seruus 33. ad leg. Falcid.	32
l. Species 15. de aur. & arg. leg.	21	l. ad Veterani 40. ad leg. Falc.	257
l. Argumento 25. §. si quis addiderit. de auro & argento leg.	10	l. Ex asse 52. ad leg. Falc.	31
l. Pediculis 32. §. item cùm quærentur de aur. & arg. leg.	10	l. Cùm quo 56. §. vlt. ad leg. Falc.	269
l. Penult. §. vlt. de aur. & arg. leg.	11	l. Si fundus 65. ad leg. Falc.	17
l. Si quis reum 5. in princip. de liberat. legat.	192. 193	l. Quoties 67. ad leg. Falc.	258
l. Non solum 7. §. 1. de liber. leg.	193	l. In quantitate 74. §. vlt. ad leg. Falcid.	255
l. Legani 25. de liber. leg.	202	l. In quantitate 74. §. vlt. ad leg. Falcid.	201
l. Aurelius 28. §. vlt. de liber. leg.	8	l. Quod si alterutro 78. ad leg. Falc.	178
l. 1. de adim. legat.	43	l. In quantitate 79. ad leg. Falc.	174
l. 3. §. conditio de adim. legat.	163	l. Titia 86. ad leg. Falc.	266. 263. 264
l. Cùm centum 9. de adim. leg.	259	l. Qui fundum 87. §. qui filium ad leg. Falcid.	176
l. Seruus 27. §. vlt. de adim. legat.	118	l. Si heres 90. ad leg. Falcid.	265
l. Filio penul. §. 1. de adim. legat.	135	l. In quartam 91. ad leg. Falcid.	264
l. Cum tabulis §. quoniam. de his quæ vt indigni.	125	l. Acceptis 93. ad leg. Falcid.	262
l. Cum tabulis. 16. de his quæ vt indigni.	314	l. 1. §. interdum. si cui plus quam.	32
l. Si testamentum 24. de his quæ vt indigni.	316		

i iij.

INDEX LEGVM.

1.3. §. vlt. si cui plus quam.	235	1. Non putavit. 8. de bon. poss. cont. tab.	41
1.1. §. incidit ad S. C. Treb.	272. 163	1. Si duobus. 12. §. 1. de bonor. poss. contra tab.	41
1.2. ad S. C. Trebell.	229. 180	1. Si ex duobus 14. de bon. poss. cont. tab.	226
1. Quia poterat 4. ad S. C. Tertyll.	8.	1. Filium. 20. §. sed cum exheredatio de bon. poss. cont. tab.	128
	212	1. Quod vulgo. de bon. poss. cont. tab.	41
1. Recufare 6. §. 2. ad S. C. Treb.	130	1. Pen. de bon. poss. cont. tab.	42
1. Sed sciendum. 7. ad S. C. Trebell.	290	1. Is qui. 15. de leg. prest.	42
1. Ille à quo. 13. §. quid ergo. ad S. C. Trebell.	298	1. Si duo. 16. de leg. prest.	42
1. Apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. ad S. C. Trebell.	49	1. 4. de dot. collat.	165
1. Nam quod 14. §. vlt. ad S. C. Treb.	30.	1. Vlt. de dot. collat.	168
	298. 260	1. 1. §. 1. si quis prima. de vent. in poss. mitt.	19
1. Cogi. 16. §. inde quæritur. ad S. C. Trebell.	182	1. 1. §. si pater. 13. de vent. in possess. mitt.	136
1. Ex facto 17. in princip. ad S. C. Treb.	238	1. Scriptus. 12. de Carbon. edicto.	19
1. In fideicommissaria. 18. §. 1. & vlt. ad S. C. Trebell.	265	1. §. de success. edict.	105
1. Vbi putè. 19. §. 1. ad S. C. Trebell.	162	1. Vlt. de success. edict.	104
1. Hæres 21. ad S. C. Treb.	258	1. 1. §. sciendum. de suis & legit.	104
1. Ita tamen. 27. §. qui suspectam. ad S. C. Trebell.	51	1. 1. de suis & legit.	115
1. In fideicommissaria. 28. ad S. C. Treb.	210	1. 2. §. vlt. de suis & legit.	297
1. Ex affe. ad S. C. Trebell.	6. 139	1. Si ex pluribus. 9. de suis & legit.	317
1. Si quis priore. 29. ad S. C. Treb.	242	1. Si ex pluribus. 9. de suis & legit.	184
1. Scribit 33. ad S. C. Treb.	210		
1. Cum hereditas 36. ad S. C. Treb.	235		
1. Cum hereditas. ad S. C. Treb.	157		
1. In fideicommissariam. 38. §. vlt. ad S. C. Treb.	270		
1. Vbi putè. 19. §. 1. ad S. C. Treb.	237		
1. Si patroni. 55. §. qui fideicommissam. ad S. C. Treb.	42		
1. Debitor. 59. §. vlt. ad S. C. Treb.	7		
1. Si eius 64. §. vlt. ad S. C. Trebell.	31		
1. Epistolam. 75. ad S. C. Treb.	179		
1. Lucius 78. §. 1. ad S. C. Treb.	136		
1. 1. §. si quis sub. vt legat. vel fideico.	95		
1. vlt. §. 1. vt legat. nom.	33		
1. Vlt. §. 1. vt legat. nom. cau.	36		
1. Sed cum patrono. 6. §. pen. de bonor. poss.	115		
1. 1. §. vlt. si tab. testam.	42		
1. 4. de bonor. poss. cont. tab.	19		
1. 5. de bonor. poss. cont. tab.	19		

Ex Digesto Nouo.

1. Non solum 8. §. si cū possem. de oper. nou. nunt.	113
1. Prætor. 20. §. hoc autem interdictū. de op. nou. nunt.	112
1. Stipulatio 21. §. habet. de oper. nou. nuntia.	92
1. 4. §. hoc autem iudicium de dam. infect.	94
1. 6. de damn. infect.	ibid.
1. Prætor ait 9. §. 1. de damn. infect.	94.
	83. 113.
1. Quid de creditore 11. in fine. de dam.	83.
1. Qui bona 33. §. de illo. de damn. infect.	63
1. Qui bona 13. in princip. de damn. inf.	83
1. Qui bona 13. §. 1. de damn. inf.	113
1. Si finita 25. §. vlt. de damn. inf.	94
1. Damni.	

INDEX LEGVM.

1. Damni. 18. §. ei cuius. de damn. infect.	63	1. Sine 25. de vsucap.	39
1. Si ædibus 32. de damn. inf.	ibid.	1. Cum vir 42. de vsucap.	172
1. Ex damni 40. §. pen. de damn. infect.	113	1. 2. §. si à furioso. pro empto.	39
	113	1. 6. §. 1. de re iudic.	123
1. Ex damni 40. de damn. inf.	52. 214	1. Intra 7. de re iudic.	1. 1. 2
1. Ex damni 40. §. 1. in fine. de damn. inf.	64	1. Si quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic.	276
1. Damni 43. §. cum parietem. de damn. inf.	66	1. Quod iussit 14. de re iudic.	273
1. Damni 43. §. 1. de damn. inf.	63	1. Si quis ab alio 13. §. vltim. de re iud.	307
1. Inter quos 39. de damn. inf.	63	1. A diuo pio 15. §. sed cum emptor. de re iud.	232
1. Supra 11. §. officium. de aqu. plu. ar.	113	1. A diuo pio. 15. de re iudic.	159
1. Absenti 10. de donatio.	122	1. Sicut 21. de re iudic.	75
1. Lucius 32. de donat.	86	1. Sed hoc ita 22. de re iudic.	76.
1. Qui id quod 33. §. vlt. de donat.	73	1. Nefennius 41. de re iud.	73
1. Libertas 17. §. vltim. de manum. test.	295	1. Si quis dolo 51. §. 1. de re iud.	194
	130	1. Ex contractu 4. de re iud.	102
1. Quod diuo 50. de manum. test.	130	1. 2. §. vlt. quib. ex caus. in poss.	58
1. Cum quæstio 30. §. sed et si suos. de fideic. libert.	102	1. 6. §. 1. quib. ex caus. in poss.	38
1. Caij Cassij 35. de fideic. libert.	226	1. Fulcinus 7. §. si in diem. quib. ex caus. in.	195
1. 4. §. 1. de statulib.	6. 12. 233	1. Penult. §. vltim. quib. ex caus. in poss.	195
1. Si statulibera 6. §. si filiusfamilias. de stat. liber.	155	1. Prætor. 9. §. generaliter. de reb. auth. iud. poss.	97
1. Statuliberum 9. §. pen. de statuliber.	2. 7. 59. 60	1. Cum bona 16. de reb. auth. iud. possid.	230
1. 7. §. si ex diuerso. de acquir. rer. dom.	48	1. Paterfamilias 28. de reb. auth. iud. possid.	49
1. Si procurator 3. de acquir. rer. dom.	209	1. Quod quis. 34. de reb. author. iud. poss.	67
1. Qui bona 23. §. tam diu. de acquir. rer. dom.	285	1. In venditionem de reb. auth. iud. poss.	83
1. Quæsitum 40. in fin. de acquir. rer. dom.	189	1. 1. & 2. de curat. bon. dan.	238
1. Quæsitum 40. de acquiren. rer. dom.	187	1. Ait prætor 10. §. penult. quæ in frau. credit.	148
1. Bonæ fidei 48. de acquiren. rer. dom.	ibid.	1. 2. in princ. de interd.	85
1. Per seruum donatum. 57. de acq. rer. dom.	190	1. 1. §. si quis ex mortis. quod leg.	255
1. 1. §. si vir vxor. de acq. poss.	190	1. 1. §. hanc dictionē. ne vis fiat ei & c.	4. 19. 195
1. 1. de vsucap.	40	1. 3. §. condemnatio. de tab. exhibend.	196
1. 4. §. lana. de vsucap.	167	1. 2. de vi & vi armata.	148
1. Si aliena 10. §. vlt. de vsucap.	62	1. 3. §. cum igitur. de vi & vi armat.	86
1. Pignori 13. §. cum qui. de vsucapion.	39	1. 1. §. 1. vti possid.	85
		1. 2. de riuis.	45. 223

INDEX LEGVM.

l. Semper 15. §. hoc interdicto. quod vi aut clam. 309	l. Stichum 16. de verb. oblig. 77
l. Semper 15. §. cum autē. quod vi aut clam. 105	l. Qui bis 18. de verb. oblig. 101
l. 1. de precar. 87	l. Si diuortio 21. de verb. oblig. 101
l. Quæsitum 85. §. illud. de precar. 105	l. Si ex legati. 23. de verb. obligat. 20. 143
l. 1. §. 1. de Saluia. interd. 85	l. Scire 29. de verb. oblig. 45
l. Si mater 11. §. si quis iter. de excep. rei iud. 43	l. Stipulatio ista 38. §. in stipulationibus. de verb. oblig. 45
l. Egi tecum 26. de excep. rei iud. 43	l. Eum qui Calendis 41. §. 1. de verb. oblig. 151
l. 1. vers. plane. de diuers. tempor. pres. 239. 153	l. Stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig. 277. 7
l. 4. de diuers. & tempor. prescrip. 150. 151	l. Stipulatio ista 38. §. inter. de verb. oblig. 1. 1. 1
l. Cum heres 11. de diuers. & tem. pres. 145	l. Stipulatio ista 38. §. eum qui dicat. de verb. oblig. 45
l. Dolo facit. de dol. mal. except. 253	l. Eum qui 41. §. vlt. de verbor. obligat. 1. 1. 2.
l. 3. de oblig. & action. 218	l. Quodcumque 45. §. si ita quis. de verb. oblig. 8
l. Si quis absentis 5. de obligat. & act. 7	l. Quod quis 50. de verb. oblig. 1. 1. 1
l. Ex depositi 12. de oblig. & act. 23	l. Eum qui 56. §. qui sibi. de verb. oblig. 117
l. Ex promissione 19. de oblig. & act. 279	l. Eum qui 56. §. si à te. de verb. oblig. 100
l. Traiectitiæ 23. de obligat. & action. 278	l. Qui usufructum 58. de verb. oblig. 100. 101. 43
l. Obligationes 27. de oblig. & action. 222	l. Stipulationes 72. §. vlt. de verb. obl. 275
l. Non solum 31. de oblig. & act. 293	l. Interdum. 73. §. si seruus de verb. oblig. 151
l. Qui seruum 34. §. si is cui. de oblig. & action. 137	l. Interdum. 73. de verb. oblig. 275
l. In honorariis 35. de oblig. & action. 143	l. Vbi autem. 75. §. vlt. de verb. oblig. 289. 307
l. Actionis 37. de action. & obligat. 94	l. Ad diem. 77. de verb. oblig. 275
l. Is cui 42. de oblig. & act. 227	l. Impensæ. 79. de verb. oblig. 1. 2. 3
l. Ex contractibus 49. de oblig. & act. 23	l. Cum filius familias. 79. de verb. obligat. 70
l. Sciendum 58. de obligat. & action. 144	l. Quoties. 80. de verb. oblig. 79
l. Pupillus 59. de oblig. & act. 69	l. In conuentionalibus. 82. de verb. oblig. 279
l. 2. §. item si in facto. de verb. obligat. 111. 18	l. Nemo 82. & 87. de verb. oblig. 78
l. 2. §. ex his. de verb. oblig. 112	l. Inter stipulantem. 83. §. si rem. de verbor. oblig. 77
l. 2. de verb. oblig. 111. 108	l. Inter stipulantem. 83. §. si stipulante. de verb. oblig. 99
l. 4. §. cato. de verb. oblig. 108	l. Si insulam. 84. de verb. oblig. 275
l. 4. §. vlt. de verb. oblig. 112	l. In executione. 85. §. quod si stipulatus. 77
l. Si ita stipulatus essem 14. de verb. oblig. 275	

INDEX LEGVM.

tus. de verb. oblig. 111	l. Te hominem. 32. de nouat. 99
l. In executione. 85. §. infolidum. de verb. oblig. 113	l. Penult. de nouat. 73
l. Mora. 88. de verb. oblig. 70. 71	l. Vlt. §. vlt. de nouat. 99
l. Si seruum. 91. de verb. oblig. 57. 310	l. Vero procuratori. 12. de solut. 205
l. Si seruum. 91. §. nunc videamus. de verb. oblig. 73	l. Seruus. 18. in princip. de stipul. seru. 155
l. Si seruum. 91. §. sequitur. de verb. oblig. 275. 143	l. Si decem. 21. de solut. 38
l. Ita stipulatus. 115. de verb. oblig. 83	l. Qui hominem. 34. §. vlt. de solut. 59
l. Qui Romæ. 122. de verb. oblig. 1. 1. 1	l. Qui hominem. 34. §. si gener. de solutio. 166
l. Quod dicitur. 130. de verb. oblig. 292	l. Si pater meus. 36. de solut. 19
l. Si ita quis. 135. §. Seia. de verb. oblig. 276	l. Cum quis. 38. §. penult. de solut. 70
l. Continuus. 137. §. illud. de verb. oblig. 294	l. Cum quis. 38. §. 1. de solut. 138
l. Continuus. 137. §. cum ita. de verb. oblig. 1. 1. 2	l. Cum quis. 38. §. vlt. de solut. 9
l. Cum ex causa. 139. de verb. oblig. 113	l. Si soluturus. 39. de solut. 53
l. Seruus hereditarius. 16. de stipul. seru. 155	l. Qui res suas. 59. §. mihi reum. de solut. 206
l. Liber homo. 20. de stip. ser. 187	l. Si ita stipulatus. 59. de solut. 205
l. Si seruus. 25. de stipul. seruo. 150. 151	l. In perpetuum. 61. de solut. 77
l. Ususfructus. 26. de stipulat. seruor. 82. 154	l. Quod certa. 70. de solut. 1. 1. 2
l. 4. de fideiuss. 24	l. Qui decem. 72. §. Stichum. de solut. 77
l. 5. de fideiussor. 9. 162	l. In solidum. 85. de solut. 239
l. Qui contra. 11. de fideiussor. 154	l. Egisti. 86. de solut. 38
l. Cum reus 14. de fideiuss. 162	l. Si mihi. 92. de solut. 59
l. Heres à debitore. 21. §. quod si hic seruus. de fideiuss. 37. 162	l. Si duo. 93. in fine. de solut. 9
l. Cum lex. 46. de fideiuss. 193	l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quæsitum. de solut. 117
l. Si quis pro eo. 56. §. 1. de fideiuss. 37	l. Stichum. 95. §. 1. de solut. 63. 70
l. Vbicumque. 60. de fideiuss. 157	l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de solut. 9. 162
l. Granius. 71. de fideiuss. 37	l. Qui res. 98. §. mihi decem. de solut. 1. 1. 2
l. 1. de nouation. 68	l. Cum quis. §. penult. de solut. 38
l. 2. de nouat. 98	l. Cum quis. §. vlt. de solut. 162
l. 3. de nouat. 68	l. Cum quis. §. si hominem. de sol. 2. 7. 58
l. Stichum. 8. §. 1. de nouat. 93	l. In diem. 5. de acceptil. 193
l. Si pupillus. 9. §. vlt. de nou. 43. 45. 93	l. Species. 11. §. vlt. de accept. 151
l. Si pupillus. 9. §. qui sub conditione. de nouat. 198	l. Et per iusiurandum. 13. §. 1. de accept. 43
l. Quoties. 14. de nouat. 198	l. Si accepto latum. 19. §. 1. de accept. 193
l. Creditor. 12. §. Papinianus. de nouat. 68	l. Si sub conditione. 21. de stipul. 92
l. Si is cui. 15. de nouat. 99	l. 1. rem pup. sal. fore. 95
l. Aliam. 29. de nouat. 95. 101	l. 2. rem pup. sal. fore. 95
l. Si rem. 31. §. si duo. de nouat. 101	l. 4. §. generaliter. rem pup. sal. fore. 95
	l. 6. indicat. solui. 92

INDEX LEGVM.

1. Cum quærebatur 13. §. proinde. <i>iud. sol.</i>	276	1. Ut si cui 22. §. vltim. <i>de verb. signific.</i>	239
1. Ex clausula 17. <i>iud. solu.</i>	92	1. 49. <i>de verb. signif.</i>	31
1. Amplius 15. <i>rem. rat. hab.</i>	58	1. Sæpe 53. <i>de verb. signif.</i>	44-99
1. Non solum 20. <i>rem. rat. hab.</i>	94	1. Iurestarius 64. <i>de verb. signif.</i>	103
1. Vlt. §. vlt. <i>rem. rat. hab.</i>	<i>ibid.</i>	1. 79. <i>de verb. signif.</i>	12. 4
1. 1. <i>de prinat. delict.</i>	148	1. Impensa 89. <i>de verb. signif.</i>	47
1. Qui vas 46. §. vlt. <i>de furt.</i>	216	1. Debitor 108. <i>de verb. signif.</i>	175
1. Si seruus communis 61. §. quod verò <i>de furt.</i>	69. 105. 106	1. Pecuniæ 178. §. actioni <i>de ver. signif.</i>	161
1. Qui vas 58. §. ancilla. <i>de furt.</i>	62	1. Pronuntiatio 195. §. penult. <i>de verb. sig.</i>	31
1. Si quis vxori 52. in princ. <i>de furt.</i>	139	1. Cedere diem 213. <i>de verb. sig.</i>	151
1. A Titio 64. in fine. <i>de furt.</i>	52	1. 5. <i>de reg. iur.</i>	39
1. Vlt. <i>de furt.</i>	150	1. Contractus 23. <i>de reg. iur.</i>	105
1. Vlt. <i>de fideiuss. tutor.</i>	24	1. Diuus 28. <i>de reg. iur.</i>	73
1. Si quis iniuriam 35. <i>de iniur.</i>	103	1. Semper 34. <i>de reg. iur.</i>	100
1. Si quis iniuriam 35. <i>de iniur.</i>	162	1. Secuti 38. <i>de reg. iur.</i>	142
1. 1. <i>de sepul. violat.</i>	149	1. Cuius per 53. <i>de reg. iur.</i>	229. 258
1. 4. <i>de præuari.</i>	149	1. Nemo enim 87. <i>de reg. iur.</i>	144
1. 1. <i>de crim. stellion.</i>	149	1. Nulla 88. <i>de reg. iur.</i>	276
1. 2. <i>de crim. stellion.</i>	148	1. Cum seruo 197. <i>de reg. iur.</i>	145
1. 3. <i>de crim. stell.</i>	<i>ibid.</i>	1. Ad ea 157. §. vlt. <i>de reg. iur.</i>	23
1. Si fideicommissum 50. §. 1. <i>de iudicijs</i>	II	1. Quæ propter 162. <i>de reg. iur.</i>	40
1. Miles 11. §. quærebatur <i>ad leg. Iul. de adult.</i>	107	1. Non est singulis 176. <i>de reg. iur.</i>	253
1. Mariti 29. §. plectitur. <i>de adult.</i>	8	1. Quod quis 203. <i>de reg. iur.</i>	70
1. Mariti 29. §. plectitur. <i>de adult.</i>	92		
1. 1. §. ex illa <i>ad leg. Corn. de fals.</i>	67		
1. Qui duobus 21. <i>ad leg. Corn. de fals.</i>	149		
1. Qui coetu 5. §. vlt. <i>ad leg. Iul. de vi. pu.</i>	89. 92		
1. Si quis viduam 5. <i>de quæst.</i>	88		
1. 1. §. generaliter. <i>de pænis.</i>	163		
1. Cicero 39. <i>de pæn.</i>	147		
1. 5. <i>de bon. damnat.</i>	34. 74		
1. 1. §. diuus. <i>de iure fisci.</i>	130		
1. 2. <i>de iure fisci.</i>	66		
1. Aufertur 46. in princ. <i>de iur. fisci.</i>	317		
1. Vlt. <i>de iure fisci.</i>	27		
1. Pater 10. <i>de cap. &amp; postl.</i>	112		
1. Quod si filius 11. <i>de cap. &amp; postl.</i>	116		
1. Hæreditate 19. §. pater. <i>de capt. &amp; postl. reu.</i>	118		
1. Bona 22. <i>de cap. &amp; postl. reu.</i>	115		
1. 2. <i>de cast. pecul.</i>	155		
1. Creditorem 85. <i>de legat.</i>	165		

Ex Codice.

1. Transigere 18. <i>Cod. de transactio.</i>	88
1. 1. & 2. <i>C. de form. &amp; impet. actio. sub.</i>	160. 162
1. Si quando 35. §. illud. <i>Cod. de inoff. testam.</i>	212
1. 3. <i>Cod. de inoff. donat.</i>	132
1. Si mater 7. <i>Cod. de inoff. don.</i>	133. 134
1. Vlt. <i>Cod. de inoff. donatio.</i>	131
1. Si ex ea pecunia 6. <i>C. de rei vind.</i>	215
1. Si vt proponis 8. <i>Cod. de rei vind.</i>	215
1. Certum 22. <i>Cod. de rei vind.</i>	187
1. Nullo 24. <i>Cod. de rei vind.</i>	39
1. Demum. <i>C. de rei vind.</i>	48
1. Interest 6. <i>Cod. de vsuf.</i>	141
1. Filium 24. <i>C. fam. ercis.</i>	260. 264. 266
1. Certum. <i>Cod. fam. ercis.</i>	271
1. Si patruus. <i>C. com. vtr. iud.</i>	209. 215
1. Penult. <i>Cod. ad exhib.</i>	7
1. Actori 8. <i>C. de reb. cred.</i>	233

INDEX LEGVM.

1. 1. si cert. petat.	147	1. Cum alienam. 10. <i>de leg.</i>	17
1. 3. <i>de condict. ex lege.</i>	191	1. Penult. in fine. <i>de verb. signif.</i>	99
1. 2. plus valere. quod agit.	209	1. Cum virum. 16. <i>de fideicom.</i>	163. 266
1. 7. pro socio.	209	1. Cum virum. 16. <i>de fideicom.</i>	266
1. 2. pro socio.	215	1. Ea quam. 14. <i>de fideicom.</i>	298
1. Cum res 4. <i>C. de contr. empt.</i>	133	1. Et in epistola. 22. <i>de fideicom.</i>	122
1. 2. de rescind. vendit.	133	1. Hæredum. 25. <i>de fideic.</i>	257
1. 4. 5. 6. <i>de peri. &amp; com. rei vend.</i>	33	1. Vlt. <i>comm. de leg.</i>	255
1. Qui aliena. <i>si quis alter.</i>	15	1. Vlt. <i>ad leg. Falcid.</i>	258
1. 4. <i>de pact. inter emp. &amp; vend.</i>	102	1. Vlt. §. eum. <i>autem. ad Trebell.</i>	198
1. Quoties 5. <i>de iur. dot.</i>	4. 241	1. 4. <i>ad Trebell.</i>	179
1. Ex pecunia dotali. 12. <i>C. de iure dot.</i>	25	1. Vni. §. vbi. <i>autem. de cad. toll.</i>	252
1. Pro oneribus. 20. <i>de iure dot.</i>	13	1. Vnic. §. in nouissimo. <i>C. de cad. toll.</i>	298
1. Si inter. 21. <i>de iure dot.</i>	140	1. Vn. §. 1. <i>de cad. toll.</i>	179
1. Si generi. 26. <i>de iur. dot.</i>	7	1. Vn. §. his ita. <i>de cad. toll.</i>	102
1. Vn. <i>de rei vxor. act.</i>	107	1. Et de bonis mater.	8
1. Vni. §. 1. <i>de rei vxor. act.</i>	67	1. Bene à Zenone. <i>verf. eodemque. C. de quad. prof.</i>	40
1. Vnic. §. sed nec ob. <i>C. de rei vxor. act.</i>	2. 23	1. Vlt. <i>pro herede.</i>	39
1. Vnic. §. sciendum. <i>C. de rei vxor. act.</i>	61. 65	1. Quamuis. 17. <i>de pignor.</i>	216
1. Vnic. §. fileat. <i>C. de rei vxor. act.</i>	36.	1. 2. <i>de pignor.</i>	295
1. Vnic. §. & cum lex. <i>C. de rei vxor. a.</i>	37	1. Si generaliter. 6. <i>qui prior.</i>	298
1. Vnic. §. & cum lex. <i>C. de rei vxor. a.</i>	172	1. 2. <i>st. in eius iud. pig. cap. fit.</i>	130
1. Pactum 4. <i>de pact. conuent.</i>	7	1. Vlt. <i>si in causa iud.</i>	230
1. Pater 7. <i>de pact. conuent.</i>	7. 8	1. 1. <i>de infant. expol.</i>	48
1. 3. <i>de don. int. vir. &amp; vxor.</i>	62	1. Siue emancipatis. 17. <i>de donat.</i>	111
1. Si maritus 10. <i>Cod. de donat. inter vir. &amp; vxor.</i>	62	1. Propter 7. <i>de adulter.</i>	107
1. Donationes quas parentes. <i>C. de donat. int. vir. &amp; vxor.</i>	132	1. Castitati 9. <i>ad leg. Iul. de adult.</i>	88
1. 4. <i>solut. matr.</i>	33	1. De crimine. 10. <i>C. ad leg. Iul. de adult.</i>	88
1. 1. <i>rer. amot.</i>	143	1. Vni. <i>de rap. &amp; virgin.</i>	89
1. 2. <i>rer. amot.</i>	139	1. De fide. 16. <i>ad leg. Corn. de fals.</i>	91
1. Vlt. <i>rer. amot.</i>	145	1. 2. <i>de donat. cau. mort.</i>	256
1. Pro socio 20. <i>C. de administ. tutor.</i>	67	1. Illam. <i>de collat.</i>	34
1. 3. <i>arbit. tut.</i>	215	1. Illam. <i>de collat.</i>	35
1. 3. <i>de fideiuss.</i>	38	1. Si donatione. 13. <i>de collation.</i>	131
1. Iure 5. <i>de fideiuss.</i>	38	1. 2. <i>de dot. caut. non num.</i>	61
1. Vlt. <i>de fideiuss.</i>	38	1. 3. <i>de euitio.</i>	154
1. 2. <i>de magist. conuen.</i>	23	1. Vnic. <i>ex delict. defunct.</i>	42
1. Post aditam. <i>de impub.</i>	104	1. 2. <i>de hered. act.</i>	147
1. Post aditam 5. <i>Cod. de impub. &amp; alijs sub.</i>	102	1. 1. <i>de crimin. stellion.</i>	149
1. 3. <i>de liber. prater.</i>	163	1. Captum 9. <i>de postlim. reu.</i>	114
1. Siue initio. <i>de codicill.</i>	224	1. Ius postliminij. 14. <i>C. de postlim. reu.</i>	114
		1. Vlt. <i>de ser. pig. dat.</i>	215
		Auth. in successione. <i>C. de suis &amp; legit.</i>	34

INDEX LEGVM.

l. 3. C. de reb. aut. iud. poss.	39	§. Præterea. quib. mod. tol. obl.	99
l. 17. C. de locat.	56	§. At si ita. de verb. obl.	82
l. 2. C. de locat.	56	§. Impossibilis. de inutil. slip.	294
l. Vlt. C. de nouat.	93. 98	§. Cum autem. de empt. & vend.	53
l. 1. C. de petit. hered.	192	§. Recte. mand.	69
l. 2. C. de pedan. iudic.	159. 254	§. I. de loc. & cond.	281
<i>Ex Institutionibus.</i>		§. Vlt. de oblig. quæ ex delict. nas.	142
§. Prætorum Inst. de iur. natur.	52	§. Quis autem verbis. de leg. Aquil.	147
§. Ergo Inst. de nuptiis.	126	§. Pena autem. de iniur.	164
§. Affinitatis. eod.	126	§. In summa.	150
§. Si quis a non. de rer. diuis.	18	§. Fuerat. de action.	101
§. venditæ.	10	§. De constituta.	205
§. certo. eod.	47	§. Ex maleficiis.	17. 147. 143
§. I. de hered. qual. & differ.	104	§. Namque.	39
§. vlt. ibid.	116	§. Antepe.	1. 2. 3
§. Si rei aliena. de legat.	77. 279	§. Plus autem.	78
§. Si generaliter 22. eodem.	254	§. Omnes autem.	52
§. Si cui fundus. eod.	279	§. Curare.	280
§. E contrario. eod.	173	§. Præterea. quod cum eo.	16
§. Ea quoque res. eod.	252	§. Non autem omnes. de per. pet. & tempor. action.	147
§. Si eadem res. eod.	250	§. Vlt. de replicat.	39
§. Hoc solum. de singul. reb. per fide.	237	§. Commodum. de interdicit.	145
§. Sed eum ante. de codicil.	224	§. vlt. de interdicit.	160
§. Placebat. de legit. agnat. succ.	102	§. Retinendæ.	85
§. Quos autem. de bono. poss.	49. 214	§. Tertia.	85
§. Vlt.	42	§. Omnium. de pæn. tem. litig.	277
		§. Si vero. de off. iud.	187

INDICIS LEGVM FINIS:

INDEX



INDEX AVTHORVM

QVORVM OPINIONES

vel recensentur vel refutantur.



<b>A</b>	<b>D</b>
CCVRSIVS 18. 100.	Duarenus. 149. 224. 110. 62.
186. 31. 65. 30. 15. 202. 278. 10.	
13. 105. 63. 152. 106. 97. 144.	<b>F</b>
172. 165. 294. 207. 208. 230.	Petrus Faber. 240.
231. 233. 234. 139. 140. 155. 295. 156. 171.	Arnaldus Ferrerius. 271.
78. 99. 130. 67. 59. 224. 235. 236. 121.	Melchior de Fillion. 237.
122. 123. 124. 125. 126. 47. 48. 263. 111.	
112. 66. 50. 51. 52. 53. 162. 163. 12. 87.	<b>G</b>
42. 104. 9. 28. 5. 77. 21. 86. 88. 148. 198.	Goueanus. 5. 32. 33. 153. 154. 181. 183. 269.
244. 4. 194. 214. 43. 158. 298. 159. 113.	249. 291. 151. 158. 159. 189. 264. 266.
114. 79. 80. 272. 255. 40. 297. 16. 91.	268. 180.
210. 32. 84. 338. 63. 64. 96. 282. 46. 33.	<b>I</b>
34. 45. 131. 132. 174. 274. 281. 227.	Ioannes. 46. 198. 4.
228. 222. 223. 61. 2. 76. 26. 296. 74. 75.	
117. 56. 133. 142. 184. 277.	<b>M</b>
Antoninus Augustinus. 244.	Manutius. 41.
Azo. 142. 198.	Martinus. 33. 34. 35. 36.
<b>B</b>	
Baro 153. 181. 93.	<b>O</b>
Ioan. Bachetus. 205.	Odofredus. 139.
Bartolus. 80. 42. 93. 14. 15. 198. 204.	
165. 230. 231. 147. 124. 126. 13. 272. 103.	<b>P</b>
104. 6. 169. 67. 152. 102. 278. 282.	Paulus sententiarum. 91.
Bulgarus. 116. 33. 34. 35. 36.	Ludouicus Pelisso. 43.
<b>C</b>	
Cicero. 234. 239.	<b>R</b>
Paulus Castrensis. 223. 229. 172. 147.	Robertus. 165. 166. 168.
Iacobus Cuiacius. 202. 224. 257. 265.	Rogerus. 165.
289. 215. 16. 178. 6. 176. 177. 123. 19.	
264. 209. 34. 185. 186. 144. 211. 86. 151.	<b>T</b>
156. 261. 195. 196. 207. 208. 200. 18.	Thalelæus. 7.
264. 165. 166. 277. 296.	<b>V</b>
	Laurentius Valla.



INDEX RERVM ET VERBORVM

QVÆ IN HIS SEX ANTONII

Fabri Coniecturarum libris continen-  
tur, ordine Alphabetico.

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



**A**bsentis loco est pupillus.  
qui tutorem non ha-  
bet 6.16.306.  
Abstentionis eadem que  
restitutionis potestas  
& vis est. 3.4.102.  
Accipiendi & retinendi differentia. 1.  
14.30.  
Accipimus quæ non habemus. 1.14.30.  
Accusatio adulterij publica est. 2.20.  
90.  
Actio. Acquiritur alteri per alterum 1.  
4.7. ¶ Non datur creditoribus in  
filium qui patris hereditate abstinuit  
2.2.51. ¶ Non extenditur ultra qua-  
druplum 2.3.52. ¶ Quæ alteri non  
potest ex vnus pacto aut stipulatio-  
ne 1.4.7. Nec etiam filio per matris  
pactum etiam dotale. ibid. ¶ Non  
venit ex contractu 4.1.145.  
Actio nec directa nec utilis acquiri filio  
per patrem non potest 1.4.7. ¶ Nulla  
est cum seruo 4.1.145. ¶ Utilis acqui-  
ritur nepoti ex pacto aui 1.4.8.  
Actio ex contractu non datur aliquan-  
do contra heredem 1.12.24. ¶ Damni  
infecti quoties interponi debeat 2.9.  
63. ¶ De Dolo toties cessat quoties ac-  
tio ex edicto restitui potest 2.12.71.  
¶ Non conceditur nisi in subsidium, &  
quanti alia deficiente. ibid. in id da-  
tur regulariter quod urgentis interest  
3.13.124. est famosa 4.2.149. ¶ De  
dote multa habet privilegia 3.3.101.  
bonæ fidei est. ibid. ¶ Ex empto est in  
simplum 2.3.52. ¶ Legis Aquiliæ pœ-  
nalis est 4.1.147. ¶ Negotiorum ge-

storum Datur illis omnibus quorum  
interest eo iudicio experiri 4.7.161.  
¶ De Peculio non datur in solidum 1.  
19.16. Separatur ab actione de in rem  
verso. ibid. ¶ Pœnalis perimere non  
solet rei persecutionem 4.19.195. non  
datur in heredem 4.1.143. ¶ Rerum  
amotarum Continet rei persecutio-  
nem 4.1.145. datur in solidum contra  
heredem 4.1.142. immo non datur in-  
solidum contra heredes, sed in quan-  
tum duntaxat ad eos peruenit 4.1.  
145. ¶ Ex Stipulatu induit naturam  
actionis tutelæ 3.3.101. ipso iure per-  
empta est 2.12.71. stricti iuris est 3.3.  
101. temporalis est 4.3.152. ¶ De Ta-  
bulis exhibendis pœnalis est 4.19.196.  
¶ Tutela bonæ fidei est. 3.3.101.  
Actionis mater obligatio. 5.10.219.  
Actionis de peculio & de in rem verso  
differentia 1.9.16. ¶ Ex conducto na-  
tura quæ. 2.15.56.  
Actionem Civilem qui habet frustra  
honorariam desiderat. 2.9.63.  
Actione de in rem verso non tenetur is,  
in cuius rem versam nihil est 1.9.16.  
¶ Vi bonorum raptorum agere possunt  
omnes, quorum ex quacumque causâ  
interest. 4.1.143.  
Actiones quæ rei persecutionem non ha-  
bent dantur aduersus heredes. 4.1.  
142. ¶ Pœnales verè ac merè quæ 4.  
19.195. ¶ Rei persecutorij transeunt  
in solidum contra heredem. 4.1.147.  
¶ Temporales perpetuantur litis con-  
testatione. 1.12.24. ¶ Viles introdu-  
ctæ sunt iure ex æquitate. 4.1.145.  
Actus Est ius agendi iumentum vel ve-  
hiculum.

INDEX MATERIARVM.

biculum. 1.20.44. ¶ Esse potest sine  
itinere. 1.20.43. ¶ sine seruitute  
itineris. 1.20.44. immo sine itinere  
esse non potest. 1.20.43.  
Actus & via differentia vide Diffe-  
rentias.  
Actum qui habet iter etiam habet. 1.20.  
43. sed tamen ita vt sine iumento ire  
non possit. 1.20.44. ¶ Ire agere tan-  
tum potest. ibid.  
Aduentitiæ dotis repetitio nulla est. 1.  
16.34.  
Adulterium cum incestu coniunctum,  
coërcetur duntaxat deportatione. 2.  
20.88.  
Adulterij accusatio publica est. 2.20.90.  
¶ Crimen capitale est. 2.20.89. san-  
guinis pœnam non irrogat. 2.20.88.  
Æquitas rationi strictæ contraria. 3.8.  
112.  
Æstimationem non recipiunt liberta-  
tes. 3.11.121.  
Affinitas Tollitur soluto matrimonio  
2.14.76.  
Alere debet Maritus uxorem. 2.8.61.  
¶ Pater filios ex suis bonis non ex do-  
te matris. 1.16.36.  
Alienatum Vinum non videtur quod  
nondum traditum est. 1.6.10.  
Anni appellatione, Significantur ciba-  
ria & vestiaria. 2.8.61.  
Argumentum Sumi non debet, ex eo  
quod benigne receptum est. 3.19.138.  
Aut pro Et. 3.3.100.  
Authoritas Legis certa est. 1.10.19.  
**B**ona vacantia pro Caducis. 3.16.  
130.  
Bonæ fidei possessor Distinguitur à præ-  
done. 2.1.46. ab eoque separatur. 2.6.  
57. ¶ Facit fructus suos 4.17.193.  
¶ Melior conditio esse debet quam  
prædonis. 2.1.48.  
Bonæ fidei est Tutela actio. 3.3.101.  
Bonorum appellatione Continetur id e-  
riam quod est in actionibus. 1.14.31.  
**C**alumniæ crimen famosum est. 4.  
2.149.  
Calumniatores omnes infames sunt. 6.  
6.272.  
Capitale est Crimen adulterij. 2.20.89.  
Capitis diminutione Vsfusfructus amit-  
titur. 3.10.118.  
Casuum diuersitas discernenda. 4.14.  
183.  
Causa Falsi ciuilitate intentari & exer-  
ceri potest. 2.20.91.  
Causa Filiorum favorabilior quam cœ-  
terorum. 4.15.185.  
Causæ & iura Continentur rei nomine.  
1.14.31.  
Cautio Interponitur idèd, vt quis tutior  
& securior sit. 92.  
Cautio Mutiana introducta est, in vlti-  
mis voluntatibus duntaxat. 2.16.83.  
non etiam in contractibus. 2.16.82.  
Codicilli ante tabulas testamenti facti  
quando valeant. 5.12.223. non aliter  
vires habent, quam si speciali postea  
voluntate confirmentur 5.12.224.  
Comparari potest negligentia latæ cul-  
pæ 1.12.24.  
Comparatur culpa dolo malo. ibid.  
Compensatio non fit ad lucrum conse-  
quendum, sed ad damnum vitandum.  
4.9.167.  
Conciliari Leges possunt quæ inter se pu-  
gnare videntur 1.10.18.  
Concubina esse non potest ingenua. 3.  
14.127.  
Concubina & uxoris differentia 3.14.  
126.  
Concubinas duas nemini iure habere li-  
cet 3.14.125.  
Condicere nemo potest, nisi qui rei do-  
minium ad se pertinere probauerit.  
4.1.143.  
Condici non potest, Pretium semel solu-  
tum 6.10.290.  
Condictio cessat ex iisdem causis ex qui-  
bus liberatio contingit. 2.7.59.  
¶ Competit cessante liberatione 2.7.  
59.  
Condictio Furtiua nihil aliud est quam  
rei furtiua persecutio. 4.1.148.  
¶ iij.

¶ Continet rei persecutionē ex se & sui natura. 4.1.148. ¶ Datur aduersus eum qui vi bona rapuit. 4.1.143. in solidam contra heredem. 4.1.142. ¶ non Extinguitur morte furis. ibid. ¶ Similis est actioni rerum amotarum. 4.1.145.  
 Conditio Dotis deterior fieri potest puto, liberis interuenientibus. 1.16.136.  
 Conditio Impossibilis pro non scripta habetur. 6.11.292. 6.12.244. in contractibus actum vitiat. 6.12.293. ea que demum habetur, cui natura ipsa impedimento est quominus existat. 6.12.294.  
 Conditiones Impossibiles in testamentis adiectæ pro non scriptis habentur. 6.7.290.  
 Coniunctio Accipitur pro Disiunctione. 3.3.99.  
 Consensu nudo Emptio perficitur. 2.4.53. ut & locatio. ibid.  
 Consuetudinis & moris que sunt, in bona fidei iudicijs venire debent. 2.3.52.  
 Contractus Do ut des & emptionis differentia triplex. 2.4.53.  
 Contractus & ultimarum voluntatum differentia. 6.12.293.  
 Conueniri potest socius de peculio pro peculio socij. 1.9.16. ¶ is solum potest in cuius rem versum est. ibid.  
 Creditor satisfiat. 2.17.83.  
 Crimen adulterij capitale est. 2.20.89. ¶ Pœnam sanguinis non irrogabat tempore Diocletiani & Maximiani. ibid. 2.20.88. ¶ Calumnie famosum est. 4.2.149. ¶ Præuarcationis item ibid. ¶ Raptus, pœnam sanguinis ingerit. 2.20.89. ¶ Sepulchri violati, pertinet ad legem Iuliam de vi publica. 4.2.149. ¶ Stellionatus infamiam non irrogat. 4.2.148.  
 Culpa Dolo malo comparatur. 1.12.24.  
 Culpa lata Comparari potest negligentia. ibid.

D

**D**annationis Legatum. 6.1.246.  
 Damnum Contingere non potest in re communi. 2.9.65.  
 Damni infecti stipulationis, & noui operis nuntiationis differentia. 3.8.113.  
 Dare nihil aliud est, quàm sic tradere ut fiat accipientis. 6.10.289.  
 Debitor Dicitur qui pecuniam debet. 4.12.175.  
 Deductionis verbum Exteditur ad extinctionem. 1.3.7.  
 Delicta impunita esse non debent. 2.12.71.  
 Demonstratio falsa legati, Legatarionō nocet. 5.2.203.  
 Depositem ex matris voluntate filio restituendum est. 1.4.8.  
 Depositi Actio acquiri per matrem filio non potest. ibid.  
 Dies incertus pro conditione habetur. 4.20.197.  
 Diei adiectio est pro reo non pro stipulatore. 1.1.2.  
 Differentia Actionis de peculio & de in rem verso. 1.9.16. ¶ Conditionis que in faciendo & que non consistunt. 2.15.80. ¶ Creditoris pignoratitij & bona fidei emptoris. 2.17.84. ¶ Emptionis & contractus do ut des triplex. 2.4.53. ¶ Fructus & Mercedis. 1.13.28. ¶ Iudiciorum bona fidei & stricti iuris. 4.7.160. ¶ Iuris accrescendi & substitutionis. 4.13.178. ¶ Legati per damnationē & per præceptionem. 6.1.246. ¶ Legati & prælegati. 6.4.266. ¶ Legati fundi instructi, & legati fundi cum omnibus que in eo sunt. 1.6.10. ¶ Legati vsusfructus & proprietatis. ibid. ¶ Legati vsusfructus bonorum, & rerum singularum. 1.14.39. ¶ Noui operis nuntiationis & damni infecti stipulationis. 3.8.113. Peculij Castrensis & Profectitij. 4.5.155. ¶ Petitionis hereditatis & rei vindicationis. 2.1.46. ¶ Retentionis &

nis & præceptionis. 1.14.30. ¶ Retinendi & decipiendi. ibid. ¶ Seruitutis & libertatis. 3.11.120. ¶ Vig & actus. 1.20.44. ¶ Vxoris & concubina. 3.14.126.  
 Discernenda diuersitas casuum. 4.14.183.  
 Disiunctio Accipitur pro coniunctione. 3.3.99.  
 Diuersitas casuum discernenda. 4.14.183.  
 Diuidua Facta dicuntur que pro parte fieri, pro parte fieri nō possunt. 3.7.108.  
 Dolus iusta restitutionis causa est. 2.12.72.  
 Dolo facit qui contra bonam fidem bis idem exigit. 4.19.196.  
 Dolo malo comparatur culpa. 1.12.24.  
 Dominium non Transfertur in Locatione. 2.4.53.  
 Dominium Rei eiusdem, Acquiri duobus in solidum non potest. 6.1.248. ¶ Rei sua furiosus in alium transferre non potest. 1.18.39.  
 Dominus Tenetur noxali actione ex furto serui. 3.5.105.  
 Donare eam rem quis non potest quam nondum acquisiuit. 6.3.258.  
 Donatum Peti nisi ex stipulatione potest. 2.8.61.  
 Donatio Conferri potest in absentem, ex sola donationis epistola. 3.12.22. ¶ Cōfiscitur legitime, traditione, & stipulatione. 2.8.61. ¶ Requirit donantis & donatarij mutuum consensum. 3.12.122.  
 Donatio Inter virum & uxorem confirmatur morte donatoris. 2.8.60.  
 Donatio alicuius rei esse necesse est. 2.8.62.  
 Donationis species est quod annui nomine datur. 2.8.61.  
 Donationes inofficiosa sunt immodice. 3.17.134. ¶ Inter virum & uxorem iure ciuili non valent. 2.8.60.  
 Dos profectitia ad patrem non reuertitur iure veteri ac nouo superstitibus liberis. 1.16.33. Licet emancipata filie data, ad patrem nihilominus reuertitur. 1.16.33. Mortua muliere

ad patrem redit. 1.16.33.  
 Dotis aduentitia repetitio nulla est. 1.16.34.  
 Dotis Conditio deterior fieri potest, puto liberis interuenientibus. 1.16.36.  
 ¶ Fructus omnes spectant ad maritum. 1.8.13. ¶ Repetitio datur parri, puella in matrimonio mortua. 1.16.34.  
 Dotem minuunt ipso iure impensa necessaria. 1.2.3.  
 In Dubio Interpretari potius debemus ut stipulatio valeat, quàm ut pereat. 2.15.79.

E

**E**dictum Aedilitium pars & portio quaedam est iuris honorarij. 2.3.52.  
 Electio non præiudicat creditori, pluribus ad eandem rem obligatis. 1.17.38.  
 Electio promissoris est in alternatiuis stipulationibus. 2.15.77.  
 Emancipatus filius extraneus est. 3.10.117.  
 Emendi Origo à permutatione cepit. 6.9.281.  
 Emptio Dicitur que ab emptore contractitur. 6.9.281. ¶ Perfici potest solo consensu sine traditione. 2.4.54. Et nudo consensu. 2.4.53.  
 Emptio perfecta fit nudo consensu. 2.4.53.  
 Emptionis & Contractus do ut des differentia triplex. 2.4.53.  
 Emptor Est qui ad pretij solutionem se obligat. 6.9.281.  
 ¶ Tenetur ex vendito nisi nummos accipientis fecerit. 6.9.282.  
 Eripi non potest, nisi quod penes alium est. 2.8.61.  
 Et pro aut. 3.3.99.  
 De Euictione Agi aduersus furiosum non potest. 1.18.39.  
 Qui agit, exempto agit. 1.18.39.  
 Exceptio Destruit regulam. 1.12.24.  
 Esse debet de regula. 2.20.89. 2.12.24.  
 Exceptio Doli mali bona fidei iudicijs inesse dicitur. 3.2.96.  
 Ex conducto Actionis Natura que. 2.5.56.

INDEX MATERIARVM.

Experiri potest quis non habeat 5. 18.23  
 Non Expressum non nocet 2.15.79.  
 Extranens est filius emancipatus 3.10.117  
**F**  
 Factum per omnes dicitur quod per unum fit. 3.7.110  
 Facta Diuidua dicuntur, quæ pro parte fieri pro parte non fieri possunt 3.7.108  
 Omnia quæ in stipulationem deduci possunt 3.7.108. ¶ Individua dicuntur, quæ vel nulla ex parte vel in totum fieri necesse est 3.7.108.  
 Famosa est actio de dolo. 4.2.149.  
 Famosum est calumniæ crimen. 4.12.149. quod publicorum iudiciorum legibus vindicatur. 4.2.150.  
 Falsi Causa ciuilitè intentari & exerceri potest. 2.20.91.  
 Familia Appellatione serui & filij continentur. 1.14.31.  
 Favorabilior filiorum causa quam cæterorum. 4.15.185.  
 Fideicommissarj singulares non sunt iuris successores. 6.3.261  
 Fideicommissum Peti potest, ex codicillis qui testamentum præcedunt. 5.12.223. ¶ Relinqui potest à quocumque debitore, præsertim à depositario 1.4.8. ¶ Relinqui vtiliter à quocumque debitore potest. 4.10.171.  
 Fideicommissio proprietatis continetur. 1.11.22.  
 Fideiussor Liberatur electo reo. 1.17.38.  
 ¶ Liberationem sibi acquirere non potest ex facto suo 2.12.73. ¶ Tenetur actione vtili ex stipulatu 2.12.71.  
 Fideiussoris mora promissori non nocet. 2.12.71.  
 Fideiussori licet relicto reo, fideiussorem eligere. 1.17.38.  
 Filius Hereditatem auferre ei non potest, à quo est exheredatus per bonorum possessionem contra tabulas. 1.19.41.  
 Filius emancipatus extraneus est. 3.10.117.  
 Filius quandiu ex testamento hæres esse

potest, non differtur ei ab intestato hereditas. 1.10.20.  
 Filij continentur familia appellatione. 1.14.31.  
 Filios alere debet pater ex suis bonis non ex dote matris. 1.16.36.  
 Filiorum Causa favorabilior quam cæterorum. 4.15.185.  
 Fœnus propriè est mutua pecunie. 5.10.217.  
 Fructus appellatione Contineri non potest, id quod semel remotum postea non renascitur 1.8.13. ¶ Sunt aut Naturales aut Ciuiles 1.13.28. ique sine vsu esse non possunt 1.20.46.  
 Fructus vice Cedit pensio. 1.13.27.  
 Fructus omnes Dotis spectant ad maritum. 1.8.13.  
 Fructus naturales sola perceptione non fiunt bonæ fidei possessoris. 4.17.189  
 Acquiruntur bonæ fidei possessori non sola perceptione sed consumptione 4.17.187  
 Fructus & Mercedis differentia 1.13.28  
 Fundi instructi appellatione, Continentur ea duntaxat, quæ idè in fundo sunt, vt in eo sit instructor paterfamilias 1.6.10. **C O N T R A** non continentur quæcūque in fundo sunt 1.6.10  
 Furiosus Rei suæ dominium in alium transferre non potest 1.18.39. Potestatem non habet rei suæ vendendæ 1.18.39  
 Furtum non fit sine affectu furadi 3.19.139  
 Furti laudi habita apud veteres 3.5.105  
**H**  
 Hereditas Consistit non in rebus & corporibus, sed in iure 6.3.260  
 Hereditas non Adita non transmittitur 6.14.298. ¶ Caduca non fit, propter delictum heredis 3.16.130. ¶ Patris & filij vna est 2.2.51  
 Hereditatis eiusdem duo in solidum hæredes ac domini esse non possunt 5.7.214  
 Hereditate adita legatum vsusfructus euanescit 1.11.23  
 Hæres personam defuncti representat 4.5.155

Hæres

INDEX MATERIARVM.

Hæres defuncti non tenetur ex leui culpa tutoris; 1.12.24. ¶ Necessarius Dicitur qui omnino & protinus post testatoris mortem hæres est 3.4.104  
 Semel præsumitur semper esse hæres 3.4.102.5.7.212  
 Hæres non Tenetur de leui tutoris culpa 1.12.24. Nec ex dolo defuncti 1.12.23  
 Hæres ex asse institutus quartam habere debet 1.15.32  
 Heredis Appellatio ambigua 4.5.156  
 Favor nullus est, nisi quatenus hæres est, & defuncti personam representat 1.3.6  
 Heredi non imputatur negligentia propria 1.12.24  
 Hæredes pœnam pati non debent ex defuncti delicto 4.1.143. non Tenentur in solidum ex stipulationibus diuiduis 4.1.146  
 Hæredes tutorum non condemnentur ex negligentia, quæ non latae culpæ comparari potest 1.12.24  
 Hypotheca tacita Cõceditur per legem ratione tutelæ 2.10.67  
**I**  
 Impensa necessaria ea non est, quæ integram totius dotis estimationem absumat 1.2.4. sed ea est qua non facta dos imminuitur 1.2.4  
 Impensa necessaria differunt ab vtilibus 1.2.3. ipso iure dotem minuunt 1.2.3.4. Sunt quæ si non factæ sunt res peritura aut deterior futura sit 2.1.47. ¶ Picturarum voluptuariæ sunt ibi. ¶ Vriles imputantur malæ fidei possessori, in petitione hereditatis 2.1.46  
 Imperatores Aequitatis potius quam stricti iuris rationem habuerunt 6.13.295  
 Imperatoribus solemne est respondere de aequitate, & rei effectu potius quam de stricto iure 1.4.7  
 Imperium merum est habere gladij potestatem, ad animaduertendum in facinorosos homines 4.4.13. ¶ Mixtum est cui iurisdictio inest 4.4.153. Consistit in dâda bonorum possessione ibid.

Impossibilis conditio pro non scripta habetur 6.11.292  
 Improbis is est qui id quod iam accepit iterum consequi vult 4.19.195  
 Incorporale est ius via 2.9.65  
 Indotata mulier esse non debet 1.16.36  
 Individua facta dicuntur quæ vel nulla ex parte, vel in totum fieri necesse est 3.7.108  
 Infamia quomodo irrogetur 6.6.273  
 Infamiam irrogat sepulchri violati actio 4.2.149. **C O N T R A** non irrogat crimen stellionatus 4.2.148  
 Infames sunt omnes Calumniatores 6.6.272. non Fiunt qui falsò & per Calumniâ accusatione instigant ibid.  
 In fraudem non facit is, qui sibi prospicit ne suum perdat 2.10.68  
 Ingenua Concubina esse non potest 3.14.127  
 Institoria actione pupillus tenetur 2.11.68  
 In serui peculio est, quod in rem domini versum est 1.9.15  
 De In rem verso actione non tenetur is in cuius rem versum nihil est 1.9.16  
 Interdicta Sunt aut Simplicia aut duplicia 2.18.85 ¶ Duplicia sunt in quibus quis actor, reusve sit discerni non potest 2.18.85 ¶ Simplicia in quibus actor à reo distinguitur 2.18.85. Eaque sunt aut restitutoria aut exhibitoria. 2.18.85  
 Interdictorum alia sunt restitutoria, exhibitoria, alia prohibitoria 2.18.85  
 Intestatus is demum dicitur, cuius hereditas adita non est 3.4.103  
 Ire per se potest is qui actum habet 1.20.45  
 Iter Est ius eundi, ambulandi, hominis non etiam iumentum agendi 1.20.44  
 ¶ Esse non potest sine actu 1.20.43  
 Immo Actum Continere non potest 1.20.45  
 Iter habet, qui actum habet 1.20.44  
 Iter minus quidpiam est, quam actus 1.20.45  
 Iudicium nullum est solius noxæ de tit. ij.

INDEX MATERIARVM.

riore 3.13.123. In iudicio de dote est  
vtilis impensas mulieris voluntate  
factas iubere deduci 1.3.7  
Iudicis boni officium est non tantum, vt  
absoluat vel condemnet, sed etiam vt  
interdum exhortetur 6.6.273  
Iudicium Negotiorum gestorum est or-  
dinariū 4.7.160. ¶ Præuaricationis  
regulariter publicum nō est 4.2.149  
¶ Stellationatus famosum 4.2.149  
Iudicio cōmuni diuidūdo locus nō est,  
nisi pro ea re quæ est communis 2.  
9.65  
Iudicio fisti stipulationes cōmunes sunt  
6.7.277  
Iudicia extraordinaria quæ 4.7.160  
¶ Ordinaria quæ 4.7.159 ¶ Omnia ho-  
die sunt extraordinaria 4.7.160  
Iurari in litē solet in bonæ fidei iudi-  
cijs 6.17.309  
Iuratur in litē aduersus heredem tu-  
toris ex proprio dolo 1.12.24  
Iurisdictio aliud ab imperio mixto 4.4.  
153. Non est Imperium maximū 4.  
4.153 ¶ Esse non potest sine modica  
coercitione 4.4.153 ¶ Inest mixto Im-  
perio 4.4.153  
Ius Adcrendi locum nō habet in por-  
tionibus agnatis 3.4.102. Est ex le-  
ge 4.15.178 ¶ Substitutionis est ex  
testatoris voluntate 4.13.178  
Ius idem non seruatur in testamento ex-  
tranei, quod in testamento viri 1.3.5  
Iuris accrescendi & substitutionis dif-  
ferentia 4.13.178  
Iuris Regulam non sequimur in his  
quæ contra iuris rationem constitu-  
ta sunt 1.18.39  
Iura & Causæ Continentur rei nomine  
1.14.31  
Iuuenis pro Minore 2.19.87

L

**L** Atque Culpe comparari potest negli-  
gentia 1.12.24  
Legari Coniunctim quid 6.1.250  
Legamus ijs etiam qui heredes non sunt  
6.4.267  
Legatario incumbit onus probandi 1.

6.11

Legatum Est donatio quedam à defuncto  
relieta ab herede præstanda 6.1.252.  
¶ Extinguitur si rei legatæ dominium ex  
lucratiua causa ad legatarium per-  
ueniat 2.15.77  
Legatum Damnationis 6.1.246  
¶ Fundi instructi generale est 1.7.12  
¶ Præceptionis 6.1.246 ¶ Concipi soli-  
tū fuit vindicationis verbis 6.1.246  
¶ Sinēdi modo 6.1.246 ¶ Vindicatio-  
nis 6.1.246 ¶ Vusufructus euanescit  
adita hereditate 1.11.23  
Legati fundi instructi & legati fundi  
cum omnibus quæ in eo sunt differen-  
tia 1.6.10 ¶ Vusufructus bonorum &  
rerum singularū differentia 1.14.30  
¶ Vusufructus & proprietatis diffe-  
rentia 1.6.10  
Legati & prælegati differentia 6.4.  
267  
Legati per vindicationem, & per præ-  
ceptionem differentia 6.1.246  
Legato Actu, iter qui adimit, nihil adi-  
mit 1.20.43 ¶ Fundo cum omnibus  
quæ ibi sunt, non videntur legata ea  
quæ ad tempus ibi sunt 1.6.10 ¶ Ge-  
nerali non continetur pecunia nume-  
rata 1.6.11 ¶ Generis inest tacite le-  
gatum optionis 6.1.254 ¶ Vusufructu,  
proprietas ipsa legata etiam intelli-  
gitur 1.11.21.22  
Legata non continentur hereditatis ap-  
pellatione 6.4.267. Per omnia ex æ-  
quata sunt fideicommissis 6.3.261  
¶ Minuuntur ipso iure per legem Fal-  
cidiam 6.5.258 ¶ Relinqui non solent  
nisi ob aliquod meritum 4.18.194  
Legatorum genera quatuor 6.1.246  
Legatorum per vindicationem & per  
præceptionem natura 1.14.30  
Lex Falcidia introducta est, in legatis  
omnibus 4.12.175  
Legis Aquilia actio pœnalis est 4.1.  
147  
Legis auctoritas certa semp̄ est 10.19  
Legis & Senatusconsulti non eadem  
potestas 6.3.260  
Legē

INDEX MATERIARVM.

Lege Aquilia agi non potest, pro rebus  
inanimatis 5.17.234  
Leges conciliari possunt, etiam si inter  
se pugnare videantur 1.10.18  
Leges priores Trabuntur ad posteriores  
6.3.262  
Liberatio ex quibus causis contingit,  
ex iisdem Conditio cessat 2.7.59  
Liberatione Cessante, Competit condi-  
ctio ibid.  
Libertas Directa est quæ vindicatur  
6.16.305 ¶ Fideicommissaria est quæ  
non vindicatur ibid.  
Libertatis & Seruitutis differentia 3.  
11.120  
Libertates æstimationem non recipiunt  
3.11.121 ¶ Præstatur in solidū 3.11.120  
Litis Contestatione actiones tempora-  
les perpetuantur 1.12.24  
Locans rem alienam tenetur indistincte  
siue ignorans siue per fraudē locauerit  
2.5.56  
Locatio Perficitur nudo consensu 2.4.53  
Locator Tenetur ex conducto simpli-  
citer 2.5.56  
Locupletari nō debet mulier ex mariti  
iactura 1.8.14. Nec etiam pupillus  
2.11.68  
Lucratiua causa due circa eandem rem  
& personam concurrere non possunt  
2.15.77.6.8.279

M

**M** Anumittere non potest Pupillus  
seruum sine tutoris auctoritate  
6.16.306  
Maritus uxorem alere debet 2.8.61  
Maritus donare uxori alimentorum  
nomine nihil potest 2.8.61  
Maritus nullum ius habet in rebus do-  
talibus nisi ratione fructuum 1.8.14  
Marmor in fructu esse dicitur 1.8.13  
Ex ijs lapidicinis tractum in quibus a-  
liud non renascitur in fructu non est  
1.8.14  
Mater actionis obligatio 5.10.219  
Merx Est res quæ pretio æstimatur 6.  
9.281  
Merces periculo emptoris est 2.4.54

Mercedis & fructus differentia 1.13.28  
Meum non fit quod mihi traditum non  
est 3.19.138  
Minus soluitur tempore sicut quantita-  
te 5.18.239  
Minus soluit qui tardius soluit ibid.  
Modus honestus seruandus est in æsti-  
mando eo quod interest 5.8.214  
Mœror summus ad quem peruenit, ad-  
eundem quoque summus honor per-  
tinet 1.16.34  
Mora Contrahitur vel ex persona, vel  
ex re ipsa, vel ex die 6.7.278  
An & quomodo ex persona 6.7.274  
Ex re ipsa 6.6.274. Ex certo die 6.7.  
275 ¶ Cōtrahi nō potest ex stipulatio-  
ne, ex qua agi nunquā potest 6.7.276  
Mora Fideiussoris promissori non nocet  
2.12.71. Paucorum dierum nocere nō  
debet 6.7.276. Promissoris, fideiusso-  
ris obligationem perpetuat 2.12.70  
Mora effectus est vt obligationem per-  
petuet 4.1.143  
Moram facere intelligitur fur in re fur-  
tiua ibid.  
Moram impedit Oblatio congruo loco  
& tempore facta 1.2.3  
Mulier compellenda non est inuita aut  
ignorans ad communionem 1.2.4  
¶ Indotata esse nō debet 1.16.36 ¶ Lo-  
cupletari non debet ex mariti iactu-  
ra 1.8.14  
Mutiana cautio inducta est in vltimis  
voluntatibus 2.16.83

N

**N** Atura actionis ex conducto quæ  
2.5.56  
Negligentia comparari potest latæ cul-  
pæ 1.12.24. Propria Heredi non Im-  
putatur 1.12.24  
Nomina Debitorum, aliquo in loco esse  
dici non possunt 1.6.11  
Non, pro Nondum 1.10.18  
Nouatio non aliter fit, quàm si inter  
contrabentes id actum sit 3.3.98  
Facta non intelligitur nisi cum poste-  
riore stipulatione aliquid amplius,  
quàm priore continetur 1.20.45  
ū ij.

INDEX MATERIARVM.

Noui operi nuntiationi & damni infecti stipulationis differentia 3.8.113  
Noxa ditionis naturæ quæ 3.13.124

O

Oblatio facta incōgruo loco & tēpore non prodest debitori. 1.1.1  
Obligatio actionis mater 5.10.219  
Est Iuris vinculum 5.10.218  
Obligatio alia domini, alia serui 1.17.38  
Fideiussoris perimitur si stipulator reū heredem instituerit 1.17.37. Fideiussoria Extinguitur, si reus fideiussorē heredē scripserit 1.5.9. Maior tollit minorē 4.7.162. Principalis remanet extincta fideiussoria 1.17.38  
Obligationis Substantia in eo consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum 5.10.218  
Obligatione principali sublata, fideiussoria remanere non potest 2.12.71  
Obligaciones quæ propriis viribus non consistunt, non confirmantur officio iudicis 5.11.222  
Onus probandi incumbit legatario 1.6.11

P

Pacisci licet De criminibus capitalibus sanguinis pœnam irrogantibus 2.20.88. CONTRA non licet, de quibus transigere non licet 2.20.92  
Pactum fit verbis 5.10.220  
Pactum de non petendo Est in rem non in personam 4.18.194  
Pacto Dotis Conditio deterior fieri potest liberis interuenientibus 1.16.36  
In Pactis Factum non ius versatur 4.18.193  
Pandectarum Florentinarum maxima auctoritas est 1.14.29.3.11.120  
Papinianus breuitatis & elegantiae studiosissimus 6.19.355  
Parentis locum socer obtinet 2.4.75  
Paria sunt Diminui dotem ipsa in re & ipsam rem dotalem non dotis vniuersitatem diminui 1.2.5  
Pater Alere Filios debet ex suis bonis non ex dote matris 1.16.36. Conueniri non potest de peculio. 4.1.145  
Repetere potest Dotem profectitia

1.16.37

Peculium Castrense velut proprium filij patrimonium est 4.5.156  
Pecunia numerata non continetur legato Generali 1.6.11  
Pecuniæ appellatio generalis est. 4.12.175. corpora comprehendit ibid.  
Pensio Cedit vice fructus 1.13.27  
Periculum rei venditæ pertinet ad emptorem 2.4.53  
Permutatio nec emptio nec venditio est 6.9.282  
Peti non potest ante diem in obligatione in diem concepta 1.1.2  
Pœna Extraordinaria est, quæ officio & iudicis arbitrio infligitur. 4.2.150.  
Falsi irrogatur Tutoribus & curatorem qui ante redditam rationem administrationis cū fisco cōtrahūt. 2.10.67. Legis Cornelia de falsis statuta est aduersus eum, qui rem vni venditam alteri vendit. 4.2.149.  
Ordinaria est quæ ex legum præscripto irrogatur 4.2.150.  
Possessio facti magis quam iuris est 4.17.190  
Possessor malæ fidei fructus non facit suos 4.17.191  
Prædium recte dicitur pars qualibet prædij 3.2.97  
Prælegamus solis heredibus 6.4.267  
Pretium Consistere debet in pecunia numerata. 6.9.282. Est quod pro merce datur. 6.9.284. ex re furtiua redactum furtiuum nō dicitur 5.9.216  
Prætor Desistere debet perfectum potius testamentum, quam imperfectum 1.19.41  
Præuaricator Is est, qui de crimine non capitali paciscitur vel transigit 2.20.90  
Prior tempore Dicitur is, qui prius rem obligatam habuit. 2.10.66. non intelligitur is qui prius contraxit. 2.10.66. potior est iure 2.10.66  
Præuilegium temporis nullum est, in rebus post obligationem quæsitis 2.10.67

Probandi

INDEX MATERIARVM.

Probandi onus incumbit legatario 1.6.

II

Promissor liberatur hominis promissi interitu ante moram contingente 2.12.70  
Promissori non nocet fideiussoris mora 2.12.71  
Proprietas Continetur Fideicommissio 1.11.22  
Proprietate legata omnes res censentur legatæ 1.6.10  
Publicè interest Reipublicæ damnum non fieri 3.8.113  
Publiciana non datur aduersus dominum. 1.18.40. immò Datur ei qui ex iusto Titulo rem possidet 1.18.39  
Puella pro ea quæ liberos nunquam habuit 1.16.34  
Pupillus Consulere sibi propter ætatis lubricum non potest. 2.11.69. Fauorabilior est in pari æquitatis causa. 2.11.69. Locupletari ex aliena iactura non debet. 2.11.68. Manumittere non potest seruum sine tutoris auctoritate 6.16.306

Q

Quæstio pro Dubitatione. 1.9.18.  
Sententia ibid.

R

Repetitio nulla est aduentitiæ dotis 1.16.34  
Repetitioni locus non est existente die aut conditione 4.20.197  
Reprobare non possum, quod semel probaui 4.10.169  
Res facti infirmari iure ciuili non potest 4.17.190  
Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales videntur 5.9.215  
Rem suam nemo emere potest 5.14.229  
Restitui bis idem non potest 4.10.172  
Pretium propriè dicitur quod nondum solutum est 4.10.171  
Restitutio datur aduersus eum, qui Reipublicæ causa abfuit 2.12.72  
Retinemus quæ habemus 1.14.30  
Reus Liberatur electo fideiussore 1.17.38.2.12.70.4.18.193

S

Satisficere non debet is qui bona fide à non domino emit 2.17.83  
Satisfat Superficiarius 2.17.83. Usufructuarius. 2.17.83  
Senatusconsultum Pegasianum quare factum sit 6.3.259  
Seruitus Actus sine seruitute itineris esse potest. 1.20.43. Vig nulla est sine actu & itinere 1.20.43  
Seruitute Itineris & actus qui vititur viam habere neceße est 1.20.44  
Seruitute Itineris vititur qui sine iumento it 1.20.44  
Seruitutes præstari pro parte non possunt 3.11.120  
Seruitutum rusticarum oppignatio valet 5.11.223  
Seruus tamdiu acquirit quandiu bona fide seruit 4.16.186  
Serui Continentur Familiæ appellatione 1.14.31  
Simulatè gesta, pro infectis habentur in stipulationibus 5.10.219  
Socer obtinet locum parentis 2.14.75  
Socius supra suam partem socio de damno infecto cauere non compellitur 2.9.64  
Socius ex socij persona tenetur de peculio propter peculiorem communionem 1.9.17  
Socius de peculio Conueniri potest pro peculio socij 1.9.16  
Soluti ante diem potest inuito creditore 1.1.1. in obligatione in diem concepta 1.1.2  
Soluti matrimonio morte mulieris. dos aduentitia mariti lucro cedit 74  
Stellionatus appellatio generalis est 4.2.148  
Stipulari non potest Pater filijs per emancipationem extraneis constitutis. 1.4.7. extraneo nemo potest 3.20.118  
Stipulatio fit verbis 5.10.220  
Stipulatio Inutilis ab initio ex postfacto conualescere non potest 2.15.78  
Stipulationes Cautionales sunt quæ in-

- star Actionis obtinet. 3.1.92. ¶ Communes sunt quæ sunt iudicio sistendi causa. 3.1.92. ¶ Iudiciales sunt quæ interponuntur & iudicium ratum fiat. 3.1.92. ¶ Iudicio sisti communes sunt. 6.7.277. ¶ Prætorie sunt aut iudiciales, cautionales, aut communes 3.1.92
- Stipulationum conditionalium natura quæ 4.3.151
- In stipulationibus sequimur id quod actum est 3.3.100
- Subsidiaria est in factum actio 3.1.94
- Substitui regulariter non potest filio in potestate constituto 2.2.49.3.4.102
- Substitui ei non potest qui institutus non sit vulgariter 5.20.245
- Substitutio vulgaris expirat adita hereditate 3.4.102
- Substitutus Dicitur qui secundo gradu est institutus 5.20.245
- Succeffores ex contractibus ex dolo eorum quibus successerunt, Tenentur non tantum ad id quod peruenit, sed insolidum 1.12.23
- Non Succurritur ei cui propria culpa imputari potest 2.11.70
- Sui heredis nomen usurpatur in successione testati non intestati 1.10.19
- T
- T**axatum Dicitur quod deductis deducendis reliquum est 1.3.7
- Tenetur quis magis & facilius ex proprio quam ex alieno facto 1.12.24
- Testamentum, per omnia irritum vel potius nullum, vel iniustum, proficere non debet, ad solam exheredationis notam 1.19.42
- Testamentum patris per bonorum possessionem contra tabulas. 5.1.200
- ¶ Prius rumpitur per posterius. 1.19.41. ipso iure nullum est in quo filius præteritus fuit 3.15.128
- Testamento semel in iusto dicto tota defuncti voluntas, iniusta & irrita constituitur 1.19.42
- Testamentorum iura ex alieno arbitrio pendere non debent 5.18.237
- Transigere is proprie dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit 2.20.88
- Licet De criminibus capitalibus sanguinis pœnam irrogantibus 2.20.88
- In Trebellianicam quæ imputentur 6.3.257
- V
- V**endendi origo à permutatione cepit 6.9.281
- Venditio Dicitur quæ à venditore contrahitur 6.9.281
- Venditor Est qui rem alienat certo pretio. 6.9.281. Facta contra legis Iulie prohibitionem nulla est 4.10.172
- Vi bonorum raptorum agere non potest qui condicere non potest 4.1.143
- Via Est ius agendi simpliciter 1.20.44
- ¶ Est ius eundi, agendi, & ambulandi. 1.20.44. ¶ Individua est 4.6.157
- Via Esse non potest sine seruitute actus & Itineris. 1.20.44. ¶ Esse tamen potest sine fundo 4.6.158.1.20.44
- Via ius Incorporale est 2.9.65.6.1.246
- Vsucapio Esse non potest sine Bona fide. 1.18.39. & sine Titulo. 1.18.39. ¶ Introducta est Favore boni publici. 1.18.40. ¶ Nulla esse potest sine possessione. 1.18.39. ¶ Procedit a quando sine Titulo. 1.18.39. ¶ Prodest emptori aduersus furiosum 1.18.40
- Vsus sine seruitute esse potest 1.20.46
- Vsufuctus Amittitur Capitis diminutione. 3.10.118. ¶ Extinguitur extincta persona, cui vsufuctus debetur. 3.10.118. ¶ Repeti potest Capitis diminutione aut quolibet alio modo, præter quam morte 1.11.22
- Vsufuctus Finitus Consolidatur proprietati. 1.11.21. ¶ Legatum evanescit adita hereditate. 1.11.23. ¶ Seruitutis constitui non potest 5.11.223
- Vsufuctu legato proprietatis ipsa legata etiam intelligitur 1.11.21.22
- Vsumfructum qui legat non intelligit de ijs quæ venalia habet 1.6.10
- Vtifruui dicitur qui pensionem percipit 1.13.27

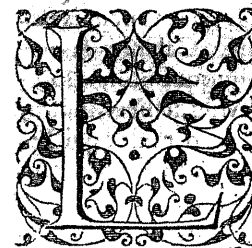


A. FABRICI CON-  
LECTVRARVM

LIBER I.

Explicatur l. qui Romæ. 122. in princip. D. de verbor. obligat.

CAPVT I.



**L**EGIS qui Romæ in principio, de verborum obligat. duplex interpretatio afferri solet: vetus vna, & communi ferè omnium interpretum consensu recepta, vt in congruo loco, & tempore, facta oblatio debitori non proficit: noua altera, vt debitor, qui diuisis pensionibus ex conuentione pecuniam debebat, si integram eam primo mense offerat, licet incongruo loco, & tempore, sibi tamen præiudicet, vt præfenti die quantitas ab eo integra peti possit. Sed quemadmodum prior interpretatio ridicula est, quia, siue de principali, siue de vsurarum obligatione quærat, oblationem incongruo loco, & tempore; factam debitori non prodesse tam apertum est, vt probabile nõ sit de eo consultum Scæuolam fuisse: Ita posteriorem admittendam non esse ex eo intelligimus, quod iniquissimum esset oblationem incongruo loco, & tẽpore, factam debitori nocere: qui summam integram non simpliciter obtulit, sed cum ea adiectione, & conditione, vt quod creditori vsurarum nomine prorogauerat, in debitum computaretur. Vnde Scæuola quærit, An cum oblatum sit integrum debitum, computatis scilicet vsuris iam prorogatis, nihilominus creditor integram summam sua die petere possit, siue vlla vsurarum iam prorogatarum computatione. At neque huic posteriori interpretationi cõuenire potest, quod lex ait, posse stipulatorem sua die ibi vbi soluendam stipulatus est, integram quantitatem petere. Siue enim Florẽtinam lectionem sequamur, & solutionem per menses tres diuisam fuisse dicamus, non potest verum esse, sua die integram pecuniam peti antequam dies omnes venerint. l. si necessarias. 8. §. si annua. D. de pignorat. action. Siue post tres menses, vt vulgo legitur, & legendum esse probabilius est, solutionem fieri debuisse existimemus, apertissima est Scæuolæ sententia, non nisi post tres menses integram quantitatem peti posse. Alia igitur interpretatio quærenda est, & illud primum intelligendum, quod nescio an quisquam adhuc animaduertent, oblationem in ea specie congruo loco, & tempore, factam fuisse. Ac congruo quidem tempore, quoniam inuito creditori ante diem solui potest. l. quod quis. 50. D. de oblig. & action. l. stipulatio ista. 38. §. inter. l. cõtinuus. 137.

§. cum ita. D. de verbor. obligat. l. quod certa. 70. D. de solut. quibus omnibus in locis quod dicitur ante diem solui posse, haud dubiè sic intelligi debet, vt & inuito creditore possit. Nam in d. §. inter. differentiam Vlpianus constituit inter certam, & incertam diem, quod is qui in certam diem debet, toto medio tempore liberam soluendi potestatem habet: Qui verò in incertam, ita demum videtur præstare quod promissit, si post diei euentum soluere paratus sit. At differentia nulla erit, nisi sic Vlpianus intelligatur, vt qui in diem certam promissit, si confestim soluat creditore consentiente, vtique liberetur. Et in d. §. cum ita. eleganter Venuleius distinguit inter solutionem, & petitionem, vt obligatione in diem concepta solui ante diem possit, peti verò non possit. At qui à volente debitore etiam ante diem peti nihil vetat. Ergo ita hoc explicandum est, vt quamuis ab inuito debitore ante diem peti non possit, inuito tamen creditori ante diem solui possit. Quidni verò? cum is qui ante diem soluit plus præstet, quam debeat. l. Iauolenus. 15. in fin. D. de ann. legat. quia diei adiectio est pro reo, non pro stipulatore. l. eū qui. 41. §. vlt. D. de verbor. obligat. l. intrà 7. D. de re iudicat. Vnde etiam illud est, quod Paulus respondit in l. qui res 98. §. mihi decem. D. de solut. eum, qui mihi Calendis Februariis dare promissit, si eadē Titio solutionis gratia adiecto Calendis Ianuariis promittat, ei rectè soluere: quia cum in diem sit mea quoque obligatio, etiam mihi, inquit, solui potest ante Calendas Februarias. Mihi, scilicet, inuito, vt recta ratio sit, & conueniēs ei, de quo Paulus quærit, An promissor qui Titio Calendis Ianuariis inuito me soluit liberetur. Cōgruo quoque loco factam esse oblationem in specie l. qui Romæ. illud probat, quod quamuis debitor pecuniam Romæ obtulisse proponatur quam in longinqua prouincia post menses tres daturum se sponderat, post paucos tamen dies eam obtulit, vt lex ait, hoc est, vt ego interpretor, priusquam in longinquam illam prouinciam perueniri posset. Ex quo apparet, factam esse oblationem eo tempore quo pecunia certo loco debita esse dici nondum poterat, cum huiusmodi obligationibus. ex quibus præstari quid certo loco debet, tacitè insit tempus intrà quod ad eum locū perueniri possit. d. §. cum ita. l. 2. §. si ita quis. D. de eo quod cer. loc. Cuius rei effectus ille est, vt toto eo tēpore quod tacitè inest inuito creditori solui possit vbique, vt Venuleius ait in d. §. cum ita. quamuis post id tēpus, hoc est cum iā certo loco deberi incipit, alibi inuito stipulatore solui non possit. l. pen. de eo quod cert. loco. Sic enim accipi debet, quod scriptū est in d. §. cum ita. *vel quia vbique potest soluere*, vt vbique inuito creditori solui possit, licet Accursius & ceteri passim aliter interpretentur. Ille verò eius loci sensus est, promissorem, qui cum Romæ esset, Ephesi daturum se promissit, transacto tempore intrà quod Ephesum perueniri potuit, ex stipulatione teneri, quod per eum steterit quominus obligationi satisfactum sit, non solum quia Ephesi per alium dare, sed etiam quia ipse vbique soluere potuit, eo scilicet tempore ante quod Ephesum perueniri potuit: neque enim ante id tempus Ephesi potius quam vllō alio loco debitum fuisse dici potest. Ergo in proposita specie l. qui Romæ. oblationem congruo loco, & tempore factam fuisse fatendum est: eamque perelegantem dubitandi rationem esse, quā his verbis, Scæuola notat, *cum in integrū summā qua stipulatione obligatus erat, obtulerit*. Propter quam videbatur oblationem congruo loco, & tempore, factam debitori prodesse debere. Sed aliud Scæuolæ iudicium est, vt perinde ac

de ac si facta non esset, creditor possit integram summam non computatis vrsuris prius iam prorogatis, sua die, & loco destinato, exigere: Ratione illa, vt videtur, quod huiusmodi vrsuræ non propter moram, sed ex conuentione prorogatae sunt, indeque fit vt minus offerat debitor qui pecuniam sibi creditam offert detracta ea summa quam creditori suo vrsurarum nomine prorogauerat. Generaliter igitur diffiniri potest, oblationem congruo loco, & tempore, factam, impedire quidem morā, & vrsurarum ex mora debitarum exactiōnem, aut retentionem. l. Seia. 12. D. de vrsur. l. lecta. 41. D. de reb. credit. sed non earum, quæ ex conuentione debentur. Neque enim sine maxima creditorum iniuria aliter constitui posset, quos, sine scōnore non credituros, lucto vrsurarum conuentarum fraudari non oportet. Fraudarentur verò, si debitoribus, pecuniæ creditæ qua diu fortè vrsi essent, ad dictam diem, aut ante diem sine vrsuris restituendæ potestas esset.

*Emendatur l. 5. D. de impens. in reb. dotal. fact. & explicatur l. si is qui. 56. §. quod dicitur. de iure dot.*

## C A P V T I I.



**V** O D vulgò dici solet impensas necessarias ipso iure dotem minuire, l. dote. 61. de rit. nupt. l. 1. §. 1. l. pe. de impens. in reb. dotal. fact. l. 2. de dot. præleg. Paulus in l. si is qui Stichum. 56. §. 2. de iur. dot. ita interpretatur, vt tamen non efficiant res dotales aliqua ex parte desinere esse dotales: quod ipsum sic accipiendum est, vt fundus in dotem datus tanquam pro impensis necessariis solutus & velut compensationis iure marito non acquiratur: (eum namque mulieri impensas offerenti restituendum esse certissimum est:) cæterum impensarum necessariorum hætenus efficiunt fundum desinere esse dotalem, vt quamdiu earum nomine marito satisfactum non erit, fundus ab eo repeti non possit. §. antepen. Institut. de action. l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. In quo necessariorum ab vtilibus differunt, quæ siue volente, siue ignorante aut inuita muliere factæ sint, nunquam eiusmodi sunt, quæ dotis repetitionem impedire aut remorari possint, sed siquidem sine mulieris voluntate factæ sunt, exactiōnem duntaxat habent: si verò muliere volente, deduci tantum possunt, id est per exceptionem pignoris quodammodo nomine retineri. l. voluptariarum. 7. cum l. seq. de impens. in reb. dotal. fact. l. 7. §. vlt. D. solut. matrim. l. impensarum. 79. de verb. significat. At longè aliud est impensis necessariis ipso iure dotem minui: aliud verò pignoris nomine dotem retineri ob impensas vtilis quas mulierem, cuius voluntate factæ sunt, præstare æquum est. l. dote. 5. D. de dot. præleg. Nam & hodie post Iustiniani Constitutionem in l. vnic. §. sed nec ob impensas. C. de rei vxor. action. dubitandum non est dotis propter impensas necessarias retentionem superesse: quam tamen propter vtilis licet mulieris voluntate factas, penitus sublatam esse certissimum est. Neque enim voluit Iustinianus aut ex iuris ratione velle potuit, vt dos impensis necessariis imminuta, antè earum restitutionem peti possit: sed id tantum constituit, vt cum peti dos potest, quod contingit, vtilibus impensis in eam quodammodo factis, nulla ei pignoris nomine retentioni obici possit, sed omnimodo dos restituatur, tum impensarum vtilis mandati vel negotiorum gestorum actione repetantur. Quod autem diximus impensas necessarias non efficere vt fundus in dotem datus omnino desinat esse dotalis, exceptionem vnam habet: nisi in eum tantum im-

penſum ſit per partes quāti ipſe fundus eſt: quo caſu Scæuola dicebat fundum omnino deſinere eſſe dotalem, niſi mulier ſponte marito intrā annum impenſas obtulerit, vt Paulus refert in d. §. 2. l. 56. de iure dot. Intrā annum igitur fundum dotalem remanere Scæuola putabat earatione, quod ſi dotalis eſſe deſineret, alienari poſſet: alienatus autem poſtea data pecunia rurfus dotalis fieri non poſſet. Sed Paulus contra putat ſtatim deſinere eſſe dotalem: neque tamen interim, id eſt intrā annum mulieri ad offerendas impenſas datum, alienari poſſe, quoniam etſi dotalis non ſit, in eo tamen eſt vt muliere impenſas reſtituente in cauſam dotis reuerti poſſit: neque verò nouum eſt, vt etiam eius fundi, qui dotalis non eſt, alienatio lege Iulia inhiſceatur: ſufficit enim, mulieri actionem de dote competere poſſe, licet interea non competat. l. 3. D. de fund. dotal. At difficilius ſciri poteſt cur impenſæ neceſſariæ, quæ integram totius fundi æſtimationem æquant, efficiant vt totus deſinat eſſe dotalis: ſi verò partem duntaxat æquent, ne pro ea quidem parte dotalis eſſe deſinat. Niſi fortè ita conſtitutum dicamus, quod cum impenſa tanti eſt, quanti totus fundus, videatur dici poſſe fundum deſinere eſſe dotalem ſine iniuria mulieris, cuius reuera nihil intereſt fundum illum habere, quem niſi prius oblata integra æſtimatione habere non poſſit: quamquam illius affectioni haſtenus indulgetur, vt ſi fundū habere vel potius redimere malit, maritus æſtimationem intrā annum accipere compellatur. At cum pro parte duntaxat æſtimationis fundi impenſa facta eſt, ſemper mulieris intereſt partem illam potius habere, quam eius æſtimationem, vel eo ſaltem nomine, quod alia pars ei ſuperſt quam ab alia diuiſam habere nolit: neque enim inuita, aut ignorans ad communionem compellenda eſt, l. ſi nō fortem. 26. §. ſi centum. de condiſt. indeb. Eleganter verò Paulus, *ſed ſi tantum in fundum dotalem impenſum ſit per partes, &c.* Cum enim neceſſaria impenſa ea ſit qua non facta dos imminuitur. l. impenſa. 14. de impenſ. in reb. dot. fact. l. 79. de verb. ſignif. apparet neceſſariam dici non poſſe eam quæ integram totius dotis æſtimationem abſumit: quamquam facile contingere poteſt vt eadem impenſa neceſſaria ſæpius facta dotem exæquet, atque adeo ſuperet. Quod cum Ioannes & Accuſius non animaduertent, dixerūt Paulum exempli gratia ſcripiſſe *per partes*, neque dubitandum quin idem dicendū ſit & ſi vnica impenſa dotis æſtimationem æquauerit. quod tam eſt ridiculū, quam cætera ferè omnia, quæ de iſta quæſtione apud Accuſ. leguntur, in cuius gloſſis omnia ſunt ita inuoluta & incerta, vt ex iis vix aliud quicquam intelligere poſſimus, quam nihil eum intellexiſſe. Putat enim impenſas neceſſarias efficere, vt quaſi pignoris nomine retineri dos poſſit, quod diſertè negat. l. 5. de dot. præleg. tum Pauli & Scæuolæ eadem ſententiam eſſe vult, vt fundus in quem tantum impenſum eſt quanti ipſe fundus eſt, remaneat quodammodo dotalis, cum tamen Paulus dicat magis eſſe *vt in cauſam dotis reuertatur*: quibus verbis Scæuolæ ſententiam maniſteſtiffimè corrigat. Eandem quæſtionem Vlpianus tractat in l. 5. de impenſ. in reb. dotal. fact. quid ſit quod dici ſolet impenſas neceſſarias ipſo iure dotem minuere. Id autem ita interpretatur, vt efficiant fundum deſinere eſſe dotalem, id eſt, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus, vt quamdiu earum nomine marito ſatiſfactum non erit, fundus ab eo repeti non poſſit, non autem vt ipſe fundus aut ſingula corpora dotalia ipſo iure diminuantur. l. 1. §. 1. de dot. præleg. Rationē verò ſubiicit, quod abſurdum eſſet diminutionem corporis fieri propter pecuniā. Cuius ſententiæ vis illa eſt, vt pro impenſis neceſſariis nul-

lam cor-

lam corporum dotalium partem retinere inuita muliere maritus poſſit, quaſi ex iis ipſis ſibi ſoluerit quod pro eis impedit: & ex diuerſo vt ipſa mulier nullam fundi partem petere poſſit, niſi prius oblatiſ impenſis in totum fundum factis, licet earum longè minor ſit quam totius fundi æſtimatione. Quibus conſequenter ſcribit, *Vbi ergo admittimus diminutionem dotis ipſo iure fieri? vbi non ſunt corpora, ſed pecunia, &c.* Hic verò ingenuè fateor me non intelligere quid ſibi Vlp. velit, hoc eſt, quid illud ſit de quo quærit, multo que minus quid reſpondeat. Cum enim proximè dixerit, corporibus in dotem datis, impenſas neceſſarias ipſo iure dotem non corpora minuere, cur quærit vbinam admittamus diminutionem dotis ipſo iure fieri? Rurſus quod reſpondet ibi demum diminutionem dotis ipſo iure fieri vbi non ſunt corpora ſed pecunia, vel vbi corpora ſunt æſtimata, verum non videtur, cum certiffimum ſit his caſibus ipſorum corporum, itémque pecuniæ nō dotis diminutionem fieri. Nam in pecunia ratio admittit propter pecuniā diminutionem fieri. Rectè verò in pecunia, non in pecuniaria dote: cum & in ea dote que ex corporibus conſtat ratio patiatur diminutionem fieri, ſed non in ipſis corporibus: niſi fortè æſtimata ſint: quo caſu ipſorum æſtimatione in dotem data intelligitur. l. quoties. 5. C. de iure dot. Ego corruptum eſſe hunc Vlpiani locum non dubito, & quantum coniectura aſſequi poſſum, ita reſtituendum, vt pro eo quod vulgo legitur *ipſo iure*, reponamus *ipſa in re*, in illis verbis, *vbi ergo admittimus diminutionem dotis ipſo iure fieri?* itémque in illis ſequentibus, *ipſo iure dos diminuetur*. Paria enim ſunt diminui dotem ipſa in re, & ipſam rem dotalem, non dotis vniuerſitatem diminui. Quam verò facilis & lubricus hic error fuerit tam apertum eſt, vt ab omnibus hanc noſtram emendationem vel eo ſolo nomine ſtatim probatam iri conſidamus.

Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Manio. 41. §. 1. de legat. 2.

CAPVT III.



VLTVM intereſt vtrum vxori ſuæ dotem teſtator ita leget, *Quicquid propter Titiam ad me dotis nomine peruenit, tantam pecuniam heres meus ei dato.* an verò ipſius heredis vxori, hoc modo, *Quicquid propter Titiam ad te peruenit.* Hoc enim poſterior caſu, tota dos ſine vlla deductione impenſarū mulieri debetur, & taxationis loco habentur verba illa, *quicquid ad te peruenit.* Priore verò, cum vir vxori dotē relegat, id tantū legare videtur, quod iudicio de dote mulier conſequi poſſet, vt iure conſultus ait in l. Manio. 41. §. 1. de legat. 2. Cuius ſententia quamquam ſatis aperta, ab Accuſio tamen intellecta non eſt, qui inter legata duntaxat, non inter teſtatorum perſonas differentiam conſtituendam eſſe putat, vt nihil interſit, an maritus leget, an extraneus: ſed ſiue hic, ſiue ille ſit, qui legat, diſtinguatur an ſimpliciter dotem leget, an cum adiectione illa *quicquid peruenit*: vt illo caſu non plus mulieri præſtetur, quam dotis iudicio conſequeretur: hoc verò, impenſarum deductionis ratio nulla habeatur. At Iureconſultus apertè ſcribit, non idem ius ſeruari debere in teſtamēto extranei, quod ſeruatur in teſtamēto viri, & addit, *illic verò, vbi vir vxori relegat*, neque duplicem illum legandi modum diſtinguit, quem Accuſius diſtinguendum exiſtimat. Sed neque Goueani, clariffimi & ſubtiliffimi Iureconſulti, opinionē probare poſſum, qui verba illa, *vbi vir vxori relegat*, alieno loco poſita eſſe ſcribit, & differentiam quam inter maritum, & extraneum Iabolenus apertè

a iij.



ponit, contraria prorsus interpretatione sic explicat, vt in testamēto viri verba illa, *quidquid ad me peruenit*, taxationis loco habeantur, extraneo autem legante id tantum legato contineatur, quod impensis deductis restituendum esset iudicio de dote: Nec animaduertit iureconsultum in illis verbis, *non dubito*, ad propositam quæstionem respondere, quæ est de legato ipsius heredis vxori relicto in extranei testamento: quo tamen casu tota dotem sine vlla impensarum deductione mulieri ex testamento præstandam esse disertè scribit. Nisi fortè virum doctissimum fefellit lectio Florentina, quæ habet, *non dubito quin vxori suæ*. At rectius in aliis ferè omnibus codicibus legitur *tua* (similis error est in l. ex asse. 28. D. ad S. C. Trebell.) idq; verba illa sequentia demonstrant, *quicquid ad te peruenisset*: vtiq; enim dixisset Iabolenus *quicquid ad me peruenit*, si de legato testatoris vxori relicto intellexisset. Equè verò suauis est Bartolus, qui Butrigariū secutus nescio quid somniat de horū verborū differentia, *peruenisset*, & *peruenit*, nec videt ea verba, *quicquid ad te peruenisset*, vt tantum ei dares, testatoris non esse, sed Iureconsulti, verba illa testatoris, *quicquid ad Seium propter Titia dotis nomine peruenit*, ad propositam quæstionem adaptantis, & ad personam ipsius heredis, cum quo per epistolam loquebatur, referētis: Nec illud etiam Bartolus videt, quod tamen apertissimum est, Iabolenum inter legantium personas, non inter legatorum formulas differentiam constituere. Quare nec sibi ipse satisfacit, qui post longam disputationem nihil aliud concludit, quam se totam quæstionem hanc sub dubio, vt ipse loquitur, dimittere. Ego verò indubitatè concludo, quod initio capituli proposui, multum interesse, vtrum maritus leget, an extraneus. Illo casu, ea verba, *quicquid ad me peruenit*, impensarum deductionem non excludere: Posteriore verò, hæc ipsa verba, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi, & efficere vt mulieri dotem repetenti nulla obici deductio possit. Quod in ipso §. tam apertū est, vt vix vllus quisquam de eo dubitaturus fuisset, si dissimilitudinis huius ratio aliqua ab interpretibus excogitari potuisset: quæ tamē re paulò attentius considerata in facili esse videtur. Cum enim testator vxori suæ dotem relegat, ita facere creditur, quòd intelligat se defuncto eam iudicio de dote acturam, vt proinde interpretatione in heredis fauorem facta dicamus non videri testatorem plus legasse, quam eo iudicio mulier consequeretur, arg. l. penult. D. de dot. præleg. Quæ etiam iuris veteris ratio fuit, propter quam mulier, cui maritus aliquid legauerat, etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, alterutro tamen, id est vel dote, vel legato contenta esse cogebatur, quamquam singulari fauore dotium, quibus passim plus æquo indulgit Iustinianus, hoc ius, quod Edictum de alterutro dicebatur, hodie sublatum est, l. vnic. §. sciendum. C. de rei vxor. act. vnde à Triboniano addita videtur verba illa, *pro dote compensandi animo*, in l. cū ab vno. 53. de legat. 2. quæ de dotis, seu rei vxoriæ actione apertè loquitur. At cum extraneus puta heredis vxori legat hoc modo, *quicquid ad Seium heredem peruenit*, eadē interpretatio admitti non potest, quia heredis fauor nullus est, nisi quatenus hæres est, & defuncti personam repræsentat: atque idè nulla admissa voluntatis coniectura, verba illa generalia prout sonant, interpretamur, & generaliter intelligimus, vt *quicquid ad eum dotis nomine peruenit*, totum, id est non deductis impensis, restituatur. Ex eo autem, quod de impensis deducendis Iurecons. loquitur, intelligimus de necessariis idem dici non posse, quarum scilicet deductio nulla est, sed ipso iure retentio l. §. de impens. in reb. dotal. fact. Vtiliū duntaxat deductio est. l. 8. eod. id est, per exceptionem

ptionem retentio, vt superiore capite exposuimus, & quasi pignoris nomine, vt ait l. dote. §. D. de dot. præleg. Ergo si heredis vxori legatum sit hoc modo, *quicquid propter eam ad heredem dotis nomine peruenit*, nil ea res ad impensas necessarias pertinebit, quæ cum ipso iure dotem minuant, efficiunt vt eò minus ad maritum dotis nomine peruenisse videatur. Sed huius legati commodum in eo versabitur, vt mulier, cui de dote agenti impensarum vtilium ipsius voluntate factarum deductio obici posset, ex testamento integram dotem nulla obstante exceptione consequatur. Quòd si necessariae duntaxat impensæ in dotem factæ sint, humanius fortasse fuerit, vt legati aliqua vtilitas sit de iis idem dicere, quod de vtilibus ait Iureconsultus, & deductionis verbum, quod ille vsurpat, extrâ significationem propriam ad retentionem quoque extēdere, arg. l. fundus. 24. D. de instruct. vel instrum. legat. Eleganter autem verba illa, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi ait, vt quemadmodum in iudicio de dote officium iudicis est vtilis impensas mulieris voluntate factas iubere deduci, tum quod iis deductis superest, restitui, sic in proposito casu testator videatur dotem taxasse, id est ita legasse, vt nihil amplius ex ea deduci possit. Taxatum enim verè dicitur quod deductis deducendis reliquum est. Planè quamuis de impensarum deductione duntaxat Iabolenus loquatur, dubitandum tamen non est, quin de vtilibus quoque impensis sine mulieris voluntate factis, quarum exactio tantum, nō autem deductio est, idem dici possit, ex verisimili testantis voluntate, quem non est existimandum ei cui retinendi facultatem abstulit, exigendi potestatem relictam voluisse.

Explicatur l. 26. C. de iur. dot. l. 26. D. depositi. l. 36. §. codicillis. de legat. 3.

## CAPVT IIII.

**P**LERISQUE placet adfectionem personarum efficere, vt alteri per alterum actio acquiratur: quod mihi placere non potest. Iuris enim regula generalis est, ex vnus pacto, aut stipulatione alteri actionem dari non posse. l. quæcunque. II. D. de oblig. & action. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verb. oblig. nec si mater filio, aut pater emancipato, aut filius matri, aut emancipatus patri stipuletur. l. inter. 26. §. penult. D. de pact. dotal. l. debitor. 59. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. l. si genero. 26. C. de iur. dot. quam de emancipato loqui non de extraneo, vt quidam putant, apparet ex illis verbis, *tibi extraneo constituto*, scilicet *per emancipationem*, vt rectissimè ex Græcis Thalelæus interpretatus est, & ego in quibusdam codicibus scriptum legi. Item ex illis præcedentibus, *pater communis*. quæ ostendunt in ea specie stipulatorem filiam habuisse, cuius nomine dotem dabat, & filium emancipatū, cui dotem reddi stipulabatur. Nec rursus aliorum interpretatio probari potest, qui ex patris stipulatione filio emancipato directam actionem denegant, vt vtilem concedant. Illa enim verba generalia sunt, *nec tibi prohibente iure querere potuit actionem*, & cum effectu sic intelligēda, vt filio per patrem nec directa nec vtilis actio acquiri possit, cum Imperatoribus solenne sit de æquitate, & rei effectu potius quam de stricto iure respondere, vt in l. pen. C. ad exhib. l. pater. 7. C. de pact. conuent. Sic per matris pactum etiam dotalis actionem nullam dari scriptum est in l. pactū. 4. C. eo. vt nō sine causa Africanus in l. pater. 23. D. de pact. dotal. adiecerit, *quos in potestate habebat*, vt intelligamus filiis per emancipationem extraneis constitutis patrem stipulari non posse. Nec me in contrariam sententiam mo-

uet, quod scriptum est in d.l. pater. 7. C. de pact. conuent. ex pacto aui vtilem actionem nepotibus acquiri. Id enim commodè accipi potest de nepotibus ex filio, quibus in potestate retentis, auus vtiliter post mortem suam dari stipulatur, l. quodcunque. 45. §. si ita quis. de verb. oblig. l. si ita. 9. D. de pact. dotal. Nec rursus quod in l. Publia. 26. D. de deposit. Paulus ait depositum ex matris voluntate filio restituendum esse. Nam de actione depositi Paulus non loquitur, quæ ex certissima iuris ratione filio per matrem acquiri non potest, sed quod respondet depositum filio restituendum esse, omnino sic intelligi debet vt restituatur ex causa fideicommissi, cum & fideicommissi verbis illis mater vsa sit, *si aliquid humanum mihi contigerit, filio meo restitues*, & hodie post constitutionem Diui Pij à quocunque debitore, præsertim à depositario, fideicommissum relinqui possit. l. si pecunia. 77. de legat. 1. in causa verò fideicommissi vtrumque precaria voluntas queratur, coniectura possit admitti. l. cum proponeretur. 64. de legat. 2. Errant sanè, meo iudicio, qui in ea specie filio depositum restitui putant, quasi matris heredi, cum ex iis verbis legis, *filio meo, quem ex alio marito suscepi*, non obscure colligi possit, ex posteriore quoque matrimonio liberos matrem habuisse, ad quos omnes ab intestato pro æquis partibus legitima matris hereditas pertinet. l. 4. D. ad S. C. Tertyll. Eoq; nimirum colore maritus cum filio prioris thori contendebat, scilicet ex communi liberorum persona, aut, si mauis, proprio ipsius mariti nomine, ad quem spectat vsusfructus bonorum maternorum, cõmunibus liberis quoad proprietatem duntaxat acquiritorum, l. 1. & tot. tit. C. de bon. matern. Neque enim dici potest quod quidam tentant, res depositas mariti proprias fuisse. Quod si verum esset, falsò diceretur filio restitui eas debere, cum maritus vindicationis iudicio agens, vtique de victoria incertus esse non possit. Similis etiam error eorum est, qui in l. cum quis. 37. §. codicillis. de legat. 3. ex patru conuentione fratris filio depositi actionem quæsitam fuisse existimant, cum tamen de eo Scauola non querat, sed de illo duntaxat, an ex sola testatoris scriptura depositum probari possit, quod propter defuncti iuramentum magis esse ait. Siue igitur fratris filius patruo heres extiterit, siue alius, is qui heres est depositum petere poterit, quod significant verba illa, *nec aliam vllam probationem habeant*, scilicet, heredes. Nam si Florentinam lectionem secuti legamus *habeat*, necessariò ponendū erit fratris filium patruo heredem extitisse, quod tam ex testamēto quàm ab intestato facilè cõtingere potest, & in dubio, cum nullos liberos habuisse testator proponitur, ita contigisse credendum est. Peteretur autem in ea specie depositum actione depositi, non ex testamento, cum inutile sit legatum quod representationis commodum nullum habet, l. sin autem. 29. de legat. 1. l. Aurelius. 28. §. vlt. D. de liberat. legat. Nec ratione alia responsum illud Scauolæ pertinet ad titulos De legatis, quàm quod pecunia illa deposita legata erat: quemadmodū l. Publia. collocata est à Triboniano sub tit. Deposit. quia in eius specie depositæ erant res de quibus quærebatur, licet ex fideicommissio non depositi actione, vt diximus, repetantur. Hæc quamquã ita sunt, tamen dotium fauore singulariter receptum est, vt nepti nubenti ex aui materni dotem dantis stipulatione vtilis actio acquiratur. l. Caius Seius. 45. D. solut. matrim. vbi ratio propria redditur, *ne commodo dotis mulier defraudetur, & fauore nuptiarum*. Quæ verò subiicitur, *& maxime propter adfectionem personarum*, abundãs potius, quàm idonea ratio est, aut eam fortasse ob causam adiecta, vt intelligamus solum fauorem nuptiarum, & dotis, facere nõ posse vt ei

quæ nu-

quæ nubit vtilis actio acquiratur, ex alterius quàm patris stipulatione, nisi stipulatoris persona talis sit, quam probabilis aliqua adfectio ad stipulandum pro filia vel nepte induxerit.

*Additur negatio in l. cum reus. 14. D. de fideiussor.*

C A P V T V.

**S** I REVS fideiussor heredem scripserit, constat inter omnes fideiussoriam obligationem extinguere, & solam principalem tanquam pleniorē remanere. l. 5. D. de fideiuss. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de solut. idemque Sabiniani admiserunt si reus fideiussori heres extiterit, quorum sententia tandem contra Proculianum obtinuit. l. cum quis. 38. §. vlt. l. si duo. 93. in fi. de sol. l. heres à debitore. 21. §. quod si hic seruus. de fideiuss. Quid ergo si reo ex propria persona competat exceptio aliqua quæ fideiussori non competebat? finge stipulatorem pactum fecisse de non petendo à reo duntaxat (quod fideiussori non prodesse certum est. l. nisi hoc actum. 22. D. de pact.) an non iniquum sit periclitari stipulatorem, & exceptione sum moueri quam ipse fideiussor aut quilibet ipsius heres obiicere nullam posset? Ita sanè est. Et idè stipulatori succurrendum est, vt si reus ex persona sua conuentus exceptione fideiussori non competente vsus fuerit, in factum vel doli mali replicatio stipulatori detur. Dolo namque reus facit, qui cum fideiussori heres extiterit, id tamen recusat soluere quod alius quilibet fideiussoris heres soluere cõpelleretur. Quæ sententia est l. cum reus. 14. de fideiuss. in qua manifestum est addita negatione legendū esse, *exceptione fideiussori non competente*. Nam si receptam lectionem sequamur, siue exceptionem reo & fideiussori communem fuisse dicamus, verum non erit quod Iulianus ait stipulatori dandam in factum vel doli mali replicationem, cum in dolo non sit reus idemq; fideiussoris heres qui exceptione sibi & fideiussori competente vitur: siue exceptionem hanc soli fideiussori competere dicamus cum Accursio & Bartolo, non video quomodo reus ex persona sua, id est tanquam reus conuentus, exceptionem soli fideiussori competentē opponere possit: quod cum facit, non tam dolosè profectò quàm stultè, hoc est iuris imperitia, facere credendus est, præsertim cum tota fideiussoria obligatione sublata fideiussoriam quoque exceptionem omnino preemptam esse necesse sit.

*Defenditur responsum Scauolæ in l. pradia. 27. §. liberto. de instruct. legat.*

C A P V T V I.

**V** M Pamphilo liberto heredi ex parte scripto patronus per præceptionem fundum legasset, eo adiecto, *cum instrumento & his quæ in eodem erunt cum moriar*, Scauola respondit etiam vinum in eo fundo repertum quod viuis testator vendiderat, & cuius pretij partem tertiam acceperat, ad Pamphilum libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi manifestè contrariam defuncti voluntatem cohæredes approbent. Cuius responsi rationem Accursius non intelligens, in proposita specie contrariã testatoris voluntatē liquere ex Rogerij sententia contendit, maxime, inquit, si post factū testamentū testator vinum vendidisse proponatur, quod hæc alienatio argumētū quoddã sit mutatę voluntatis. arg. l. si ea toto. 8. de legat. 1. l. fideicommissa. 11. §. si rem suam. de legat. 3. at-

que ita efficit vt quod in proposito casu ad libertum pertinere Scæuola respondit, prorsus contraria interpretatione ad coheredes pertineat, nisi contrariam voluntatem libertus approbet, cuius tamen probandæ onus incubere coheredibus Scæuola scribit. Quod quemadmodum indistinctè scribit, ita ego generaliter verum arbitror, siue ante, siue post factum testamentum facta venditio sit. Vtroque enim casu dici potest, nondum videri alienatū vinum quod nondum traditum est, atque adeo cuius nomine venditori pretium solutum aut alio modo satisfactum non est. l. quod vendidi. 19. de contrah. empt. §. venditæ. Instit. de rer. diuis. ex quo ad Accursij obiectionem responderi potest. Planè pro qua parte solutum pretium est, vix dici potest vinum præceptionis legato contineri: & probabilius est verba illa, *vinum in doliis remanens*, de vino cuius pretium solutum non est accipi debere: neque enim videtur in doliis remansisse vinum quod quocumque volente emptore auferri potest. Pretium autem iam acceptum libertum ex causa præceptionis restituendū esse ex proposito legati verbis dici nullo modo potest. Verum igitur est quod Scæuola respondit, vinum à testatore venditum, quod tamen in doliis remansit, ad legatarium, hoc est libertum coheredem ex causa præceptionis pertinere. Cui malè obiicitur l. quæsitum. 12. §. Celsus. hoc tit. vbi agit de legato fundi instructi, quod multum differt à legato fundi cum omnibus quæ in eo sunt: neque enim quæcunque in fundo sunt instructi appellatione continentur, sed ea duntaxat quæ idè in fundo sunt vt in eo sit instructior paterfamilias. d. l. quæsitum. §. idem respondit domo instructa. 23. cuiusmodi profectò nō sunt ea quæ vernalia sunt, præsertim vina, quibus licet vernalia non sint, fundus tamen instructus intelligi non potest. l. si ita. 15. §. 1. eod. Minus verò ad rem pertinet quod idem Scæuola respondit in l. generali 32. §. vxori. de usufructu. legat. domum & omnium rerum quæ in iis essent usufructu legato, nō videri testatorem de iis legandis, quæ vernalia essent, sensisse. Magna enim est hac parte inter usufructus & proprietatis legatum differentia: siquidem qui usufructum legat, non potest videri cogitare de iis quæ vernalia habet, nisi fortè quis dicat pecuniæ ex iis redactæ quasi usufructum constituere testatorem voluisse: quod tamen neque testatoris verba inducunt, neque heredis fauor patitur vt in dubio sine coniectura admittatur. At legata proprietate omnium rerum quæ in domibus sunt, dici non potest quid impediatur quominus etiam ea quæ vernalia sunt legato contineantur. Nisi aliquid fortè sit ex quo contraria testatoris voluntas appareat, vt si dixerit, *cum omnibus rebus suis*: hæc enim adiectio efficit vt de iis duntaxat rebus videatur sensisse testator quas in vfus suos, non quas vnales habuit. l. argumento. 25. §. si quis addiderit. l. pediculis. 32. §. item cum quæreretur. de aur. & arg. legat. Postremò non obstat quod dici solet fundo legato cum omnibus quæ ibi sunt, ea quæ ad tempus ibi sunt non videri legata. l. si fundus. 44. de lega. 3. Nam in proposita specie, siue post testamentum vinum venditum esse dicamus, non idè tamen sit vt testamenti tempore venale fuerit, cum plerumque contingat vt quæ prius vendere nolimus postea mutato consilio vendamus: siue ante testamentum facta venditio sit, manifestum est testatorem qui vino iā vendito legauit omnia quæ in fundo sunt, neque vinum ab eo fundo abstulit, voluisse vt ad libertum ex causa præceptionis pertineret. Illud etiam dici potest, legatis omnibus quæ in fundo sunt, ea tamen legata non intelligi quæ in alium locum translata testator voluit, vt in specie l. ex factis. 35. §. vlti. de hered. instit. l. si ita. 86. de leg. 3. l. pen. §. vlt.

§. vlt. de aur. & argent. legat. At aliud probandum esse in iis quæ testator tandiu in fundo remanere voluit, quandiu sua essent: hæc enim verè dici possunt ita esse in fundo, vt ibi perpetuò sint. Sequitur apud Scæuolam, *In eo fundo instrumenta Calendarij & nummos reliquit. Responsum est, de nummis quoque vt supra responsum.* Ergo de Calendario non idem responsum est: neque enim nomina debitorum in aliquo loco esse dici possunt, l. si fideicommissum. 50. §. 1. de iudic. & idè generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco sunt, nūquam Calendarium cōtinetur. l. Caius Scius. 86. de legat. 2. l. vxorem. 41. §. legauerat. l. quæsitum. 78. §. 1. l. si mihi. 92. in princip. & §. vlt. l. prædiis. 91. §. pater. de leg. 3. Atqui supradictis locis eadem videtur constitui ratio nummorum & Calendarij, vt in d. §. legauerat. d. l. quæsitum. §. 1. & l. si mihi. §. vlt. Sed cum de nummis quæritur, certum est distinguendum esse, an scenerandi, an verò præsidij causa in fundo sint, vt hoc casu legato contineatur, priore verò non contineantur. d. l. si fundus 44. l. si chorus. 79. §. 1. l. si ita. 86. de legat. 3. Quod cum ita sit, quæri adhuc potest, Cur tot locis indistinctè scriptum sit pecuniam numeratam legato generali non contineri. An quod in dubio præsumendum non sit prudentem & diligentem patremfamilias pecuniam otiosam habere voluisse? Igitur legatario incumbet onus probandi pecuniam repertam scenerari destitutam non fuisse. Quid ergo est, quod ait Scæuola nummos repertos ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi manifestè contrariā defuncti voluntatem coheredes approbent? Puto fauorem heredis efficere vt in dubio probationem à legatario exigamus, arg. l. fideicommissa. 11. §. si quis decem. de legat. 3. inde verò fieri vt cum idem legatarius & heres est, vt in specie §. liberto. & l. 64. de legat. 3. probandi onus in coheredes transferatur. Illa namque verba testatoris, *cum his quæ in eodem erunt*, liberti legatarij & coheredis intentionem iuuant, vt nulla prorsus ratio sit, cur non aliis coheredibus probationis onus iniungatur potius quàm ipsi liberto, cuius tanquam heredis & legatarij causa fauorabilior est. Neque verò huic nostræ sententiæ obstat d. l. quæsitum. §. 1. vbi filio herede scripto, cui domus legata est cum omnibus quæ ibi sunt, nummos tamen deberi Paulus scribit. Primùm enim verba illa, *quod iam tibi maiorem partem facultatum dederim*, facile possunt ita accipi vt tamè filius heres institutus non sit. Tum illa sequentia, *contentus esse debes*, satis indicant testatorem quàm minimum facere potuit filio relinquere voluisse, vt proinde ex verisimili ipsius voluntate legatum strictè interpretetur, vt ad nummos non pertineat, nisi de his quoque legandis manifestè volūtas testantis adprobetur. Quæ etiam ratio esse videretur, propter quam ibidem Paulus respondet verba illa, *argentum omne & supellectilem quodcumque habeo tibi dono*, quantumuis generalia sint, tamen ad argētum & supellectilem quæ alibi esset non pertinere, nisi id quoque testatori placuisse legatarius probauerit.

Ex eodem titulo explicatur. l. Seia. 20. & alia nonnulla.

CAPVT VII.

IRCA responsum Scæuolæ in princip. l. Seia. 20. de instruct. & instru. legat. de duobus quæri potest. Primùm cur legatum generale in testamento factum ex codicillis petita interpretatione coangustetur: Alterum, cur legatum in codicillis ita relicto, *fundos quos reliqui ita vt sunt instructi rustico instrumento, supellectile, &c.* generale nō sit, vt etiā eo contineatur quæ quotidiani vsus gratia cō-

parata sunt, quemadmodum contineret si simpliciter instructi fundi legati essent. l. quæsitum. 12. §. sed si fundus. eod. Ad primum Scævola respondet, testamento quidem instructum fundum legatum (ita enim legendum esse vir doctissimus Iacob. Cuiacius foeliciter & eruditè iam pridem obseruauit) verum non amplius deberi quam instructi appellatione contineri velle se manifestè ostendisset in codicillis, quos sanè post obliuionem testamentaria scriptura fecisset. quorum verborum quis sensus sit Accursius non explicat. Alij sic interpretantur, vt testator in codicillis ostēderit quod in testamēto prætermiserat, quid instructi appellatione velle contineri. Sed interpretatio hæc, propositā dubitationem nō tollit. Cū enim in testamento instructus fundus legatus sit, & huiusmodi legato contineantur etiam ea quæ patrisfamilias vsus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt. d. §. sed si fundus. neque in codicillis detractum aliquid sit, sed additum, rustico instrumento, supellectile, &c. quæstio est eorum ea duntaxat debeantur quæ in codicillis instructi appellatione contineri velle se testator ostendit. Ad quam dubitationem proculdubio Scævola respondet iis verbis, quos sanè post obliuionem testamentaria scriptura fecisset. Sensus autem est, testatorem, qui memor se in testamento instructū fundum legasse, postea adiecit in codicillis, rustico instrumento, supellectile, &c. non videri ita facere, vt legatum in testamento relictum imminuat, sed potius vt augeat, arg. l. quæsitum. §. pen. hoc titul. At in proposito casu testatorem codicillos fecisse, post obliuionem testamentaria scripturæ, id est cū amplius memor non esset se in testamento fundum instructum legasse, putaretq; duntaxat fundum se, legasse, vt colligitur ex iis codicillorum verbis, Postea mihi venit in mentem, Seig fundos quos reliqui, ita vt sunt instructi rustico instrumento dari volo. Ex quo fit vt Seix ea duntaxat debeatur, quæ in codicillis testator expressit. Ad posteriorem dubitationem Scævola non respondet. Nos videamus an dici possit multum interesse an fundus legetur instructus cum rustico instrumēto, & supellectile, an verò instructus rustico instrumento, &c. Priore namque casu legatum fundi instructi generale est, ad eò vt etiā ea contineat quæ patrisfamilias vsus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt: adiectio verò illa, cum rustico instrumēto, non tam imminuere quam ex abundantia legatum augere creditur, vt Papi-nianus ait d. l. quæsitum. §. pen. At cū fundus legatur instructus rustico instrumento, nullū est fundi instructi legatum generale, cū iam inde ab initio testator ostendat quid instructi appellatione contineri velit, scilicet rusticum instrumentum, supellectilem, & cætera quæ specialiter expressit. Atque ita Scævolam sensisse vel ex eo apparet, quòd ait ex testamento in quo legatus erat fundus instructus cum suis villicis & reliquis colonorum peti potuisse omnia quæ fundi instructi appellatione veniunt, nisi posteriore legato in codicillis quos post obliuionem testamentaria scripturæ fecisset, testator quid instructi appellatione contineri velle, manifestè ostendisset. At rursus eidem Papi-niani sententiæ in d. l. quæsitum. §. pen. de instruct. vel instru. legat. ob stare omnino videtur l. cū de lanionis. 18. §. pen. eod. vixq; vlla conciliationis ratio reperiri potest, nisi differentiam constituamus inter legatum hoc, villam meam instructam lego cum supellectile, & illud, villam meam ita vt ipse possedi cum supellectile lego. Hæc enim verba, vt ipse possedi, sui natura nihil significant, sed id duntaxat de quo testatorem sensisse apparet. d. l. Seix. §. vlt. Vnde fieri videtur, vt ex huiusmodi legato, villam meam ita vt ipse possedi cum supellectile lego, nihil debeatur præter supellectile & cætera quæ nominatim testator expressit.

Quod

Quod secus est cū villa instructa legata est: hoc enim legato certum est quid contineatur, & adiectio illa, cum supellectile, pro legati augmēto potius quam interpretatione habetur. Planè si testator simpliciter ita legauerit, villam vti possedi lego, placet villam intelligi legatam vti instructa est. l. prædiis. 9. 1. §. 1. de leg. 3. non tam ex vi & proprietate legati vt arbitror, quam quòd in dubio nihil sit quod melius statui possit, ne si nihil præter villam deberi dicamus, verba illa, vti possedi, frustra adiecta esse fateamur. Illud postremò obseruandū est, aliud esse legato generali certas species adici, aliud verò certi numeri speciem demonstrari. Hoc enim casu modus generi datus in his speciebus intelligitur, vt eleganter Papi-nianus ait in l. legat. 9. de supelle. legat. vbi rationem hæc reddere videtur, quòd priore casu species per imperitiam enumeratæ intelliguntur: posteriore verò apparet testatorem non intellexisse, in genere contineri eam speciem cui speciali enumeratione certum modum & numerum dedit. d. l. cū de lanionis. §. cui fundū. de instruct. vel instrum. legat. Hæc autem omnia Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes vulgo malè explicant, & nescio quid de participij per quod genus significatur determinatione ridiculè, vt pleraque alia, comminiscuntur.

Nota emendatio l. 7. §. si vir. solut. matrim. & explicatio l. vlt. de fund. dotat.

CAPVT VIII.



**S**I VIR in fundo dotali lapidicinas marmoreas inuenerit, & aperuerit, multum interest an eæ tales sint in quibus marmor crescat, & renascatur, quales in Gallia & Asia multæ sunt, an verò aliud marmor esse non possit, quam quod iis apertis extractum est. Illo casu marmor in fructu esse dicitur, posteriore verò non item: nam, vt eleganter Accursius ait, fructus appellatione contineri non potest id quod semel remotum postea non renascitur. l. penult. in princ. D. de contrah. empt. Rursus si apertæ lapidicinae sint eiusmodi, in quibus marmor non renascatur, distinguendum est, an earum apertura fundus dotalis fructuosior, an deterior factus sit: facillè namque contingere potest vt fructuosior fiat, puta si marmoris reperti maior sit quam totius fundi, qui antea erat, æstimatio. Fundo autem fructuosiore facto certissimum est impensas marito præstandas esse. l. voluptaria. 7. de impen. in reb. dotal. fact. l. 7. §. vlt. solu. matrim. At si vel deterior vel non fructuosior factus sit fundus, nulla ratio est vt harum impensarum, quæ nec necessariæ nec vtilis dici possunt, exactionem maritus habeat. Quæ cū ita sint, si quærat quæ sit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris, intelligimus responderi sine distinctione non posse. Nam si in iis lapidicinis aliud marmor nasci & crescere possit, id quod iam extractū est cū in fructu sit, vt diximus, ad maritum proculdubio pertinebit, ad quem omnes dotis fructus spectant, l. dotis. 7. de iur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eod. Quòd si aliud marmor nasci nō possit, id quod extractū est, quemadmodum in fructu non est, ita neque mariti esse potest, sed tanquam dotale mulieris remanet, ad eò vt sine ipsius voluntate alienari nequeat: eo autem mulieris voluntate alienato, nummi ex ea venditione recepti dotis efficiantur. l. si ex lapidicinis. 32. D. eodem. Item si quærat an mulier impensam in aperiendis lapidicinis factam marito præstare debeat, apparet distinguendum esse an fundus deterior an fructuosior factus sit. Nam siue marmor in iis lapidicinis renascatur, siue nō, fructuosior tamen facto fundo impensa omni-

modo præstabitur, deteriore facto, non præstabitur: quinimo maritus iudicio de dote in id quod intererit mulieris, condemnabitur. Et hæc omnia, si rationibus non legibus disputandum esset, nemo est qui non statim verissima & iuris rationi apprimè consentanea esse fateretur. Atqui longè aliter sentire videtur Vlpianus in l. 7. §. si vir. D. solut. matrim. vbi scribit marmore extracto ex lapidicinis in quibus aliud nõ renascitur, & fundo fructuosiore facto, marmor esse mariti, impensam verò eidem præstandam non esse. Quod vtrumq; qua ratione verum sit, defendi cerrè non potest. Etenim verissimum est marmor ex iis lapidicinis tractum, in quibus aliud non renascitur, in fructu non esse, vt idem Vlpianus eodem loco subiicit. quod si ita est, neque ad maritum pertinere villo modo potest. d. l. si ex lapidicinis. de iur. dot. quam ob causam Vlpianus tota d. l. 7. ita semper loquitur, vt quæ ad maritum pertinere vult, ea in fructu cedere dicat: quæ verò in causa dotis remanere putat, ea omnia in fructum cedere neget: neque enim in rebus dotalibus quicquã iuris maritus habet nisi ratione fructuũ, vt quod in dotis fructu non est, ne quidem volente muliere mariti esse possit. Ridiculi verò sunt Græci, qui lapides istos, quos in fructu non esse fatentur, interim tamen tanquam fructus ad maritum pertinere contendunt. neque animaduertunt tã in d. §. si vir. quàm in l. vlt. de fund. dotal. disputari cuius sint facto iam diuortio, & eo tempore quo in iis aut nullum aut totum folius mariti ius esse necesse est. Quod autem in d. §. si vir. Vlpianus adiicit marito impensam præstandam nõ esse, adhuc obscurius vel potius absurdus est. Omnino enim iuris ratio facit, vt impensa per quã fructuosior dos facta est soluto matrimonio restituatur: ne ex mariti iactura mulier locupletetur: quod cum etiam in prædonis persona iniquissimũ esse dicatur, l. planè. 38. de petit. hered. multò minus in proposito casu admittendum est, id est in marito cuius in cæteris eadem quæ bonæ fidei possessoris ratio est. l. fructus. 45. de vsur. Ex quo moti Accurs. & Bartolus dixerunt mutari casum in iis verbis, & *impensa non est ei præstanda*, & incipere Vlpianũ loqui de fundo deteriore facto, quod tamen ipsius verbis apertè repugnat: & non est existimandum monere eum voluisse impensam quæ fundum deteriore fecit, marito præstari nõ debere. Verius igitur est corruptũ esse hunc Vlpiani locum: neq; tam de illo dubitandum arbitror, quàm in eo elaborandum quomodo emendari & restitui posse videatur. Nã quod ex recentioribus vir doctissimus scripsit, legèdum esse, *nec fructuosiore fecerit*, posteriorem sanè dubitatione tollit, sed prior illa semper manet, quòd marmor extractum ex iis lapidicinis in quibus aliud non renascitur, quãquam in fructu non est, Vlpianus tamen mariti esse ait. Illud etiam me valde mouet quod Vlpianus sententiæ suæ rationem illã reddit, *quia nec in fructu est marmor*. quæ tamè prorsus aliena est, siue queramus cur marmor mariti sit, siue cur impensa marito præstari nõ debeat. Quãquam Accursius suæ illius commentitiæ interpretationis memor, ita eam explicat vt impensa marito non præstetur, quia in fructu, id est utilis non sit. Sed nihil proficit, non solum quia fructuosiore factum esse fundum Vlpianus dicit, sed etiam quia marmor non impensam in fructu esse negat. An ergo probabilius dici potest Vlpianum scripsisse, marmor mariti non esse, at eidem impensam præstandam esse? Id verò facillè assequemur, si negationem positam in illis verbis, & *impensa non est ei præstanda*, tollamus, & in suum locum transferamus, id est inter duo illa verba, *mariti est*. Ita enim in vulgatis codicibus legitur rectius, quàm in Florètinis, *marmor quod casum neq; exportatũ est mariti*. Quo

*riti*. Quo posito dici non potest quàm rectè his omnibus conueniat ratio quæ subiicitur, *quia nec in fructu est marmor*. Hæc enim recta, vera, & propria ratio est propter quam marmor mariti non est. Rursus, si utilis impensa marito præstanda est, etiam eo casu quo marmor in fructu est, & ad maritum pertinet, id est si lapidicina talis sit in qua marmor crescat & renascatur. l. vlt. de fund. dotal. quantò magis in proposita specie marito præstanda est, in qua ne quidem in fructu est marmor? magis enim hoc quàm illo casu maritus periclitatur. Et ita rationem hanc Vlpiani explicandam arbitror. Huic verò tam crasso errori causam dedisse videtur d. l. vltim. de fund. dotal. in qua Labeonis sententia proponitur, existimantis in eadem, vt videtur, specie marmor mariti esse. Sed cum ita Labeo dicebat, de iis lapidicinis proculdubio intelligebat in quibus crescere lapis potest. Et ea nimirum ratio est propter quam Iabolenus reprehendit quod idem Labeo dicebat viro impensam à muliere præstandam non esse, quasi & necessaria non esset, & fundus deterior esset factus. Reprehendit autem ea ratione, quòd non necessarias tantum, sed etiam utiles impensas à muliere præstari oporteat: fundus verò deterior non sit si tales sunt lapidicinarum in quibus crescere lapis potest, de quibus proculdubio sensisse Labeonem necesse est cum marmor viri esse dixit. An igitur Iaboleni sententiã eam fuisse dicemus, vt non aliter impensa marito præstanda sit, quàm si in lapidicinis renascatur marmor? Minimè verò. Cum enim utiles impensas à muliere præstadas esse dicat, manifestum est fructuosiore facto fundo mulierem omnimodo teneri, licet lapidicina talis sit, in qua crescere marmor non possit. Verum ita Iabolenus dixit, quòd in casu de quo Labeo respõderat, id est cum marmor in lapidicina renascitur, contingere nõ potest vt fundus deterior fiat, cum vix sit vt nisi in saxosis & sterilibus fundis huiusmodi lapidicina reperiantur. At cum in lapidicina marmor non renascitur, vt plurimum euenit vt deterior fiat fundus, quamquam & fructuosior fieri potest, si, vt initio dixi, maior sit marmoris reperti quàm totius fundi, qui antea erat, æstimatio. Ex quo intelligimus quàm parum cautè nonnulli scripserint fundum fructuosiore fieri non posse quin marmor in fructu sit: hoc enim casu fundus fructuosior fit qui plus vendi potest quàm antea, nec tamen marmor in fructu est. Sic Labeo dicebat fundum deteriore factum esse in quo lapidicina inuenta est in qua marmor renascitur, neque tamen ideò marmor ad maritum pertinere, id est in fructu esse negabat. d. l. vlt. D. de fund. dotal. Illud sanè prætermittendum non arbitror, in d. §. si vir. verba illa, *nisi talis sit*, non continere exceptionem ad omnia præcedentia, sed ad id duntaxat quod proximè dictum est in fructu marmor non esse, quod Accursius & Bartolus non intellexerunt.

*Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum 14. D. de in rem verso.*

C A P V T I X.

**V**LPIANVS in l. si in rem. 13. de in rem verso. refert apud Iulianum tractatum fuisse si vnus serui plures domini sint, & in rem alterius ex iis versum sit, quod seruo creditum est, vtrum is solus in cuius rem versum est, an & socius actione de in rem verso conueniri possit. Ita enim quæstionem concipiendã arbitror, nõ quomodo Accursius, An de eo quod in rem socij versum est possit alter socius actione de peculio conueniri. Quãuis enim quod in re domini versum est, in serui peculio sit, vt cum de peculio agitur, de eo quoq; quod in rem

versum est, agi videatur, attamen dubitandum non est Vlpianum actionem de in rem verso ab actione de peculio separare, cum & longè aliud sit teneri actione de in rem verso, aliud teneri de peculio: & nemo vnquam dubitauerit pro peculio socij, socium de peculio conueniri posse. l. si duo. 15. D. de pecul. l. hinc quæritur. 19. §. vltim. eo. l. etsi non. 8. §. vltim. D. commun. diuid. Respondet verò Vlpianus ex Iuliani sententia eum solum cõueniri in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit: Ex cuius exempli comparatione magis intelligimus loqui Vlpianum de actione de in rem verso ab actione de peculio separata, vt quemadmodum ex pluribus dominis is solus qui iussit in solidum tenetur. l. i. quod iussu. ita is solus in cuius rem versum est in solidum teneatur. hoc est actione de in rem verso, non de peculio, quæ nõ in solidum datur, sed eatenus duntaxat quatenus peculium patitur. §. præterea. Instit. quod cum eo. Finge igitur mihi & Titio communem esse seruum Stichum, qui ab vnoquoque nostrum habeat centum in peculio, id est, peculium ducentorum nobis etiam commune. Si Sempronius ei trecenta crediderit, quæ ipse in solius Titij rem tota verterit, multum sanè intererit an actione de peculio conueniar, an actione de in rem verso. Illo namque casu ducenta tantum à me Sempronius consequetur, quoniam in communi peculio ducenta tantum sunt: at actione de in rem verso trecenta consequeretur, cum integra trecenta in rem socij mei versa sint. Iuliani ergo sententia est, quam & Vlpianus probat, separandam hac parte actione de in rem verso ab actione de peculio, nec quemadmodum hanc, ita illam propter id quod in rem alterius socij versum est, aduersus alterum socium competere. Quod quanquam æquissimum est, & rationi maximè consentaneum, vt non teneatur actione de in rem verso is in cuius rem versum nihil est, Marcellus tamen apud Iulianum libro duodecimo Digestorum (ita enim emendanda est inscriptio l. 14. ex l. 16. de pecul. vel huius ex illa) notat interdum etiam contingere, vt propter hoc quod in rem alterius socij versum est, de in rem verso cum altero agi possit: hæc enim sunt verba l. 14. ex quibus adhuc manifestius est quæstionem Iuliani de actione de in rem verso non de peculio intelligi debere, quia post verba illa, *propter hoc quod in rem alterius socij versum est*, frustra sint adiecta illa, *de in rem verso*, si cum Accursio sic intelligantur, *De eo quod in rem versum est actione tamen de peculio*. Vt taceam Iuliani quæstionem ex Marcelli nota intelligendam esse, nisi Marcelli notam cauillatione potius esse fateri volumus. Marcellus igitur notat Iuliani sententiam semper veram non esse. Quid enim, inquit, si in proposita specie, seruo meo & Titij peculium quod à me habebat, id est centum, ademerò? Peculium quod superest, totum Titij socij mei proprium est. l. quis ergo. 16. in fin. de pecul. vbi ex eiusdem Marcelli ad Iulianum notis id ipsum proponitur. Ita igitur fiet, vt ego, qui peculium amplius nõ habeo, de peculio conueniri non possim. Nimirum actionem de peculio à mea persona incipere necesse est, vt quamuis manente peculij communionem possim de peculio conueniri supra quam seruus communis à me in peculio habeat, tamè si à me nihil omnino habeat, nec rationis nec æquitatis sit ex socij mei persona aduersus me de peculio actionem dari. Ipsa enim peculiorum non serui communio efficit vt ex pluribus dominis alter alterius nomine de peculio teneatur, ideoque si socij separata peculia habeant, singuli pro suo duntaxat peculio conueniuntur, d. l. si duo. itémq; si peculium, quod antea fuit cõmune, facta ab altero ex dominis ademptione alterius proprium factum sit. Cum ergo de peculio conueniri

conueniri non possim, quæstio illa superest, an teneatur actione de in rem verso. Et Marcellus ait me teneri: Quod licet indistinctè dicat, ego tamen sic accipiendum non puto, vt ea actione tantum cogar præstare, quantum socius meus in cuius rem versum est præstare cogeretur, hoc est trecenta. Iniquissimū enim esset me, in cuius commodū nihil versum est, adempto peculio trecenta præstare, qui, si peculium non ademissem, actione de peculio non nisi ducenta præstarem. Sed neque hæc ducenta, quæ actione de peculio, si ademptum non esset, præstarem, puto me actione de in rem verso præstare debere. Cum enim bona fide peculium ademerim (alioquin ademptio non faceret quin de peculio tenerer) æquum etiam non est eius me peculij post ademptionem onus sentire. Quid ergo est? Adempto peculio nihil me ex persona mea actione de in rem verso præstare debere arbitror, sed ex persona Titij socij mei tantum quantum ex eiusdem persona actione de peculio præstitissem, si ei peculium nõ ademissem, id est centum. Idq; non obscure Marcellus innuit, cum ait posse me à socio repetere id in quo damnatus fuero, quod utiq; falsum esset, si quid ex persona mea præstarem, vt contingit in actione de peculio. d. l. & si non. 8. §. vlt. commun. diuid. Nec sanè absurda, aut iniqua est hæc Marcelli sententia, si subtilius intueare. Nam qua ratione & æquitate conuentum me de peculio præstare necesse est ex socij mei persona supra quam in peculio habeam, scilicet ne in plures aduersarios distinguatur qui cum vno contraxerit, l. & ancillarum. 27. §. vlt. de pecul. eadem prorsus ratione & æquitate adempto peculio, actione de in rem verso præstare debeo quatum socius in peculio habeat: neque magis conqueri possum cur ex persona socij teneatur de in rem verso, quam cur ex eiusdem persona teneatur de peculio. Dices fortasse, Imò diuersam harum actionum ratione esse: socium enim ex socij persona teneri de peculio propter peculiorum communionem, vt diximus: sublata igitur communionem nullam rationem esse cur de in rem verso teneatur. Et hæc vnica fortasse ratio est, quæ interpretibus inextricabilem quæstionem huius exitum fecit. Sed facilis responsio est, sublata quoque per ademptionem peculiorum communionem, æquum esse teneri me de in rem verso, quod ipse peculium ademerim, atq; ita effecerim, ne ex persona socij mei de peculio conueniri possim: alioqui dicendum erit, creditoris mei conditionem facto meo deteriore fieri posse. Planè quia peculium bona fide ademi, mihi in hoc ademptio proderit, vt qui actione de peculio ducenta præstitissem, nec à socio meo nisi centum repetissem (alia namque centum ex persona mea debuissim) post ademptionem, centum duntaxat præstem, eaq; integra à socio repetam. Præsto autem actione de in rem verso, quia ex socij, in cuius rem versa sunt, persona ea præsto. Vnde fit vt si nihil in rem socij mei versum sit, nulla aduersus me actio creditori competat, nec de peculio, quoniam ademptum est, nec de in rem verso, quoniam in rem versum nihil sit. Quid igitur si peculium quod à me communis seruus habebat ademptum non sit, sed mortuum, vt loquitur l. peculium. 40. de pecul. vel finitum aliquo ex iis modis de quibus agitur in tit. quand. act. de pec. est anna. hoc est alienatione, vel manumissione, aut morte serui? Et dicendū est his omnibus casibus me, in cuius rem nihil versum est, de in rem verso conueniri non posse: cum intrà annum de peculio agi possit, post annum verò potius per creditorem quam per me factum videatur, quominus de peculio teneatur. Nec fortè quis malè ita colligat ex eo quod Marcellus de ademptione tantum loquitur. Nam si aliis quoque casibus idem admittendum putasset, genera-

liter dixisset, *Quid enim dicemus si seruus ab altero ex dominis peculium nullum habere cœperit?* neque interdum contingere scripsisset, quod tot casibus contingeret. Ac sanè vix verisimile est tot casus à Iuliano & Ulpiano vel omisos vel ignoratos fuisse. Nec ad rē pertinet, quod ad Marcelli notam Paulus subnotat sententiam Marcelli procedere si de peculio agi non possit: neque enim id ita accipi debet, vt procedat omni casu quo de peculio agi non potest, sed strictius, vt non procedat si de peculio agi possit. Quod maximè consequens est ei quod diximus, nō aliam ob causam teneri forum de in rem verso, propter hoc quod in rem alterius socij versum est, quàm quia ipsius facto contigerit, ne de peculio agi cū eo posset. In Pauli nota illud obseruandū est, quod quæstionem dixit pro sententiā: quod Accursium fecellit. Ita autem dixit, quod Marcelli sententia per quæstionem cōcepta erat iis verbis, *quid enim dicemus?* Alioqui si quæstionem pro dubitatione intelligas, non magis vno quam alio casu procedit. Errant igitur meo iudicio, qui Marcelli sententiam aliter explicantes, putant in d. l. 14. legendum esse addita negatione, *Si peculium seruo ab altero ademptum non fuerit.* Mihi locus hic sanè difficillimus, sed interpretatio nostra accommodatissima, & verissima videtur: quæ tamen si cui minus satisfaciat, cogitare is debet Marcelli casum valde esse nouum, singularem atq; dubitabilem: cuius scilicet rationem nullam habuit Iulianus, aut etiam Ulpianus, qui tamen Marcelli ad Iulianum notas non indiligenter legerat: Ex quo probabiliter suspicari libet, Marcelli notam Ulpiano non placuisse: quod & verba illa confirmant, *quam sententiam puto veram.* Placuit tamen Paulo, placuit etiam Triboniano: neque verò dubitandum est quin hodie Iuliani sententia ex Marcelli nota interpretanda sit, posteaquam placuit Iustiniano vt omnia Iureconsultorum responsa, quasi ab vno ore, & à solo Iustiniano profecta intelligantur.

*Conciliatio l. ventre. 84. de acquir. heredit. cum l. si filius. 16. D. de liber. & posthum.*

C A P V T X.

**X** O M N I B V S Digestorum legibus, quæ cū inter se pugnare videantur, conciliari tamen commodè possunt, nullarum mihi vnquam difficilior conciliatio visa est, quàm l. ventre. de acquir. hered. cum l. si filius. 16. de liber. & posthum. in cuius specie illud primū arduam & elegantem dubitationem habet, ab interpretibus magnis contentionibus agitatam, vtum vacuus fuerit venter, an plenus, & si plenus vter fuerit, an natus sit posthumus, necne: Sed quoniam siue vacuus, siue plenus venter fuerit: siue natus posthumus, siue non natus, pugnare videtur d. l. si filius. cum l. ventre. quod pauci interpretes obseruarunt, non valde in hoc laborabimus vt quid verius sit inuestigemus, sed viri doctissimi Iacobi Cuiacij sententiam libenter sequemur, qui ex Florentina lectione primus, quod sciam, elegatissimè & verissimè obseruauit natum fuisse posthumum, vt in iis verbis, *posthumo non nato*, Iureconsultus non dixerit pro *nondum*, vt in l. 2. si pars hered. petat. l. si duobus 16. in princip. de legat. 2. l. Papinianus. 8. §. quoniam autem. de inoffic. testam. Certè plenum fuisse ventrem illud apertissimè conuincit, quod Africanus in posteriore legis parte scribit filium videri fuisse heredem ab intestato, cū tamen Papinianus in l. ventre. scribat si vacuo ventre mulier fuit, non ideo minus filium ex testamēto heredem intelligi quod incertus de statu ventris, decesserit, scilicet quia ad acqui-

acquirendam hereditatem nullo eius facto opus est, solaque legis autoritas sufficit, quæ cum semper certa sit, patris hereditatem filio tribuit si vacuo ventre mulier fuerit. l. cum quidam. 30. §. suum heredem. de acquir. hered. Addi etiam potest quod Africanus ait nepotem suum heredem auo esse, hoc est, vt interpretor, ab intestato. Sui enim heredis nomē legis duodecim tabularum est usurpatum in successione intestati, non testati: vnde titulus De suis & legitimis. At si vacuus venter, aut posthumus non natus fuisset, ratio facit vt in priore legis parte, hoc est dato substituto vel coherede, filius ex testamento heres fuisse intelligeretur: datio enim substituti vel coheredis efficit vt sustineri testamentum possit in id vsque tempus quo natū vel nō natum fuisse posthumum appareat. Cur non enim retro fingatur filius heres fuisse ex eo testamento, quod semper valuit, nec vnquam aut destitutum aut ruptum est? arg. l. si pater meus. 36. D. de solut. Idq; satis apertè posterior Africanus species & ratio ostendit. Plenum igitur ventrem fuisse necessariò dicendum est. At rursus obstare videtur d. l. ventre. in qua disertè Papinianus ait, si ventre pleno mulier fuit, filium heredem scriptū interea decedentē nihil ad heredem suum transmittere: posse tamen ex æquitate decretum postulare, quoniam eo superstite futurum esset vt alterutro casu patris hereditatem obtineret. Africanus verò, in d. l. si filius. filium ait nondum natū posthumo morientem ab intestato heredem intelligi idē quod quo tempore moritur certū esse incipiat neminem ex eo testamēto heredē fore. Cū enim substitutus aut coheres nullus datus sit, apparet filiū, cuius morte testamētū destituitur, ex testamento heredem esse non posse, & idē sublata omnino testamentariæ successions spe, causæ intestati locum esse. Quæ ratio vsque adē aperta est & vera, vt qui Papinianum contrā putasse diceret, planè nescio quid ad eam pro Papiniano respondere posset. Accedit quod Africanus subiungit hoc casu idē euenire, quod filio sub conditione, vt vocant, potestatiua instituto: quo casu certissimū est filium ante impletam conditionem morientem, si nullum coheredem aut substitutum habeat, ab intestato succedere, quod & Papinianus scripsit in l. ult. de condict. inst. Ergo Papinianus ab Africano dissentire dici non potest. Multoq; minus quod ex recētoribus vir doctissimus tētat, explicandū esse Africanum ex Papiniano, vt quod ille ait filiū ab intestato heredem existere, sic intelligatur vt accepto decreto bonorū possessionis commodū ad suos heredes transmittat, vel ita vt si filius dum vixit, decretum non acceperit, heredibus eius eodem Prætoris beneficio succurratur. ex l. 4. & 5. de bonor. possess. contr. tab. Nam si ex necessaria iuris ratione filius ab intestato heres fuisse intelligitur, quid ei aut eius heredibus decretum prodesse potest: quod vt idem vir doctissimus fatetur, & verissimum est nunquam nisi deficiente iure datur. l. scriptus. 12. de Carbo. edict. l. 1. §. si quis prima. de vent. in possess. mitt. l. & mulieri. 15. §. 1. de cura. furios. Rursus in altero illo exemplo quo Africanus vtitur filio sub potestatiua conditione instituto, & priusquam ei pateret mortuo, decretum necessarium esse quis dixerit? Certè nec Africanus, nec Papinianus ipse decretū vllō modo requirit. Dicendum igitur est differentes esse legum species: & quāuis in vtraque plenus venter fuerit, tamen in specie Africano proposita certum fuisse ventrē esse plenum, at in specie Papiniani hoc ipsam fuisse incertam: Id enim est, quod Papinianus ait, *si pleno ventre mulier fuit & interea filius decessit*, id est incerto eo an vter plenus esset an vacuus: quomodo in priore specie dixerat, *si vacuo ventre mulier fuit, & incerto*

eo filius decessit. Multum verò interesse arbitror an incertum sit ventrem plenum esse; necne, quia cum hoc incertum est, dici non potest quod Africanus ait, certum esse filio moriente neminem ex eo testamento heredem futurum. Cum enim ventre vacuo filius sit futurus heres ex testamento, necessario fit ut quandiu incertum est an vacuus venter sit, an plenus, tandiu quoque incertum sit, an ex eo testamento heres filius futurus sit. Pendet igitur hoc casu non tantum causa testamenti, sed etiam intestati, quia quandiu filius ex testamento heres esse potest, non defertur ei ab intestato hereditas: ut proinde si filio neque substitutus neque coheres datus sit, tamen intestati quam testati causa filij morte destituatur. Nec ad rem pertinet, quod per rerum naturam certum sit ventrem esse plenum: neque enim ideo fit ut per rerum naturam certum sit filium ex testamento heredem esse non posse: scilicet quia etiam si ventre pleno mulier fuerit, facile tamen contingere potest ut filius ex testamento sit heres, forte si antequam appareat plenum esse ventrem, partus in utero corrumpatur: quo casu fatendum est, perinde ex testamento heredem esse filium, ac si reuera vacuus venter fuisset. Quid enim interest an reuera vacuus sit venter, an ita plenus, ut tamen plenum eum esse nemo sciat? Quod si obiicias ex euentu apparere plenum fuisse, respondebo euentum hunc expectari non posse, quia nemo fit qui moriente filio testati vel intestati causam sustinere possit, indeque fieri ut quo instanti moritur, non solum testati, sed etiam intestati successio destituatur, nec filius ex testamento aut ab intestato heres fuisse intelligatur. Sed hic rursus dubitari potest, Cur ergo diuersum admittamus, si vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius decesserit, cum hoc etiam casu incertum sit an ex testamento aut ab intestato filius heres futurus sit. Eleganter tamen responderi potest quod iam supra diximus, filium statim heredem esse ex lege, quæ ventrem vacuum esse certa est: nec verò quemadmodum ventre reuera pleno potest contingere, ut habeatur pro vacuo, scilicet si plenum eum esse nunquam appareat, in ventre reuera vacuo, potest nunquam contingere ut habeatur pro pleno. Ex his porro intelligimus egregie decipi eos qui ut Papinianum cum Africano concilient, substitutum vel coheredem in d. l. ventre datum fuisse comminiscuntur: nam si aliquis datus proponeretur qui testamentum sustineret, & utriusque ventre pleno filius heres esset ex testamento, posthumo non nato: quod tamen Papinianus aperte negat. Et hinc quoque interpretandum est quod Iurec. scribit in l. 4. §. ult. de contr. tabul. & intelligendum de filio emancipato, cui necessarium est decretum omni casu quo bonorum possessionem aut secundum tabulas, aut contra tabulas accipere non potest. Quod si etiam de filio qui in potestate sit intelligatur, dicendum est fuisse quidem in ea specie reuera plenum ventrem, sed incerto eo filium decessisse, ut in d. l. ventre. atque ita commodè uterque locus conciliabatur cum d. l. si filius. Verèque diffiniri poterit tam suo quam emancipato filio necessarium esse decretum: sed maxime emancipato, ut ait d. l. 4. §. ultim. scilicet quia nec interim adire hereditatem potest, nec sine aditione heres esse. Suo igitur non aliter necessarium est, quam si incertum sit an plenus sit venter qui reuera plenus est, neque coheres aut substitutus datus sit. At quāvis reuera vacuus venter sit, aut ventre pleno coheres vel substitutus datus, necessarium est emancipato ne interea decedens heredi suo relinquat nihil. Quamquā, ut ex Iuliano subiicitur, in l. 5. de contr. tab. si ante acceptum decretum filius decesserit, æquissimum est Prætozem decernere ut ipsius heredi saluum sit commodum bonorum possessionis

possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas: ut in effectu parum intersit an filius decretum acceperit, an non, & an plenum ventrem sciuerit, an incerto eo decesserit, cum omni casu hereditatis emolumentum in ipsius heredes transmittatur. Et ad hoc fortasse respicientes interpretes, non putarunt magno labore inquirendam conciliationem d. l. si filius, cum l. ventre. quæ tamen, nisi eo quo diximus modo exponatur, explicari, meo iudicio, nulla ratione potest.

Emendatur Claudij nota in l. generali. 32. §. 1. de usufr. legat.

CAPVT XI.

**M**IRVM sane videtur quod Scæuola respondit in l. generali. 32. §. 1. D. de usufr. legat. auia legatum usufructum, ita ut post ipsius mortem ad tres nepotes heredes scriptos rediret, vel ad eum qui ex iis superesset, duobus autem auiam mortuis, tum auia ipsa defuncta ad solam filiam superstitem non reuertere, sed ad eos omnes pertinere ad quos proprietas pertinet, hoc est, etiam ad præmortuorum liberorum heredes pro iis portionibus ex quibus ipsi liberi à matre scripti heredes essent, id est pro trientibus. Mirum, inquam, hoc videtur, cum aut substitutionis in usufructu factæ nullam omnino vim & potestatem esse necesse sit, aut ad solam filiam superstitem bonorum omnium usufructus pertinere debeat. Quo modo ratiocinatus Accursius, & eum secuti plerique dixerunt aperte falsum esse hoc quod Scæuola respondit, ob idque Claudio Thyryphonino, qui ad Scæuolam notas scripsit, non placuisse. Cuius suæ sententiæ argumentum præbere putant quod statim ex Claudio subiicitur, *Claudius non credidit usufructum in vicem portionum hereditariarum post mortem auia inter ipsos datum, eo magis quod æquis partibus heredes erant scripti.* Sed tamen in huius notæ interpretatione non est ex interpretibus qui non valde laboret, præsertim in eo explicando quod Claudium præcipuè mouit, *quod æquis partibus heredes erant scripti.* Neque id explicant, nisi malè, & omnes ad solam substitutionem in usufructu factam respiciunt, cuius tamè nec Scæuola, nec Claudius rationem ullam habendam putauit. Ut vel hoc vnum fortissimo argumento sit Claudium Scæuolæ responsum non reprehendere, cum non existimauerit obici ei posse quod interpretes omnes obiiciunt. Alij verò sunt, qui Claudij notam ita interpretantur, ut responsi Scæuolæ rationem reddat, quasi is responderit usufructum omnium bonorum soli filia non deberi, quod non crediderit usufructum in vicem portionum hereditariarum post mortem auia inter liberos datum, quia, inquit, quamuis aliquando contingat ut legato usufructu ipsa proprietas legata intelligatur, ut in specie l. species, 15. de aur. & argen. legat. id tamen in proposito casu dici non possit, quo proprietatis formam iam testator constituit ab initio adscriptis æquis partibus. Ita verò diuisa proprietate, ut filia trientem duntaxat haberet, non potuisse testatorem efficere ut mortua usufructuaria ad eam solam usufructus rediret, cum ex iuris ratione finitus usufructus proprietati consolidetur, & ad eos qui proprietatem habent necessario reuertatur. Verum nec interpretatio hæc vera est, nec Scæuolæ aut Claudij verbis conuenire villo modo potest. Primum quia non de eo querit Scæuola, an legato usufructu omnium bonorum ei qui solus ex liberis superesset, ipsa proprietas, id est deficiens portio legata intelligatur, sed an ex substitutione in usufructu facta filia, quæ constabat hereditatis trientem duntaxat habere (ut verba illa ostendunt, *an verò pro portione hereditatis*) omnium bonorum usufructus deberetur. Il-



Iud enim profectò admitti non potest, aliquando contingere ut legato usufructu ipsa proprietas legata videatur. Nam & in specie l. 15. de aur. & arg. leg. apertissimum est legatam fuisse proprietatem, cum lex dicat legatas fuisse species auri & argenti, & Seiam rogatam restituere quicquid sibi in auro & argento legatum esset: solo enim usufructu legato, fideicommissariis utique solus usufructus deberetur. quod aperte Iurec. negat, & fideicommissio proprietatem contineri ait. Dubitationem tamen faciebant verba illa, *quarum rerum usufructus dum viues tibi sufficiet*: Sed non restringunt præcedentia, quibus proprietas legata est non usufructus: quomodo neque illa, *Proprietatem autem eorum quæ supra scripta sunt, reuerti volo ad filias meas quæ ve tunc ex iis uiuent.* l. filios. 39. hoc tit. de usufruct. legat. Deinde secundum hanc interpretationem nihil interest an æquis an disparibus partibus liberi heredes scripti sint, cum tamen Claudius ex eo potissimum moueri se dicat quòd in institutione partes æquas testatrix adscripserat. Postremò falsum est testatorem facere non posse ut usufructus finitus ad proprietatem non reuertatur: cum certissimum sit usufructum capitis minutione aut quolibet alio modo præterquam morte finitum posse repeti. l. 3. quib. mod. usufr. amitt. morte vero amissum usufructuarij heredibus posse legari. l. repeti. 5. in princip. eod. deniq; alteri alteri in usufructu posse substitui, d. l. 3. §. tibi, ac si alius esset Titio in usufructu substitutus. Quæ omnia quamquã ita sunt, mihi tamè persuadere nõ possum Claudio displicuisse opinionem Scauolæ, cuius responsa cætera perpetuò probare solet, & eorum rationem reddere, quæ prima visione, ac minus diligenter inuenti aduersus iuris rationem, aut testatoris voluntatem Scauola respondisse videtur, quale profectò hoc est de quo quærimus, cum superstes filia ex manifesta testatrix voluntate propter substitutionem in usufructu factam ad omnium bonorum usufructum sola admittenda videretur. At sanè, si Claudij verba rectè expendamus, nihil minus quam reprehendentis verba esse dicemus. Cur enim non credidit usufructum in vicem portionum hereditariarum inter liberos datum fuisse? An fortè id Scauola dixerat? An non alia eum ratio mouere potuit? Inepta profectò reprehendendi ratio hæc est, si rationem quam alius non attulit arbitrio tuo talem qualem velis comminiscare, tunc reprehendas. Nihil enim feceris, si is quem reprehendis alia se ratione motum fuisse ostendat. Sed illud difficilius est, quòd pertineat ratio illa Claudij, eò magis quòd *æquis partibus heredes erant scripti*. Tantum enim abest ut ex ea colligi possit quòd Claudius voluit usufructum in vicem portionum hereditariarum datum non intelligi, ut potius contrarium probet manifestè. Liberi enim ex æquis partibus scriptis, prudens consilium testantis matris animaduertitur, quæ cum tres filios heredes scriptos cogitaret posse hereditatem adire, posse repudiare, posse viuere, posse etiam mori: ut iis in omnem casum prouideret, eos heredes instituit ex trientibus, ut si heredes esse vellent, ex æquis partibus heredes essent. Quòd si quis eorum portionem repudiaram vellet (tota enim hereditate ab omnibus repudiata de legato quæri non posset) prouidit ut is in solatium repudiatae portionis usufructum haberet, & quidem suæ duntaxat portionis, si alij quoq; liberi superstites essent, ne piorum filiorum matris iudicia comprobantium causam deteriore facere videretur, quam eius qui portionem hereditariam repudiasset: At alijs liberis post aditam hereditatem mortuis, voluit mater ei soli qui superesset omnium bonorum usufructum deberi, ut qui proprietatis partem nullam haberet, saltem quandiu viveret, præ-

mortuorum

mortuorum liberorum heredibus in usufructu præferretur. Eleganter igitur Scauola respondit omnibus liberis portiones hereditarias agnoscentibus, tum duobus mortuis, ei qui superesset solius portionis suæ usufructum deberi, quia subtiliter animaduertit non aliam ob causam matrem liberis usufructum legasse, quam in vicem & locum portionum hereditariarum, si aliquos ex iis portiones suas hereditarias repudiare contingeret. Quod cum ita sit, necessaridò consequens est adita ab omnibus hereditate usufructus legatum euanescere, cum in vicem & locum portionis hereditariæ quicquam habere non debeat is qui ipsam portionem habeat. Usufructum verò in vicem portionum hereditariarum inter liberos datum ideo credidit Scauola, quòd liberi ex æquis partibus: hoc est, ex trientibus heredes scripti erant. Nam liberis omnibus institutis ex æquis partibus frustra mater legat usufructum omnium bonorum qui ad eos ipso iure rediturus est, nisi in vicem & locum portionum hereditariarum: nec sanè alia ratio reddi potest. Planè liberis ex disparibus partibus institutis dici posset iis omnibus legatum usufructum, ut qui in proprietate dispares essent, saltem quandiu viverent ex æquis partibus hereditate fruerentur: sed æquis partibus in proprietate factis, neq; hoc, neque aliud quicquam probabile dici potest. Fatendū igitur est Claudium Scauolæ sententiam probare, ut aliàs solet, non improbare, ob idq; notam eius ita restituendam esse ut legamus, *Claudius nam credidit*. Error enim valde probabilis est, emendatio verò ex iuris ratione omnino necessaria, eoq; magis admittenda: quòd si vulgaram lectionem sequamur, non Claudium vel Scauolam, sed vtrumque solidissimum & ineptissimum esse dicemus: Scauolam, qui ad substitutionem in usufructu factam non animaduertens, aperte contra testatrix voluntatem responderit: Claudium verò qui in reprehendendo Scauolæ responsò hoc ipsum non animaduertit, quòd animaduertere Scauola debuerat.

Explicatur l. 1. C. de hered. tutor. & l. 2. C. de magistrat. conuen.

CAPVT XII.

**I**uris civilis regula est, ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id quod peruenit, sed in solidum teneri. l. ad ea. 157. §. vlt. de regul. iur. l. ex depositi. 12. l. ex contractibus. 49. de oblig. & action. licet dici soleat, ex dolo defuncti heredem non teneri nisi pro qua parte ad eum peruenit, l. in heredem. 5. de calumniat. l. quod diximus. 16. §. vlt. quod met. caus. l. si hominem. 7. §. datur. deposit. Sed & in quasi contractibus ei regulæ locum esse intelligimus ex l. 1. C. de hered. tutor. vbi quòd scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam quæ non latae culpæ comparari possit, condemnari non oportere, satis ostendit ob eam igitur quæ lata culpa sit, doloq; comparari possit, condemnari debere. Quomodo & in l. 2. C. de magistrat. conuen. ex eo quòd Imper. Alex. rescribit in heredes magistratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non est, actionem dari non solere, intelligimus heredem magistratus, cuius lata culpa, dolove factum est ut pupillo idoneus tutor datus non sit, in solidum teneri. Atque ita omnino sentiendum est. Nam quòd placet nonnullis in d. l. 1. C. de hered. tutor. negatione sublata legendum esse, *heredes tutorum ob negligentiam quæ latae culpæ comparari possit condemnari nõ oportere*, reiiciendum omnino est, aut illud reprehendendū quòd in l. 6. D. de magistrat. conuen. Vbi scribit magistratus heredem teneri, si tata fue-

b iij.

rit magistratus negligentia vt cautionem omnem omitteret: quod verum re-  
ctumq; exemplū est eius negligentia, quæ latæ culpæ comparari potest. Nam  
de leui tutoris culpa heredem non teneri, idem Vlpianus ait in l. 4. eod. vbi  
monet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri  
nisi ex ea quæ similis sit culpæ dolo proximæ. Dixi, *ex defuncti negligentia*, vt  
eos refellam qui quod eo loco scriptū est, de ipsius heredis negligentia intel-  
ligendum putant: quod si ita esset, parū rectè Iureconsultus heredem tuto-  
ris similem diceret magistratus heredi cuius negligētia propria nulla esse po-  
test. Parum etiam accommodatè subiiceret heredem dolo proximæ culpæ  
succedaneum esse: quod cum ait, innuit satis culpæ dolo non proximæ, id est  
leuis, eum succedaneum non esse. Nec ad rem pertinet quod in l. 4. de fideiuss.  
tutor. scriptum est negligentiam propriam heredi non imputari. Id enim non  
quomodo ij putant sic accipi debet, vt ipsius defuncti negligentia heredi im-  
putetur: sed ita vt ne quidem propria imputetur: quod maiorem habere vide-  
batur dubitationem: cum aduersus heredem tutoris ex proprio dolo iuretur  
in litem, contra quem tamen ex ipsius tutoris dolo non iurari eadem illa lex  
non obscurè significat. Denique generale est vt ex proprio magis & facilius  
quàm ex alieno facto quis teneatur. At fufius explicanda nobis est sententia  
l. i. C. de hered. tutor. In ea primū regula constituitur, quam diximus, vt ex  
negligentia quæ non latæ culpæ comparari possit, tutorum hæredes non con-  
demnentur. Tum subiicitur, condemnari tamē tribus casibus, Si contra tuto-  
rem lis inchoata sit, Si ex damno pupilli lucrū captatum, Si gratia præstitum  
sit. Quas posteriores exceptiones ad dolum, latamq; culpā pertinere certum  
est: Et hoc argumento vtuntur, qui sublata negatione regulam de lata culpa  
scriptam volunt. Sed non animaduertunt secundum hanc interpretationem  
futurum vt regulam exceptio destruat, cum dubitandum non sit iis duobus e-  
xemplis quæ ad dolum, latamq; culpam pertinent, generaliter significari ob  
dolum & latam culpam tutoris aduersus heredem in solidum agi posse, nec  
dissimilitudinis ratio reddi possit cur iis casibus potius quàm aliis, lata culpa,  
doliue defuncti in personas heredis coerceretur. Atqui exceptionē de regu-  
la esse debere, fortasse inquires. Verū respondebo iis verbis, *si non contra tu-  
torem*, &c. non tam exceptionem quàm interpretationem regulæ contineri:  
Regulam illam esse, Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non teneri. In-  
terpretationem verò illam, Non igitur aliter teneri quàm si contra tutorem  
lis inchoata sit, cum litis cōtestatione etiam penales actiones ab vtraq; parte  
trās mittantur, & tēporales perpetuentur. l. vlt. de fideiuss. tutor. Aut si ex dam-  
no pupilli lucrum captatum vel etiam gratia præstitū sit: quibus duobus casibus  
cum in dolo tutor sit, vel saltē eius culpæ cōsciū quæ dolo nō malè com-  
paretur, iuris ratio facit vt ex ipsius persona in solidū hæres conueniatur. Nec  
rectè probare possis heredem tutoris ex ipsius contractu de leui culpa tene-  
ri debere, quia ipse tutor teneretur: malam enim esse ratiocinationem ostendit  
Vlpian. in d. l. 4. de magist. conuen. cum ait non similiter teneri heredes ma-  
gistratum, & tutorum, vt ipsi magistratus, tutorisque tenentur. Verū su-  
pradictæ iuris regulæ multum obstare videtur quod Iustinianus scribit in tit.  
de perpet. & tempor. act. aliquando ex contractu actionem contra heredem  
nō dari, velut cum testator dolosè versatus est, & ex ipsius dolo nihil ad here-  
dem peruenit. Nisi dictionem, *veluti*, quam in veteribus libris deesse pleriq;  
testantur, tollendam existimemus, quæ doctissimorum omnium ætatis nostræ  
Iure-

Iureconsultorum sententia est. Quod si ita legamus, aliquando ex contractu  
actionem aduersus heredem non competere, cum testator dolosè versatus est,  
& ad heredem nihil peruenit, eo ipso intelligemus regulam in contrarium esse,  
vt cum ex contractu actio venit, etiam ex dolo defuncti in solidum heres  
teneatur. Quis verò singularis ille casus sit, quo superiori regulæ locus non  
est, in difficili esse videtur. Nam quod post Theophilum vulgo creditur, eum  
significari si actione ex contractu depositi, ex causa incendij, ruinae, naufragij  
necessitatem habente quis experiatur, non videtur ad Iustiniani verba satis  
accommodatum, cum de eo quod tumultus, incendij, ruinae, naufragij causa  
depositum est, in heredem de dolo mortui actionem in simplum polliceatur  
Prætor, licet nihil ad eum peruenerit. l. de eo. r. deposit. Et tamen Iustinianus  
eum casum significare videtur, quo nulla aduersus heredem ex contractu actio  
competat, si nihil ad eum peruenerit. Nisi fortè quis dicat id intelligi debere  
de ea actione depositi, quatenus ratione delicti, ad pœnæ persecutionē com-  
petit. Nam vsque ad simplum, rei non pœnæ persecutio est. Atque ita omnino  
existimandum est.

*Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. D. sol. matr.*

CAPVT XIII.



RDVVVM sanè est, & difficile præstare quod huius capitis in-  
scriptio pollicetur. Tot enim ab omnibus, cum veteribus tum  
recentioribus, interpretibus huius loci interpretationes excog-  
itatae sunt, vt non tam noua afferri posse videatur, quàm in eo  
elaborandum esse vt sciatur quid in tanta opinionum varietate  
probabilius dici possit. Sed quoniam ex omnibus nulla est, vt arbitror, ad Pa-  
piniani sententiam & elegantiam accommodata, ego meam non fortasse in-  
subtilem, certè nouam, & à nemine, quod sciam, hæctenus traditam, hoc ca-  
pite proponendam existimaui. Quæ vt melius intelligatur, facti species po-  
nenda primū est, tum singula Papiniani verba, quantum accuratè fieri pote-  
rit, explicanda. Speciem sic pono: Maritus fundum vindemia plenum Calen-  
dis Octobribus in dotem traditum accepit, tum collecta vindemia æstimationis  
duodecim aureorum Calendis Nouembribus fruendum locauit, quod in  
eo messes quoque essent: locauit autem duodecim etiam aureis: atque ita tam  
ex vindemia, quàm ex pensione totius dotis, fructus quatuor & viginti aureo-  
rum fuit. Sic percepta vindemia, locatoq; fundo matrimonium vsque ad Cal.  
Februarias cōstitit, hoc est tribus mēsis à die locationis, quatuor verò à die  
traditi fundi dotalis. Soluta matrimonio quæsitum est de omnibus his fructi-  
bus inter coniuges diuidendis. In quo primū dubitatio nulla esse potest,  
quin 12. aurei ex vindemia percepti sic diuidendi sint, vt pro rata temporis quo  
matrimonium stetit, quatuor maritus retineat, octo reliqua mulieri restituat:  
neque de eo puto Papinianum aut Vlpianū dubitare in d. §. Papinianus. cuius  
verba illa, *non à die locationis*, apertè ostendūt loqui eum de fructibus ex con-  
ductione perceptis, hoc est de mercede, quam duodecim aureorum fuisse po-  
sumus. Quis enim tam stupidus sit, vt in animū inducere possit fructus vindemiae  
inter coniuges diuidi inspecto locationis tēpore. Nihil quippe vindemia  
cū locatione cōmune habet. Aut certè qui vindemiam dixerit diuidi inspecto  
locationis tempore, cum necesse est fateri nulla facta locatione totam vindemiam  
vel ad virum vel ad mulierem duntaxat pertinere debere, quod nimis

stultum est: vt mirum sit Accursium in huius loci interpretatione, principium §. generaliter de omnibus fructibus & naturalibus, & ciuilibus, vt vocāt, intel ligere. Sed eū proculdubio fefellerunt sequentia, quorū paulō obscurior esse videtur interpretatio. Nam Papinianus postquam sic regulam concepit, vt fructus non ex die locationis diuidantur, sed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit, confirmationis gratia subiicit, *neque enim si vindemiæ tēpore fundus in dotem datus sit, eumq; vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum locauerit, mēsis Ianuarij suprema die factō diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum est, quartam partem mercedis æquum est.* Quam rationem malè idē Accursius sic explicat, quod si fructus ex die locationis diuiderentur, fieret vt in proposito casu duodecim aurei ex vindemia ante locationem percepti ad virum duntaxat pertinerent: Rursus v̄ ex mercede, quæ etiā duodecim aureorū est, non nisi quarta pars marito deberetur. Nam si ita Papinianus intellexit, facilè respōdebunt qui locationis tempus inspiciendum esse putant (contra hos enim Papin. disputat) quod dicunt in diuidēdis fructibus inspici tempus locationis de iis intelligi debere qui ex causa locationis percipiuntur, alios, hoc est vindemiæ fructus, ex locationis die non diuidi, sed ex tempore traditæ possessionis, vt proinde marito, qui tertia tantū parte anni in matrimonio stetit, ex vindemiæ fructibus tertia tantū pars debeatur, nec absurdum illud sequatur quod Papinianus putat integros vindemiæ fructus ad maritum pertinere. Planè quod idem Papinianus addit diuisa mercede inspecto locationis tempore, futurum vt quartam dūtaxat partem mercedis maritus retineat, id verò necessariō admittunt, & fortiter asserunt qui ex die locationis fructus diuidi arbitrātur: sed quod Papinianus iniquum esse ait, illi æquissimum esse contēdunt, nec refelli vlla ratione possunt ex iis quæ apud Papin. sequuntur. Nam in versic. *alioqui*, non probat iniquum esse quod illi æquissimum putant, sed absurdū esse quod ij absurdissimum fatentur. Quare Papiniani ratio, quæ ex eleganti & Papiniane breuitate difficilis est, sic explicari debet, ineptè nonnullos existimare soluto matrimonio fructus ex conductione perceptos ex cōductionis die diuidi: Nā si interrogentur, cur maritū totius mensis Octobris cōmodo priuent, vix eos aliud quicquā respondere posse, quàm quod toto eō mēse nulla dum pensio debita sit: nec sanè alius sententiæ huius color esse potest. Atqui eadem ratione fiet, vt marito integros vindemiæ fructus deberi dicamus, & octo mēsum fructibus mulierem frustremur, scilicet quia verum sit illis octo mensibus fructus nullos perceptos esse: quæ enim Calendis Octobribus collecta vindemia est, eam præteritorum non sequentium mensium fructum esse certissimum est. Ergo quemadmodum iniquissimū esset mulieri nullam partem vindemiæ restitui, quæ tamen non nisi tertia parte anni in matrimonio stetit, ita iniquissimum erit maritum non nisi quartam partem mercedis retinere, qui tertia parte anni onera matrimonij sustulit: & quemadmodum ratione vindemiæ plus, ita ratione mercedis minus daretur marito, quàm ex ratione & æquitate dari oporteat. Porro quartam duntaxat partem mercedis marito dari iniquū esse non probat Papinianus, sed integros fructus maritum retinere iniquissimum esse conuincit euidentē absurdo, quia hoc admissō, idem quoque necessariō admittendū sit, si altero post collectam vindemiam die diuortium factum sit, quo tamen casu nemo sit tam ineptus aut stultus, qui marito vindemiam totam deberi dicat, cum vno tantū die matrimonium steterit.

terit. Et hoc est quod Papinianus ait, *alioqui si coactis vindemiis altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit.* Qua in ratiocinatione subintelligendū illud est, si maritū integros vindemiæ fructus retinere iniquissimū est, illud etiam iniquum esse quartam duntaxat mercedis partem eam retinere: hoc enim ex eodem fonte, principio, & errore nascitur. Ergo cum Papiniano concludēdum est, fructus diuidi non inspecto locationis, sed traditi fundi die: quod si ita est, omnino sequitur in proposito casu diuisionē sic fieri oportere, vt ex vigintiquatuor aureis qui in fructu sunt, octo maritus retineat, sexdecim verò mulieri restituat. Octo, inquam, hoc est quatuor ex vindemia, quatuor etiam ex mercede. Idque ex regula à Papiniano cōstituta sic necessariō sequitur, vt ex ea nihil aliud inferri verè possit. Et tamen ex omnibus quotquot vnam fuerunt interpretibus nemo fuit qui Papinianum ita respondiisse crediderit, sed elegantius quiddam, & à communi hominum sensu remotius. Nec enim sanè verba Papiniani omnino aperta sunt, nec tamē meo iudicio ita obscura, vt non facilè & commodè interpretationem nostram admittant. Sic autem Papinianus scribit, *Itaque si sine mensis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemia fructus, & quarta portio mercedis cōfundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Quorū verborū corticem nudamq; figuram intuentes pleriq; dixerunt Papiniani sententiam hanc esse, vt duodecim aurei ex vindemia redacti cum quarta parte mercedis confundantur, hoc est cum tribus aureis: aque ita ex quindecim, maritus tertiam partem id est quinque retineat. Alij aliter interpretantes quatuor duntaxat, alij etiam sex marito relinqui debere commenti sunt. Ego, vt proposui, nec plus nec minus quàm octo apud maritum remanere debere omnino contendo, & si quid in iure affirmari potest, constanter assevero. Nam præter ea quæ supra dixi, illud etiam me valde mouet quod in seq. §. subiicitur, futuram quoq; mercedem quæ debetur, venire in contributionem, quemadmodum & futuræ vindemiæ spem computationi cedere scriptū est in §. item si messes. vt generaliter diffiniri possit, cum de fructuum tam naturalium quàm ciuiliū diuisione quæritur, perinde omnia obseruari, ac si eo ipso die quo traditus fundus est fructus omnes à marito percepti essent. Miror verò, nec satis mirari possum ingenia multorum dissimilitudinis rationem magno labore inuestigantium cur dato in dotem fundo ante collectam vindemiam futuræ mercedis ratio nulla habeatur, dato autem post collectam vindemiā etiam futura merces contribuatur. Etenim non solum dissimilitudinis rationem nullam adferunt quæ ratione prædito homini satisfaciatur, sed etiam parum subtiliter faciunt, qui dissimile volunt esse quod Vlpianus ex Papiniano idem esse ait. Vlpiani enim verba sunt. *ex contrario quoque idem obseruandum esse*, id est, vt sequentia explicant, si mulier percepta vindemia fundū viro in dotem dederit. Denique perpetuum illud est, vt cum pensio vice fructus cedat, ita vt frui dicatur qui pensionem percipit, l. arboribus. 12. §. usufructuarius, de usufr. eodē quo fructus iure censeatur. Sic quamuis fructuarius decedens ab herede non transmittat fructus pendētes, sed perceptos duntaxat. l. si fructuarius. 13. quib. mod. usufr. amitt. pensionem tamen fructuum iam à colono perceptorum nomine soluendam eum transmittere responsum est, licet mortis tempore, pensionis soluendæ dies nondū venerit. l. defuncta. 58. de usufr. scilicet quia si fundum non locasset fructus percipisset, eorūmq; commodum in heredem suum transmississet. Sic in l. vltim. de iur. fisc. emptor qui à colono fisci singulari

priuilegio fructus auferre non potest, integram totius anni pensionem consequitur, licet integræ pensionis dies nondum venerit, nimirum quia vniuersos fructus auferret, si fisci priuilegio colonus non defenderetur, vt eo loco Iureconsultus scribit. Ergo & in proposito casu dicendum est in contributionem venire totam mercedem etiam quæ debetur, quia si post collectâ vindemiam fundum maritus non locasset, & antè factas messes diuortium factum fuisset, spes messium in computationem venisset. §. item si messes. Cur nõ ergo pecunia messium in computationem venit? Nec superioribus quicquam aduersatur l. Julianus. 13. §. si fructibus. de actio. empr. vbi inter fructus & mercedem differentia illa constituitur, quod si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedunt: sin locatus ager fuit, pensiones ad eum pertinent qui locauerat. Sensus enim est constituendam differentiã inter fructus maturos & pensionem nondum solutam, vt quamuis maturi fructus ad emptorem pertineant, pensio tamen, cuius soluendæ dies iam venit, aut cito veniet, penes venditorem eundemq; locatorè remaneat, scilicet si ante factam venditionem percepti sint fructus, d. l. vlt. de iur. fisc. ea ratione quod si locatus fundus non fuisset, venditionis tempore iam perceptis fructibus, nec fructus nec pensionem petere emptor potuisset: vt vel ex eo loco magis appareat verum semper esse quod diximus, ei pensionem deberi, cui fructus ipse, si locatio non interuenisset, deberetur: quod Accursius, cæteri que non intelligentes mirũ est quantũ in eius loci interpretatione se exercent. Igitur, vt ad institutam disputationem reuertamur, dubitandum non est Papiniani sententiam illam esse, vt dato in dotem fundo ante perceptam vindemiam, tum locato ante messes, tota pecunia messium in contributionem veniat, vt contingeret si post collectas per colonum messes, ante perceptam vindemiam matrimonium diuortio solueretur. Quid enim obsecro interest, an post, an ante solum matrimonium colonus messes colligat: Et hoc nimirum est quod Papinianus dixit, iniquum esse maritum quartam duntaxat partem mercedis retinere, cum tertia parte anni steterit matrimonium, qui tamen ex communi nostrorum interpretatione tertiam duntaxat quartæ retineret. Scio esse qui Papinianum sic intelligant, vt iniquum sit maritum mercedis quartam partem retinere, quasi minus retinere debeat scilicet quartæ tertiam. Sed si Papiniani sententia est, quartam duntaxat partem mercedis computari, mala erit illa ratio vt non inspicere debeat locationis tempus, quia æquum non sit maritum quartam partem mercedis retinere: neque enim hoc ex illo sequitur, sed potius quartam quartæ. Quod si Papinianum sic intelligas, vt iniquum sit virum & integros vindemiarum fructus, & simul quartam mercedis partem retinere, adhuc ineptior erit Papiniani ratio: nam etsi ex portione nihil marito tribuas, tamen solos vindemiarum fructus integros penes eum remanere iniquissimum esset: itemq; solam quartam mercedis si ei nihil des ex fructibus. Ac sanè si Papiniani rationem diligentius expendas, totam mercedem, id est, messium pecuniam in contributionem venire statim fatebere. Restat igitur, vt quis vltimorum verborum sensus sit, consideremus. Meminisse autem oportet, quod initio capitis diximus in principio §. nihil proponi de fructibus naturalibus, sed tantum quæri de ciuilibus, vt manifestè probauimus: cui cõsequens est vt in fine §. de alio nõ respondeat Papinianus, quàm de quo proposita quæstio est: nimirum an quartam duntaxat, an verò tertiam mercedis partem maritus retinere debeat. Et cum verissimum sit quod probauit, pensionem nõ ex die locationis diuidi, sed habitata ratione

ta ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, apparet manifestè viro, qui per tertiam partem anni matrimonij onera sustulit, tertiam quoque pensionis partem relinqui oportere: neque hoc à Papiniano dici necessè fuisset, nisi quia diuortij tempore quarta duntaxat mercedis portio debebatur, vnde eleganter dubitari poterat quomodo tertiam partem consequi maritus posset. Et ad hanc nimirum dubitationem respondens Papinianus, confundendam ait quartam partem mercedis cum fructibus, vt sic facta confusione quæ quarta erat fieri tertiam possit: idq; significant verba illa, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Habebit igitur vir tertiam partem mercedis, id est, quatuor: habebit quoque tertiam partem vindemiarum, hoc est quatuor. Habebit igitur octo. Sed de his quatuor nihil dicit Papinianus, quia neque de iis quisquam dubitabat, neque in principio §. de iis quæstionem proposuerat. Ex quo intelligimus quod Papinianus ait confundendam quartam partem mercedis cum fructibus, de fructibus superfluis intelligi debere, iis scilicet qui deducta tertia parte superflunt. Ergo in proposito casu sic diuisio fiet, vt ex fructibus vindemiarum, qui sunt duodecim aureorum, quatuor maritus retineat (quis verò de hoc dubitet?) tum superfluos octo confundat cum quarta portione mercedis quæ debetur, id est tribus aureis, sicq; facta confusione facile erit viro ex vndecim aureis tertiam partem mercedis, hoc est quatuor retinere. Quid igitur si fructus ex re dotata percepti nulli sint, fortè si iam percepta vindemia fundus in dotem datus sit (hoc enim casu vindemiarum fructum augere dotem certum est, l. prox. supr. l. dotis. 7. de iur. dot.) an quia nihil est cum quo quarta mercedis portio confundi possit, quarta portione maritum contentum esse oportebit? Minimè verò, sed ita restitui dos debet vt omnino ex portione quæ debetur pro modo temporis, quo dotale prædium fuit, mercedis partem maritus retineat. Quæ est sententia §. ex contrario. Postremò non tantum mercedis, sed etiam vindemiarum spem venire in computationem monet Iurec. in §. item si messes. cuius quoque sententia alioquin obscura ex iis quæ diximus manifestè explicata relinquatur.

*Restituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis.*

CAPVT XIII.



**T**SI Pandectarum Florentinorum apud omnes maxima & præcipua merito est authoritas, iam tamen maior apud plerisque est, quàm esse debeat, qui tantum iis tribuunt, vt veterum librorum lectionem omnino aspernandam arbitrentur. Multa enim in veteribus libris sunt longè emendatiora quàm in Florentinis, in quibus etiam multa grauissimis erroribus corrupta à doctissimis omnibus ætatis nostræ Iurecõsultis obseruata sunt, & in dies plura obseruantur. Ego ex multis quæ notavi duo nunc adferam, quæ apertissimum sententiæ nostræ testimonium suppeditabunt. Primus locus est in l. post emancipationem. 40. §. vl. de legat. 3. vbi species huiusmodi proponitur: Heredibus scriptis Seia ex dodrante, Mauius ex quadrante, fideicommissum à Seia relictum est, vt quicquid ad se ex hereditate peruenisset, filio restitueret, hortis duntaxat retentis. Tum generali capite fideicommissit testator, quisquis sibi heres esset de omnibus, vt præstaret quod cuique legasset, præstari fieriue iussisset. Facta igitur ex causa fideicommissi totius dodrantis restitutione, dubitatum est an hortos in assem vindicare Seia possit. Dubitandi causa illa est, quod cum Seia

ex dodrante instituta sit, nō nisi dodrantē in hortis habere videtur, reliquis verò quadrans ad Mæviam ex quadrante institutam pertinere. Nec pro Seia quicquam facit, quod hortos retinere iussa est. Potest enim hoc ex testatoris voluntate sic intelligi, ut dodrantem, quem in hortis habebat, retinere iussa sit, non etiam Mæviam quadrantem vindicare: Nam si hoc sensisset testator, non retentionis sed præceptionis verbo usus fuisset, hoc enim verè est præcipere, si in re hereditaria non tuam tantum, sed etiā coheredis portionē consequare. Verum Scævola responderet coheredis fideicommissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seia redderet: quod cur ita respondeat Accursius intellexisse non videtur, licet dubitandi rationem rectè perceperit. Videtur autem Scævola respexisse ad generale illud fideicommissi caput, quo testator cavit, ut quisquis sibi heres esset de omnibus, præstaret quod cuique legasset, præstari fieri iussisset: quasi non aliam ob causam id adiecerit, quàm ut Mæviam ex quadrante scriptam rogaret; de quadrante quem in hortis haberet Seia restituendo. Et ob id nimirum nō responderet Scævola, posse Seiam in assem hortos vindicare, quod fuerat quæsitum, scilicet ut intelligamus integros hortos Seia deberi ex generali fideicommissio, non autem ex verbis illis, *retentis hortis*, quæ si ita acciperentur, ac si hortos præcipere iussa esset Seia, & utiq; vindicare ipsa hortos in assem posset. Hæc enim fuit legatorum per vindicationem, & per præceptionem natura, ut sine vllō heredis factō atq; adeo antè aditam hereditatem vindicari à legatario propria autoritate possent, ut Caius in Institutionibus scribit. Ex quo intelligimus non adiecto illo generali fideicommissi capite aliud responsum fuisse Scævola, licet contra sensisse videatur Accursius, qui simile quiddam responsum putat à Papiniano in l. cum pater. in princip. de legat. 2. & ab Africano in l. si servus. 108. §. pen. de legat. 1. quibus tamen locis non proponitur testator iussisse retineri quid, sed accipi, quod longè diuersum est. Retinemus enim quæ habemus, accipimus quæ non habemus: Nec sanè vllō iuris loco reperias Iureconsultos vsque adeo à proprietate verborum recedere, ut quem testator retinere voluit, eum accipere, aut præcipere iussum interpretentur. Hæc cum ita sint, apparet Scævola responsum omnino sic legendum esse, *Respondit, etiam coheredis fideicommissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seia redderet.* Quam fuisse veterem lectionem, ex veteribus libris apparet. At in Florentinis sic legitur, *ut quadrantem quem in his hortis haberet Seia redderet*, omnino ridiculè, & falsò. Nec enim quadrantem in his hortis habebat Seia, sed dodrantem: & si iam quadrantem habebat, nihil supererat de quo restituendo coheres Mæviam rogata intelligi posset. Sed hoc apertius est quàm ut pluribus demonstrari sit necesse. Alter locus aequè, imò magis corruptus est in l. vlt. de usufr. legat. cuius principium in Pand. Flor. sic legitur, *nihil interest vtrum bonorum quis an rerum tertiæ partis usufructum legauerit.* In veteribus verè omnibus scriptum est, *multum interest*: quod rectius esse sequentia illa ostendunt, *nam si, at si*: ex quibus manifestum est constitui ea lege differentiā aliquā, quæ tamen quomodo explicari possit, difficile videtur. Neque enim dici potest quicquam interesse an rerum tertiæ partis, an bonorum usufructus legetur: cum legatū vtrumq; generale sit, nec singulas duntaxat res, sed etiam iura cōplectatur. l. nam quod. 14. §. vlt. ad S. C. Trebell. quā ob causam in l. quoties. 34. §. vlt. de usufr. differentiā constituit Iureconsultus inter legatū usufructus bonorum, & rerum singularium, non autem rerū vniuersarū vel certæ partis: nihil enim hæc inter se differunt. Rursus

runt. Rursus quod Accursius tentat in versic. *at si certarum*, mutari casum, minus probabile est: ita enim fit ut quæ præcedunt mutila & imperfecta remaneant. Quorsum enim illa, *nam si bonorum, &c.* An quod in legato usufructus bonorum maior dubitatio esset, quàm in legato usufructus tertiæ partis? At hoc dici non potest. Ipsa enim bonorum appellatio ostendit id quoque, quod in actionibus est, bonorum appellatione contineri. l. 49. de verb. signif. Legato autem usufructu rerum tertiæ partis, probabilius dubitari poterat an idem dicendum esset. Etsi enim generali rei nomine, etiam causæ & iura continentur, l. rei. 23. eod. tamen rerum appellatione potius corpora singula quàm iura & actiones significari certum est. Quam ob causam Iureconsultus in d. l. nam quod. §. vlt. postquam dixit, *sed & si quis bona rogatus sit restituere*, Senatusconsulto Trebellianum locum fore, subiicit idem esse etsi familiam, quod maiorem habebat dubitationem, quasi familiæ appellatione servi & filij duntaxat contineri videretur. l. pronuntiatio. 195. §. pen. de verb. signif. Addit, idem etiam dicendum etsi pecuniam rogatus quis sit restituere, quod adhuc dubitabilius erat, quia, ut in l. cogi. Vlp. scribit voluntatis quæstio esse potest an de pecunia tantum, an verò de tota successione testator senserit. Postremò subiicit idem etiam esse si testator vniuersam rem suam restitui voluerit, quasi hoc omnium maximam haberet dubitationem, licet minorem habeat quàm si vniuersas res suas restitui voluisset, ideoq; ne quid dubitationis superesset in l. seq. ex Paulo additur, *vel omnia sua*. Præterea c. r. Venuleiū in d. l. vlt. de usufr. leg. dixisse volumus, *verū tertiæ partis?* An quia aliud probandum sit, si rerū quartæ aut quintæ partis usufructus legatus sit? Minimè verò. An quod ita ex facto proponeretur? Atqui non ex libris responsum sumpta est ea lex, sed ex libro decimo Actionū. An denique ex eplī causa? Verum longè cōuenientius erat dicere, *rerum certæ partis*. Quare, ut tandem quod sentio aperiam, non dubito quin, pro *rerum tertiæ partis*, legendum sit *rerum certarum*: quod Accursius sanè non ignorauit, sed tamen quid sentiret liberè dicere ausus non est. Ita verò si legamus, non minus elegans quàm facilis erit totius legis sententia, rectèq; ad hanc differentiā alia adicietur ex d. l. quoties. §. vlt. de usufr. Errorem ferè similem inesse iam dudum suspicatus sum in l. in ratione. 11. §. tamen si. ad Falcid. Sed de tota illius loci quæstione & emendatione, itémque l. in quartam. aliàs, si Deus volet, commodiore loco scribemus.

*Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex asse. 52. D. ad leg.*

*Falcid.*

C A P. X V.

**R**E FERT multum an ex asse, an ex debita duntaxat portione patronus à liberto heres instituatur. Nam si ex debita duntaxat portione institutus sit, ab eo legata relinqui non possunt extraneis personis, sed coniunctis tantum. l. 4. D. de cond. & demonst. l. si eas. 64. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. Si verò ex asse scriptus sit, eodem iure censetur quo alij heredes, ut pro eo saltem semisse, qui alteri relinqui potuit, legata omnibus præstet. Qua ex differentia, illa etiam nascitur, ut si ex debita portione institutus, legatus grauatus sit, suæ tantum portionis falcidiam habeat, si verò ex asse, totius hereditatis. Ex quo petenda est ratio, & sententia l. ex asse. 52. D. ad leg. falcid. quæ meo iudicio malè à veteribus interpretibus explicata, pessimè verò à recentioribus emendata est. Placet enim Florentina lectio, secundum quam libertus, qui ducentos aureos in bonis habe-

bat, patronum ex asse heredem instituisse proponitur, & filio legasse centum viginti, extraneo reliqua, id est octoginta. Quo casu cum de ponendæ falcidie ratione quæreretur, Marcellus respondit diminutionem legari quod extraneo præstatur, proficere filio ad consequenda solida quæ ei legata sunt. Verum igitur est utrumque quod diximus, instituto ex asse patrono, extraneo quoque legari posse. sed totius hereditatis quadrantem iure falcidie apud eum remanere debere. Etsi enim filio integra centum viginti præstanda esse Marcellus ait, non tamen id ita accipi debet, ut eorum duntaxat quæ extraneo relicta sunt, falcidiam patronus heres habeat, sed ita ut cum totius hereditatis quadrantem saluum habere debeat, ex legato quod extraneo præstat integrum eum deducat. In quo turpiter Accursus labitur, qui cum ex ducentis quinquaginta patrono deberi sciret, neque tamen ea integra ex legato quod extraneo relicta sunt deduci posse crederet, dixit filium quoque falcidiam pati, ut quod Marcellus ait, filium consequi solida quæ ei legata sunt, sic accipiatur, ut plus consequatur filius quam si de legato extranei nihil diminueretur, quod totum ineptum & nugatorium est. Huius verò iuris, quod prima facie iniuria videtur, ratio illa est, quod in proposita specie talis libertus proponitur, qui citra patroni fraudem, filium in centum heredem facere potuit, & patronum in aliis centum, ab eoque viginti legare filio. Quo casu nemo diceret, falcidiam passurum filium, cum etiam patrono ex debita, hoc est dimidia, parte instituto, certum sit filio usque ad rationem legis falcidie legari posse. Rursus quamquam patrono ex asse instituto, legari extraneo potest, ut diximus, attamen non debet huiusmodi legatum fraudi esse patrono, quominus totius hereditatis integrum quadrantem consequatur. Neque verò nouum est, legatis duobus relictis, utriusque falcidiam ex vnius tantum legato deduci. Nam & si seruus tibi legatus sit, eumque rogatus sis manumittere, ac prætereā ipsi seruo legatum aliquid sit, Senatus censuit in ipso quidem seruo falcidie locum non esse, sed in eo quod prætereā seruo legatum est, ita falcidiam admittendam, ut inde & quod pro seruo præstandum est sumatur. l. si seruus. 33. cum duab. seqq. D. ad leg. falcid. Sic igitur & in proposito casu admittendum est, in filij quidem legato falcidiam cessare, sed ex eo quod extraneo relicta sunt, patrono consuli, ne in ipsius odium filij fauor retorqueatur. Idque profecto non tam subtili, quam coacta ratione, ut in l. si fundus. 23. eod. Scilicet quod heres ex asse institutus quartam habere debeat, nec tamen ex filij legato deducere quicquam possit. Nec ad rem pertinet l. l. §. interdum. D. si cui plus quam per leg. vbi Iureconsultus ait etiam patrono ex asse instituto, semissem ei integrum seruandum esse, in eamque rem interponi cautionem, si purè legato quincunce aliquid supra partem patrono debitam legeretur. Hoc enim tum demum verè dicitur, cum legata, quibus affecta & onerata est hereditas, non coniunctis & exceptis personis, sed extraneis relicta sunt, cum legatis quæ extraneis relinquuntur patroni portio non minuat, iis verò quæ exceptis personis relinquuntur, ad falcidie rationem reducat. d. l. 4. supr. de cond. & demonstr. l. si eius. 64. §. vi. D. hoc tit. Quod cum ita sit, apparet malè ex recentioribus, Iureconsultum, alioquin acutissimum, & in emendandis legibus felicissimum, Antonium Goueanum scripsisse addendam in hac lege negationem, & legendum, quod extraneo non præstatur. Primum quoniam, ut initio posuimus, instituto ex asse patrono, nulla ratio est cur non quemadmodum ab alio quolibet, ita ab ipso legari extraneis possit, saltem pro ea parte quæ ei tanquam extraneo, non tanquam

quam patrono relicta intelligitur, hoc est, supra dimidiam. Rursus cum à patrono legatum est filio vel cui alteri coniunctæ personæ, constat patrono non dimidiam, sed quartam duntaxat hereditatis partem debere. Ex his igitur necessario fit quod in hac lege dicitur, ut filius integra centum & viginti consequatur: patronus verò legatum quod extraneo relicta sunt hæcenus diminuat, ut saluam totius hereditatis falcidiam habeat. Et verò vix est ut rectè quis dimidiam legatum dicat, quod nullatenus præstatur: præsertim si vulgatam lectionem sequamur, hoc est, filio centum duntaxat, extraneo autem viginti relicta ponamus. Cur non enim ex semisse viginti præstabuntur, & quidem integra, cum adhuc futurum sit, ut octoginta heres retineat? Quare cum dimidiam legatum extraneo relicta sunt Marcellus dicat, omnino recipienda est Florentina lectio, ut centum viginti filio, reliqua, id est octoginta, extraneo libertus legauerit. Ac fortasse vulgata lectio iam olim ab Accursio probata virum doctissimum fefellit, siquidem viginti duntaxat extraneo legatis, omnino necesse est ut vel nulla legari diminutio sit, vel legatum nullatenus præstetur: quod utrumque Marcellus negat. Neque obstat quod idem Goueanus obiicit ita posito iure fieri ut deterioris conditionis sit patronus ex asse quam ex semisse institutus. Nam cum à patrono ex semisse, pura in centum, heredem scripto possint filio septuagintaquinque legari, ita ut non nisi viginti quinque patronus retineat, apparet eiusdem ex asse instituti si legatis filio relicta oneratus sit meliorem esse conditionem cum quinquaginta retineat. Sanè si extraneis tantum legatum sit, melior erit conditio patroni ex dimidia parte instituti, quam in huius legis specie, ex asse. Sed captiosa argumentatio est à patrono, qui extraneis duntaxat dare datus est, ad eum à quo etiam coniunctis personis legatum est.

*Superstitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure veteri, aut nouo.*

CAPVT XVI.

**V**ETVS fuit quaestio inter Bulgarum & Martinum magnis altercationibus agitata, An mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur: Bulgarus enim, ut plerisque locis Accursius refert, reuerti putabat, Martinus verò, propter liberos penes maritum remanere contendebat. Cuius sententia usque adeo æqua vulgo visa est, ut eam de consuetudine obseruari omnes testentur, ita tamen improbabilis ut ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui Bulgari sententiam ex iuris ratione veriorem esse non defendant. Ego verò Martini opinionem ut æquissimam, ita verissimam esse ausim dicere, nec veteri tantum, sed etiam nouissimo iure, licet ex recentioribus plerique dissentiant. Et veteri quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberos lucrifecisse, ostendit manifestè l. vi. §. i. ut legat. nomin. caueat. vbi sic Iureconsultus loquitur, quasi dubitari non oporteat, quin apud maritum vnius filij superstitis nomine dos remanere debeat. Nam quod Accursius & Bartolus respondent tractari eo loco de filia emancipata, cum fecisse testamentum proponatur, verum quidem est, sed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam à filiafamilias differre existimandum est, cum certi iuris sit profectitiam dotem licet emancipatæ filia datam ad patrem nihilominus reuerti. l. 5. de diuort. l. filia. 59. sol. matr. Quam ob causam doctissimi viri plerique mirantur quod scriptum est in l. 4. C. eod. mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, si mulier in

matrimonio filiafamilias decesserit. Ac sanè fatèdum omnino est quod ij volunt, irreptitià esse dictionem, *filiafamilias*, vel dicendum additam eam esse, quòd in ea specie filiafamilias esset cui dos à patre data fuerat, non quòd eam filiamfamilias fuisse necesse sit. Aduuat etià Martini opinionem quòd in l. filiusfamilias. 17. ad Maced. scriptum est, mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam, quæ liberos numquam habuit, vt in l. uxorem. 41. §. testamento. de leg. 3. vbi marito defuncto ideo puella alij nubere proponitur, vt intelligamus nullis ex alio matrimonio superstitibus liberis, potuisse patrem & fratrem dotis partem stipulari. Idem probat l. illam. C. de collat. ad quam aliud respondere non possunt Bulgari defensores, quàm loqui eam de filia emancipata: quod etsi verissimum est, tamen minus accommodatè dici iam suprà probauimus. Sed etsi legibus, quæ tam multæ & apertæ sunt, deficeremur, ipsa tamen iuris ratio, quæ patri profectitiæ dotis repetitionem dat, facit vt liberis superstitibus aliud dicendum videatur. Ratio illa redditur in l. iure succursum. 6. de iur. dot. vt ad quem summus mœror peruenit, ad eundem quoq; summus honor pertineat, ne pater & filia mortuæ, & dotis amissæ dānum sentiat. Atqui superstitibus ex præmortua filia liberis, negari non potest quin maior ad liberos ex maris, quàm ad patrem ex filia morte dolor perueniat. Ergo ad quos summus dolor perueniet, ad eosdè dotis commodū pertinere rationis & æquitatis est. arg. Authent. in successione. C. de suis, & legit. Aut si maiorem parentum erga liberos, quam liberorum erga parentes adfectionem esse volumus, (quod dici nō potest,) fiet vt ex voluntate filia, quæ liberos suos plus quàm patrē dilexit, liberis potiùs quàm patris dotē deberi dicamus. Nec enim audiendus est pater si dicat in filia potestate non fuisse dotem liberis suis dare, & patri auferre, cum non aliā ob causam pater ab initio filia dotē dederit, & verò dare coactus sit, quàm propter liberos, si qui ex eo matrimonio nasceretur. Hæc enim sola vt matrimoniorum contrahendorum, ita dotis constituendæ causa, origo, & finis est. l. i. sol. matr. Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet. Quò pertinet l. post dotem. 40. eod. vbi Papinianus scribit patrem, qui sine filia voluntate (ita enim locum illum rectissimè vir doctissimus Iacob. Cuiacius iam pridem emendauit) stipulatus est diuortio factò dotem dari, si post impletā stipulationis conditionē filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere: sed non aliter quàm si filia sine liberis decesserit. Vbi ridiculus est Accursius, qui verba hæc superflua esse notat, cum tamē Iureconsultus non minus requirat vt filia sine liberis decesserit, quàm vt stipulationis conditio impleta sit. Ex quibus apparet Martini sententiam iure veteris verissimam fuisse, nec ei vllam Digestorum legem aduersari. Nam quod tot locis generaliter scriptum est dotem profectitiā mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet responsionem, supplendos omnes eos locos ex aliis qui liberorum superstitum potiore faciant causam quàm patris: quod vel ipsa ratio l. iure succursum. manifestè ostendit. Sed non fuisse tam curiosos iuris authores ita distinguere, quoniam de eo ius certum esset, & ita scriberent ad differentiam duntaxat aduentitiæ dotis, cuius nulla repetitio est, licet in matrimonio sine liberis mulier decesserit. l. 5. de bon. dānat. Lauus. 79. de iur. dot. Vnus tantum locus est qui ad huius quæstionis explicationem valde pertinet, ac doctissimos quosque ætatis nostre Iureconsultos meo iudicio sefellit. Is est in Vlpiani fragmentis tit. de dotibus. vbi ille scribit mortua

in ma-

in matrimonio filia dotem reuerti ad patrem, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Quod si ita est, neq; vera fuisse videtur iure veteris opinio Bulgari cum superstitibus quinque liberis, totā dotē maritus retineret, neq; Martini cum vnico tantum filio superstite, non nisi quinta dotis pars marito deberetur, reliquum patri restitueretur. Atq; ita viri pleriq; docti sentiunt, vt ex illo Vlpiani loco tota hæc quæstio decisa, & explicata videatur. Sed mihi longè aliud iudicium est, qui video in l. vlt. §. 1. vt legat. nomin. caueat. vnus filij superstitis nomine totam dotem à marito retineri: neque minus fauorabilem esse vnus filij causam quàm plurium, si de matris successione quærat: quod omnium manifestissimè probat l. illam. C. de collat. in iis verbis, *cuiuscumq; sint numeri*. Quid ergo est? Puto, quod Vlpianus eo loco scribit, de prædefunctis nō superstitibus liberis intelligi debere: vt propter liberos præmortuos, quinta duntaxat: propter superstites verò tota dos retineretur. Idq; meo iudicio innuit. l. inter. 26. §. cum inter. tē pact. dotal. vbi pactū cōuentū proponitur, vt si ex matrimonio liberi superstites non essent, tota dos restitueretur, id est, vt ego interpretor, siue vllā quintarū retentione. Quod pactum frustrā interponeretur si ita ius esset, vt liberis nullis superstitibus nihil ex dote restitueretur. Nec tamē simili ratiocinatione possis in cōtrariam sententiā argumentari ex eo, quod ibidē Papinianus adiicit, huiusmodi pacto inter cōtrahentes id actū intelligi, vt superstitibus liberis filia defuncta dos retineatur. Ex quo Bartolus, vt Bulgari sententiam defendat, colligit, defuncta superstitibus liberis filia dotē non retineri si pactū non intercesserit. Longè enim alia illius loci sententia est, nec de eo apud Papinianum dubitabatur, An defuncta liberis superstitibus filia dos retineretur, quod certissimum erat, præsertim factò de ea re tacito pacto: sed de illo duntaxat, An dotis quoq; portio, quæ additamenti causa data fuerat, apud maritum remaneret. In quo dubitationem illud faciebat, quòd pactum de dote factum esset: hæc autem portio nō tam dos quàm doti addita esse videretur. Sed hæc quoq; eodem iure censi Papinianus ait: idq; elegatè, & suo more concisè, probat eo argumento, quòd cum conuenit vt mortua sine superstitibus liberis filia dos patri redderetur, manifestū est id actum esse, vt ea quoq; portio, quæ doti addita esset, restitueretur: tum quòd ea dotis incrementum potiùs quàm noua dos intelligi debeat. l. 4. de iur. dot. tum etiam quòd non sit existimandum eum, qui dotē restitui voluit, nō cogitasse de illa etiā portione restituendā, quæ dotis causa addiderat. Atqui cum conuenit vt mortua sine liberis superstitibus filia dos patri redderetur, id tacitè actum intelligitur, vt mortua relictis liberis filia dos non restitueretur. Ergo eadem interpretatione hanc quoq; conventionem sic accipere debemus, vt nec ea portio restitueretur quæ doti addita est. Sicq; locus is enarrandus & intelligendus mihi videtur. Probat igitur manifestè quod volumus, mortua nullis relictis liberis filia, non ideo tamen totam dotem patri debuisse restitui, si ex eo matrimonio liberi interuenissent, nisi pacto constitutæ dotis tempore interposito cōtrarium actum fuisset. Huius porò iuris veteris rationem si quis quærat, hæc forsasse afferri potest, quòd statim atq; marito nascuntur liberi, quasi in eorum persona dotis pignus constituitur, quorum scilicet causa futurum aliquando sit, vt dotis retentionem habiturus sit, vt quamuis eos postea mori contingat, iniquum tamen sit atque adeò inhumanum patri dotem auferri, ne præter dolorem amissi filij, dotis etiam quam superstite filio lucraturus erat, damnum sentiat. argum. d. l. iure

c ij.

fuccursum de iur. dot. Verum quoniam non minor ad patrem ex filia, quam ad maritum ex pramortuorum liberorum morte, dolor peruenit, æquum existimauerat vetus legislator, ita rem temperari, vt in singulos liberos vnam duntaxat quintam, maritus retineret: vnde fiebat vt aliquando plus retineret quam pater, aliquando minus, aliquando etiam totam dotem, nisi pater sibi in danda dote prospexisset, vt in d. §. cum inter. Sanè sextarum alia ratio erat. Hæc namq; propter liberos diuortij tempore superstites retinebantur, vt eodem loco Vlpianus testatur, & apparet ex §. sileat. l. vnic. C. de rei vxor. act. quæ de sextis non de quintis accipiendum esse paulò post ostendemus. Dissimilitudinis autem ratio erat, quod ante diuortium amissorum liberorum dolor non minus matrem, quam patrem afficiat, vt proinde iniuile esset aliquid ex dote mulieri eo nomine auferri, & marito applicari. Sanè pro superstitis liberis æquum videbatur multari mulierem retentione sextarum, quasi eam, cum diuertit, superstitis liberis, qui tam sancti fœderis perpetuum pignus esse solent, non sit existimandū valde liberos suos curare, quibus neglectis alios sperare maluerit. Non tamen in singulos liberos quemadmodum quintæ, ita etiam sextæ in infinitū retinebantur: sed pro dimidia tantum dotis parte, quia cum permessa & libera essent diuortia, non debuit mulier indotata constitui: nisi ab initio ita conuenisset. Liberis namque interuenientibus dotis conditionem pacto deteriore fieri potuisse certum est. l. i. de dot. præleg. vt contingit in specie l. 2. de pact. dot. in qua proponitur pactum fuisse, vt quoquomodo dissolutū esset matrimonium, liberis interuenientibus dos apud virum remaneret, hoc est, vt etsi diuortio matrimonium solueretur, tamen maritus totam dotem retineret. Hæc cum ita iure vetere obtinerent, Iustinianus in l. vn. §. sileat. C. de rei vxor. act. omnem retentionum verbesitatem, vt ipse loquitur, sustulit, & specialiter eam, quæ ob liberos fiebat. Quod nonnulli sic accipiunt, vt Martini opinio, quæ olim aliquo casu vera esse potuit, hodie post eam Constitutionem vera esse numquā possit. Quibus aliud respondendum non est, quam quod olim Bulgaro Martinus respondit, sustulisse Iustinianum retentiones quæ diuortio factò fiebant, nihil verò noui induxisse si superstitis liberis mulier in matrimonio mortua sit: quod sanè verissimum esse duplex Iustiniani ratio demonstrat. Prior illa est, quod ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum educationem fatis hortetur. Cuius rationis sensus non est, patrem ex suis bonis non ex dote matris liberos alere debere: sed ille potius, non esse retentionibus cogendam mulierem filios alere, ad quorum educationem vel sola ferente natura satis ipsa impellitur. Ex quo intelligimus ea constitutione sextas duntaxat sublatas esse, non etiam quintas, quæ, vt diximus, pramortuorum liberorum nomine retinebantur. Nisi fortè quis Iustiniani sententiā illam esse putet, vt superstitis liberis mortua muliere dos à marito non retineatur: quod non est admittendum. Nam præter id quod de iis retentionibus loquitur Iustinianus, quæ olim in iudicio de dote fiebant, quod non cōtingebat superstitis liberis ex mortua in matrimonio muliere liberis (neque enim hoc casu dotis repetitioni locus erat, vt diximus) illud etiam apertum est, aut, præsertim maternū, qui alios fortè aut liberos, aut ex liberis nepotes habeat, non ita valde ad superstitis nepotis educationē iucitari: vt raceā vniū quidē parentibus non nisi educationē liberis deberitis verò pramortuis, etiā hereditatē: quæ ratio facit, vt quod de liberorū educatione viua matre Iustinianus scribit, non simili modo ad auum protrahi possit. Altera ratio est, *ne rariū genus*

*rium genus culpa mariti cōtra vxores excogitēt, vt possint eadē retentione contra eas vti,* ex qua manifestius est loqui Iustinianū de matrimonio per diuortium non morte mulieris soluto. Nam istis retentionibus ob liberos ita demum locus erat, si aut mulieris, aut eius patris culpa diuortium factum esset, vt supradicto loco Vlpianus refert. Quæ quamquam ita sunt, aliqua tamen Iustiniani constitutione sublatas esse quintas dubitandum non est, quarum scilicet mentionem nullam aut in Digestis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis sublati quid hodie obtineat dubitari magis potest, hoc est, An maritus dotem totam restituat non retentis quintis quas olim retinebat, An verò dotem totam retineat qui olim non nisi quintas substulisse, tum quia tota ea Constitutione dotis repetitioni quantum potest, fauet: tum etiam quia in §. extraneum ait se parenti tacitam ex stipulatu actionem concedere. Quod non ita accipiendum est, vt quoties pro filia dotem pater dat, eam sibi soluto matrimonio restitui stipulatus intelligatur (alioqui etiam superstitis ex matrimonio liberis dotem repetere possit) sed vt quoties profectitiā dotē repetere pater potest, ex stipulatu petere possit, licet stipulatio nulla interceserit. Atqui nullis superstitis liberis mortua filia dotis exactioni locus erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc casu actione ex stipulatu dotem pater repetet: vt quintarum deductionem non patiatur, cum actioni ex stipulatu nulla obici retentio possit. d. l. vnic. §. sileat. in fin. C. de rei vxor. act. Cæterum, licet quintas & sextas Iustinianus sustulerit, verissimum tamen est quod proposuimus, tam nouo iure quam vetere mortua in matrimonio filia superstitis liberis profectitiā dotem ad patrem non reuerti. Sed de quæstione ista nimis fortasse multa diximus, quamquam & Vlpiani locus & Iustiniani Constitutio videntur breuius explicari non potuisse.

*Addendam esse negationem in l. heres. 21. §. quod si hic seruus. D. de fideiuss.*

## CAPVT XVII.



ISTIPVLATOR eum heredem instituerit, fideiussoris obligationem perimi certissimum est, siue civilis, siue naturalis tantum in reum fuisset, quoniam nemo apud eundem pro ipso obligatus esse possit. l. si quis pro eo. §. 1. l. Granus. 71. de fideiuss. At si idem stipulator fideiussorem heredem scripserit, placet solam fideiussoris obligationem perimi. d. l. heres à debitore. 21. §. quod si stipulator. de fideiuss. quod quia nouum quodammodo videtur, Africanus eo loco confirmat hoc argumēto, quod si possessio rerū debitoris creditori data sit, æquè dicendū est fideiussorē manere obligatum. Cuius tamē ratiocinationis quis sensus sit ego neq; intelligo neq; intelligi posse puto. Etenim si debitorē, cuius bona à creditore possidentur, ideo liberatum esse dicamus, accommodatum non erit exemplum hoc ad id de quo Africanus quærit. Scilicet an fideiussoris obligatio ita perimi possit, vt tamen reus maneat obligatus. At in exemplo proposito extincta principali, fideiussoria nihilominus remaneret. quod neque iuris ratio patitur, neq; quod Africanus ait, *æquè dicendū esse*, nisi id prorsus contraria interpretatione intelligamus, *per contrarium*: quod quam absurdum & ineptum sit nemo est qui non statim ex Latini sermonis ratione intelligat. Quod si cum possessio rerum debitoris creditori data est, adhuc debitor obligatus est, ineptior erit Africani argumentatio vt fideiussor



ris obligatio tolli possit non sublata principali, quod remanente principali fideiussoria quoque non tollatur. Ex hoc enim potius inferri potest, sublata ergo vna tolli alteram. Illud certè nullo modo inferas, Possè igitur principali manente tolli fideiussoriam: de quo tamen Africanus disputat. Sed neque verum est petita possessione rerum debitoris, fideiussorem adhuc manere obligatum. Quamquam enim iure vetere creditori licebat relicto reo fideiussorem eligere, l. 3. i. i. §. C. de fideiuss. tamen ita ius erat ut altero electo alter liberaretur. l. si ei cui. ii. D. mandat. vbi Pomponius scribit fideiussorem, qui cum damnatus esset ex causa fideiussionis creditori postea heres extitit, habere mandati actionem, quã tamen non haberet si accepto per eum iudicio reus liberatus non esset, d. l. heres. §. vlt. de fideiuss. Sic electo reo liberari fideiussorem, licet integrum debitum creditor à reo consequi non potuerit, intelligimus ex l. si mandatu. 4. §. vlt. mandat. vbi creditor qui mandatu fideiussoris cum reo egit, comparatur ei qui mandato debitoris ab alio stipulatur id quod sibi debetur, periculo tamen debitoris, ut tam hic quam ille mandati actionem habeat in id quod minus à reo seruare potuit: quæadmodum enim priore casu perempta est per delegationem prima debitoris obligatio, ita posteriore, fideiussor electione rei liberatus est: quod significant verba illa, *quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa*. Ex quo etiam explicare soleo l. egisti. 86. de sol. in qua Proculus ait fideiussoribus acceptis pro naturali serui obligatione multum interesse, an dominum an seruum ipsum creditor eligat: electo namque domino, quod fit si cum eo de peculio agatur, non ideo fideiussores liberari: accepta verò pecunia à seruo, cui peculij administratione dominus permisit, fideiussores quoque liberari: quod omnino ita accipiendum est etsi minus soluerit seruus quam deberet: integro namque debito soluto, neque dubitatio vlla erit cur non fideiussores liberentur, neque aliud iuris constituetur si cum domino de peculio actum sit, cuius solutione in solidum facta, etiã fideiussores liberari constat. l. cum quis. 38. §. pen. de solut. Huius porro dissimilitudinis ratio illa esse videtur, quod cum pro domino fideiussores accepti non sint, nulla ratio est ut electione domini liberentur, sed serui duntaxat ad cuius obligationem accesserunt: alia enim domini, alia serui obligatio est. Sed & pluribus in eandem obligationem fideiussoribus datis, vnius electione, cæteris liberatio contingebat, ad eodè ut dubitatum sit an adolescente curator eligente tutor liberetur. l. tutores. 39. §. adolescens. de administr. tutor. Quamquam hoc Iustin. correxit in l. vlt. C. de fideiuss. vbi generaliter constituit ut pluribus ad eandem rem obligatis vnius electio creditori non præiudicet, quominus quod ab vno seruare non potuit ab aliis consequatur: ex quo magis apparet: verum esse quod dicimus iuris veteris regulam eam fuisse, ut electo fideiussore reus, & vicissim electo reo fideiussor liberaretur, excepto tantum casu l. vlt. D. de reb. credit. l. si decem. 21. D. de solut. qui specialem habet rationem propter verba stipulationis. Quod cum ita sit, non est existimandum Africanum scripsisse, electo reo ita ut eius bonorum possessio creditori dara sit, fideiussorem adhuc manere obligatum: at potius *non manere*, quod proculdubio convenientius est ei quod probare vult, nouum non esse ut principalis obligatio remaneat extincta fideiussoria. Nam & cum in possessionem bonorum debitoris creditor missus est, ipse debitor adhuc obligatus manet, non solum quia quoad bona distracta non sunt, potest se defendere, l. 2. §. vlt. l. 6. §. 1. quib. ex caus. in possess. eat. sed etiam quia bonis distractis si creditori ex iis in solidum satisfactum non sit, ipso iure obligatio.

re obligatio non perimitur, sed debitori duntaxat exceptio datur, ad eodè ut si quid postea quæsiuerit, rursus exigi ab eo possit. l. 3. C. de reb. author. iudic. possid. At fideiussor ipse obligatus non manet, quem rei electione liberatum esse certissimum est. Nec obstat §. vlt. Instit. de replicat. qui non ita accipiendus est, quasi creditor qui aduersus reum egit, & exceptione summotus est, contra fideiussorem postea vtiliter agere possit: sed ita, ut creditor qui si aduersus reum ageret repellere possit exceptione illa, *si non bonis cefferit*, contra fideiussorem agens huiusmodi exceptione non repellatur.

*Dissensio Vlpiani à Paulo, in quaestione §. si à furioso. l. 2. D. pro emptor.*

CAPVT. XVIII.

**Q**UAMQUAM furiosus rei suæ dominium transferre in alium non potest, sicut nec quicquam aliud facere, l. 5. de regul. iur. tamen vtilitatis causa receptum est, ut si quis rem furiosi ab ipso bona fide emerit & statuto tempore possiderit, vsucapere eam possit. l. pignori. 13. §. eum qui. de vsucap. l. 2. §. si à furioso. D. pro empt. vbi de eo inter iuris auctores constituisse Paulus ait, hoc est nullam dubitationem & controuersiam habuisse. Sed an ei qui furiosi rem emit, Publiciana competat, maximè dubitationis fuit, ut nec hodie, quid sentiendum sit, sciri posse videatur. Paulus namque in d. §. si à furioso. negat competere, itemque accessionem possessionis, quemadmodum ea re euicta emptori de euictione actio denegatur. At Vlpianus in l. sed etsi. 7. §. 1. D. de Public. sic ratiocinatur, ut emptorem qui vsucapere potest, Publicianam quoque habere necesse sit ex manifesta iuris regula, cum is, qui Publiciana actione experitur, eo colore sibi rem restitui postulet, quasi à se vsucaptam, ut Iustinianus ait in §. namque. de action. Ad id etiam pro Vlpiano potest, sine possessione nullam esse posse vsucapionem, l. sine. 25. de vsucap. nec sine titulo, & bona fide, l. nullo. 24. C. de rei vindicat. l. vlt. C. pro hered. hoc ipsum autem ad Publicianam satis esse, l. 3. de Publician. Cur non igitur Publiciana detur ei, cui vsucapiendi ius conceditur? Sed si Paulus defendere volumus, cuius opinio longè elegantior videtur, eam rationem afferemus, quæ mouisse illum videtur, quod cum furiosus rem suam vendit, licet ignoranti & bonæ fidei emptori, tamen emptio nulla est, cum certi iuris sit furiosum rei suæ vendendæ potestatem non habere. Quod si emptio non valet, dici profectò non potest dandam ei Publicianam, quam certum est ei duntaxat dari, qui ex iusto titulo rem possedit. d. l. 1. D. de Publ. Vnde etiam fit, quod primo loco Paulus infert, ut si res à furioso vendita euincatur, aduersus furiosum de euictione agi non possit, quoniam qui de euictione agit, ex empto agit, l. ex empto. 11. de action. emp. Item illud, ut emptori accessio quoque possessionis denegetur, non alia ratione, quam quod emptor non sit, cum emptio nulla intercesserit. Eodem igitur modo inferas, neque vsucapere eum posse. Ac sanè ex stricta iuris ratione verissima, & prorsus necessaria conclusio est: sed cum vtilitatis causa receptum sit, ut vsucapere possit, recedimus hac parte à iuris regula, & vsucapionem sine titulo procedere admittimus. Nam in his quæ contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris, l. in his. 15. D. de legib. Ex quo ad Vlpiani ratiocinationem responderi potest. Neque enim si vtilitatis causa receptum est, ut qui à furioso bona fide emit, vsucapere possit, illud etiam recipiendum est, ut ei Publiciana competat, cum id quod contra iuris rationem receptum est non sit producen-

dum ad consequentias. l. quod verò. D. eo. l. quæ propter. 162. de regul. iur. Cui simile quiddam traditur in l. qui negotia. 34. D. mandat. vbi nō valde dissimilem Vlpiani ratiocinationem, in l. singularia. 15. D. si cert. petat. Africanus ex eo refellit, quod id ex quo argumentum sumebat Vlpianus, benignè receptū esset. In proposito autem, ei qui à furioso bona fide emit vsucapiendi facultas conceditur, vtilitatis tantum causa, id est fauore boni publici, quo introducta dicitur vsucapio, l. i. de vsucap. At Publicianam, accessionem possessionis, & actionem de euictione, nullus fauor publicus adiuuat, sed priuata dūtaxat cōtrahētium vtilitas, l. bene à Zenone. versic. eodēmq; C. de quadr. præscr. propter quam à iuris regula recedere, scriptumq; ius insuper habere non debemus. Quæ cum ita sint, apparet malè à nonnullis reiecta esse quasi spuria & supposititia verba illa d. §. si à furioso. nec Publiciana cōpetit, pessimè alios legere, sed Publiciana cōpetit, & accessio possessionis. Postremo diuersam à Paulo cōstitui vsucapionis & Publicianæ rationē, quam tamen eandē faciunt, qui existimant vtilitatis causa concedendam emptori non solum vsucapionē sed etiam Publicianam, & accessionem, priuatam ipsius vtilitatem intuentes, non publicam, de qua tam en Paulus, vt diximus, proculdubio intelligi debet: Ridiculus verò est Accursius, qui ad horū locorū conciliationem scribit concedendam emptori Publicianam aduersus extraneum, denegandam verò aduersus ipsum furiosum: Nam præter id quod in omnibus generale est, vt aduersus dominum Publiciana non detur, l. pen. & vlt. D. de publician. illud etiam manifestum est, Vlpianum sic ratiocinari, vt quemadmodum aduersus furiosum vsucapio emptori prodest, ita & Publicianam aduersus eundem ille habeat. Et ex diuerso, Pauli rationem facere vt neque aduersus extraneum Publicianam habere possit.

*An generalis sententia sit l. filio præterito. 17. D. de iniust. rupt. & irrit. testam.*

C A P V T X I X.

**N** E M O est qui nesciat quod Papinianus scripsit filio præterito patris iudicia comprobare ex bono & æquo defendi testamentum, licet iuris scrupulositate nimiaq; subtilitate ruptum esse videatur, l. filio. 17. D. de iniust. rupt. At nondum inter omnes constare videtur, an id generaliter & perpetuò verum sit, hoc est siue in eo testamento instituti sint fratres, aut alij ab intestato venientes, siue extraneus quilibet. Sunt enim qui instituto extraneo aliud admittendum existimant, vt heredes esse non possint, licet filius in potestate præteritus patris iudicia nō impugnet. Alij contra nihil interesse putant quis in testamento scriptus sit, dummodo patris voluntatem filius agnoscat. Quorū sententia mihi longè probabilius videtur. Id enim duntaxat Papinianus intuetur, vt si iniuriam remittat is cui eā facta est, supremam defuncti hominis voluntatem, quæ amplius reformari non potest, conseruemus: cum hac parte non tam heredis scripti quam ipsius testamenti fauor inspicendus sit. Verum huic sententiæ opponitur quod in d. l. filio. Papinianus scribit, *si præteritus fratribus partem hereditatis non auocauit*: ex quibus verbis apparet in Papiniani specie institutos fuisse fratres, qui suo iure ab intestato succedere possent. Sed inde nō rectè concludas, aliud existimasse Papinianū in extraneis institutis, de quibus tamē nō loquitur, quia in fratribus ex facto acciderat id de quo cōsulebatur, cum ea. lex sumpta sit ex Papiniani libro quinto Responsorū. Opponitur etiam

etiam l. posthumus. 12. versic. idem dicendum. D. eod. titu. cuius tamen species longè diuersa est ab ea de qua quærimus, nec tantus fauor est testamenti, quod nec approbatum est, nec improbatum, quantus eius quod expressa filij voluntate approbatum, & confirmatum est, vt didici ex Doctore meo D. Ioanne Manutio dum ille perelegantem rationem hanc redderet, à nemine adhuc obseruatam, cur in specie l. posthumus. ad defendendum testamentum opus fuerit rescripto D. Hadriani, quod in casu l. filio. necessarium non fuit. Probabilius fortasse quis moueatur ex l. si duobus. 12. §. i. D. de bonor. poss. contr. tab. vbi Iureconsultus scribit, si prius testamentum extet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum in quo præteritus sit, posteriore testamento præteritum ita demum rectè bonorum possessionem petere posse, si remoto quoq; filio potiores sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes: quod si hereditatem obtinere non possint, filium quoq; excludi. Ex eo enim intelligimus aliquando contingere vt ex testamento in quo præteritus est filius, etiam remoto eo, hereditas tamen obtineri non possit, quod cum eo casu verum non sit quo instituti sunt ab intestato venientes, dict. l. filio. necesse est vt de extraneis intelligatur. Nec sanè ad eum locum accommodatus vilius exemplum afferri possit. Sed respondendum est, in proposta specie, extraneum heredem posteriore testamento scriptum, etiam remoto filio, hoc est abstinente, & patris iudicia probante, hereditatem obtinere non posse, non quod in casu l. filio. diuersa agnatorum, & extraneorum ratio constituenda sit, sed quia cum priore testamento ritè facta, in posteriore imperfecto seu iniusto extraneus heres instituitur, prius testamentum, quod ritè factum est, non rumpitur. l. si filius. 7. D. de testa. vnde fit vt filius per bonorum possessionem contra tabulas hereditatem auferre non possit ei à quo est exheredatus, l. non putauit. 8. D. de bono. possess. contr. tab. At cum in posteriore testamento imperfecto heres scribitur, is qui rem ab intestato habiturus est, constat prius testamentum, quamquam ritè factum, per posterius rumpi, l. 2. D. de iniust. rupt. Credo, quod hoc casu perinde ferè sit, ac si coram testibus testator intestatum velle se decedere diceret, quod sufficeret vt scriptis heredibus hereditas auocaretur. l. vlt. in fin. D. de his quæ in testa. delent. l. 1. §. si heres. D. si tab. testam. null. extrab. Porro cum prius testamentum non est ruptum, posterius non valet, neq; per Prætorē defenditur, licet filius in eo præteritus patris iudicia comprobet, quia perfectum potius quam imperfectum testamentum defendere Prætor debet. Cum verò prius ruptum est, posterius, licet imperfectum sit, Prætoris tamen iurisdictione sustinetur, si præteritus filius consentiat, quia hinc nulla ratio est, cur non ex bono & æquo Prætor testatoris voluntatem tueatur: quam approbat is cuius gratia iure imperfecta & iniusta censebatur. Ergo, cum in posteriore testamento imperfecto scriptus est is, qui ab intestato successurus est, testamentum defendit Prætor, non ex eo quod scriptus sit agnatus potius quam extraneus, sed quia prius ruptum est. Quo casu vtiliter demum bonorum possessionem contra tabulas petere filius potest: quæ vt peti possit, satis est vt mortis tempore patris tabulæ sint eiusmodi, ex quibus adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio peti possit, cuiusmodi hæ sunt, quas diximus Prætoris iurisdictione defendi, si filius præteritus iudicia patris adprobet. At cum iure suo utitur, & bonorum possessionem contra tabulas petit, incipiunt tabulæ esse in eo, vt ex iis bonorum possessio amplius peti non possit. Et hoc est quod ait l. quod vulgo. D. de bon. poss. contr. tab. *quauis neu-*

trum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit, quæ verba obscurissimam habent sententiam, nec ab Accursio aut alio, quod sciam, explicatam: Quam si Bartolus intellexisset, non ita curiosè dubitasset, Quomodo fieri possit ut bonorum possessio detur contra tabulas, quæ cum ipso iure nullæ sint, tabularum nomen non merentur. Rursus non dixisset, huiusmodi tabulas, si septem rescriptum signis signatæ sint, iure Prætorio valere, ideòq; iure Prætorio rescindi: nam filio, non approbante iudicia patris, certum est nullo iure valere, nec civili nec Prætorio, sed filiū præteritum posse suo iure ab intestato hereditatem scripto heredi euincere, ut Paulus aperte scribit in l. is qui. 15. D. de legat. præst. & Vlp. in l. si duo. 16. eod. quod si bonorum possessio secundum tabulas heredi scripto data sit, esse eam sine re, ut idem Vlpianus loquitur in §. ult. Instit. de bonor. possess. Dicendum igitur est filio præterito patris iudicia non probante, quamquam omni iure inutile est testamentum, vtiliter tamen peti posse bonorum possessionem contra tabulas, quamuis ea petita bonorū possessio secundum tabulas peti non possit, quia sufficit mortis tēpore tabulas tales fuisse ex quibus peti potuerit, quod hīc cōrigisset, si patris voluntatem filius adprobasset. Quid autem interest an petita bonorum possessione contra tabulas, an quo alio modo filius ostendat se patris iudicia non probare? Ex his petenda est dubitandi ratio ad l. 1. §. ult. D. si tab. testa. nullæ ex tab. vbi Iurec. scribit, si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, præteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem, vnde liberi, tuendum esse vsque ad dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset. Nam filius qui in potestate fuerat, præteritus, totam patris hereditatem sibi ab intestato deberi contendebat eo colore, quod frater exheredatus fuerat, & extraneus scriptus heres, qui exheredatum prorsus exclusisset (ponimus enim merenter exheredatum) si præteritus patris hereditate abstinuisset, ut quamuis ab intestato successerit, non tamen debeat ea res prodesse exheredato, qui suo iure, & ex persona propria testamentum patris impugnare non poterat. Ut in l. si patroni. 55. §. qui fideicommissam. D. ad S. C. Trebell. prior fideicommissarius postulabat ut sibi falcidiam detrahere liceret, eo colore, quod nisi ipse heredem scriptum hereditatem adire cōgisset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Sed quemadmodum Papinianus eo loco scribit, restitutionem ex Trebelliano fieri debere, id est falcidiæ locum esse non posse, quia semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur: ita in proposito eleganter Vlpianus respondet, emancipatum filium ab intestato petentem bonorum possessionem vnde liberi, perinde tuendum vsq; ad partem dimidiam, atq; si nullas tabulas, pater reliquisset: quia testamentum per omnia irritum aut potius nullum, & iniustum, ad solam exheredationis notam proficere non debeat. l. pen. D. de bonor. poss. contr. tab. l. si patronus. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert. & semel iniusto dicto testamento tota defuncti voluntas irrita & iniusta constituitur. Quod si herede scripto extraneo, & præterito filio in potestate, testamentum ita esset nullum, ut nec filij adprobatione defenderetur, vix dubitari posset, cur non ab intestato filius exheredatus dimidiam hereditatis partem consequi deberet. Quod cum ita sit, reprehendendi profectò sunt, qui ex eo loco putant probari regulam l. filio. in extraneo herede scripto locum non habere, quod filius exheredatus citra inofficiosi quærelam admitti non possit, quam & nos vtique necessariam esse fateamur si præteritus patris iudicia probet, nec hereditatem petat,

tat, quod in ea specie Vlpianus non ponit, nec nos ponendum existimamus, alioqui exheredatus ab intestato vniuersam hereditatem, non dimidiam duntaxat consequeretur.

Emendatur l. 2. D. de seruitut. rusticor. præd.

CAPVT XX.

**B**S. C. V. R. A. quæstio est, An in seruitute actus iter quoque contineatur. Nam Vlpianus quidem in l. loci. 4. §. 1. si seruit. vindic. posse actum esse sine itinere disertè scribit, & in l. si mater. 11. §. si quis iter. de except. rei iudic. eum qui iter petit, si deinde actum petat, exceptione rei iudicatæ non submoueri ait: quod vtique falsum esset, si in actu iter quoque cōtineretur, arg. l. legi tecum. 26. eod. At Paulus in l. 1. de adim. legat. eum qui actu legato iter adimit, nihil adimere respondit, ratione illa quod sine itinere actus esse nunquam possit. Cui simile videtur quod Iulianus in l. qui vsum fructum. 58. de verb. oblig. eum qui stipulatus actum, postea iter stipulatur, non magis vtiliter stipulari quam si decem stipulatus postea quinque stipuletur: quod tamen minus verè diceretur, si actu promissio iter quoque non deberetur: quod etiam pertinet l. si pupillus. 9. §. vt. de nouat. vbi iisdem ferè verbis ex Vlpiano idē proponitur. Mihi non videtur alia horū locorum conciliatio afferri posse, quam quæ ab Accursio iam olim allata est, omniumq; interpretū consensu adprobata, ut seruitus actus sine seruitute itineris esse possit, at sine itinere esse non possit. Eū namq; qui agat, ire quoq; necesse est: sed cum non aget, ire eum non est necesse: nec sine promissoris magna iniuria constitui aliter posset, qui cum vna duntaxat seruitute obligatum se voluerit, duplicis tamen incommodo afficeretur. Sicq; proculdubio accipiendum est quod in l. 1. de seruit. rust. præd. scriptum est, eum qui actum habeat, etiam iter habere: scilicet ut is cui seruitus actus constituta est, eo ipso eundi potestatem acquisuisse intelligatur. At seruitutem actus simpliciter constitutam itineris seruitutem non continere probatur manifestè ex dicta l. 1. de adim. legat. Cum enim certissimū sit posse quem ita vt seruitute actus, vt tamen sine iumento ire non possit, apparet eum qui actu legato iter adimit, hanc saltem sine iumento eundi facultatem adimere, si actu legato, ea facultas legata intelligatur. At nihil eum adimere Paulus ait, quia actum adimere noluit, sed iter. Iter vero quod dederat, est eiusmodi sine quo actus esse nullo modo possit. Idem etiam minus quidem aperte, sed tamen non minus eleganter confirmat l. & per iusiurandum. 13. §. 1. de acceptilat. vbi Vlpianus scribit, si quis viam stipulatus accepto iter vel actum fecerit, nullius momenti esse acceptilationem, idēque probandum si actus tantum accepto fuerit latus: sed si præter actum, iter quoque accepto latum fuerit, consequēs esse dicere liberatum eum qui viam promiserit. Quod si seruitus itineris in actus seruitute contineretur, vix dici posset quid interesset inter actus & itineris simul & actus duntaxat acceptilationem: quemadmodum nec interest vtrum viam duntaxat quis accepto ferat, an iter & actum simul: ut eo loco Iurec. ait, quia viæ seruitus sine actu & itinere nulla est, ut omnium elegantissimè is locus probat, quem mihi commodissimè indicauit Ludouicus Pelisso Viennensis, vir accuratissimus mihiq; amicissimus, cum aliquādo de quæstione ista inuicem cōferremus, & in vtramq; partē contrariis opinionibus disputarem. Hæc si ita sunt, ut proculdubio sunt, manifestissimè falsum relinqui-

tur, quod in l. i. rustic. præd. Vlpiano tribuitur, eum qui actum habeat, iter quoque habere etiam sine iumento. Qui enim iter sine iumento, is seruitute itineris vitur, non autem eo itinere sine quo actus esse nullo modo potest. Qui verò & actus & itineris seruitute vitur, eum non actum duntaxat, sed etiam viam habere necesse est. Nam vt in d. l. i. Vlpianus diffinit, nihil aliud via est, quam ius eundi, agendi, & ambulandi, ex quo intelligimus in via hoc vnum plus esse quam in actu, quod qui actum duntaxat habet, tantum ire agere potest (hæc enim duo pro coniunctis accipio, item que illa in diffinitione itineris eundi ambulandi, vt de illis, dare facere, scribit Iureconsultus in l. sæpe. 53. D. de verbor. signifi.) qui viam, etiam ambulare potest. Hoc verò nihil aliud est quam ire sine iumento, vt ex itineris diffinitione apparet, quam ibidem Vlpianus hanc adfert, vt, iter sit ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi. Verissimum igitur puto, quod adhuc, à nemine animaduersum miror, ex imperiti alicuius interpretis glossa in textum irrepsisse verba illa, *etiam sine iumento*, quod vt sentiam præter certissimam illam iuris rationem quam attuli, ea quoque coniectura mouet me quod in quibusdam libris sic scriptum vidi, *eoq; vti potest etiam sine iumento*: quæ lectio etiam nunc in Institutionibus cernitur, tit de seruit. sed librario Florentino elegantius visum est scribere *etiam sine iumento*, reiectis prioribus illis verbis quasi superfluis. Illud etiam mihi suspicionem auget, quod eiusdem interpretis (vt probabile est) temeritate & imperitia factum est, vt in quibusdã Institutionum exemplaribus addita sint verba illa in diffinitione actus, *ambulandi hominis*, quæ tamen in emendatioribus omnibus Codicibus defunt. His erroribus decepti pleriq; (ita malè iacto principio tota series inuoluitur erroribus) putarunt corruptam esse viæ diffinitionem ab Vlpiano traditam in d. l. i. rustic. præd. quasi eadẽ quoq; sit actus diffinitio: & ausi sunt dicere pro *ambulandi*, legendum esse *trahendi*, aut quid aliud simile, quod actus diffinitione non contineatur. Sed qui sententiam nostram probabant, facile intelligent quam eleganter Vlp. dicat viam esse ius eundi agendi & ambulandi: quam etiam accom. modatè rationẽ reddat, *nam & iter, & actum via in se continet*. Scilicet, quia si non esset ius ambulandi, actum duntaxat contineret: ius ambulandi, hoc est eundi sine iumento, quod seruitutis itineris proprium est, facit vt itineris quoque seruitutẽ contineat. Deniq; actus sine seruitute itineris esse potest, via sine seruitute actus & itineris esse non potest. Quod tamen non sic accipiendum puto, vt quicumque actus & itineris seruitutem habet, viæ quoque seruitutem habeat: est enim aliquid amplius in via quam in aliis duabus simul, puta ius lapidẽ aut tignum trahendi, & rectam hastam ferendi. l. qui sella. 7. §. 1. & 2. rustic. præd. Vnde si mihi potestatem feceris ambulandi ac præterea iumentum agendi, non etiam vehiculum, nemo dubitat quin & iter & actum habeam. d. l. qui sella. in princ. me tamen viam non habere scribit Iurec. in l. si tam. 13. D. de seruit. nimirum quia actus est ius agendi iumentum vel vehiculum, via verò ius agendi simpliciter, hoc est agendi omnia, iumentum, armentum, vehiculũ, & cætera: vt verè dici possit sublati quidem seruitutibus actus & itineris, sublatam quoq; viæ seruitutem: d. l. & per iusurandum. §. 1. de accepti. at illis constitutis hanc non ideo constitutam necessariò intelligi. Ex quibus omnibus concludere licet, eum qui actum habeat, habere quidem iter, sed tamen ita vt sine iumento ire non possit. Quæ videtur fuisse Accursij sententia, & interpretatio ad d. l. i. ad quam notat eum qui habet actum, habere iter eo ipso, & hoc quantum ad commoditatem non quantum

quantum ad seruitutem, seu occasione potius quam iure, vt loquitur, l. 2. de riuis. An non autem habet iter iure seruitutis ille, qui sine iumento eundi, hoc est ambulandi ius habet? vt non vana sit coniectura in libro Accursij, veteribusque omnibus ea verba quæ tollenda putamus iam olim defuisse. Verum huic nostræ sententiæ illud valde obstare videtur, quod supra ex Iuliano & Vlpiano retulimus, eum qui actum stipulatus est, si iter quoque stipuletur nihil agere, l. qui vsum fructum. 58. de verb. oblig. l. 9. §. vlt. de nouat. Cur nõ enim itineris seruitutẽ acquirat, si acquisito actu hæc nondũ acquisita intelligitur. Responderi tamen commodè potest in stipulationibus cum queritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus. de verb. oblig. inde verò fieri vt qui actum stipulatus postea iter stipulatur, illud ipsum stipulari intelligatur quod iam stipulatus fuerat, id est iter id quod in actu continetur; & sine quo esse actus non potest. Nã & eum qui decem stipulatus postea quinque stipulatur, nihil agere Iulianus supra dicto loco scribit, licet præter decem, alia quinque habere quis possit, scilicet quia quinque ex decem stipulatus intelligitur, argu. l. stipulatio ista. 38. §. cum qui dicat. D. de verbor. obligat. Idem igitur & in proposito dicendum est, vt interposita actus stipulatione, non alia utilis sit itineris stipulatio, quam si de itineris seruitute actum esse manifestè appareat. Iã verò quod Vlpianus scribit in l. 9. §. vlt. de nouat. præter superiorem interpretationem, potest etiam ex Rubrica sic accipi, vt qui actum stipulatur, deinde iter, nihil nouet, ratione illa quod non intelligatur facta nouatio nisi cum posteriore stipulatione aliquid amplius quam priore continetur. l. scire. 29. de verbo. oblig. At iter minus quidpiam est quam actus, cum actum continere non possit. Quod si quis iter stipulatus actum postea stipulatur, dicemus factam nouationem vt sola posterior stipulatio maneat priore perempta, quod plus sit in actu quam in itinere, cum dubitandum non sit posse seruitutem actus sic constitui vt etiam itineris seruitutem contineat. l. si tam. 13. de seruit. Sed omnium difficillima obiectio est ex l. 2. quemadmod. seruit. amitt. vbi eum qui iter & actum habet, si statuto tempore tantum ierit, actum nihilominus retinere ait Paulus ex Sabini, Cassij, & Octaueni sententiã, & rationẽ subiicit quod ire quoq; per se possit is qui actum habeat, *Per se*, inquam, id est sine iumento. Verum obseruandum est loqui Paulum de eo qui iter & actum habeat, id est actum ita constitutum vt etiam seruitutem itineris contineat: quod conuentione fieri posse proximè diximus: alioqui statuto tempore, tantum ire non potuisset, qui actum duntaxat habuisset. Ita verò constituta seruitute actus, dubitandum non est quin per se quoque ire possit is qui actum habeat, eoq; ipso seruitute actus vt dicatur. Ratio igitur dubitandi, ex qua magis sententiã nostrã cõfirmatur, illa est, quod qui tantum iuit, seruitute actus vltus non videatur, at potius seruitute itineris. Quod certè verum est, si de actu simpliciter constituto queratur. Sed decisionis ratio illa est quod seruitus actus cū seruitute itineris constituta proponatur, quo casu ex conuentione fit vt ire per se possit is qui actum habeat. Sic dicimus eum qui vsum fructum habet, si sciens tantum vtatur, fructum nihilominus retinere. l. arboribus. 12. §. sed & si alij. de vusu fructu. l. is qui. 20. quib. mod. vusu fructu. amitt. quia qui fructum habet cum vso coniunctum, per se vti possit, qui tamen vti non posset si fructum duntaxat haberet. l. 5. §. 1. vusu fructu, quemad. caueat. Recta enim actus & fructus comparatio est, vt quemadmodum sine itinere actus esse nunquam potest, potest tamen sine seruitute itineris, ita fru-

ctus sine vsu nunquam esse possit, possit tamen esse sine seruitute vsus. Quia distinctione rectissimè Ioannes & Accursius conciliant d.l.5. cum l. per seruum. 14. §. 1. de vsu & habit. & longè rectius quàm qui regulam illam l. per seruum, vt sine vsu fructus esse nunquam possit, perpetuam non esse scripserunt.

FINIS LIBRI PRIMI.



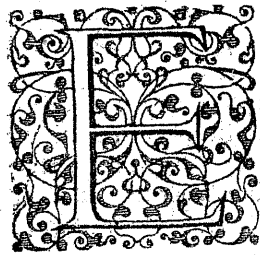
A. FABRI I. C. CON-  
IECTVRARVM

LIBER II.



*De differentia bonæ fidei possessoris, & malæ fidei possessoris, cum de sumptuum in alienam rem factorum repetitione queritur.*

CAPVT I.



**L**EGANS arque vtilis quæstio est, De impensarum in rem alienam factorum repetitione: quæ duobus præcipuè capitibus continetur: Primum est, An in rei vindicatione aliud obseruetur, quàm in petitione hereditatis: Alterum, An bonæ fidei possessoris melior conditio sit, quàm prædonis. Ac quod ad primum pertinet, vulgo probata est Accursij sententia, distinguentis petitionem hereditatis à rei vindicatione in vtiliũ, & voluptuariarum impensarum deductione: vt vtilis in petitione hereditatis etiam malæ fidei possessori imputentur, l. planè. 38. de petit. hered. voluptuariæ autem non quidem imputentur, sed tollantur, si modò id fieri possit sine detrimento eius rei in quam factæ sunt. l. vtilis. 39. eo. in fi. At in rei vindicatione vtilis non imputentur, sed tollantur duntaxat. d. l. domum. voluptuariæ verò à malæ fidei possessore nec imputari nec tolli possint. Ex quo etiã apparet quid de secundo quæstionis huius capite Accursius senserit, Separandum scilicet bonæ fidei possessorem à prædone. Illius enim meliorem esse conditionem, vt necessarias & vtilis impensas, siue speciali siue vniuersali in rem actione conueniatur, imputare possit, voluptuarias autem opposita doli mali exceptione retinere. d. l. planè. & seq. de petit. her. Malæ verò fidei possessore in petitione hereditatis voluptuarias impensas imputare non posse, sed tantum tollere, & in rei vindicatione vtilis imputare non posse, voluptuarias verò omnino perdere. Sed ex recentioribus Iacob. Cuiacius vir doctissimus nouam opinionem induxit, vt cum de sumptibus necessariis & vtilibus agitur, separanda non sit petitio hereditatis ab actione in rem speciali, nec bonæ fidei possessor à prædone. Omnes enim imputari actori, siue generali, siue speciali actione expectantur, & siue bonæ siue malæ fidei possessor sit is eum quo agitur: si modò res extet

extet in quam sumptus facti sunt, fructusq; percepti sint. l. quod si sumptum. 37. D. de petit. hered. Mihi neque Accursij neque viri doctissimi opinio probari potest. Nam quod vterque putat, sumptus vtilis in petitione hereditatis malæ fidei possessori non minus præstari quàm bonæ fidei possessori, probabile non videtur, cum perpetuò verum sit posse culpam ei obiici, quòd temerè & sciens in alieno solo ædificauerit. §. certè. Institut. de rer. diuis. d. l. domum. C. de rei vind. qui loci quamquam de speciali in rem actione sunt, non de vniuersali, nulla tamen ratio est vt hac parte specialem ab vniuersali separemus: nec sanè dissimilitudinis ratio vlla reddi potest: in eoque viri doctissimi sententiam aduersus Accursium probo, & sequor. In eo autem prorsus improbo, quòd in speciali quoque actione in rem nullam inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem differentiam constituit: quæ tamen aperte ponitur in d. §. certè. & d. l. domum. Et magis improbo, quòd idem responderi iis locis de stricto iure responderi, non de æquitate & rei effectu. Nã & Papinianus in l. sumptus. 48. de rei vindic. scribit sumptus in prædium alienum factos peti quidè non posse, sed exceptione doli opposita per officium iudicis æquitate ratione seruari si à bonæ fidei possessore facti sint: vt intelligamus in malæ fidei possessore ne quidem æquitate ratione seruari debere. Et in l. fm autem. 27. §. vl. eod. Paulus scribit, *Si possessor ante litem contestatam sumptus fecit*, nempe quoniã qui post litem contestatam facti sunt, tanquã à malæ fidei possessore facti reputari non possunt. Quam verò rationem vir doctissimus adducit, quòd iniquũ sit damnum sentire malæ fidei possessore, Vlpianus refellit in l. Iulianus. 37. eod. quòd non debuerit in aliena area certus ædificium ponere. Hoc igitur duntaxat ei concedendum esse, vt sine dispendio domini areæ tollat ædificiũ quod posuit. Rursus quòd Accursius putat in speciali actione in rem voluptuarias impensas à malæ fidei possessore seruari non posse, pugnat aperte cum l. in fundo. 38. §. constituimus. eo. tit. in illis verbis, *picurasq; corradere*. Picturarum enim impensæ voluptuariæ sunt. l. vtilis. 39. vers. videamus. de petit. hered. ex cuius loci coniunctione cum d. §. constituimus. apparet nihil hac parte inter specialem, & vniuersalem in rem actionem interesse. At inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem distinguendum puto, quòd voluptuarias quoque impensas bonæ fidei possessor per doli exceptionem seruat, malæ fidei possessor duntaxat tollit si sine rei dispendio facere id possit. d. vers. videamus. De necessariis autem & vtilibus impensis ita statuendũ arbitror, vt necessariæ quidem tam malæ quàm bonæ fidei possessori præstentur. d. l. domum. §. C. de rei vindicat. vtilis autem bonæ fidei possessor deducat, prædo non deducat, si modò paratus sit dominus vt sine rei, in quam factæ sunt, detrimento tollantur, d. l. domum. & l. 48. de rei vindic. Ratione illa, quòd imputandum sit ei, qui sciens in alienam rem impendit. Dices, Cur non ergo in necessariis idè obtinet, vt reputare eas prædo non possit? Respondebo, quia fieri non potest vt sine rei in quã factæ sunt, detrimento tollantur: siquidem necessariæ impensæ eæ dicuntur, quæ si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. l. impensæ. 79. de verbor. sign. Quòd pertinet ratio illa l. planè. 38. de petit. hered. *ne petitor ex aliena iactura locupletetur*. Eo namque loco de necessariis quoque impensis Paulus tractat, de quibus verè illud dici potest, si in prædonis persona earum ratio non haberetur, futurum vt ex aliena iactura petitor locupletaretur. At de vtilibus idè dici non potest, quas pati petitor potest vt sine rei detrimento tollantur: quo casu ex aliena iactura proculdubio non locupletabitur, neque tamen impensas

prædo deducet, sed tollet, quæ longè differentia sunt. Deductionis enim potestas illa est, ut nō nisi prius oblati impensis peti res possit. At qui deducere nō potest, prætextu impensarum rei restitutionē recusare non potest: sed tantum quas fecit tollere, si modò sine rei detrimento facere id possit. Quare nec Paulus in d. l. planè. simpliciter ait, prædonem quoque necessarias & vtilis impensas deducere, quod fallum est, sed, in huius quoque persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quod omnino sic accipi debet, ut necessarias quidem impensas deducat, vtilis verò tollat. Nam & secundum hanc interpretationem in prædonis quoque persona vtilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum potestas stricto iure nulla ei superesse deberet. Quid ergo si nolit petitor pati ut vtilis impensas tollat? Potest sanè id pro suo iure facere, d. l. in fundo. §. constituimus. de rei vindic. sed hoc casu vtilis quoque impensæ deducuntur, ne, ut Paulus ait, ex aliena iactura petitor locupletetur: quæ ratio hoc demum casu in vtilibus impensis locum habet, non autè si paratus sit petitor pati ut tollatur. Quæ cum ita sint, dubitari probabiliter potest, quid de vtilibus impensis statuendum sit, quæ sine detrimento rei in quam factæ sunt, tolli non possunt. Et putarem hoc casu bonum iudicem ex personis, causisque varie constituere debere: Finge enim dominum easdem impensas facturum fuisse, æquum sanè est ut impensas refarciat, vsque eò saltem quò pretiosior res facta est, & si plus pretio fundo accessit, saltem id quod impensum est. Finge pauperem, qui si id reddere cogatur, laribus & sepulchris auitis carendum habeat. d. l. in fundo. Puto potius ei succurrendum, cui nihil imputari potest, quam prædoni, cui saltem hoc ipsum obiici potest quòd temere in rem quam alienam sciuit impensas fecerit. Videtur enim quodammodo sua voluntate impensas amisisse, ut ait Caius in l. 7. §. ex diuerso. de acquir. rer. domin. Cæterum his quæ diximus impensas necessarias deduci, vtilis verò duntaxat tolli, ob stare videntur l. 1. C. de infant. expos. & l. ex argens. to. 13. D. de condict. furt. in quibus ne quidem necessaria impensæ deducuntur. Prior Accursij responsio non placet, ut aliud sit in fure, quam in alio malæ fidei possessore: Cur enim melior sit conditio eius qui rem immobilem iniuria occupauit, ut in l. domū. C. de rei vindic. ac cuius furium fecisse diceretur, si rei immobilis furtum fieri posset? Posterior vera est, ut impensæ necessariae ita demum deducantur, si abradi, ut ipse loquitur, hoc est tolli possint: quo casu quia sine rei detrimento tolli non possunt, æquum est petitorum pro eo commodo quod sentit, ut nullum rei suæ detrimentum fiat, impensas ante omnia refarcire: At cum tolli impensæ non possunt, nulla ratio est ut quicquam præstet pro ea re quæ inuito possessore consequitur. Scilicet si malæ fidei possessor proponatur. Nam in eo qui bonam fidem habeat aliud probandum esse ipsa lex ait, ex qua apertius intelligitur quod volumus meliorē bonæ fidei possessoris quam prædonis conditionē esse debere. Obstat etiā l. vtilis. 39. de peti. hered. vbi quod pertinet ad voluptuarias impensas diuersa ratio constituitur, prædonis, & bonæ fidei possessoris, ut huic pro fit doli exceptio, illi verò obiciatur probè nō debuisse eum in alienam rem superuacuas impensas facere, ut tamen potestas ei fiat tollendorū eorū quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt. At respondeo rationem illam Iurec. nō sic accipi debere, ut prædoni imputari non possit si in alienam rem vtilis impensas fecerit, sed ut multo magis imputari possit, si superuacuas fecerit. Neque tamen idèd prohibendum eum impensas voluptuarias tollere, si sine rei detrimento facere id possit, eadē acqui-

tatis

tatis ratione quam in vtilibus vsurpauimus, ne ex aliena iactura petitor locupletetur. Atque ita in voluptuariis & vtilibus impensis in prædonis persona eandem prorsus rationem constituimus, itemq; in speciali & vniuersali in rem actione, sed in omnibus bonæ fidei possessorem à prædone separamus.

Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. possid. alias. l. 13. de priuileg. credit. CAPVT II.

**I**N tractatu de substitutionibus, magna & difficilis quæstio est, An nuda sui heredis existentia pupillares tabulæ confirmantur: hoc est an pupillo datus substitutus, etiam eo abstinentem ex substitutione admittatur. In qua placet sententia existimantium non confirmari, ut manifestè probat l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. D. ad S. C. Trebell. & quod plerisque iuris locis scriptum est non adita patris hereditate pupillares tabulæ corrumpere, l. 2. l. sed si plures. 10. §. si ex asse. D. de vulga. & pupil. substit. Certissimum autem est suum heredem quamuis per abstentionem non desinat suus heres esse, l. cum quasi. 30. §. sed et si suus. de fideic. libert. tamen à Prætoris heredis loco non haberi. l. si filius. 12. de interrog. action. quam ob causam nudum sui heredis nomen gerere dicitur in l. 2. §. adoptiu. ad S. C. Tertull. quod non sufficit, ut ex voluntate testatoris pupillares tabulæ confirmatas esse dici possit: cum verisimile non sit testatorem de nudo sui heredis nomine cogitasse: alioqui filio in potestate constituto substitui vulgariter non posset, qui quantumuis abstineat, efficere tamen non potest ut sui heredis nomen amittat. d. §. sed et si suus. Abstentionis namq; beneficium est ex iurisdictione Prætoris. l. necessariis. 57. de acquir. hered. qui heredis nomen sicut dare non potuit. §. quos autem. Instit. de bon. poss. ita neq; adimere. Verum huic sententiæ valde ob stare videtur. l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iud. poss. alias l. 13. de priuileg. credit. cuius specie, quamuis pupillus hereditate patris abstinuisse proponeretur, Iuolenus tamen non dubitat quin mortuo eo intra pubertatem substitutus admittatur, sed de illo duntaxat quærit, An patris quoque creditoribus respondere compellatur, quod magis esse ait. Non igitur dici potest quod Ioannes tentauit, in ea specie datum fuisse pupillo coheredem: hoc enim si ita esset, & coheres portionem suam agnouisset, utiq; substitutus pupillo, patris onera subire non compelleretur. l. Iulianus. 42. de acquir. her. Ergo pupillum ex toto asse institutum fuisse fatendum est, ut manifestius apparet ex eo quod lex ait, propter abstentionem filij bona patris vendita fuisse. Nam si pupillo coheres datus fuisset, ipsius non patris bona vniuersa essent. At videamus ne ex ea lege magis probetur, nuda sui heredis existentia pupillares tabulæ non confirmari. Si enim confirmarentur, nulla ratio esset ut substituto hereditatem pupilli adente, vtramque, patris scilicet & filij, hereditatem coniungi diceremus. Siquidem pupilli (cuius interest testamentarium successorem habere potius, quam legitimum) fauor postulat, ut si patris hereditas ære alieno grauata & oppressa sit, substitutus pupilli tantum successionem amplecti possit, ne metu onerum patris, timidius impuberis adeat hereditatem. dicit. l. Iulianus. Atqui Iuolenus in d. l. paterfamilias. quæstionem propositam apertè sic diffinit, ut patris & filij hereditas coniungatur, & in omni ære alieno, quod patris, aut filij fuit, substitutus obligetur: Pupillares igitur tabulæ nuda sui heredis existentia confirmatas non esse dicendum est. Mortuo tamen impubere substitutum admitti, lex ait, non ex pupil-

d j.

lari substitutione, vt quidam putant, (filij enim abstentione extincta est) sed ex vulgari, quæ post Diui Marci Constitutionem in pupillari tacite continetur. l. 4. de vulgar. Ex quo maximum argumentum sumi potest, aduersus eorū sententiam qui vulgarem, subintellectam in pupillari expressa ad patris bona non pertinere existimant. Nam in d. l. paterfamilias. apertissimum est ex pupillari substitutione nō succedi, sed ex vulgari tacita, aut potius subintellecta, & tamen patri potissimum succedi, tum pupilli quoq; hereditatem quasi accrescendi iure substituto acquiri, argu. l. qui patri. 59. de acq. hered. Neq; ad rem pertinet quod in d. l. paterfamilias substitutus viuo pupillo nō admittitur. Ita enim Iureconsultus in ea specie respondisse videtur, quod d. substitutus simpliciter datus fuerat, si filius impubes decederet, nullo casu expresso aut vulgari, aut pupillari, quod cum sit, manifestum est testatoris voluntatem illam esse, vt nisi mortuo pupillo substitutus nō admittatur, nec si pupillus abstinerit. At cum testator ita loquitur, si filius heres erit, & impubes decesserit, casus pupillaris qui illis verbis continetur, si heres erit, ad illū trahitur, si heres non erit. Illa verò sequentia, & impubes decesserit, quæ in pupillarem casum adiecta erant, vulgari contingere reiciuntur, nec repetita intelliguntur, quia non eadem vtriusq; casus ratio est. Cæterum, egregie, meo iudicio, errat Accursius, & qui Accursium secuti sunt, distinguentes pupillum, qui ab initio abstinuit, hoc est numquã se immiscuit, ab eo, qui post immixtionem abstinuit: vt priore casu tabulæ pupillares infirmantur, posteriore confirmantur. Etenim tam is qui ab initio abstinuit, quàm qui post immixtionem, ipso iure heres est, & tamē neuter à Prætorē heredis loco habetur. d. l. necessariis. 57. de acq. hered. & l. si filius. 12. de interrog. action. neque inter hunc, & illum dissimilitudo, aut dissimilitudinis ratio aliqua reddi potest. Scio esse qui respondeant, pupillo post paternæ hereditatis immixtionem abstinente hereditatem patris & filij, quæ reuera cōiuncta est, haberi pro nō coniuncta, quod ad ipsum dūtaxat pupillum, non quod ad alios pertinet. Sed si ita esset, fieri vt excluso substituto, legitimi heredes pupilli patri quoq; heredes essent: quod Iauolenus negat in d. l. paterfamilias. cum ait nihil interfuisse creditorū adiretur, necne, pupilli hereditas, cum ea bona omissa à substituto hereditate ad creditores non pertinerent. Nisi fortè deteriore faciemus conditionem substituti quàm legitimi heredis: quod absurdum est: cum fauor substituti, ad fauorem pupilli spectet, cuius interest, vt iam diximus, testamentarium potius quàm legitimum successorem habere. Igitur dicendum est in d. l. paterfamilias. versic. at cum substitutus ab imperito interprete addita esse verba illa, postquam pupillus se paternæ miscuerit hereditati. Hausta enim est ea lex ex Iauoleni libro primo Epistolarum: & in epistola qui Iauolenum consuluerat, illud tantum exposuerat, pupillum heredem institutum, paterna hereditate se abstinuisset, nec dixerat post immixtionem abstinuisset, quod Iauolenus diuinare nō potuit, nec etiam supplere debuit, si ex eo tota quæstionis illius diffinitio pēdebat. Rursus in versic. at cum substitutus, illud dūtaxat proponitur, substitutum filio, ipsius hereditatem adisse postquam pupillus se paternæ miscuerat hereditati: nec subsecutam esse abstentionem Iureconsultus ait. Verum interpretem hunc illud fortasse sefellit, quod in plerisq; veteribus libris deest negatio in d. l. paterfamilias, in illis verbis, idem in substituto filio herede seruandum nō est, vt Accursius quoque notauit. Quam lectionē secutus malus interpres, cum videret in versic. at cum substitutus, concludi substitutū pupillo etiam in omni ære alieno, quod

patris

patris fuit, obligari: existimauit de alio casu Iauolenū tractare, quàm de priore, in quo pupillus abstinuisset proponeretur. vt vbiq; idē in substituto quod in filio seruetur. Nam quemadmodum in filium qui patris hereditate abstinuit actio creditoribus non datur, ita neq; in substitutum dari. At quemadmodum in filium datur postquam is paternæ se miscuit hereditati, ita quoque in substitutum dari, quoniam, hoc casu patris & filij hereditas vna sit. His verò difficultatibus & erroribus, causam dedit d. l. Iulianus. 42. de acq. hered. in qua Vlpianus Marcelli sententiam refert, & probat, vt pupillo substitutus paternæ hereditatis onera subire non compellatur. Cui contraria visa est d. l. paterfamilias. si cum negatione sic legatur, vt quod in filio seruetur, idem in substituto seruandum non sit. Sed animaduertendum est relatā ab Vlpiano Marcelli sententiam ita procedere, si coheres aliquis adsit qui filio abstinentē patris testamentum sustineat in eiusdem Marcelli distinctione in l. quæsitum. 40. de acq. hered. Quæ distinctio licet, tanquā à Iuliano prætermissa, ad eum ex Marcelli notis additur, tamen Iuliano quoque placuisse videtur, vt conici potest ex l. ita tamen. 27. §. qui suspectam. ad Trebell. in fine, iis verbis, si verò coheredem habuerit retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede aduente, quāuis ipse patris omisisset hereditatē ex substitutione adire. Itēmq; in §. à patre, ibi, satis erit vel vnum cogi adire: hoc enim factō etiam is qui patris hereditatē non adit, filij adire, & restituere compellatur. Denique constat pupillo substitutum ita demum hereditate patris repudiata, pupillare amplecti posse, si adsit coheres, cuius aditione patris testamentū sustineatur. An in l. paterfamil. pupillus solus ex asse institutus erat, vt ex ipsius legis verbis supra probauimus. Nō igitur ad eas leges conciliandas negationem tollere oportet, quæ si sublata esset, nulla conciliationis ratio iniri posset. Alia namq; proculdubio iuris ratio est in filio, alia in substituto. Filij pudori parcitur, vt patris potius quàm ipsius bona vaneant, quia quod bona ipsius cum paternis coniuncta sunt fit ex iure non ex ipsius filij factō, vt proinde æquissimū sit eum ab oneribus non sponte susceptis liberare, vt ait l. si filius. 12. de vulgar. At cum substitutus filij hereditatē adit, tunc, id est, cum adit patris & filij hereditas vna est, & ipsius substituti factō vtraq; hereditas coniungitur. Cum enim substitutus intelligeret, aut intelligere deberet, filij hereditatem adiri non posse, nisi prius adita patris hereditate (hoc enim est quod lex ait, vnum esse testamētum,) sit vt adeūdo filij hereditatem, paternam sibi quoq; acquisitam voluisse videatur: atque ita cum ipsius factō vtraq; hereditas coniuncta sit, improbè profectō separationem postulat. Et hæc est dissimilitudo, dissimilitudinisque ratio quam Iauolenus ponit in d. l. paterfamilias, cuius sententiam nec ab Accursio, nec ab alio perceptam esse qui intelligent faciliē nostram hanc emendationem recipiendam existimabunt.

Recta sententia, & vetus lectio l. si dictum. 56. D. de cuiet.

CAPVT III.

**I**N l. si dictum. 56. D. de cuiet. Paulus scribit, si dictum fuerit vendēdo vt simpla promittatur, vel triplū, aut quadruplū, ex empto perperua actione agi posse. Quod, quā sententiā habeat Accursius non intellexit, qui eā esse putat vt huiusmodi pacta valeant, quod tā certum est vt de eo sensisse Paulū verisimile nō sit. Cur non enim valeant, quæ nec bonis moribus, nec legibus cōtraria dici possunt?

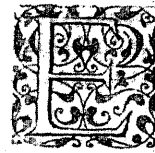
d ij.

Sanè supra quadruplum vix est vt pœnam promittere quis possit, quemadmodum nec vltra quadruplum vlla actio extenditur, vt Iustinianus ait in §. omnes autem. Inst. de act. Credo, quod nimis immodica sit adfectio eius, qui supra quadruplum consequi aliquid velit: adfectionibus autem præsertim tam immodicis indulgendum non est, quas civilis legislator quantum facere potest reprimere semper solet. l. pen. D. ad exhib. l. ex damni. 40. de damn. infect. Alij autem non probantes quod in d. l. si dictum. Paulus ait de simpla, ita legendum existimant, si dictum fuerit vendendo vt dupla promittatur: moti ex illis verbis quæ sequuntur, vel triplum aut quadruplum, item ex eo quod licet dictum non sit in venditione, vt simpla promittatur, ex empto tamen actio est in simplam, & in id quod interest. l. si in venditione. 60. D. de euct. Ego quamquam Florentinam lectionem mancã esse arbitror, puto tamen rectè legi vt simpla promittatur: sed sequentia sic legenda arbitror, vt duplum vel triplum aut quadruplum promitteretur: quomodo in quibusdam libris scriptum vidi, quæ rectissima lectio est. Quamquam enim si in venditione dictum non sit quantum venditorẽ pro euictione præstare oporteat, simplam venditor præstat. d. l. si in venditione. multum tamen interest an in vendendo promissa sit simpla, an promissa non sit. Quoniam si promissa non sit, potest emptor, ut equam res euincatur iure postulare vt sibi dupla repromittatur. l. 2. eod. tit. adeo vt idem quoque obtineat, si simplam per errorẽ stipulatus sit. l. emptori. 37. §. v. eod. Quod ex ædilitio edicto descendisse videtur, l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. D. de ædilit. edict. vbi Iurec. ait, si duplam venditor non cauerit, ex empto, agi posse vt caueatur, ea ratione quod assidua sit duplæ stipulatio: ea autem quæ moris, & consuetudinis sunt in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Hæc autem actio quam ex ædilitio edicto in id competere dicimus, vt dupla promittatur, cum honoraria sit (ædilitium namq; edicti iuris honorarij pars & portio quædam est, §. prætorum. Instit. de iur. natur.) perpetua non est. At si in vendendo hoc ipsum exprimat, vt dupla promittatur, actio ex empto ad duplam perpetua erit: quæ scilicet civilis est cum ex conventionione descendat. Et hæc est sententia d. l. si dictum. in qua non illud tantum vult Paulus quod omnes sciunt, si in vendendo dictum sit vt dupla promittatur, ex empto agi in id posse, sed hoc casu perpetuam esse actionem ex empto, quæ perpetua non est, si citrà conventionem, & sola ædilitij edicti potestate cõpetat, quod ipsa quoq; legis inscriptio confirmat. Ergo quod Iauolenus scribit, euictionis nomine nihil venditorem præstare præter simplam, si aliud non conuenierit, omnino sic intelligi debet, si euicta res sit, antequam in id actum esset vt dupla promittatur. Alioqui, priusquam res euicta sit, simpla emptori præstanda non est, quamuis eam rem alienam, aut obligatam esse appareat, sed tantum quantum emptoris interest eam rem alienare aut obligatam sciuisse. l. 4. D. de actio. empt. Rursus obseruandum est quod scriptum est in d. l. si in venditione, quantum venditorem pro euictione præstare oporteat: Aliud enim est quærere, quantum venditor præstare, aliud quantum promittere debeat. Si dictum non sit quantum præstare debeat, nihil præstabit præter simplam, & si quid prætereã intersit, vt eo loco Iureconsultus scribit. At si priusquam præstari quicquam oporteat, quæratur quid promittere debeat, dicemus promittere duplam debeat, d. l. 2. eo. & l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. de ædilit. edict. ita tamen si aut pretiosa res, aut mancipium: non si alia res veniat, vt Vlpianus interpretatur in d. l. emptori. 37. de euct. Hæc verò Accursius quoque non intellexit, qui, quod scriptum est in l. si

est in l. si in venditione. sic accipit, si expressè dictum sit vt euictionis nomine simpla duntaxat præstetur: aut si ex certa scientia id omissum fuerit, ne dupla præstetur. Malè etiam alij eam legem de vilioribus rebus interpretantur: nam & euicta re pretiosissima si in vendendo nihil dictum sit simpla tantum præstatur: planè antequam euicta sit, ex empto agi potest vt dupla promittatur, & si eo nomine agatur, nec tamen dupla promittetur, dupli reus condemnabitur. d. l. 2. de euiction.

An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat.

CAPVT IIII.



EMPTIONEM, & locationem nudo consensu perfici certissimum est, neque rei traditionem requirere, l. 1. D. loca. Tamen in emptione multum interest an nudus consensus interuenierit, an rei quoque traditio subsecuta sit. Nam subsecuta traditione cum in emptorem dominium transferatur, §. venditæ. Inst. de rer. diuis. dubitare nemo potest, quin ad eum omnimodo periculum pertineat, quomodo ab omnibus rectè accipitur l. Lucius. ix. D. de euct. In locatione, quoniam dominium non transfertur, huic distinctioni locus non est, ac longè probabilius dubitari potest, an ad conductorem rei locatæ periculum spectet. Africanus autem in l. si fundus. 33. D. locat. eandem constituere videtur rationem conductionis tradita possessione, quam emptionis non tradita possessione: vt in vtraque rei periculum ad venditorem vel locatorem spectet, hæc tamen vt vel pretium vel merces remittatur, nõ vt, si quid prætereã interest, præstetur. Cui sententiæ ex diametro obstat §. cum autem. Instit. de empt. & vendit. vbi Iustinianus scribit, perfecta emptione, quod sit nudo consensu, licet tradita res non sit, periculum omne ad emptorem pertinere, ita vt re perempta, quam numquam nactus fuit, pretium nihilominus ab eo peti possit. Qui Africani sententiam tuentur, aliud respondere non possunt, quàm in Institutionibus proponi ea, quæ sunt ex summo iure, & rudimèta: In digestis verò incrementa iuris, & diligentius exactas res ad æquitatem. Quasi verò quod scriptum est in d. §. cum autem. plerisque etiam Digestorum locis scriptum non sit. Vt in l. cum emptor. 5. §. 1. de rescind. vendit. vbi dicitur mortuo homine vendito perinde habendam esse venditionem ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & emptori hominem perire. Et in l. ult. de condit. ob. caus. dat. vbi Celsus inter emptionem, & cõtractum Do vt des, triplicem differentiam cõstituit, quarum vna & præcipua illa est, quod mortuo homine promisso, pecunia eo nomine data repeti potest. At in cõtractu emptionis, mortuo homine vendito pretium solum repeti non potest, quin nõ solum peti potest. Sic in l. venditor. 21. de hered. vel action. vendit. Paulus ait venditorem, qui nullius culpæ argui potest, eo mortuo ne pretium quidẽ debere. Et generaliter rei venditæ periculum ad emptorem omnimodo pertinere scriptum est, in l. 7. 8. & 11. D. de peric. & commod. rei vendit. l. 4. 5. & 6. C. eod. l. si in emptione. 34. §. pen. de contrah. empt. l. quod si is. de iur. dot. alijsq; infinitis Codicis, & Digestorum locis. Nam quod ait l. quod si neque. 14. D. de peric. & commod. rei vendit. lectis venditis si ante traditionẽ eos ædilis plebis, cum in via publica positi essent, conciderit, venditoris periculũ esse, optimam rationem habet, quia non fortuito casu sed hominis factio & per venditoris incuriam, aut stultitiam lecti in via ponuntur: quod tamen Accursius non



intellexit. Nec sanè vllus iuris locus est qui huic certissimè sententiæ repugnet, præter d. l. si fundus. cuius tamen verba sic aperta sunt, vt vix rectè quisquam adhuc respondere potuerit. Accursius, in fundo publicato id speciale esse scribit, nec tamen specialitatis rationem vllam affert. Ego non dubito, quin illius loci species proprium aliquid habeat, ex quo à iuris regula eo casu recedendum Africanus putauerit. Nam & idem Africanus in l. si soluturus. 39. de solut. mercem periculo emptoris esse ait, ea ratione quòd perfecta emptio sit, quam nos sine traditione solo consensu perfici diximus. At cur in specie l. si fundus alius responderit, vt rei venditæ pretium venditoris periculo sit, ratio valde in obscuro posita esse videtur. Probabiliter tamè distingui potest, an ex causa aliqua extrinseca, an verò per ipsam rem venditã fiat, quominus tradi possit. Hoc enim casu cum per ipsam rem sit quominus præstari possit, hoc est cum omnino perempta est, ita vt in rerum natura esse desierit, vt in exemplis d. §. cum autem. pretium venditori omnimodo præstandum est, ea ratione, quòd quamuis ante traditionem rei venditæ dominium penes venditorem remaneat, tamen perfecta emptione in emptoris potestate sit pretij solutione rei venditæ possessionem ac dominium, quandocunque voluerit, nancisci, vt imputandum ei sit quòd statim nactus non sit: nec probe postulare potest vt sibi res præstetur, quæ per rerum naturam præstari nequit. At si res vendita, ex causa aliqua extrinseca præstari non possit, fortè quòd fundus publicatus, vel seruus furto substractus sit, rectè emptor intendere potest vt sibi res præstetur, quæ per rerum naturam præstari potest: sed venditor liberabitur, si actiones suas cedere paratus sit: quas si nullas habeat, quòd contingit si aut aliena res sit quæ furto substracta est, aut fundus venditus publicatus, æquissimum est saltem ad pretij restitutionem eum teneri, quòd non præstet eam rem quam per rerum naturam præstare potest, si fortè aut eam quæ aliena est emere, aut fundi publicati pretium iis quibus assignatus est præstare velit. Hancq; distinctionem apertè meo iudicio illud cõfirmat quòd Iustinianus in d. §. cum autem. exempla ponit rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta est, ita vt per rerum naturam talis qualis vendita est, præstari non possit. Tum subiicit, si homo venditus fugerit aut subreptus sit (quibus casibus per rerum naturam præstari nihilominus potest) non simpliciter liberari venditorem, sed actiones suas emptori cedere compellendum: ex quo intelligimus quãdiu res vendita in rerum natura exstat, tamdiu ad eius persecutionem emptori actionem ex empto superesse. At rursus, quid si nullam actionem venditor habeat quam in emptorem transferre possit. Is casus à Iustiniano prætermisus est, sed supplendus est ille Institutionum locus ex l. quod sæpe 35. §. si res vendita. D. de contr. empt. vbi Caius scribit venditorẽ ob hoc ipsum damnandum esse. quòd in emptorem nullas actiones transferre potest. Quod omnino sic accipiendum videtur, vt pretij duntaxat naturam sentiat, non etiam vt ad præstationem eius quòd emptori interest teneatur. arg. d. l. si fundus. 33. D. loca. Nam qui alienam rẽ vendidit, nõ idèò statim tenetur ad id quòd emptoris interest. quia rẽ alienã vendiderit, sed ita demùm si euicta ea res sit, l. 3. C. de euict. l. si plus. 74. §. mota. D. de eo. quòd cum ante traditionem fieri non possit. consequens est vt ob hoc solum quòd furto substracta re quæ vendita erat, nullam actionem emptori cedere venditor potest, ad pretij duntaxat remissionem aut restitutionem condemnetur. Ergo malè Accursius Africani sententiam in eo duntaxat fundo qui publicatus. sit procedere putat, cum aliud obseruandum non sit,

non sit, si maiore vi, aut iniuria potètoris, vel latrocinio factum sit quominus rem venditam emptori præstare venditor, possit. Sed longè grauior eorum error est, qui quòd his tantum casibus constitutum est, generaliter accipiendum putant, licet res vendita sic perempta aut deterior facta sit, vt per rerum naturam præstari nõ possit. Sanè locationis alia ratio esse videtur. Licet enim iisdem ferè iuris regulis venditio, & locatio consistant, tamen si fundus locatus chasmate perierit, aut terræ motu ita corruerit vt nusquam sit, constitutum est domini damnum esse, hætenus vt mercedem nondum solutam remittere, vel solutam restituere compellatur. l. ex conducto. 15. §. r. in fin. loca. Credo, quia conductori nil imputari possit quòd rei conductæ possessionem citius nactus non sit, quam licet nactus esset, locatori tamen eidemque domino res sua periisset. Planè in eo fortasse conductor emptori non malè comparabitur, vt fructuum nomine, qui ante rem peremptam percipi potuerunt, mercedem præstare teneatur, ac si eos percepisset, quos vtiq; si statim perfecta locatione fundi possessionem nactus esset, percipere potuisset. Verùm huic nostræ sententiæ illud fortè quis obiiciat, quòd Africanus in d. l. si fundus hæc etiam parte locationem emptioni comparat. Sed elegantior erit Africani ratiocinatio, si secundum distinctionem nostram ita accipiatur, vt, quòd in fundo publicato locato respondit, emptiois exemplo sic confirmetur, vt cum idem in emptione quoque recipiatur, in qua regulare est ad emptorem rei vendite periculum omnino spectare, idem multò magis in locatione recipiendum sit. Quare publicato fundo eandem locationis & venditionis rationem esse non negamus, at eodem perempto fortè chasmate aut terræ motu sic vt nusquam appareat, longè dissimilem horum contractuum causam esse contendimus.

*Emendatur l. 6. hæc distinctio. 35. D. locat.*

CAPVT V.



UPERIORE capite diximus de emptiois & locationis differentia, ab omnibus fere prætermisissis: nunc de similitudine dicemus quam vix vllus adhuc animaduertisse videtur. Scilicet quemadmodum ab ignorante vendito fundo alieno, ita ab ignorante locato fundo alieno tam conductori ex conducto, quam emptori actionem ex empto competere, non tantum ad pretij aut mercedis restitutionem, sed etiam ad præstationem eius quòd interest. Ac in emptioe quidem dubitari de eo non oportet quòd apertè scriptum est innumeris iuris locis. Sed in locatione aliud vulgo probatum est, vt si quis ignorans alienam rem locauerit, edq; euicta fiat vt conductori frui non liceat, quòd ei præstare locator debet, eo nomine aduersus locatorem ex conducto quidem actio detur, sed hætenus tantum, vt mercedem remittere vel reddere debeat. Cuius sententiæ autorem interpretes Africanum citant in l. & hæc distinctio. 35. D. locat. vbi, quòd prius dixerat certis casibus locatorem non teneri ad id quòd conductoris interest, cui frui non licet: subiicit in eo demùm verè dici qui & suum prædium fruendum locauerit, & bona fide negotium cõtraxerit, non in eo qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec resistere domino possit quominus is colonum frui prohibeat. Ex quo sic ratiocinantur, vt in eo qui alienum prædium ignorans locauerit, aliud recipiendum sit, nec nisi ad mercedis remissionem, aut restitutionem teneatur. Quòd ipsum tamen vel ex illo Africani loco manifestè refellitur. Duo enim requirit ille, vt locator

d. iij.

in id quod conductoris interest non teneatur. Primum ut suum prædiū fruendum locauerit: Alterum, ut præterea negotium bona fide contraxerit. Primum eò pertinet ut intelligamus eum, qui alienam rem locauit, indistinctè teneri, siue ignorans, siue per fraudem alienam rem locauerit. Alterum verò Africanus ideo adiicit, quòd nō sufficiat locatorè prædiū suum locasse, si præterea dolo malo fecerit quominus eo frui conductor possit: Quid enim si quis prædium suum pignori iam datum, & in antichresim, alij fruendum locauerit? Hic, si nihil aliud requireretur, quàm ut ne alienum prædium locatum sit, dicendum esset securum esse locatorem qui prædium suum locauerit. At quoniam creditori pignus persequenti resistere non potest, quominus conductorem frui prohibeat, magis probandū est, ut quicquid conductoris interest, ex conducto præstet. Rursum ex eo quod Africanus hæc duo coniunctim requirit, ut quis prædium suum locet, ac præterea bona fide, magis intelligimus non sufficere ut quis alienum prædium bona fide locet: alioqui illud vnum Africanus requirere debuerat, ut bona fide negotium contrahatur, non etiam ut præter bonam fidem, proprium quis prædium locet. Quibus consequenter fatendum necessarium est, reiicienda esse verba illa, *per fraudem*, quæ huic interpretum errori causam proculdubio dederunt, ac imperitio interpreti potius quàm Africano tribuenda. Interpretem verò illud mouisse videtur, quòd in sequentibus apud Africanum legebatur in veteribus plerisque libris, *ne resistere domino possit*, quasi Africanus de eo loquatur qui alienum prædiū locauit, ne resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat, ac proinde de eo qui alienum prædium per fraudem locauit. Sed cum ex Pandectis Florentinis, aliisque emendatioribus Codicibus didicerimus legendum esse, *nec resistere domino possit*, intelligimus Africani sententiam illam esse, ut omnimodo in id quod interest teneatur, quicumque alienum prædiū locauit, nec resistere domino potest quominus is colonum frui prohibeat. Nec sanè diuersitatis ratio esse potest, cur ignorans venditor teneatur in id quod emptoris interest, ignorans locator non teneatur. Atque ita Ulpianus aperte diffinit in l. si quis domum. 9. D. locat. ad quam Accursius aliud respondere non potest, quàm loqui eam de alienæ rei locatore sciente, cum tamen domum bona fide emptam Ulpianus dicat, nec locationis tempore locatorem eam sciuisse alienam exprimat. Defendi etiam non potest, quod alij respondent, Ulpianum ex Pomponij sententia illud tantum dicere, locatorè ignorantem ex conducto teneri. Id verò sic accipi debere, ut non ad id quod interest, sed ad mercedis remissionem vel restitutionem teneatur, ut in l. si fundus. 33. eod. de cuius sententia præcedente capite diximus. Etenim Ulpianus docet satis, nihil hac parte interesse an sciens, an ignorans quis alienam domum locauerit, & an dolo malo culpave eius aliquid factum sit, an nullo ipsius dolo, aut culpa euicta res sit, ut apparet ex illis verbis, *isq; euictus sine dolo malo, culpave eius, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit*. Dolo autem vel culpa locatoris interueniente, nemo dixerit eum in id quod conductoris interest non teneri. Idem igitur admittendum Ulpianus putat, licet nullus locatoris dolo, aut culpa interuenisse proponatur. In eamque rem Pomponij autoritate nititur, quæ ferè superuacua esset in id ut mercedem remittere vel reddere locator debeat. Hoc enim nullam prorsus dubitationem habet. Præterea cum locator ex conducto teneri simpliciter Iureconsulti dicunt, ita ferè semper intelligunt, ut in id quod conductoris interest teneatur: quæ actionis ex conducto natura est. l. 2. l. Preses. 17. C. de locat. Ob

cat. Ob idq; nimirum in d. l. si fundus. 33. D. locat. Africanus postea quàm dixit conductorem fundi publicati posse agere ex conducto ut sibi frui liceat, quoniam ex eo sequi videbatur, posse eum agere in id quod sua interest, eleganter subiicit absolute id verum non esse, sed hætenus ut merces ei remittatur. Quæ eadem adiectio ponitur aliis omnibus locis in quibus ex conducto non agitur in id quod interest: ut in l. ex conducto. 15. §. penul. eod. ubi illud etiam Iureconsultus addit, quod sententiam nostram manifestè confirmat, si fortè dominus conductorem frui non patiat, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienam rem, vel quasi procurator vel quasi suam, id quod interest præstari. Neq; tamen adhuc se Accursius temperare potest quin cauilletur, & verba illa, *quasi procurator*, de eo procuratore intelligit qui sciebat se procuratorem non esse. Sed quid ad illa respondebit, *vel quasi suum*? Idem fortasse, de eo intelligi debere, qui sciebat alienum. At hoc nimis diuinare est, & perelegantem illius loci sententiam destruit, facitq; ineptum Ulpianum, qui in re tam aperta Proculi auctoritatem afferat.

*Ad l. fructus. 33. & l. pen. D. de rei vindicat.*

CAPVT VI.



MORTVO homine petito post inchoatum vindicationis iudicium, si de fructuum ratione habenda quærat, distinguendum arbitror an dolo aut culpa possessoris, an suo fato perierit. Etenim nullo possessoris dolo aut culpa interueniente, sic fructuum ratio habebitur, ut quoad seruus vixerit duntaxat æstimentur ex Labeonis sententia, l. pen. D. eod. At si dolo aut culpa possessoris perierit, Trebatij sententia utemur, ut eò usque fructuum ratio habeatur, quousque haberetur, si non periisset. l. fructus. 33. eod. Habet autem hæc distinctio rationem manifestam. Dolo enim aut culpa possessoris mortuo homine vindicationis iudicium idem non tollitur, quòd videtur adhuc extare is, qui dolo possessoris culpa arguitur, vindicationis iudicium non superest nisi pro fructibus, & quæ admodum hominis pretium amplius non debetur, ita fructuum, nisi quoad seruus vixerit, ratio haberi non potest. Quæ sententia est l. utique. 16. de rei vind. in qua idem Paulus scribit etiam mortuo homine utiq; necessariam esse sententiam propter fructus & partus, & stipulationem de euictione: sed non utique post litem contestatam fatum à possessore præstandum esse, id est, ut interpretor, aliam rationem esse æstimationis, aliam fructuum perempti hominis. Fructus utiq; hoc est indistinctè tam à bonæ fidei possessore quàm à prædone præstandos esse: at fatum non utiq; à possessore præstandum esse, sed ab eo duntaxat, qui malæ fidei possessor sit. Vera igitur est Labeonis sententia à Paulo relata in d. l. pen. de rei vindic. ut homine petito post litem contestatam mortuo fructus quoad is vixerit æstimentur. Nec Accursij distinctio recipi potest bonæ fidei possessorem à prædone separantis: cum, ut diximus, post litem contestatam omnes possessores ratione fructuum prædones constituentur. l. sumptus. 48. D. eod. l. sed etsi. 25. §. si ante. D. de petit. her. Sicq; intelligo quod Papinianus scribit in l. si navis. 62. §. fin. de rei vindic. generaliter, cum de fructibus æstimandis quæritur, animaduerti debere non an malæ fidei possessor fructus sit (ita enim legendum est, non *fruiturus*) sed an petitor frui potuerit si ei tradita res fuisset. Non quòd in eo qui ab initio bonæ fidei possessor fuit, aliud

admittendum sit, sed ut quemlibet possessorem post litem contestatam mala fidei possessorem effici intelligamus. Nam de fructibus post litem contestatam perceptis loqui Papinianum ex eo apparet, quod ait eos fructus aestimari debere quos petitor percipere potuisset si ei tradita res fuisset, scilicet petitionis tempore, hoc est litem contestatę. l. amplius. 15. D. rem rat. haber. Siue igitur bonę fidei possessor, siue prædo fuerit ab initio is à quo petita res est, id semper obseruabimus, ut eos fructus aestimemus qui ad mortem vsque serui percipi potuerunt. d. l. pen. Et quod Paulus notat ita veram esse Labeonis sententiam, si non prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operę eius inutiles factę sint, eò potius pertinet ut ne quidem in mortis vsque tempus fructuum rationem semper habendā existimemus, quā ut vlllo casu perempta re suo fato in aestimandis fructibus rei iudicatę tempus spectemus. Hoc enim ita demum verè dicitur, si dolo aut culpa possessoris homo perierit, ut idem Paulus ex Trebatio & Pōponio, refert in d. l. fructus. 33. eod. Et valde mirandi sunt, qui Labeonis sententię, Trebatij & Pomponij autoritatem obiciunt, sed illi magis qui ut nō solum Labeonem cum Trebatio, sed etiam Paulum cum seipso pugnantem faciant, contra librorum omnium autoritatem, & manifestam iuris rationem scripserunt legendum esse in d. l. fructus. *si sine dolo*. Etenim si cum sine dolo aut culpa possessoris petitus homo periit fructuum ratio habeatur vsq; ad rei iudicandę tempus, quid obseruabimus si dolo aut culpa possessoris interuenisse proponatur? Iniquissimum sanè fuerit deterioris conditionis non esse eum, cuius culpa, adeoq; dolus arguatur. Cum verò hanc Pomponij & Trebatij sententiā Iuliano quoq; placuisse Paulus testetur, consequens est ut quod ex eodem Iuliano Vlpianus refert in l. Iulianus. 17. §. 1. de rei vindicat. possessorem post moram factam in reddendo homine qui mortuus est fructuum nomine vsque ad rei iudicandę tempus condemnari debere, sic accipiatur, si dolo aut culpa possessoris mortuus sit ex Pauli interpretatione, ne alioqui Iulianum aut sibi contrarium fuisse, aut dolosum ab eo cui nihil imputari possit non distinxisse fateamur, quorum alterum absurdum, alterum à Iuliani subtilitate alienum esse videtur. Ad rem verò non pertinet l. si à bonę fidei. 21. D. eod. quę non de fructibus loquitur, sed de homine petito, & cum adiicit præstandos esse à possessore fructus eius temporis, quo possedit, ostendit eius temporis quo ipse non possedit fructus eum præstare non debere. Nec sanè aliter sine maxima possessoris iniuria constitui posset, qui nullius doli aut culpę arguitur, quique ab initio bonę fidei possessor fuit. De illo enim lex loquitur, non de malę fidei possessore. Quamquam hac parte, ut diximus, hoc est cum de fructibus restituendis quæritur, non bonę fidei possessor à prædone separandus est, sed is cuius dolo aut culpa homo periit vel fugit, ab eo cuius culpa dolusve argui non potest.

*Dissentisse Iureconsultos in questione l. cum quis. 38. §. qui hominem. D. de solut.*

CAPVT VII.



VI hominem promissit, si statuliberum soluat, quæsitum est an liberetur. Africanus in l. cum quis. 38. §. qui hominem. D. de solut. magis putat expectandam non esse conditionem, sed confestim creditorem agere posse, & debitori conditionem competere. Quod ait creditorem agere posse, ostendit debitorem liberatum non esse, & consequenter solutum hominem condicere posse. Iuris enim

nis enim regula est, ex quibus causis liberatio contingit, ex iisdem cessare conditionem: & ex contrario cessante liberatione conditionem competere. l. qui hominem. 34. §. ult. eod. l. si non sortem. 26. §. qui filiofamilias. & §. si decem. D. de condict. indeb. At Vlpianus in l. statuliberum. 9. §. pen. de statulib. Octaueum existimasse refert in proposita specie debitori liberationem contingere, ratione illa, quòd etsi ante solutionem statuliber ad libertatem peruenisset, proculdubio tota obligatio extingueretur. Ea namq; sola in obligatione consistere, quę pecunia lui, præstariq; possunt: in quorū numero libertas censerī non potest. Quam sententiā veram sibi videri Vlpianus eo loco scribit, itēque Pomponius in l. si mihi. 92. D. de solut. De cōdictione quid sentiant non expriment, hoc est, An debitori ea competat, quam Africanus competere putat. Sed in dubio sequemur iuris regulam, ut quem liberari existimarunt, eundem condicere non posse crediderint. Verum in l. Neratius. 63. de condict. indeb. Caius ex Neratio mediam quandam sententiā refert, ac sequitur, nouam prorsus, & singularem, ut in proposita specie debitor nec liberetur, nec condicere possit. Non liberari probat ex eo, quòd in plenum stipulatoris hominem non fecerit, quę etiā Africani ratio est in d. l. cum quis. 38. §. qui hominem. Statulibero quippe libertatis casus implicitus esse dicitur in l. ult. D. si ex nox. caus. agat. Possit autem cōdicere idē negat, quòd hominem debitum dederit. Quę ex ratione manifeste Accursij sententia conuincitur, qui in horum locorum conciliationem, distinguendum putat, certusne an incertus homo sit promissus. Etsi enim Neratius de certo homine loquitur, tamen verba captanda non sunt, cum siue certus, siue incertus promissus sit, illa semper ratio liberationem impediat, quòd in plenum stipulatoris homo factus non sit. Conditionem verò, ex Neratij sententia illud utroq; casu remoratur, quòd qui statuliberum soluit, promissum hominem soluerit. Nam cum homine generaliter promisso, debitoris electio sit, l. plarumq; 11. §. ult. de iur. dot. apparet eum qui Stichum statuliberum soluit, nō minus soluere quod debet, quā qui Stichum ab initio promissit: Ne aliter interpretantibus obici possit, eum qui in genere hominem promissit ut sibi consuleret, & liberiozem præstandi, quem vellet, potestatem haberet, deterioris conditionis esse non debere, quā qui ab initio certo homini præstando se adstrinxit. Et quòd Africanus indistincte promissum hominem ponit, non eò pertinet ut de homine generaliter promisso senserit, sed ut intelligamus nihil hac parte interesse an certum, an incertum hominē quis promiserit. Rursus apud Vlpianū & Pomponium de homine certo tractari manifestum est, & tamē debitorem, si statuliberum soluat, liberari dicitur. Nisi fortè hic diuinare volumus, Neratium de eo promissore loqui, per quem statuliber factus est is qui ab initio promissus fuerat: quod tamen recipiendum non esse ipsa Neratij ratio demonstrat. Etenim si per promissorem factum proponeretur, ut statuliber fieret is qui promissionis tempore statuliber non erat, quo casu in dolo promissor esset, accommodatius & probabilius non liberari eum Neratius defendisset, ea ratione quòd ipsius dolo factum esset ne in plenum stipulatoris homo fieret. At cum aliam rationem non adferat, quā quòd homo stipulatoris in plenum factus non sit, idēque dici possit siue per promissorem siue per alium statuliber factus sit, apparet ex sententia Neratij distinctioni huic locum esse non posse. Quare, nisi me valde fallo, fatendū necessariò est quòd proposui, Iurecōsultos in quæstione ista dissentisse, Octaueum, Vlpianū, & Pomponiū ab Africano, Caium verò, &

Neratium ab omnibus. Atque huius diffensionis argumentum præbere videtur quod in d.l.9. §. pen. de statulib. Vlpianus ait, *tractatum est*. Id enim omnino sic accipi debet vt de quaestione ista inter iuris autores dubitatū, & disputatum sit: quod magis ac magis confirmant sequentia illa, *quæ sententia mihi videtur vera*. Præsertim cum in vtramque partem rationes valde probabiles adduci possint. Nam quod Africano placet debitorem, qui statuliberū soluit, non liberari, optimam rationem habet, quia perfectè hominem stipulatoris non fecerit. Quod etiam addit, dandam ei conditionem, est ex iuris regula quam huius capitis initio retulimus. Neque tamen minus probabilis est illa Neratij ratio, vt condicere non possit, quòd hominem debitum dederit: Debitum enim datum esse certissimum est. Ergo indebiti cōdici non potest. Postremo Octaviani, Vlpiani, & Pomponij sententia rationem perelegatam habet, quam supradicto loco Vlpianus refert, vt hominis debitor licet statuliberum soluerit, nihilominus liberetur. Nam & si ante solutionem ad libertatem peruenisset, tota obligatio extingueretur, cum ea tantum in obligatione consistant quæ pecunia lūi præstarique possunt. Cur non ergo liberabitur, si eum soluat qui nondū liber est, ac nec fortasse vnquam libertatem consequetur? Et sanè si quis rationem hanc paulò accuratius perpendat, horum sententiam longè probabiliorem esse fatebitur: Africani quippe, & Neratij rationem cōiunct. Verum enim est, quod & Neratius ait, eum qui statuliberum soluit, hominem debitum soluere, cum seruum deberet, statuliber autem seruus esse non desinat. vt in princip. d.l.9. Vlpianus ait. Cur igitur debiti solutione non liberabitur? Dices cum Africano, & Neratio, quia statulibero implicitus est casus libertatis. Id verò Vlpianus non negat, sed non idèò liberationem impediri debere contendit, quandoquidem, & si ante solutionem ad libertatem peruenisset, tota obligatio extingueretur.

Emendatio l. Papinianus. 23. D. de donat. int. vir. & vxor.

CAPVT VIII.

**D**ONATIONES inter virum & vxorem, quas iure ciuili non valere certum est, donatoris morte confirmari post Diui Seueri, & Antonini constitutionem, nemo est qui nesciat. Dubitari tamen potest, An generaliter id verum sit, siue traditione, siue stipulatione interueniente donatio facta esse proponatur. Extat enim Papiniani sententia ab Vlpiano relata & probata in l. Papinianus. 23. D. de donat. inter. vir. & vxor. orationem Diui Seueri ad rerum. duntaxat donationes pertinere: Proinde si maritus vxori suæ stipulanti sponderit ipsius heredes conueniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. Cui sententiæ ex contrario obstat l. si stipulata. 33. eod. titul. in qua idem Vlpian. scribit, si mulier annum stipulata sit, id quidem ex stipulatu constante matrimonio petere eam non posse: sed si manente matrimonio, eademque voluntate maritus decesserit, stipulationem ex Senatusconsulto confirmari. Et apertius in l. cum hic status. 32. §. siue autem. 18. eod. tit. idem Vlpianus ait, siue res fuit, quæ donata est, siue obligatio remissa, donationem effectum habiturā, & generaliter vniuersas donationes, quæ antea impediebantur, ex oratione valere, hæctenus vt præmorientis donatoris morte confirmantur. Ex quibus manifestè apparet Vlpiani sententiam illam esse vt oratio Diui Seueri, nō ad rerum duntaxat, sed etiam ad verborum donationes pertineat. Nam quod vulgo

vulgo respondetur, speciale esse in annuo, quod Vlpianus ait in d. l. si stipulata. nihil minus quam verum est, cum verba illa, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, ostendat satis Vlpianum ita respondisse in annuo, non quòd in aliis rebus aliter responsurus esset, sed quia annui hac parte eadem ratio sit quæ aliarum rerū, cum in annuo quoque donatio vertatur. Ridicula est etiam Accursij responsio, & interpretatio, qui stipulationem annui de pecuniæ annuæ stipulatione intelligit, cum tamen annui appellatione cibaria, & vestiaria significantur. l. annua. 20. D. de annuis legat. de quibus accipiendam pato l. si cui. 14. eod. propter illa verba, *ex dignitate personæ*, quæ proculdubio ad legatarij non legantis personam referri debent. Relictis enim cibaribus & vestiariis sine adiectione summæ, dignitas, & qualitas legatarij inspicenda est, vt sciatur quæ cibaria, & vestiaria debeantur. Et ea nimirum dubitandi ratio est propter quā in specie d. l. si stipulata, promissio anni donationem continere non videbatur, quòd maritus vxori ex officio cibaria & vestiaria præstare teneatur. Sed quamquam vxorem alere maritus debet, nihil tamen ei alimentorum nomine donare potest: l. quidam. 22. D. de pact. dota. vbi dicitur etiam quod annui nomine datur, speciem donationis esse. Hoc ita, nisi ab initio inter virum, & vxorem conuenit vt mulier se suosque aleret, quo casu videri potest maritus nō tam annuū donasse, quam cum alimentis debitis compensasse, argum. l. si quis. 21. §. ult. de dona. int. vir. & vxor. Cæterum in d. l. quidam. obiter notandum est malè vulgo lego legi. ac si inter virum, &c. ne adiectio illa prorsus inanis, & inepta sit, at potius tollendā particulā, ac, tum maiusculis literis legendam si inter se, & virum non conuenisset vt hæc mercedes sibi alimentorum nomine darentur. Hæc enim verba continet formulam exceptionis, quam mulieri dari non debere Iulianus ait. vt in l. si quis. 17. §. 4. de insti. action. Rursus, vt ad propositam disputationem redeamus, quod idem Accursius respondet ad d. §. siue autem. loqui eo loco Vlpianum, non de promissione, sed de liberatione ad quam procliuiores esse debemus, verum etiam non est. Generaliter enim scribit omnes donationes quas prius non valere dixerat, ex oratione confirmari. Prius autem, hoc est in l. 3. §. sciendum. eod. titu. quæ sumpta est ex libro præcedente, dixerat improbatas esse omnes inter virum & vxorem donationes, siue donati corporis traditio facta sit, siue stipulandi promissum, vel debitori accepto latum sit, quibus etiam verbis ostendit nihil hac parte promissionem ab acceptilatione differre. Atque huic sententiæ rectè conuenit l. 2. C. de dot. caut. non numer. in qua Imp. Alexand. rescribit generaliter & indistinctè id quod à marito vxori constate matrimonio donatum est, posse ab ipsius heredibus peti, si modò legitime cōfecta donatio sit. Legitimè verò cōficitur duobus modis, traditione, & stipulatione, vt rectè eo loco Accursius interpretatur. Sed vt Papiniani sententiam defendat, male respondet in d. l. 2. secutā fuisse traditionem, quod repugnat postremis illis verbis, *ab heredibus mariti quatenus liberalit as interposita est, peti potest*. Subsecuta enim traditione, donatario nō petitione, sed retentione consuli oporteret, porro peti quod donatū est nisi ex stipulatione nō potest. Ex quo apparet Papiniani sententiā non tantum Vlpiano, sed etiam Imperatoribus nō placuisse, proinde sequendam non esse: vt valde mirum sit hodie vulgo ab omnibus interpretibus eam probari. Habet tamen rationem non inelegantem, si orationis verba spectes. Ait enim oratio, *heredem verò eripere*, &c. d. l. cum hic status. §. ait oratio. Erpi verò nisi quod penes aliū sit nō potest. At Vlpianus, & ceteri ad oratio-

nis sententiam potius quam ad verba respexerunt, quæ cum de confirmandis inter virum & uxorem donationibus facta sit, idque ex æquitate cõtra nimium iuris rigorem, nulla ratio est cur ad rerum potius quam verborum donationes coangustetur. Quæ cum ita sint, quærenda responsio est ad d.l. Papinianus. quæ sola interpretes in hunc errorem inuexit. Ac facilis responsio esset, si ea lex alterius quam Vlpiani esset: dici enim posset, dissensisse Papinianum à cæteris; neque tam de conciliatione quæreretur, quam de illo, quæ sententia probabilior videretur. Sed cum Vlpianus in d.l. Papinianus. Papiniani sententiã probet, vix aliud dici potest quam Vlpianum variasse, & Papiniani sententiam, quam prius probauerat, postea improbasse. Neque enim probabile est, quod doctissimus Duarenus ad tit. de donat. int. vir. & vxor. comminiscitur, duplicem de donationibus inter virum & uxorem cõfirmandis orationem habitam fuisse: priorẽ à Seuero, posteriorẽ ab Antonino Seueri filio. Illam ad eas duntaxat res pertinuisse quæ vxoris causa comparata essent: Hanc verò pleniorẽ fuisse, & de omnibus quæ inter coniuges donationis causa geruntur, locutam esse. Priorem Papiniani temporibus factam fuisse, Posteriorẽ verò post occisum Antonini iussu Papinianum, quod parricidij publicus defensor esse recusasset. Etenim præter id quod nullo iuris loco duplicis huius orationis mentione fit, pugnat etiam hæc sententia cum d.l. cum hic status. in cuius principio Vlpianus ait Antoninum Augustum ante excessum patris sui oratione in Senatu habita autorem fuisse Senatui cõfendi vt donationes inter virum & uxorem, quæ antea nec ab initio valebant, nec donatoris morte cõfirmitabantur, in vim donationum causa mortis defenderetur: ex quo apparet viuo Papiniano huiusmodi orationem in Senatu habitam fuisse. Nisi fortè duplicem quoque Antonini orationem comminiscamur: quamquam ne hoc quidem ad id de quo quærimus quicquã proficiet. Illius enim, quæ ante excessum Diui Seueri habita est, interpretationem Vlpianus facit, cum ait, generaliter vniuersas donationes, quæ antea non valebant, ex oratione cõfirmari. Nec Duarenii commentum adiuvat quod ibidem Vlpianus addit, orationem Antonini non ad ea tantum quæ vxoris causa comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum & uxorem factas pertinere: ex quo infert ille priorem orationem, quam Diui Seueri fuisse ait, de iis tantum quæ vxoris causa comparata essent, cauisse. Quod si verè colligeretur, (falsam verò esse apparet ex l. 3. & l. si maritus. 10. C. de donat. inter vir. & vxor.) non satis rectè Papinianus putasset orationem Diui Seueri ad rerum donationes pertinere. Sed nec ad ea quæ à marito vxoris causa comparata sunt, pertinere Papinianus putabat, si ea stipulatione duntaxat promissa necdum tradita essent. Rerum namque donationes intelligebat, non quibus res aliqua donatur (omnem enim donationem alicuius rei esse necesse est) sed quæ ex rei traditione non ex stipulatione effectum sumunt. Denique eandem Diui Seueri, & Antonini orationem fuisse certum est, quæ nunc à Seuero, nunc ab Antonino, nunc ab utroque habita dicitur, quod utroque superstite & imperante habita sit. Igitur probabilius est in d.l. Papinianus, ab interprete additam esse dictionem *rectè*, quæ sola inextricabilem quæstionis huius exitum facit. Ea verò sublata dici poterit Vlpianum eo loco Papiniani sententiam referre duntaxat, nõ etiam probare: at in aliis locis manifestè improbare: quod in libris nostris non est nouum. Nam & in l. si aliena. 10. §. vi. D. de vsucap. idem Vlpianus Scæuolæ sententiam refert, quam tamẽ improbat in l. qui vas. 48. §. ancilla. de furt. & Papinianus in l. si fideiussor.

19. de dolo. refert Neratium Priscum, & Iulianum respondisse fideiussorẽ qui promissum animal ante mortem occidit, de dolo teneri, quoniam à stipulatione liberatus sit. Idem tamen in l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. i. de solut. vbi sententiam suam exponit, fideiussorẽ ex stipulatu non de dolo teneri defendit. Verissimum autem esse quod dicimus, ab imperito interprete additam esse dictionem illam, *rectè*, manifestè apparet ex glossa Accursij, qui ad verba illa, *Papinianus putabat, sic notat, & malè secundum quosdam.* quæ interpretatio nimium impudentis, & temerarij interpretis esset, si Vlpianus Papinianum rectè putasse scripsisset. Sed & interpres ita notasset, *imò malè, nõ & malè.* quod euidens argumentum est in Accursij, & veterum libris dictionem illam in textu defuisse. Deesse autem debere, ex iis quæ toto hoc capite diximus, iam dubitari non oportet.

*An socius socio de damno infecto cauere compellatur.*

## CAPVT IX.



PROPRIIS meis ædibus vicinas cõmunes ego & tu habeamus, & communes meis propriis ruinam minentur, ius est mihi inuito te per actionem Communi diuidendo cõsequi, vt communes nostras mihi reficere liceat, & impensas in refectio-nem factas pro qua parte dominus existes eodem iudicio Communi diuidendo, aut Pro socio restituas. l. si ædes. 12. D. commun. diuid. l. si ædibus. 32. D. de damn. infect. Neque hoc casu cogaris mihi cauere de damno infecto, quia magis obtinuit sententia existimatum toties damni infecti stipulationem interponi non debere, quoties alia actione sarciri damnum potest, vt in proposta specie cõtingit. d. l. si ædibus. l. damni. 18. §. ei cuius. cum §§. seqq. l. qui bona. 13. §. de illo. D. de damn. infect. Vnde generaliter traditum est inter quos paries communis est ædificiorum nomine quæ quisque propria habet stipulationem damni infecti duobus duntaxat casibus necessariam esse, nimirum cum aut alter solus ædificat, & vitium ex opere futurum est: Aut alter pretiosiora ædificia habet, & plus damni sensurus est decidete pariete, l. inter quos. 39. eod. Aliis casibus necessaria nõ est damni infecti stipulatio, sed tamen aliquando interponi solet, d. l. si ædibus. quod summopere animadvertendum est, vt intelligamus inutilem non esse iis casibus stipulationem, vt committi non possit (quod Accursius sensit ad l. damni. 43. §. i. eod.) & Caium in d. l. si ædibus, *inutilem*, dixisse pro *non necessariam*, quod vel ex ipsa illius legis quæstione apparet, quæ nõ de illo est, An socius socio de damno infecto cauere possit, sed, An cauere debeat. Respondet verò Iurec. inutilem esse stipulationem, id est, cauere non debere quia socio alia actione, & remedio ciuili possit esse consultum: frustra autem is qui ciuilem actionem habeat honorariam desideret. l. i. D. de Publician. Idque apertius Põpon. declarat, cum ait duobus casibus necessariam esse inter socios hanc de damno infecto stipulationem. d. l. inter quos. innuens aliis casibus necessariã non esse, vt iliter tamen interponi posse, quod apertius expressum est in d. l. damni. 43. §. cum parietem. eo. Obseruandi verò sunt, & enarrandi duo illi casus, quibus stipulatio de dano infecto inter socios necessaria esse dicitur. d. l. inter quos. Primus est, vt diximus, cum ex sociis vnus solus ædificat, & ex ipsius opere damnum timetur. Nã si vterque ædificet, constat necessariam non esse stipulationem, d. l. 43. §. i. quia cum par vtriusque socij culpa, & periculum est, neutri aduersus alterum actio competat. l. ex dani. 40.

§.1. in fin. eod. Vno autem duntaxat ædificante idè stipulatio necessaria est, quia iudicio Communi diuidendo, aut Pro socio damnus factus sarciri non potest, cum vtrumq; iudicium non aliter locum habeat, quam si de re cõmuni agatur, quod hîc non euenit. Ponimus enim socij proprias ædes ex communi ruina damnus passas fuisse. Et hîc casus rectissime conuenit illi regulæ quam supra ex Caio posuimus, vt damni infecti stipulatio tunc demum necessaria sit, cum illius qui sibi timet, indemnitati alia occasione consultum esse non potest. Secundus casus, qui à Pomponio proponitur, maiore dubitationem habet ac subtiliori indiget inquisitione. Est autem eiusmodi, Si vnus ex sociis, qui communem habent parietem pretiosiora ædificia habeat, vt decidente pariete maius damnus passurus esse videatur: In quo primum adnotandus est omnium ferè iuris interpretum error manifestissimus, existimantium intelligi id debere, si aut alter ex sociis, aut vterq; in communi pariete ædificet, quorum neutrum dici potest. Si enim vnus duntaxat ex sociis ædificet, nõ differet hîc casus à superiore, quod (etsi Ioannem ita sensisse Accursius refert. in d.l. inter quos.) tamen Pomponij verbis non conuenit, quibus apertissimè duo casus ex superiore regula excipiuntur. Neq; verò vt aduersus socium ædificantem socius actionem habeat, requiritur vt is qui non ædificat pretiosiora ædificia habeat, sed illud sufficit vt ex opere eius qui ædificat, damnus suis ædibus timeat is qui non ædificat: quo casu cum ciuilem actionem non habeat, stipulatio ei necessaria est, vt diximus. Quòd si vterque ædificet, distinguendum etiam non est an vnus ex iis maius damnus passurus sit, fortè quòd pretiosiora ædificia habeat, aut ædes melius instructas. Cum enim hoc casu vtriusque facti & opere paries decidat, Sabini, & Vlpiani sententia sequenda est, vt in pari vtriusq; causa nihil alter alteri præstare debeat. d.l. ex damni. 40. §.1. eod. Est igitur Pomponius de illo casu intelligendus, cum neuter ex sociis ædificat, alter tamen altero pretiosiora ædificia habet. At videtur hoc aduersari superiori regulæ, quæ damni infecti stipulationem iis casibus necessariam esse negat quibus alia actione damnus sarciri potest. Diximus enim eum qui pretiosiora ædificia habeat posse parietem, cuius ruinam veretur, reficere, tum impensas in refectionem factas iudicio communi diuidendo aut pro socio, à socio pro qua parte parietis dominus est recuperare. dict. l. si ædibus. Et hoc esse videtur, quod interpretibus omnibus tenebras offudit, vt Pomponij elegantiam percipere non potuerint. Animaduertere verò debuerunt posse hoc quoq; casu contingere vt damni infecti stipulatio prorsus necessaria sit, fortè si is qui pretiosiora ædificia habet parietem communem reficere nolit. Quid enim si aut pecuniam in promptu non habeat, aut si quam habet fœnori potius collocare, quam in refectionem impendere velit? Iniquum sane esset periclitari eum, nec à socio de damno infecto pro ipsius parte stipulari posse. Quamquam enim dici quodammodo potest imputare eum sibi debere quòd communem parietem nõ refecerit, præsertim si reficiendi potestatem habuerit, tamen satis in eo punitur, quòd parietis communis decidentis iacturam pro sua parte patitur, & damni quod propriis ædibus datum est à communi pariete pro sua tantum parte repetitionem habet. Neque enim socius supra suam partem socio de damno infecto cauere compellitur, d.l. damni. 43. §.1. versio sed si maximè. eod. Sed & pro ea parte damni dati repetitionem socius non haberet, si interposita stipulatio nõ esset, quia, vt iam diximus, quoties communis parietis vitio nulla alterius ex sociis culpa damnus aliquod accidit, nihil socius

socius socio præstat, nisi damni infecti stipulatio interuenerit: quæ sanè dici necessaria nõ potest, si cum qui pretiosiora ædificia habet ruinosum parietem reficere ponamus, cum iudicio Pro socio, aut Communi diuidendo ipsius indemnitati consultum esse possit. Neq; huic nostræ interpretationi potest obijci, Pomponium in d.l. inter quos. nihil de hoc casu exprimere. Nam cum dicat duobus duntaxat casibus necessariam esse inter socios de damno infecto stipulationem, sufficit duos casus proponi in quibus necessariam eam esse appareat. Quid ergo si iuxta parietem nobis cõmunem ædificia habeamus vtraque eiusdem pretij & æstimationis? Et Pomponius in d.l. inter quos. scribit hoc casu quia vtriusque periculum æquale est, quantum quis vicino præstat, tantum ab eo consequi. De quorum etiam verborum sensu omnes, quotquot vnquam fuere, interpretes dubitauerunt. Quibusdam placuit, quos Accursius refert, decidente pariete communi, & damno dato, alterum ex sociis alteri vicissim damnus rescircare iudicio Communi diuidendo, vel Pro socio. Quam interpretationem apertè conuincit regula dict. l. ex damni. 40. §.1. Malè tamen Accursius vt eam refellat, scribit in re communi damnus contingere non posse. Alioqui dicendum esset numquam inter socios pro re communi stipulatione damni infecti interponi posse, quod falsissimum esse nec ipse Accursius in quibusdam casibus diffretur. Neque ad rem quicquã facit l. arbor. 19. §. si per eundem. D. commu. diuid. vbi Paulus ait impensam factam in viam duobus cõmuniter per eundem locum debitam negotiorum gestorum, actione repeti, non Communi diuidendo, aut Pro socio. Primum enim obseruandum est reprehendi eo loco Pomponium, qui in illa specie ei ex sociis, qui impensam fecisset, actionem Pro socio, aut Communi diuidendo dandam esse contendebat. Multò igitur magis in proposito casu dedisset, hoc est cum communis paries vtriusque ædibus ruinam fecit. Deinde Paulus eo loco de via communi loquitur, non de pariete cuius longè dispar & dissimilis ratio est. Etenim si per eundem locum via nobis debeatur, & in eam impensa facta sit, rectissima est Pauli ratio, vt Cõmuni diuidendo agi non possit, quia iuris cõmunio separatim intelligi nequeat: Quoniam si viæ ius, quod incorporale est, ab ipso corpore separes, id est à loco per quem via debetur, nihil reperias commune in quod impensa facta sit: est enim facta in ipsum locum quem communem non esse certum est. l. 4. in princ. D. si feruit. vindi. l. qui duo. 30. D. de ferui. rustic. præd. In qua ratiocinatione illud subintelligendum est, non nisi pro ea re quæ sit communis iudicio Communi diuidendo locum esse posse. l. 1. commun. diuid. Quod de communi pariete similiter dici nõ potest, quem, cum & corporalis sit, & cõmunis, in iudicium Cõmuni diuidendo venire nequaquam ambigendum est. d.l. si ædibus. 32. de damn. infect. Idem Accursius in d.l. inter quos. Pomponium sic intelligit, vt quantum socius socio præstat, tantum ab eo consequi possit ex interposita stipulatione, quod tamen, inquit, fieri non debet. Sed interpretatio hæc Pomponij verbis non conuenit, in quibus nihil est ex quo possit colligi interpositam fuisse stipulationem, vt illud taceam, quod iam sæpius repetij de damno, quod rei communis vitio contigit, nihil socium socio præstare debere. Mibi videtur, omnium iuris interpretum in horum verborum interpretatione errorem illum esse, quòd putat Pomponium de damno facti sarciendo disputare, cuius tamen verba de damno infecto loqui eum demonstrant. Ait enim, quia periculum æquale est quantum socius socio præstat, tantum à socio eum consequi. At damno dato periculum amplius nullam

est, sed damnum datum. Ad quod si interpretes animaduertissent, numquam dubitassent qua actione damnum factum sarciri oporteat, an Communi diuidendo, an Pro socio, an ex interposita damni infecti stipulatione, quorum omnium nihil dici potest. Omnino igitur ita Pomponius intelligi debet, ut non aliter socius socio de damno infecto caueat, quam si vicissim sibi à socio caueatur, secundum quam interpretationem tantum socius à socio consequitur quantum praestat, scilicet damni infecti cautionem. Nam cum æquale periculum est, iniquum fuerit vnum ex sociis solum alteri cauere, nec dici potest vter cauere debeat: & qui sibi cauere vult, debet prius alteri cauere, ut in specie l. 43. §. cum parietem. de damn. infect. At cum æquale periculum non est, ut cum alter ex sociis pretiosiora aedificia habet, non est necesse tantum eum praestare quantum consequitur. Cogitur enim socio, qui pretiosiora aedificia habet, cauere de damno infecto, neque tamen ipse vicissim à socio eam cautionem consequi potest.

*Conciliatio l. 28. D. de iur. fisc. cum l. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant.*

C A P V T X.

**S** I S, qui mihi obligauerat quæ habebat habiturusque esset, cum fisco contraxerit, Ulpianus & Papinianus responderunt in re postea acquisita fiscum potiorum esse, quia pignoris causam praueuerit. in l. 28. D. de iur. fisc. cui ab omnibus opponitur. vlt. in principi. D. qui potior. in pignor. habeant. vbi Scauola in eadem ut videtur specie, respondet eum qui prius contraxit, fisco praferri debere. Ac sanè iuris regula sic se habet, ut qui prior est tempore, iure quoque potior sit, & in pignoris persecutione praferatur. Sed non semper tempore prior intelligitur ille qui prius contraxit, at is demum qui prius rem obligatam habuit, cum possit contingere, ut qui diuersis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirant, ut euenit cum duobus futuræ res diuersis temporibus obligatæ sunt: quo casu traditum est vtrumque in pignore concurrere. l. idemque. 7. §. vl. D. eod. Hoc ita, si eadem vtriusque creditoris causa, idemque fauor sit: nam si alter tacitæ hypothecæ beneficium habeat, non solum alteri concurrat, sed etiam tempore prior esse intelligitur, quia eo ipso quod contrahit, hypothecam habet: alter verò non aliàs, quam si eam sibi acquirat, finito perfectoque contractu cuius ea accessoria est. Quæ sententia & ratio esse videtur d. l. 28. de iur. fisc. in qua is qui prius cum priuato expressam hypothecam habente contraxerat, postea cum fisco contraxisse proponitur, cui legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hypotheca constituitur. l. aufertur. 46. §. fiscus. D. eod. ut mirum non sit si in bonis post vtramque obligationem quaesitis praferatur: non ex priuilegio, quod Accursius tentat, sed ex iure communi, quo qui tempore prior est in pignoris constitutione, idem, ut diximus, in pignoris persecutione potior quoque est. Quid ergo si vtriusque creditoris eadè causa, idemque fauor sit, ac vterque ex lege in debitoris bonis tacitam hypothecam habeat? Et dicendum est hic aliud seruari non debere, quam si neuter tacitæ hypothecæ priuilegium haberet: quo casu diximus vtrumque in pignore concurrere, nec eum qui prius contraxerit, posteriori praferri. d. l. idemque. §. vlt. qui potior. in pignor. habeant. propter quam causam si à duobus pupillis mutuam pecuniam diuersis temporibus quis acceperit, & ex eorum pecunia rem aliquam comparauerit, placet alterum alteri in pignore non praferri,

non praferri, quia licet diuersis temporibus contraxerint, vtriusque tamen priuilegium eodem tempore incipit, hoc est cum ex eorum pecunia res emitur. d. l. idemque. in principi. Quod cum ita sit, malè Bartolus, in d. l. vltim. qui potior. in pignor. hab. Seiam fisco ob eam causam praferri putat, quod duplex priuilegium haberet, tæporis scilicet, & tutelæ: cum in rebus post obligationem quaesitis temporis priuilegium nullum sit: tacita autem hypotheca, quæ ratione tutelæ per legem conceditur, l. pro officio. 20. C. de administr. tutor. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. action. fauorabilior, & potentior non sit, quam quæ fisco tribuitur. Imò hanc fauorabiliorem esse apparet ex l. 1. §. ex illa. D. ad leg. Cornel. de fals. vbi Marcianus refert ex Diui Seueri, & Antonini Constitutione falsi poenam irrogari tutoribus, & curatoribus qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit, quam singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus fiscus tamen ex sua tacita preferretur, si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Nam si fauore fisci ita constitutum esse diceremus, debuerant prohiberi cum fisco contrahere, non tantum tutores, & curatores, sed generaliter ij omnes quorum bona tacite obligata sunt, quod nequaquam constitutum est. Quare, cum quaeritur cur in d. l. vltim. qui potior. in pignor. hab. Seia fisco praferatur, ratio ex tacita hypotheca quam in tutoris bonis Seia habebat, peti non potest, cum, si mutuis priuilegiis inter se certarent, fiscus ei praferretur. Sed & si quaeratur cur ei fiscus non praferatur, commodè responderi non poterit, quoniam omnia tutoris bona expresse obligata habebat. Quamquam enim ratio hæc facit ut in bonis iam obligationis tempore quaesitis fisco praferatur, d. l. vlt. §. 1. & l. 8. eod. tamen in iis quæ post obligationem acquisita sunt idem dici non potest, ut ostendit d. l. 28. de iur. fisc. quam, cum generaliter loquatur, coangustandam non puto ad eum casum quo is qui prius contraxit tacitæ hypothecæ beneficium non habuit, cum etsi habuit, tacita fisci hypotheca semper efficiat ut causam pignoris fiscus praueuisse intelligatur. d. l. 1. §. ex illa. de falsis. l. quod quis. 34. D. de reb. auth. iudic. possid. Alia igitur ratio quaerenda est, cur in d. l. vlt. Seiam fisco praferri Scauola responderit, non tantum in bonis iam obligationis tempore quaesitis, quod minorem dubitationem habet, sed etiam in aliis omnibus quæ post priorem obligationem tutor acquisiuit. Accursius, cuius sententiam plerique probarunt, sic Scauolam interpretatus est, ut Seia fisco praferatur, in iis omnibus quæ post priorem obligationem acquisita sunt, prius tamen quam cum fisco contraheretur. Qua interpretatione si Scauolæ verbis, & elegantia conueniens esset, alia profectò facilior, & accommodatior excogitari non posset. Sed si rectè inspicias, non dubitabis aliud quiddam respondisse Scauolam, quod & dubitabilius sit, & elegantius. Alioqui de illis tantum rebus respondisset quas tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam de iis quas post priorem obligationem acquisiuit, cum existimandum non sit aliam rationem esse rerum iam obligationis tempore acquiratarum, & earum quæ postea acquisitæ sunt, prius tamen quam cum fisco contraheretur. Probabilius igitur dici potest, Scauolæ sententiam illam esse, ut in iis quoque bonis, quæ post fisci obligationem acquisita sunt, Seia fisco praferatur, hætenus tamen ut in iis quæ post factam nouationem, & secundam obligationem acquisita sunt, non praferatur: quod vtrumque maximam rationem habet. Nam in iis quæ post priorem obligationem, & ante nouationem

acquisita sunt, ideo præfertur, quod nouationis potestate factum est, ut quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta sint præsentia, quæ scilicet eo tempore iam acquisita sunt. Proinde eo iure ceteri debent quo ea quæ prioris obligationis tempore iam quesita erant, ut in omnibus seia fisco præferatur. Nec enim dicendum est nouationem ei nocere debere, ut quæ antea fisco prior erat, eadem posterior fisco facta sit, arg. l. 1. de nouat. cum certi iuris sit priorem creditorem qui postea nouatione facta eadem pignora accipit, sibi ipsi in suum locum succedere, & superioris temporis ordinem retinere. l. 3. in princip. l. creditor. 12. §. Papinianus. D. eo. At in iis quæ post nouationem factam acquisita sunt, Papiniani, & Vlpiani sententiæ locus erit, ut fisco iure tacitæ hypothecæ causam pignoris præuenisse censeatur. Idque est, opinor, quod Scauola ait, seiam fisco præferri in iis etiam rebus quæ post priorem obligationem acquisitæ sunt, ut intelligamus non præferri in iis quæ post secundam obligationem, id est post nouationem acquisitæ sunt. Secundam enim obligationem interpretari debemus, non eam quæ cum fisco contracta est, sed eam quæ cum seia, cum qua etiam prior contracta fuerat. Quod si quis huic nostræ sententiæ obiiciat nouationem in proposito casu in fraudem fisci factam videri, qui si ea facta non esset, in omnibus post suam obligationem quesitis seia præferretur, Respondebo in fraudem non facere eum qui sibi prospicit ne suum perdat, neque pignorum quibus sibi cautum erat persecutionem amittat propter obligationem posteriorem cum fisco contractam, arg. l. Iulianus. 42. D. de acquir. here. l. mater. 27. §. 1. si quis omiff. caus. testam. l. summa. 21. D. de pecul. Planè ratione pecuniæ post fisci obligationem creditæ non præferretur, quoniam hoc sine fisci & priorum creditorum fraude fieri non posset dict. l. 12. §. Papinianus. qui pot. in pign. habeant.

*Emendatur. l. si quis. 17. §. si impubes. D. de instir. act.*

CAPVT XII.

**P**UPILLVS institoria actione tenetur, si tutoris autoritate institorem præposuerit, & locupletior factus sit. l. verum. 9. c. l. sequen. D. de instir. action. itemque si ei qui præposuerat heres extiterit, & institor remouere tutores potuerit, nec tamè voluerint. l. 11. eod. quod cum vix aliam rationem habeat, quam quod ab ipso pupillo tutorum autoritate propositus videatur is, qui à tutoribus remoueri potuit, nec remotus est, ego sic accipiendum puto, ut hoc etiam casu pupillus non nisi in quantum locupletior factus est teneatur, arg. d. l. 10. eod. Quod si nec locupletior factus sit, nec institorem remouere tutores potuerint, separandus erit institor qui mercem exercet, ab aliis, ut qui cum illo contrahit pupillum sibi obliget in solidum: qui cum aliis, aduersus pupillum ex eorum contractibus agere nisi in quantum locupletior factus est, non possit. l. si quis micipiis. 17. §. si impubes. D. eod. vbi dissimilitudinis ratio redditur propter utilitatem promiscui vsus, ex qua intelligitur loqui eo loco Iureconsultum de pupillo qui locupletior factus non est, & cuius tutores institorem remouere non potuerunt. Alioqui non utilitas promiscui vsus pupillum obligaret, sed naturalis ratio, quæ nec pupillum ex aliena iactura locupletionem fieri patitur. l. naturaliter. 13. §. vltim. cum l. seq. de cond. indeb. licet ei qui cum institore contraxit imputari posset, arg. l. planè. 38. de petit. hered. Itè illa, quod remouendus fuit à tutoribus institor si eius opera uti nollet. Idemque multo

multo magis probandum esse Paulus ait, si ex contractu qui ante aditam hereditatem intercesserit, agatur: tum horum omnium rationem illam subiicit, non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat. Hic ergo erratum esse puto, & pro sciens legendum nesciens. Etenim æquum non videtur aduersus pupillum institoriam actionem in solidum dari ei, qui sciens eum qui institorem præposuerat decessisse pupillo herede relicto cuius tutores institorem nondum remouere potuerunt, aut ante aditam à pupillo hereditatem cum institore contraxit. Huic namque imputari proculdubio potest quod ita fecerit, aut planè non video cui magis imputari possit. Sed etsi nihil ei imputari posset, satis erat Paulo, dicere non esse imputandum ei, qui cum institore mercem exercente contrahat, nec debuerat addere verba illa sciens dominum decessisse. Quorsum enim addidit? An quod ei imputari possit si nesciuerit? Multo minus. An quod prius de eo locutus fuisset, qui sciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxisset? Minimè verò. Ergo cum de eo loquatur cui nihil imputari potest, probabilius est loqui eum de nesciente, non de sciente. Sensus autè est, ei qui ignorans dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxit, nihil imputari posse, & idèd propter utilitatem promiscui vsus aduersus pupillum licet non factum locupletior in solidum actionem ei dari, cum tamen is regulariter non nisi quatenus locupletior factus est ex suo aut alterius facto obligetur. Dices fortasse nec ei quicquam imputari posse qui nesciens dominum decessisse contraxit cum institore mercem non exercente. arg. §. rectè. Inst. de mand. l. inter 26. §. 1. D. eod. neque; tamen dubitandum esse, quin Paulus eo loco inter mercis institorem, & alios manifestam differentiam constituat. Et haud scio an res hæc errori causam dederit. Sed qui Pauli rationem rectè intelligat, facile respondet nihil quidè imputari posse ei qui ignorans dominum decessisse cum institore contraxit, siue mercem exercente, siue non: at id non sufficere ut ei aduersus pupillum locupletior non factum actio ex contractu institoris detur. Quamquam enim iniquum videtur nocere ei probabilem ipsius ignorantiam, d. §. rectè. tamè iniquius esset pupillum, cui nihil etiam imputari posset supra quam locupletior factus sit, teneri, cum nec ipse pupillus qui contraxit, si conditionem suam meliorem non fecerit, iure naturali teneatur. l. pupillus. 59. de oblig. & act. l. quod pupillus. 41. de cond. indeb. Sicque æquitas, contraria & maiore æquitate tollitur, ut in l. si seruus communis. 61. §. quod verò. D. de fur. Nam in pari æquitatis causa longè fauorabilior est pupillus, quem quoniam propter ætatis lubricum sibi consulere non potest, & natura ipsa, cuius, ut ita dixerim, culpa sit ne sibi consulere possit, & civilis legislator quibus facere potest modis tueretur, ut nullum damnum sentiat. Sanè non vsque ad eò fauendum ei est, ut ipsius utilitati, publica causa, & utilitas postponatur: & idèd in mercis institore illud singulariter receptum est, ut si quis ignorans dominum decessisse cum eo contraxerit, etiam pupillum sibi obliget, quauis ex eo contractu locupletior factus non sit, quia utilitas promiscui vsus publica est. Hæcque differentiarum rationem pereleganter & concisè suo more Paulus docet, cum ait imputandum non esse ei qui nesciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contrahat, ac si diceret, ut is qui cum institore mercem exercente contraxit pupillum obligatum habeat, sufficere ut nihil ei imputari possit, quod contingit si nesciens dominum vita decessisse cum institore contraxerit. At ut is qui cum alio institore mercem non exercente contraxit aduersus



pupillum locupletiore non factum actionem paratam habeat, non sufficere ut nihil ei imputari possit, si illius causa publicæ utilitatis fauorem nõ contineat. Quæ etiam ratio est propter quam idem Paulus simpliciter non dixit, nihil posse imputari ei qui nesciens dominum decessisse cum institore cõtraxit, sed adiecit, *mercem exercente*, ne quis fortè existimaret de iis qui cum aliis institoribus contrahunt, idem dici posse, quibus quidem nihil imputari potest si nescientes dominum decessisse cõtraxerint, sed non ideo pupillum si locupletior factus non sit obligare sibi possunt. Præterea quauis in institore mercem exercente singulari iure receptum esset, ut qui cum eo contraherent scientes dominum decessisse nihilominus pupillum obligatum haberet, quod verum non est, attamen non verè diceretur nihil iis imputari posse, l. pen. D. de reb. credit. Quin potius dicendum esset imputari quidem iis posse cur cõtraxerint, sed eam rem non facere quominus pupillum sibi obligauerint propter utilitatem promiscui vsus. Quod tamè absurdissimum esset. Nulla enim iuris parte succurritur ei cui propria culpa imputari potest, ex reglâ l. quod quis. 203. de regul. iur. Cùm igitur Paulus de eo loquatur cui nihil imputari potest, itèmq; de pupillo locupletiore non factò, ut supra probauimus, necessariò admittendum est quod volumus pro, *sciens*, legendum esse, *nesciens*, quæ lectio Pauli sententiam nõ solum veram, sed etiam longè elegantiorẽ facit, quàm vulgo ab interpretibus accipiat.

*Quæ actio competat aduersus fideiussorem qui promissum hominem ante promissoris moram occidit.*

CAP. XII.

**V**M dici soleat hominis promissi interitu ante moram cõtinentente promissorem liberari, l. si ex legati. 23. de verb. oblig. elegans dubitatio est quæ actio competat aduersus fideiussorem, qui promissum hominem ante promissoris moram occidit. Quamquã enim promissoris mora fideiussoris obligationem perpetuat, tamen non idem in fideiussore receptum est, ut ipsius factò principalis quoque obligatio perpetuetur. Vnde fit ut homine promisso à fideiussore occiso nulla promissoris mora præcedente promissor liberetur, ac per consequentias fideiussoris quoque obligatio, quæ accessoria est, extincta videatur. At quoniam iniquum esset fideiussorem sibi factò suo liberationem acquirere, dubitandum non est quin obligatus maneat, sed quænam aduersus eum actio competat, nondum constat, & ego inter ipsos iuris authores controuersum fuisse arbitror. Nã Papinianus in l. si fideiussor. 19. D. de dolo. Neratij & Iuliani sententiã refert, ut fideiussor actione de dolo conueniendus sit, neq; ex stipulatione conueniri possit, quoniam liberato reo ipse quoque per cõsequentias liberatus esse intelligatur. At idem Papinianus in l. Stichum. 95. §. 1. de solut. scribit fideiussorem in eadem prorsus specie, ex stipulatione nihilominus teneri, quemadmodum, inquit, teneretur si debitor sine herede decederet. Cui Paulus subscribit in l. mora 88. D. de verb. obligat. & in l. cum filiusfamilias. 49. eod. itèmq; Marcianus in l. mora. 32. §. vi. D. de vsur. quibus locis actionem ex stipulatione quam aduersus fideiussorẽ dandam putant, vtilem non directam esse non interpretantur. Sed & quod magis mirum est, Africanus in l. cum quis. 38. §. pe. de solu. refert Iulianum existimasse in fideiussorem qui promissum hominem ante moram occidit, actionem ex edicto restitui: quod si ita est, non videtur verum, quod in d. l. si fideiussor. Papinianus ait Iulianum in ea fuisse

fuisse sententia, ut fideiussorem de dolo teneri existimaret. Hæc enim prorsus contraria sunt, Fideiussorem actione De dolo teneri, & in eum actionem ex edicto restitui: quandoquidem certi iuris est toties actionem De dolo cessare quoties actio ex edicto restitui potest: numquam enim De dolo actio nisi in subsidium, & quauis alia deficiente conceditur. l. Diuus. 7. D. de in integr. restitui. l. 1. §. idem Pomponius. D. de dolo. Ex quo eorum sententia refellitur, qui ut Iulianum cum seipso, & cæteris cõciliant, putant actionem ex stipulatione, quæ ipso iure perempta est, ex edicto De dolo restitui aduersus fideiussorem, ob idq; vtile dici in d. l. 49. de verb. oblig. & l. 32. §. vlt. de vsur. Quod Iuliani, & Neratij sententiã perspicuè aduersatur in d. l. si fideiussor. 19. de dolo. vbi manifestum est tractari de actione De dolo, non de actione ex stipulatione, quæ ex edicto De dolo restitui potest, quæ si posset, actio De dolo necessaria non esset: porrò cùm necessaria non est, vtilis esse non potest. Sed & quibus locis scriptum est fideiussorẽ vtili actione ex stipulatione teneri, edicti De dolo mentio nulla fit, ut non sit existimandum vtilem actionem à Iureconsultis dici, quòd restituta sit, sed quod directam nõ sit, cùm sublata principali obligatione, fideiussoria directam remanere non possit. Minus placet Græcorum subtilitas, qui distinguendum existimant an fideiussor dolo promissum hominem occiderit, an sine dolo, ut priore casu in eum actio De dolo detur, posteriore verò vtilis quam in factum appellat. Et si enim nullo fideiussoris dolo interueniente, De dolo teneri non potest, tamen Papinianus in d. l. Stichum. 95. §. 1. ostendit manifestè, nec si fideiussoris dolo interuenierit, teneri eum de dolo, sed actionem ex stipulatione superesse, perinde ac si promissor sine herede decederet. Nam debitorem Stichi aut Pamphili, qui Stichum interfecit, si postea Pamphilus suo fato peremptus sit, comparat fideiussori, qui promissum hominem de quo fideiussorẽ, occidit. Et aduersus debitorem de dolo actionem dandam esse ait, quia delicta non debeant esse impunita: qua ex ratione apparet loqui eum de debitore qui dolo Stichum occiderat, alioqui nec de dolo teneretur, sed potius in factum, nec delictum commississe videretur qui imprudens occidisset. l. si quis absentis. 5. in versicul. longè. D. de obligat. & action. Ergo quod sequitur, fideiussoris aliam rationem esse ut ex stipulatione non De dolo conueniatur, de eo intelligi debet qui dolosè promissum hominem interfecit, ut horum recta comparatio sit, & ridiculus nõ sit Papinianus, qui moneat nullo dolo interueniente fideiussorem de dolo non teneri. Rursus quod scriptum est in d. l. 49. §. vltim. de verb. oblig. & l. 32. §. vltim. de vsur. fideiussorem vtili actione ex stipulatione teneri, non de actione in factum accipi potest, sed de actione ex stipulatione necessariò intelligendum est, secundum Pauli sententiam in l. mora. 88. de verb. oblig. idque ex superioribus omnino sequitur. Nam qua ratione fideiussoris dolo interueniente actio de dolo aduersus eum non datur, eadem prorsus admittendum est, fideiussorem qui dolo careat in factum non teneri, cùm utroque casu verum sit ex Papiniani sententia actionem ex stipulatione superesse: & actio in factum iis casibus locum nõ habeat, quibus dolo interueniente de dolo agi non posset. Postremò cõmunis Latinorum interpretum distinctio probabilis non est, ut ita demum fideiussor de dolo teneatur, si nulla prius contracta mora promissum hominem occiderit. Nam Iuliani & Neratij ratio, *quoniam debitor liberato per consequentias fideiussor quoq; dimittitur*, docet fideiussorem, qui post contractam moram promissum hominem occidit, nihilominus de dolo teneri, quia cùm fideiussoris mora promissori non

noceat, vt initio capitis diximus, consequens est vt hoc quoq; casu, quemadmodum debitor hominis interitu liberatur, ita fideiussor per consequentias liberatus esse intelligatur. Neq; verò aut in d.l. si fideiussor. aut in l. Stichum. alijsq; legibus distinguitur an fideiussor post moram suã promissum hominẽ occiderit, necne: sed tantum in d.l. 49. de verb. oblig. Paulus ponit factam fuisse morã, quia non de homine occiso loquitur, sed fato suo perempto, quo casu mora nulla præcedente tam fideiussor quam debitor liberaretur. Mora per debitorem contracta, vterq; obligatus maneret. Propter quam causam additum est in d.l. si fideiussor, *ante moram, scilicet debitoris non fideiussoris vt ex ratione subiecta intelligitur.* At si fideiussor solus in mora fuisset, solus quoque hominis morte non liberaretur, debitor liberaretur. Idemq; est si citra moram promissum hominem fideiussor occiderit. Nam Papiniani ratio in d.l. Stichum. iis verbis, *quemadmodum tenebatur si debitor sine herede decessisset*, ostendit nouũ non esse vt sublata principali obligatione, fideiussoria remaneat: quod si ita est, cur non ex stipulatu fideiussor tenebitur, licet nulla præcedente mora promissum hominem occiderit? Quare verius est, Iureconsultos in quæstione ista, vt aliis infinitis, dissensisse, nec forte de eo quisquam dubitaret, si Paulus cum Neratio, aut Papinianus cum Iuliano conciliandus esset. At quoniam Papinianus & Iulianus, non inter se, sed sibi ipsi contrarij visi sunt, hinc factum puto vt in conciliatione quærenda interpretes omnes cum veteres, tum recentiores tantopere laborauerint. Mihi verò Papinianus sibi contrarius fuisse nõ videtur. Nam in l. si fideiussor. de dolo. Iuliani & Neratij sententiã, & rationem refert duntaxat, quam tamen nec probat, nec improbat. Sed in l. Stichum. quid sentiat apertè exprimit, scilicet sublata principali obligatione fideiussorẽ nihilominus in obligatione retineri, idque probat exemplo debitoris qui sine herede decessit, à quo datus fideiussor non idè liberatur, quominus ex stipulatu cõueniri possit: ex quo ad Iuliani, & Neratij rationem faciliè responderi potest. Sed difficilior est Iulianum cum seipso cõciliare, quem Papinianus in d.l. si fideiussor. refert existimasse fideiussorem de dolo teneri, cum tamen Africanus in d. l. cum quis. 38. §. pe. de solut. testetur ipsius sententiã illam fuisse vt in fideiussorem actio ex edicto restituatur: quæ media quædam sententia est. Etenim si aduersus fideiussorem, actio ex stipulatu restituatur, ex edicto fiet vt de dolo nõ teneatur. Itẽmq; vt liberato debitore fideiussor ipso iure desinat teneri ex stipulatu: quod Papinianus, Paulus, & Marcianus non admitterent. Ego Iuliani sententiã illam fuisse arbitror, vt actio ex stipulatu, quæ aduersus fideiussorem competeat, ipso iure per debitoris liberationem extinguatur: sed tamen restituatur ex edicto ex quib. caus. maior. (de illo enim Iulianum loqui in d. §. pe. manifestissimũ est) si dolo nõ interuenerit, quo casu nemo vnquã dixit de dolo agi posse. Quod si fideiussoris dolo adsit, necessariò agendum de dolo, quia hoc casu restitui nõ possit actio aduersus fideiussorẽ ex edicto illo generali, cui dolo interueniente numquã locus esse potest. Alioqui superuacuum esset edictum De dolo, ex quo scilicet actio non datur, si alia comperat vel ipso iure vel ope restitutionis, d. l. 1. §. idem, Pomponius. de dolo. Semper autem restitutioni locus esset ex illa generali clausula, *si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*: cum dolo iusta causa sit restitutionis. Vnde Paulus in l. cum miles. 30. §. vl. ex quib. caus. maior. monet aduersus eum qui Reipublicæ causa abfuit, & alienam rem vsucepit, restitutionẽ dari (scilicet ex edicto illo) licet, inquit, sine dolo malo abfuerit,

fuerit, vt intelligamus dolo accedente cessare restitutionem ex eo edicto, & de dolo agendum esse. Sic in l. quidam. 38. de dolo. Vlpianus scribit eum qui deceptus debitorem acceptilatione liberauit, si minor sit, in integrum restitui posse, nempe ex edicto de minoribus: si maior, non posse, (nimirum ex edicto ex quib. caus. maior. quo maioribus succurritur,) sed de dolo agere debere: quod & scriptum est in l. 1. §. pen. eod. Huic porrò Iureconsultorum dissensionem & controuersiam causam dedisse videtur vetus illa quæstio, An fideiussor ex mora sua, propriam obligationẽ perpetuet, de qua iam olim dubitatum fuisse Paulus refert in l. si seruum. 91. §. nũc videamus. de verbo. obligat. vbi Pomponij sententiã magis probat existimantis perpetuare, eaq; ratione cõfirmat, quod fideiussor obligationem suam facto suo tollere non debeat. Quod fortissimum argumentum est pro Papiniani, Pauli, & Marciani aduersus Iulianum, Neratium, & Africanum sententia. Si enim fideiussor ex facto suo sibi liberationẽ acquirere non potest, illud in proposita quæstione necessario relinquatur, fideiussorem, qui promissum hominẽ ante debitoris morã occidit, ex stipulatione nihilominus teneri, vt aduersus eum neq; ex edicto actionẽ restitui, neq; de dolo agi necesse sit. Ea verò sententia vt fideiussor ex propria persona obligationem suam perpetuare possit, Scæuolæ quoq; placuit in l. si libertus. 44. de oper. libert. & quemadmodum æquior est, ita magis communiter à cæteris probata fuisse videtur.

*Explicatio l. si extraneus. 33. de iur. dot. & l. Nefennius. 41. de re iudicat.*

C A P V T X I I I.



**M** V M quæritur, an aduersus eum qui marito dotem promissit, actio in solidum detur, vt ei non profit si facere non possit, certum est distinguendum esse an mulieris debitor fuerit is qui dotem promissit, an cum debitor non esset donandi animo dotem promiserit. Nam si debitor fuit, nulla ratio est: cur non conueniatur in solidum, quemadmodum si marito delegatus nõ esset, ab ipsa muliere cõueniretur. At si debitor non fuit, donandiq; animo dotẽ promissit, subdistinguendum puto an vxori tantum, an & marito donare voluerit, vt priore casu in solidum à marito conueniri possit, quia ei non donauit. l. Nefennius. 41. D. de re iudicat. quemadmodum si is qui donare mihi volebat delegatus à me creditori meo stipulanti spõnderit l. penul. D. de nouat. vel si cum Primus tibi donare vellet, & tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit. l. qui id quod. 33. §. vlt. D. de donat. vbi rationem Hermogenianus reddit quod his casibus negotiũ suũ gerat is cui promittitur, qui scilicet ab eo qui promittit nihil accipit. Quod si marito quoque promissor donare voluit, dicendum est secundum Diui Pij Constitutionem eum qui ex liberalitate cõuenitur non nisi in quantum facere potest conueniri debere. l. Diuus. 28. de reg. iur. l. si extraneus. 33. de iur. dot. quæ accipienda est de donatore qui non solum mulieri, sed etiam marito donare voluit. De illo enim loquitur qui promissit non ex necessitate, sed ex voluntate, hoc est donandi animo, ac proinde qui erga eum ipsum cui promissit, eam voluntatẽ habuit. Nam & sententiã suã Vlpianus confirmat ex Diui Pij constitutione, quã tamen certũ est donatori non prodesse, nisi aduersus eum ipsum cui donatum est. d. l. Nefennius. l. pen. de nouat. l. 33. §. vlt. de donat. Nec probanda eorũ sententia est, qui verba illa, *quæmq; in id quod probare possit, si*

conuenisset, condemnauerat, de muliere intelligunt, cum præcedētia omnia sint de marito, de muliere verò ne verbum quidem. Neque tamen id ita accipi volo, vt soli marito donauerit, (alioqui soluto matrimonio dotis exactionē mulier non haberet) sed vt utriq; coniugi donatū voluerit, marito constante matrimonio, vxori post solutum matrimonium, neutri verò in totum, vt Vlp. loquitur in l. licet. 43. §. quoties. de iur. dot. quæ dotis natura & conditio est. Quod cum ita sit, nil necesse est nos cum Accursio comminisci, in d. l. Nefennius. donatorem factum fuisse debitorem prius quam cum eo ageretur. Nec rursus quod alij respondēt, in l. si extraneus. non maritū cum promissore, sed vxorem aduersus maritū soluto matrimonio agere: quod quamquam verum est, ad rem tamen non pertinet. Vlpianus enim marito imputari non posse ait quod donatorem ad solutionem non præcipitauerit, quem si conuenisset in id duntaxat quod facere posset, condemnare fecisset. quæ postrema verba palam est de marito aduersus promissorem, non de vxore aduersus maritum agente intelligi debere. Huic verò nostræ interpretationi non obstat quod in fine d. l. si extraneus. Vlpianus ait, in proposito casu id quod promissum est mulieri acquiri ad quam rei commodum respicit. Neque enim id sic accipi debet, vt soli mulieri donatū sit, sed ita, vt cum utriusque coniugi donatum sit, magis tamen mulieri quàm marito acquiri dicamus. Ad illā enim ipsius rei, ad hunc fructuū duntaxat commodum respicit. Quod si mulieri soli donatum esset, dubitatio nulla esse posset, quin mulieri acquireretur, neque Sabini sententia interpretatione egeret, quæ tamen necessaria fuit, quoniam marito primū donatio facta esse proponebatur. Fieri enim potest vt propter mariti personam donandi animo dotem promittatis, qui si alius maritus esset, promittere dotem nollet. arg. l. sicut. 8. §. sed si permiserit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Et ob eā causam Paulus in d. l. Nefennius. de illo discretè loquitur, qui *pro muliere, cui donare volebat dotem marito promissit*, quoniā in eo qui marito quoq; donare voluit, dubitatio nulla esse poterat. Deniq; si mulieri duntaxat donatū sit, non puto verum esse quod Vlpianus ait, maritū imputari non posse cur promissorem ad solutionem non præcipitauerit, & ab eo dotem in solidum exegerit. Alioqui dicendum esset, si Titius donare mihi volens delegatus à me creditori meo stipulanti sponderit, isque priusquam cum eo ageretur, cum tamen agi posset, facultatibus defectus sit, vt amplius solidū ab eo consequi creditor nō possit qui antea potuit, meum periculū esse vt quod à Titio seruare creditor non poterit à me consequatur, eadem æquitatis ratione, quia ei pepercerit cui ego etiam pepercissem, quique erga me liberalis & munificus extiterat. Quod tamen vix est vt admittendum sit, ne qui semel liberatus est, creditoris factus, & culpa rursus obligetur. Videndum autē est, cur in d. l. Nefennius. Paulus adiecerit, *maximè, si constante matrimonio petat*. Si enim verba hæc sic accipiantur, vt soluto matrimonio agens maritus exceptione repellatur, iniqua erit Pauli sententia, cum soluto quidem mulieris morte matrimonio dos aduentitia mariti lucro cedat. l. 5. de bon. damnat. & apud Vlpianum tit. De dotibus. §. aduentitia. diuortio autem facto vel nullam dotis partem maritus petere possit, vel cum petere potest, nulla ei exceptio obici debeat. l. si donaturus. 9. §. vlt. de condi. caus. dat. vbi elegans ratio redditur, quia maritus suū negotium gerit: quam certum est, longè magis soluto, quàm constante matrimonio locum habere: cum hoc casu non nisi ratione fructuum: priore verò ratione proprietatis negotium suum maritus gerat.

rat. Ex quo etiam apparet Paulum sic intelligi non posse, vt cum tam soluto, quàm constante matrimonio in solidum dotem petere maritus possit, multò magis tamen constante quàm soluto: Illud igitur superest, Pauli sententiam eam esse, vt tam hoc quàm illo casu maritus, cui donatum non est, in solidum exigere dotem possit: sed maximè si constante matrimonio petat, quia tunc suum negotium gerat ratione fructuum, qui pro oneribus matrimonij ad eū omnimodo pertinet: Quod soluto matrimonio indistinctè dici nō potest, cum si diuortio solutum sit, & liberi nulli interuenerint, nullā dotis partem retinere debeat, sed integrā exigere, & mulieri restituere, vt superiore libro diximus cap. 16. quo casu cum non tā suum, quàm mulieris negotium gerat, æquū est exceptionem quæ aduersus mulierem opponi posset, marito quoq; obici. d. l. si donaturus. §. vlt. quod Accursius non intellexit. Iam verò ad rem nō pertinet, quod ex Labeone proponitur in l. penul. D. de iur. dot. quoties de dote promissā agitur, non oportere in quantū facere potest condemnari eum qui promissit. Nam quod Paulus notat id semper in extraneo verum esse, de illo intelligi debet, qui ex necessitate promissit, non qui ex voluntate, & donandi animo: hic enim ferè est vt extraneus nō sit, qui parentis officio fungitur. Neq; verò eum qui donandi animo dotem promissit Iureconsulti vnquā promissorem simpliciter appellant, sed vel donatorem, vel promissorem donandi animo, vt in d. l. si extraneus. & l. Nefennius. Dicit etiā potest Labeonis temporibus, hoc est ante Diui Pij Constitutionem, nondum obtinuisse vt donator ultra facultates non conueniretur: atque ideo Pauli notam sic intelligi debere, vt rectè Labeo senserit in extraneo, non vt hodie Labeonis sententia in quolibet extraneo vera sit, si donator extraneus dici potest. Nec obstat quod Paulus ait, in extraneo semper veram esse. Aliud enim est, in quolibet extraneo veram esse, quod falsum est, aliud verò in extraneo debitore veram esse semper, hoc est, tam constante, quàm soluto matrimonio: ad differentiam focerij, in quo distinguit an constante an soluto matrimonio dos ab eo petatur: quāquam verā concludit aduersus Labeonis sententiam, neutro casu focerum condemnari in solidū nisi ex magna causa, puta si quid dolo fecerit, quod pugnaire videtur cum l. sicut. 21. & l. sed hoc ita. 22. de re iudicat. De quibus in sequenti capite videamus.

Emendatio l. sicut. 21. D. de re iudicat.

CAPVT XIII.

**V**I honor marito habetur, vt iudicio de dote non nisi in id quod facere potest, cōdemnetur, l. maritum. 12. D. solut. matrim. eundem focerō quoq; , hoc est patri mariti cum de dote nurus agit, haberi certum est, l. rei iudicatæ. 15. §. vlt. D. eod. quia, vt in l. seq. Pomponius ait, parentis locum focer obtinet. Sed si ex diuerso mulieris pater ex promissione dotis à marito conueniatur, quæri solet, neque inter omnes constare videtur, an ei honor idem habendus sit. Dubitationem verò illud fecisse videtur, quod licet hic quoque focer parentis locum obtineat, tamen ex officio & necessitate dotem promissit, vt proinde illius cōditio durior esse debeat, arg. l. si extraneus. 33. de iur. dot. de cuius sententia superiore capite diximus. Paulus tamen in l. ex diuerso. 17. solut. matr. Proculum & Neratium scripsisse refert iustum esse, vt ei idem honor habeatur, vt non nisi in quantum facere potest cōdemnetur. Quod constante quidem matrimonio verissimum est, ad finitatis scilicet veneratione, vt idem Paulus ait.

in l. pe. de iur. dot. Sed soluto matrimonio quemadmodum ad finitas tollitur, ita soceri privilegium finiri videtur, ut in solidum conueniatur: quomodo aperte Pomponius diffinit in l. sed hoc ita. 22. D. de re iudicat. ubi quod in l. precedente Paulus indistinctè dixerat, focerum ex promissione dotis in solidum conueniri posse, Pomponius sic accipiendum ait, si soluto matrimonio conueniatur. Qua distinctione Accursius utitur, ut duos Pauli locos, qui inuicem pugnare videntur, conciliet. At videndum est, ne & quod scriptum est in l. ex diuerso. focerum ex dotis promissione, non nisi in quantum facere potest teneri, sic accipiendum sit, si soluto matrimonio conueniatur: quod magis est, cum vtriusque loci eadem ferè verba sint, nec de illo vnquam dubitatum sit, an focer constante matrimonio in solidum conueniri potuerit, quem certissimum fuit non potuisse, sed de illo duntaxat, An soluto matrimonio idem honor ei habendus sit: de quo quæri solere Paulus ait in dict. l. ex diuerso. Quare subtilius est, quod nonnulli tradiderunt, vtrumque Pauli locum sic coniungendum esse, ut quod vni deest, ex altero suppleatur. Equum enim esse, quod & Neratius putabat, soluto matrimonio focerum ex dotis promissione in quantum duntaxat facere posset, condemnari, sed alio iure nos uti, ut in solidum condemneretur, ex eiusdem Neratij sententia. Habet tamen hæc quoque interpretatio illud incommodi, quod verum non videtur ex Pauli sententia eo iure nos uti, ut focero non profit exceptio si facere non possit, cum idem Paulus in l. pe. de iure dot. scribat eam exceptionem focero ex causa & persona concedendam esse. Quid enim, inquit, si specie futuræ dotis induxerit generum, & cum sciret se dotem præstare non posse, id egerit ut genero infidiaretur? Quibus verbis non obscure ostendit focerum si nullius doli & fraudis concius sit, etiam soluto matrimonio in solidum non teneri, & eo iure nos uti, ut non nisi ex magna causa in solidum condemnatur. Nec admittendum est, quod Accursius putat, sententiam Pauli in l. sicut. 21. de re iudicat. ita procedere, si focer dolo quid fecerit. Etenim præter id quod ex iis verbis, *sed alio iure utimur*, apparet regulam illam constitui, ut in solidum teneatur, dici etiam non potest æquum esse honorem focero haberi qui generum dolose induxit specie futuræ dotis quam sciebat se præstare non posse: Ergo recepta lectio emendanda est, & ea potius sequenda, quæ in quibusdam codicibus reperitur, in quibus sic legitur, *sed alio & alio iure utimur*. Cuius lectionis sensus est, æquum quidem esse focerum ex promissione dotis soluto matrimonio in solidum non condemnari, sed alio & alio iure nos uti, id est, eum nunc in solidum condemnari, nunc non condemnari. Regulariter non condemnari, ex causa tamen & persona condemnari, hoc est si dolo dotem promiserit, vel si talis persona sit quæ vix aliquo honore digna esse videatur, secundum distinctionem d. l. pe. de iur. dot. Atque idem rectè in l. seq. ex Pomponio subiicitur hoc ita accipiendum esse, si soluto matrimonio dos à focero petatur. Nam si constante matrimonio, certo iure utimur focerum supra quàm facere possit non teneri, nec si dolose dotem promiserit, aut eo honore indignus sit, ad finitatis scilicet ratione, ut in d. l. pe. Paulus ait. Itaque interpretor verba illa Pomponij, *succurrendum vtiq; est*, id est indistinctè, nec inspecto eo, an causa aliqua sit propter quam focer in solidum condemnari debeat. Quomodo in l. frater à fratre. 38. de condict. indeb. Africanus ait, *vtiq; quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturum*, id est, non admissa ea distinctione, An ex peculio fratris creditoris ad fratrem debitorem aliquid peruenit: quæ distinctio postea

Atio postea ponitur, cum quæritur, An pro qua parte frater creditor heres extitit, repetitioni locus sit. Notandum autem est, quod emendationem nostram, aut potius veterem lectionem valde confirmat, secundum hanc interpretationem fieri ut Neratij sententia, quam Paulus refert in d. l. ex diuerso. verissima sit, & plane eadem illa, quæ refertur in d. l. sicut. illo duntaxat addito, perpetuam eam non esse, si fortè magna aliqua causa aut soceri persona aliud suadeat, nec æquitas repugnet. Nam alio iure nos uti, quàm quod æquum sit, absurdissimum esset, nec Paulum vel Neratium aliter existimasse credendum est. Denique si regulariter aduersus focerum maritus in solidum agere posset, eoq; iure uteremur, non puto Paulum id prætermisurum fuisse in d. l. ex diuerso. in qua Proculi, & Neratij sententiam sic refert, ut ab ea non recedat, nec alio iure nos uti exprimat.

De questione, & sententia l. si Stichum. 16. de verbor. obligat. & l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut. & liberat.

## CAPVT XV.

**R**ITVM est in iure civili duas lucratiuas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse: Proinde si rem aliquam ex causa lucratiua stipulatus sum, quam postea ex causa quoque lucratiua nanciscar, stipulationem euanescere. l. inter stipulatam. 83. §. si rem. D. de verbor. oblig. l. in perpetuum. 61. de solut. quomodo & legatum extinguitur, si rei legatæ dominium ex lucratiua causa ad legatarium perueniat. l. planè. 34. §. quod si rem l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de legat. 1. Vnde quæritur, si qui Stichum aut Pamphilum alternatiuè stipulatus sit, & alterum ex causa lucratiua nactus sit, an alterum ex stipulatu petere possit. Cum enim in alternatiuis stipulationibus electio sit promissoris, l. plegumq; 11. §. vl. de iur. dot. dicendum videretur stipulationem euanescere, cum eum qui stipulatoris factus est, promissor præstare non possit: eum verò quem præstare potest, præstare cogi non debeat ut salua ei electio sit. Verius tamen est in eius persona qui præstari potest stipulationem consistere, l. si Stichum. 16. D. de verbor. oblig. Credo, quod qui Stichum aut Pamphilum promittit, vtrumq; separatim promittere intelligitur sub ea conditione, Si alterum non dederit, arg. l. cum ita. 9. de option. legat. quæ conditio existit cum alterum ex aliqua causa stipulator consecutus est: ille enim dari amplius non potest. Absolutè igitur, quasi stipulationis conditione existente petetur is qui præstari poterit. l. Stichum aut Pamphilum. 55. ibi, *quem necesse habeo dare*. D. ad leg. Aquil. Quod ego aduersus Accursij sententiam sic accipiendum puto, ut promissor si illius qui ad stipulatorem peruenit æstimationem præstare velit non audiatur. Alioqui fiet ut duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem & personam concurrant, cum is qui rem habet ipsius quoque pretium & æstimationem habere intelligatur, indeque fiat ut qui ex duplici testamento eiusdem rei legatarius est, si prius rem ipsam ex altero consecutus fuerit, eiusdem æstimationem ex altero petere non possit. §. si res aliena. Institut. de legat. Quare ad rem non pertinet si quis Vlpianum obiiciat in l. cum res. 47. §. sed si Stichus. de legat. 1. ubi, si Stichus aut Pamphilus legatur, & alter ex iis in fuga sit vel apud hostes, præsentem deberi ait, vel absentis æstimationem. Multum enim interest an ex seruis legatis aut promissoribus idem præstari non possit, quod in fuga vel apud hostes sit, an quod in stipulationis dominium peruenit. Nec enim

illis casibus duæ causæ lucrativæ circa eandem rem & personam concurrunt: quæ posteriore casu concurrerent. Denique si eius qui stipulatoris aut legatarij factus est æstimatio præstari posset, absolutè verum non esset quod Pomponius ait in d.l. si Stichum. reliquum deberi à stipulatore, nec quod Iulianus in d.l. huiusmodi. 84. §. si Titio Stichus. & in l. non quocunque. 82. §. vlt. de lega. 1. alterum peti posse. Malè enim ageretur, & causâ plus peteretur, si non relicta debitori electione, alter duntaxat, qui præstari potest. peteretur. §. plus autem. Instit. de action. At si Stichum aut Pamphilum stipulatus sim, cum iâ meus esset Pamphilus, dubitatio maior est an si postea meus esse desierit invito mihi solui possit. Neque enim commodè obiici potest, quod Accursius obiicit, duas lucrativas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse, cum hic simul non concurrant, & solutionis tempore res amplius mea non sit. Marcellus tamè in proposito casu scripsit nec obligationem, nec solutionem in Pamphilo cõsistere, in l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut. quia inutiliter quis rem suam stipulatur. l. nemo. 82. & 87. de verb. oblig. quæ autè ab initio inutilis fuit stipulatio, ex post facto conualescere non potest. Sed si hominè in genere stipulatus sim, aliud ibidem Marcellus probat, ut etiâ unum ex iis qui stipulationis tempore mihi serviabant dando promissor liberetur. Tum subiicit, *vi quidem ipsa & hic ex iis dari stipulatus est, qui eius non erant:* quorum verborum sententia illa esse videtur, effectu quidem ipso hoc quoq; casu stipulatorem de iis sensisse videri qui sui non erant, quoniâ ex suis neminè stipulari potuit. At quia generalibus verbis stipulatio concepta est, ut eâ ab initio inutilem fuisse dici non possit, fieri ut promissor omnes soluere possit qui solutionis tempore stipulatoris non sint, licet stipulationis tempore eiusdè fuerint, ut quamvis in obligatione esse non potuerint, tamè in solutione esse possint. Quod cum Marcellus apertè scribat, eorû sententia probanda nõ est, qui putant legendû esse *num* per interrogationè, non *nummum*, existimâtes Marcellum concludere hoc quoque casu hominem qui stipulationis tempore stipulatoris fuit, quemadmodum in obligatione, ita in solutione esse non posse. Nam & idem Marcellus scripsit, si quis duos homines promiserit, & Stichum soluerit, posse eum eiusdè Stichi dominiû postea cõsecutum dando liberari, in l. si quis duos. 67. eo. tit. & tamè negari non potest quin is qui duos homines stipulatus est, de iis vi ipsa senserit qui stipulationis tempore sui non erant, quemadmodum & is qui hominem in genere stipulatus est. Nec rursus dici potest quicquam interesse an stipulationis tempore Stichus stipulatoris fuerit, an ante solutionem eiusdè factus sit, cum stipulatore rei promissè dominiû nacto, peræquè inutilis stipulatio fiat, ac si stipulationis tempore ea res stipulatoris fuisset. l. nemo. 87. d. l. si Stichum. 16. d. l. inter. 83. §. si rem. de verb. oblig. Sed & si ita stipulatus sim, *hominè ex his, quos Sempronius reliquit, dare sponde;* cum tres Sempronius reliquisset, eorûmq; aliquis iam meus esset, idè Marcellus scripsit mortuis quidem duobus, qui alterius erant, nullam obligationem superesse: sed si ante eorum mortem is qui meus fuit meus esse desierit, hætenus confirmari, & valere stipulationè, ut hic qui superest peti possit. d. §. Stichû in fine. Ex quo apparet Marcelli sententiâ illam fuisse, ut hominis stipulatione generaliter concepta, is quoq; servus solui possit qui ab initio aut ante solutionem stipulatoris fuit, si solutionis tempore alienus fuerit. Neque enim distinguendum arbitror, quod quidâ distinguunt, an stipulationi modum aliquem, an nullum stipulator adiciat, cum id efficere non possit, ut

in eo

in eo homine qui stipulatoris fuit stipulatio consistat, ac proinde utroq; casu stipulator vi ipsa de iis sensisse videatur qui stipulationis tempore ipsius nõ erant. Ita enim semper in dubio interpretari debemus, ut stipulatio valeat potius quàm pereat. l. quoties. 80. de verb. oblig. Hæc quamquam ita sunt, & ex Marcelli sententiâ verissimè dicuntur, Papinianus tamè in l. Menius. 66. §. duorû. de leg. 2. aliud existimasse videtur, ut in eo homine qui legatarij aut stipulatoris aliquâdo fuit, licet postea alienatus sit, nec legatum nec stipulatio consistat. Cuius sententiæ rationem illam reddit, quod hominis legatum orationis compendio singulos homines contineat, ut quemadmodum ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerunt, ita frustra solvatur is cuius dominiû postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit. *Eademq;* inquit, *ratio stipulationis est.* Certè eadem stipulationi ratio convenit. Nam, ut initio diximus, quemadmodum legatum, ita stipulatio eius rei non valet quæ ad legatarium, aut stipulatorem pertinet: & quemadmodum legatum, sic stipulatio hominis orationis compendio singulos homines continet. Rursus, quæ ratio Marcellum movisse videtur ut existimaret ex hominis stipulatione etiâ eum solui posse qui antea stipulatoris fuit, si modò solutionis tempore alienus fuerit, in legato quoq; locum habet: quoniam cum stipulationis, aut legati verba generalia sunt, stipulator aut legatarius agens, probè recusare non potest, quominus eum accipiat, qui appellatione hominis cõtinetur, & cuius præstationem solutionis tempore nihil impedit. Quod si obiiciat, stipulationis tempore obligationem in eo cõstitui non potuisse, in promptu contradictio erit, stipulationem generaliter de homine non de hoc aut illo cõceptam esse, nonnumquam, 52. de condi. & demonstr. l. si ita. 65. §. illi si volet. de lega. 1. Atque ita ego, si solius Papiniani auctoritas solius Marcelli auctoritatem non vinceret, pro Marcello aduersus Papinianum disputarem. Eos enim in quæstione ista dissensionis tollendæ gratia admittendum est quod ex recetioribus quidam vir clarissimus, & Iureconsultus elegantissimus tentavit, interpretari esse non Papiniani verba illa, *eademq; stipulationis ratio est,* quæ nos probavimus, etiam si à Papiniano prætermittenda essent, tamè ex eiusdè ratione profusè intelligi debere: nec sanè hac parte inter stipulationem, & legatum dissimilitudinis rationem aliquam probabilem excogitari posse arbitror.

*Ad §. vltim. l. 4. D. de condit. instit. & de ratione introducendæ cautionis Mucianæ.*

## CAPVT XVI.



**V**ix quisquam adhuc rationem reperire potuit eius quod ex Iuliano Ulpianus scribit in l. 4. §. vlt. de condition. instit. eum qui ita heres institutus est, Si servum hereditarium non alienaverit cauentem coheredi implere conditionem: at si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione institutum videri. Cum enim is cui sub conditione non faciendi aliquid hereditas relicta est ei cavere debeat, Muciana cautione ad quem iure civili deficiente conditione hereditas pertinere potest. l. is cui. 18. D. de condit. & demonstr. eaq; cautio pro con-

ditionis implemento habeatur. l. Mucianæ. 7. in princip. D. eod. videbatur in proposito casu conditionem sic commodè impleri posse, si legitimis heredibus ab intestato venientibus huiusmodi cautio præstaretur. Nam si quis dicat cautioni locum non esse, quòd hæc conditio viuo herede, scilicet serui morte impleri possit, l. cum tale. 72. §. Titius. l. hoc genus. 106. eod. facillè refelletur ex eo quòd coherede dato cautioni locum esse Iulianus putabat, quo tamen casu obiici etiam potest cautionis Mucianæ utilitatem nullam esse in iis conditionibus, quæ alterius, quàm cui iniunctæ sunt, morte impleri possunt. Sed hoc ad rem non pertinet, nisi conditiones ad mortem alterius respiciant: quòd hic non contingit, vt ex recentioribus nonnulli crudité, & subtiliter obseruauerunt. Minus etiam dici potest, quòd Accursius tentat, cautioni locum esse non posse, quia nemo sit cui caueatur. Nam legitimis heredibus caueri potest, & si vera est regula d. l. is cui. multò magis iis cauendum est, quorum, ratione totius hereditatis, interest, quàm coheredi, ad quem deficiente conditione pars duntaxat hereditatis pertinebit. Nec simile est exemplum quo Accursius vtitur ex d. l. Mucianæ. §. vlt. vbi maritus heres scriptus sub ea conditione, Si dotem nec petierit nec exegerit, sub impossibili conditione scriptus dicitur, quia nemo sit cui caueat. Ibidem enim ratio subiungitur, quòd ipso iure impleta videatur conditio, cum nemo sit què maritus de dote conuenire possit adeundo hereditatem. Quæ ratio sic explicari debet, cautionem Mucianam idèò interponi, vt aditam hereditatem vel acquisitum legatum restituat is qui accipit, si postquam acceperit conditio defecerit. d. l. is cui. & l. cum sub hac. 67. de condition. & demonstr. At post aditam hereditatem à marito ex asse scripto, conditionem illam, Si dotem neque petierit, neque exegerit, deficere non posse, cum eo tempore nemo futurus sit, à quo peti aut exigi dos possit. Quòd in casu proposito similiter dici non potest. Nam licet solus heres scriptus sit is cui conditio illa adscripta est, Si seruum hereditarium non manumiserit, aut alienauerit, manifestum est hereditatis aditionem non efficere vt conditio impleatur, nec seruus alienari possit, qui potius nisi adita hereditate alienari verè non potest. Illa igitur dubitatio semper manet, Cur legitimis heredibus quorum interest non caueatur, coheredi verò cuius longè minus interest caueatur. Neque rursus verum est quòd Bartolus vult, huiusmodi conditionem De non alienando facillè respui & insuperhaberi, cum in fauorem serui adiciatur, ne alterius quàm heredis seruitutem experiatur, vel eius qui heredis heres sit. Aut si conditio hæc respuenda est, quærenda ratio erit, cur fauore coheredis non reiiciatur, cui omnimodo præstanda cautio est vt conditio impleatur. Postremò, nec eorum opinio probanda est, qui Iuliani sententiæ rationem illam afferunt, quòd post aditionem seruus hereditarius alienari prohibitus, hereditarius non sit: frustra verò eius solius temporis ratione quo iacet hereditas, mox aditurus heres legitimo heredi caueret se hereditarium seruum non alienaturum. Etenim secundum hanc interpretationem dicendum esset, inutilem duntaxat fore cautionem, quam tamen Iulianus ait locum habere non posse, ob idque impossibilem esse conditionem, quæ, si aliqua ratione cautio præstari posset, impossibilis non esset, nec idèò minus impleri deberet, quòd utilitatis nihil haberet, quemadmodum contingit, si heres institutus sit sub ea conditione, Si hereditarium seruum manumiserit: quo casu traditum est de facto implendam esse conditionem, licet ante aditam hereditatem facta manumissio prorsus vana & inutilis sit. l. mulier. 20. §. 1. de condition. instit.

tion. instit. Sed & coherede dato eadem ratio faceret, vt cautioni locus esse non posset, quæ tamen ex Iuliani & Vlpiani sententia omnino necessaria est. Denique si heres ex asse ita scriptus sit, Si Stichum non alienauerit, nec testator hereditarium dixerit, idem probandū puo vt sub impossibili conditione scriptus videatur: quòd vtrique falsum esset, si cautionem ea sola ratio impediret, quòd seruus hereditarius iacente duntaxat, non etiam adita hereditate dicitur. Hic enim hereditarium seruum interpretari debemus, non propriè eum qui sit iacentis hereditatis, sed impropriè eum qui testatoris fuit, & successio- nis iure heredi acquisitus, ad differentiā eius qui numquam testatoris fuit, vt inferius dicemus. Ego verò, si quid mei iudicij est, puo non ineleganter dici posse, Heredem ex asse scriptum, Si seruum hereditarium non alienauerit, idèò sub impossibili conditione institutum videri, quòd cum ante aditam hereditatem conditionem implere debeat, eam tamen non nisi adita hereditate implere potest. Ac quidem ante aditam hereditatem implere debere, ipsa conditionis natura demonstrat, quæ institutioni frustra adiceretur, si ea nò impleta ex institutione adiri hereditas posset: quò etiam pertinet d. l. mulier. 20. §. 1. de condition. instit. Porro, ante aditam hereditatem implere eam non posse ex eo intelligimus quòd si, vt ante introductum Mucianæ cautionis remedium contingebat, heres ita institutus decesserit non alienato seruo hereditario, non idèò tamen conditionem impleuisse videri possit, quia quòd non alienauerit magis imputandum sit quòd non potuerit, quàm quòd noluerit: eum ante aditam hereditatem alienare non potuerit. Et hæc differentia est inter eas conditiones quæ in faciendo, & eas quæ in non faciendo consistunt, quòd illæ etiam ante aditam hereditatem de facto impleri possunt, d. l. mulier. §. 1. hæc nò possunt: quæ si possent, Muciana cautione nil opus esset. Postquam inductam rectè eas omnes non faciendi conditiones impossibiles esse dicimus, quæ nec ipsius remedio, nec alterius, quàm eius cui adscriptæ sunt, morte impleri possunt. Quamquam autem hæc de qua quærimus, eiusmodi est, vt serui morte viuo herede impleri possit, quoniam tamen, vt in iitio capituli diximus, de serui morte testator non cogitauit, sit vt quia Mucianam cautionem non admittit, impossibilis rectè dicatur, id est talis quæ statim impleri nò possit. Nam expectata serui morte impleri eam posse apertissimè est. Cur verò Muciana cautio hic locum non habeat, ratio ex testatoris voluntate petenda est: quæ in proposito casu talis fuit, vt heres post aditam hereditatem conditioni satisfaceret, cui scilicet ante satisfacere nequeat, hæc verò præpòstera conditionis natura est. Vtramque enim testator voluit, & heredem prius heredem non esse quàm conditionem impleuisset, & conditionem prius nò impleri quàm adita hereditas esset: quæ cum prorsus contraria & pugnantia sint, in dubio melius est vt hereditas adeatur, & conditio tanquam impossibilis reiiciatur: impossibilis enim est quæ ante aditam hereditatem impleri non potest. Quòd si heres ita institutus coheredem habeat, conditio hæc impossibilis non est, quoniam vtrique testatoris voluntati rectè satisfieri potest, vt nimirum hereditas ab eo qui purè scriptus est adeatur, tum conditio ab altero impleatur. Neque enim, quòd ad testatoris voluntatem pertinet, quicquam interest vter prius heres sit, vt conditio impleatur, si modò aliquis testamentarius heres sit. At quia testamentarium heredem habere omnimodo voluit, ob idque talem conditionem adscripsit, quæ non nisi post aditam hereditatem impleri possit, dicimus voluntatem ipsius non fuisse vt deficiente conditione legitimi here-

des admitterentur, atque ideo, vel ex ratione d. l. is cui. nulla ratio est cur iis cautio prestetur. Coheredis alia ratio est, ad quæ ex voluntate testatoris deficiente conditione hereditas pertinet: ut postquam in eo testatori satisfactum est, quod ex testamento heredem habet, in eo etiam satisfiat ut seruo hereditarius non alienetur. Diverfum vero est si de ipsius heredis seruo testator conditionem adscripserit hoc modo, *Titius heres esto. si Stichum seruum suum non alienauerit.* Licet enim ex asse Titius heres sit, non ideo tamen sub impossibili conditione scriptus esse dicitur, cum huiusmodi conditio talis non sit quæ post aditionem hereditatis impleri debeat: eamque ob causam legitimis heredibus cauendum erit. Quæ ratio est propter quam Iulianus supra dicto loco de seruo hereditario loquitur, non quod aliud probandum sit, Si testator seruum suum alienari prohibuerit, ut supra diximus. Illud etiam difficile est, nequid satis fortasse explicatum, Cur in ultimis voluntatibus duntaxat, non etiam in contractibus Muciana cautio introducta sit. Nam si centum stipulatus sim sub ea conditione, Si in Capitolium non ascendero, constat quandiu certum non est me ascendere non posse, hoc est me vivo, stipulationem committi non posse, sed moriente me quasi tum demum stipulationis conditione existente heredi meo actionem ex stipulatu dari perinde ac si, cum morerer stipulatus essem, l. ita stipulatus. 17. de verb. oblig. §. at si ita. Instit. eod. Et dissimilitudinis huius ratio illa esse videtur, quod si in ultimis voluntatibus conditionis euentus expectaretur, fieret ut quamuis existente conditione suprema tamen defuncti voluntas intercederet, neque hereditas aut legatum heredi aut legatario acquireretur. Cum enim ipso mortis instanti duntaxat conditio existat, conditionis autem existentia non faciat ut quod sub conditione relictum erat eo ipso acquisitum intelligatur, sed tantum ut perinde sit, ac si relictum esset pure l. ei qui. 13. de condic. institu. apparet hereditatem non agnitam, aut legatum non acquisitum (neque enim pendente conditione acquiri potuit) in heredis aut legatarij heredem transmitti non posse. Atque ita, contra voluntatem testatoris, legatum intercederet, cuius conditio vivo legatario extitisset. Quod in stipulationibus & contractibus dici non potest, in quibus iam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in euentum usque conditionis suspendatur. l. usufructus. 26. de stipul. seruo. & ideo existente conditione eo tempore quo stipulator moritur, nihil prohibet in ipsius heredes stipulationem transire, ut ex ea agere possint. Hæc autem ratio facit ut in iis conditionibus quæ vivo herede aut legatario impleri possunt, Mucianæ cautioni locus non sit, quoniam ommissa ea fieri possit ut testatoris voluntas exitum fortiatur. Hinc etiam colligo in donationibus causa mortis eidem cautioni locum non esse, argum. d. l. 7. de condic. & demonstr. quæ de legatis duntaxat, & hereditatibus loquitur, non etiam de donationibus causa mortis, ex quibus obligatio & acquisitio præsens nascitur, si modo per stipulationem contrahantur. Et quod Iustinianus scribit in Nouell. 22. de nuptiis. extra illius Nouellæ tractatum verum non videtur, ut in donationibus causa mortis Mucianæ cautioni locus sit inter coniuges duntaxat, ne quod in honorem bene transacti matrimonij relictum est, ei non acquiratur cui honor habitus est, at ipsius heredi cui ratione matrimonij nihil relinqui oportuit. Sed & Iustinianus de iis duntaxat donationibus loquitur, quæ à morientibus relinquuntur: quarum diuersa ratio esse videtur ab iis quæ mortis tantum cogitatione fiunt. Nam quæ huius generis sunt, ad contractuum propius quam ad ultimarum voluntatum naturam accedunt:

illæ

illæ verò legatis potius in omnibus ferè comparantur, l. ult. C. de donat. caus. mort. quæ eo ipso quod distinctionem hanc tollit, ostendit iure vetere ita Iureconsultos distinxisse, & etiam hodie distinguendum esse, præterquam in casu d. l. ult. hoc est cum de donationis insinuatione quaeritur. Illæ enim, quæ in testamento relinquuntur, non possunt ante conditionis euentum accipi: quod secus est in aliis quæ stipulatione perficiuntur. Sanè dissimilitudinis ratio, quæ à nonnullis affertur, ut in ultimis voluntatibus Muciana cautio inducta sit, non etiam in contractibus, quod testatorem verisimile sit modum potius, quam conditionem facere voluisse, in contractibus autem hæc interpretatio admitti non possit, ad rem non pertinet. Alioqui dicendum esset in iis quoque conditionibus quæ vivo herede aut legatario impleri possunt, huic cautioni locum fore, aut alia ratio quaerenda erit cur in illis potius quam in his modum facere testator voluerit. quod rationem nullam habet.

Emendatur l. quid de creditore. II. in fine. D. de damn. infect.

## CAPVT. XVII.

**D**ICTO Prætoris De damno infecto constitutum est, ut is à quo cautio postulat, sic caueat ut satisfiat se si quid damni fiat præstaturum, & quicquid stipulatoris intererit restitutum si dominus non sit ædium quarum nomine cautio postulat: nam soli domino satisfactionem Prætor remittit. l. Prætor. 7. D. de dam. infect. Sed & si quis dominus non sit, suo tamè nomine promittat, domini iure censetur, ut repromittere duntaxat, non etiam satisficere debeat. l. qui bona. 13. in princip. & §. 1. D. eo. vbi eum qui bona fide à non domino emit satisficere non debere Ulpianus ait, ratione illa quod suo nomine id faciat. Hinc superficiarius, usufructuarius, & creditor satisficiant, l. hoc amplius, 9. §. quæsitum. l. quamuis. 10. l. si finita. 15. §. si qua sint. & §. seq. D. eod. scilicet alieno nomine id faciunt non suo. Non idem respondendum est cum quaeritur, cui cauere debeat is cuius ædes proximam ruinam & damnum minantur. Nam & ei qui dominus non sit cauendum est. d. l. 13. §. superficiarium. vbi superficiario, & usufructuario cauendum esse scribitur. Puto, quod quamuis suo nomine non promittant, ad quos nimirum ædes non pertinet, suo tamen nomine stipulantur, ad quos ædium vsus, & fructus spectat: propter quam causam domini appellatione contineri dicuntur. l. r. D. si ager vectigal. l. in venditionem. 8. D. de reb. author. iudic. possid. scilicet cum pro re in qua superficiem, vel usufructum habent, aliquid sibi dari vel fieri postulat, non etiam si quid ab ipsis petatur quod ad proprietatis potius, quam superficiei vel usufructus causam pertineat. Prioris generis est cautio iis præstanda: posterioris illa, quæ ab ipsis præstari debet. De pignoratitio creditore & eo qui bona fide à non domino rem emit, dubitatio maior est, an iure sibi de dano infecto caueri postulent. Quamquam enim Ulpianus in dict. §. superficiarium. aperte scribit, ei qui à non domino bona fide emit ex Marcelli sententia cauendum non esse, iniquum tamen videtur nullo remedio subueniri ei cui nihil imputari possit. arg. d. l. si finita. §. Iulianus scribit. eod. & cuius in omni ferè iuris parte eadem quæ domini ratio est, in eo præsertim quod iam diximus, ut quemadmodum dominus, ita hic satisficere non debeat, sed tantum repromittere. d. l. 7. & 13. eod. tit. Auget etiam dubitationem, quod in l. quid de creditore. II. eod. Ulpianus aduersus Marcelli sententiã scribit æquissimum se putare, ut creditori pigno-

f ij.

ratitio caueatur, & per stipulationem succurratur, quem tamē constat ex contrario deterioris conditionis esse quam bonæ fidei emptorem, in eo ut cum hic repromittere duntaxat, ille tamē fundare debeat. Quibus rationibus motus Accursius dixit, Marcelli sententiam in d. §. superficialium. de iuris rigore defendi posse, sed de æquitate, ut ipse loquitur, quid probandū esse, ut ei quoque qui à non domino bona fide emit, quomodo in pignoratitio creditore caueatur. Eam tamen inter hos differentiam esse, quod creditore cauendum est, licet pignoris possessionem nactus non sit, quia ex nudo pacto actionem hypothecariam habeat: emptori vero non aliter quam si rei bona fide emptæ possessionem nactus sit: atque ita intelligendum esse Vlpianum in d. l. quid de creditore. ubi inter pignoratitium creditorem & bonæ fidei emptorem differentiam manifestam constituit. Sed cum de eo creditore loquatur, qui pignus iam accepit, nec minus emptio consensu solo contrahatur quam hypotheca, apparet distinctionem hanc Accursij, nec Vlpiani verbis, nec iuris rationi convenire. Generaliter enim de bonæ fidei emptore Vlpianus loquitur, nec distinguit an ei tradita possessio sit, necne. At neque villo iuris loco scriptum est bonæ fidei emptori cauedum esse, ut proinde temerarium fortasse videri possit quod Accursius Marcelli sententiam de æquitate falsam esse ait: & id supplet, quod Vlpianus supplendum non putauit. Ego vero mihi persuadere non possum, creditore pignoratitio utiliter caueri, & bonæ fidei emptori non caueri: at potius huic cauedum, illi non cauedum esse existimo. Alio namque remedio creditore succurri potest, ut scilicet debitori denunciati vicinas ædes ruinam minare: quo facto si post interpositam cautionem damnum datum sit, quod eo nomine præstabitur, creditore in pignus cedet: si vero debitor admonitus cautionem non postulabit, æquum erit creditore actionem de dolo accommodari si damno dato pignus in eam causam peruenerit ut ex eo debitum amplius seruari non possit. At bonæ fidei emptori neque hoc neque alio villo modo consuli potest, quem tamen iniquissimum sit periclitari & eam rem amittere cuius dominium longo vsu capere posset. Sed & Vlpianus in d. l. quid de creditore: iis verbis, *nam nec in huius persona committi stipulationem*, ostendit manifestè quod volumus, maiorem esse rationem ut bonæ fidei emptori quam creditore caueatur, in eoque duram fuisse Marcelli sententiam, quod in utroque ius idem constituebat, & stipulationem nec in huius (id est bonæ fidei emptoris) persona committi existimabat. Cui consequenter dicendum est, quod aptè Vlpianum sequitur æquissimum esse, ut huic succurratur, sic accipi debere, ut Marcelli sententia in altero duntaxat vera sit, & in altero iniqua. Vera in pignoratitio creditore, iniqua in bonæ fidei emptore, quem proculdubio Vlpianus intelligit, cum ait, *huic succurrendum esse*. De illo enim proximè locutus fuerat ut dubitandum non sit ea quæ sequuntur, *id est creditore, per stipulationem*, interpretis esse, non Vlpiani. Quod enim Vlpianus dixerat, *huic*, subtilis interpres interpretatus est, *id est creditore*, tum illud, *prospiciendum*, ita, *per stipulationem*: ex quo postea factum est ut in textum illa omnia irrepserint, *id est creditore per stipulationem*, quæ manifestum est superioribus parum aptè coniungi, ac potius ita in textum inferi debuisse, *huic, id est creditore prospiciendum per stipulationem*. Interpretè fefellit quod in d. l. 13. §. superficialium. Vlpianus ait bonæ fidei emptorem inutiliter de damno infecto stipulari. Nec animaduertit Vlpianum eo loco Marcelli sententiam referre duntaxat, non etiā probare, quā & refert & improbat in d. l. quid de creditore. Id vero non esse nouum

nouum supra ostendimus cap. 8. Similem errorem obseruauit in l. Aristo. 28. D. de acquir. hered. in cuius fine verba illa, *deliberanti de aduenda hereditate*, puto addita esse textui ex glossa interpretis explicantis dictionem *heredi*, in textu positam: ut facile est ex totius legis contextu & lectione animaduertere. Nisi quis malit dicere transposita esse, & in textu post dictionem *heredi*, reponenda. Vtrumque enim probabile: alterutrum verò prorsus necessariū esse videretur. Sed posterior hec interpretis additio recta est, ut ipse titulus ostendit, & l. Aristo. 5. D. de iur. deliber. Prior verò, de qua hoc capite diximus, tam falsa est meo iudicio, quā magni momenti.

*Interdicta quædam esse duplicia tam recuperanda quam adipiscenda possessionis.*

## CAPVT XVIII.

**I**NTER multas interdictorum diuisiones, & differentias, vna illa est, ut quædam simplicia sint, quædam duplicia. l. 2. in princ. D. de interd. Simplicia sunt, in quibus actor à reo distinguitur, nec vterque eorum inter quos interdictum redditur actoris & rei munere fungitur. Duplicia verò, in quibus ex contrario quis actor reusve sit discerni non potest, & par vtriusque litigatoris conditio est. §. tertia. Insti. eod. ubi additur simplicia esse omnia quæ aut restitutoria, aut exhibitoria sunt: Duplicia autem prohibitoria duntaxat: nec ea quidem omnia, sed quædam duntaxat, ut interdictum *vti possidetis*, & *vt rubi*, quæ retinendæ possessionis interdicta sunt. d. l. 2. in princ. §. retinendæ. Insti. eod. Nam, ut Vlp. ait in l. 1. §. 1. D. vti possid. interdictum *vti possidetis*, prohibitorium est ad retinendam possessionem. Hinc porro intelligimus duplicia interdicta paucissima esse, simplicia verò longè plura, ac ferè omnia. Cum enim interdictorum quædam sint restitutoria, quædam exhibitoria, alia prohibitoria, Iustinianus supradicto loco innuere videtur, restitutoria, & exhibitoria omnia simplicia esse, itémque prohibitoria, nisi quæ sunt retinendæ possessionis, ut illa *vti possidetis*, & *vt rubi*. Sed non ita intelligi Iustinianus debet. Paulus namque in d. l. 2. de interd. ex qua is Institutionum locus sumptus est, quamquam initio ait simplicia esse interdicta exhibitoria, & restitutoria, itémque prohibitoria, præterquam retinendæ possessionis, tamen in fine legis subiicit esse etiā interdicta quædam duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis: Quorum verborum sensus ille est, Duplicia esse interdicta, non tantum quæ ad retinendam possessionem pertinent, sed etiā quæ ad recuperandam aut adipiscendam, scilicet quæ sunt eiusmodi ut in iis par vtriusque litigatoris conditio sit. Exemplum autem interdicti duplicis quod adipiscendæ possessionis gratia proponatur, sumi potest ex Saluiano interdicto. Etenim si colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut vtrique domino in solidum obligatæ essent, constat non tantum ipsis duobus dominis aduersus extraneum, sed etiam inter ipsos Saluianum interdictum reddi posse, l. 1. §. 1. D. de Saluian. interd. quo posteriore casu vtrumque actorem & reum esse necesse est, priusquam sciatur vtrius conditio melior esse debeat, cum sibi vterque idem ius adferat, & vindicet. Idemque de interdicto *Quorum bonorum* dici potest si duobus eiusdem hereditatis bonorumve possessio data esse proponatur: quo etiā casu cum ab initio dici non possit quis actor aut reus esse debeat, duplex interdictum reddi necesse est. Rursus recuperandæ possessionis interdicta *Vnde vi*, & *De vi armata*, duplicia esse possunt, licet restitutoria sint. Fortè si



nie ædium aut fundi possessorem tu vi deieceris, ego autem ex continenti te quoque vi deiecero, ut in l. 3. §. eum igitur. de vi & vi armat. Nam si tu aduersus me interdictum impetraueris, & ego aduersus te, quod vterque nostrum se vi deiectum esse dicat, non potest apparere quis actor, aut quis reus sit, prius quam constet quomodo, & cui vis facta sit. Verum igitur est quod Paulus scripsit in d. l. 2. §. vlt. de interd. *Sunt etiam* (ita enim & rectius in plerisque editionibus legitur) *interdicta, vt diximus, duplicia tam recuperanda quam adipiscenda possessionis.* Nec ratio vlla est cur postrema hæc verba vel reiiciantur in legem proximè sequentem, vel tanquam spuria tollantur, vt ex recentioribus vir doctissimus Iacobus Cuiacius auctor est. Quem illud sanè fefellit, quod Pauli sententiam illam esse putat, vt interdicta quædam sint quæ idè duplicia dicantur, quod sint adipiscendæ, & recuperandæ simul possessionis. Hoc verò nimis euidenter absurdum, & ridiculum est. Neq; defendi potest exemplo quod adfert Accursius eadem interpretatione deceptus. Nam interdictum *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, licet prohibitorium, & restitutorium sit, tamen ad recuperandam & adipiscendam simul possessionem non pertinet. Ergo illorum verborum ex nostra interpretatione sensus ille magis probandus est, vt interdicta duplicia non tantum sint retinendæ possessionis, de quibus initio legis Paulus dixerat, sed etiam adipiscendæ, & recuperandæ. Duplicia, inquam, non quod sint adipiscendæ, & recuperandæ simul possessionis (quod fieri nullo modo potest) sed quia siue sint adipiscendæ tantum, siue recuperandæ tantum, non appareat quis actor in iis, aut quis reus dici possit. Ac sanè sublatis illis verbis, *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*, manca & inutiliter adiecta videbuntur quæ remanebunt, *sunt etiam interdicta vt diximus duplicia*, nec comòdè explicari poterunt. Elegans tamen dubitatio est, Cur tã in d. l. 2. in princ. quàm apud Iustinianum, cum de interdictis duplicibus agitur, exempla sumantur ex interdictis retinendæ possessionis scilicet, *vti possidetis*, & *vti tribi*, non etiam ex aliis quæ adipiscendæ aut recuperandæ possessionis gratia dictantur. Ac rursus, Cur Iustinianus supra dicto loco exhibitoria & restitutoria interdicta duplicia esse neget, quæ tamen nos duplicia esse posse ostendimus. Nam interdicta Vnde vi, & De vi armata, quæ sola sunt recuperandæ possessionis, restitutoria non prohibitoria sunt. Et puto comòdè responderi posse, Interdicta retinendæ possessionis, quæ prohibitoria sunt, magis propriè duplicia dici, quod simplicia esse nequeant: & ipsis edicti verbis ita proponantur, vt non appareat pro quo aduersus quem proponantur, sed vtrique ex litigatoribus pari conditione promittantur. Quod in aliis omnibus tam restitutoriis quàm exhibitoriis, & prohibitoriis, itemque tam adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis diuersum est, vt longiore singulorum commemoratione intelligi facile potest. Cetera igitur ex sui natura, & origine omnia simplicia sunt: Possunt tamen etiam duplicia esse, si quando talis casus contingat, vt in reddendo interdicto reus ab actore discerni non possit. At quæ retinendæ possessionis interdicta sunt, sui natura, & origine sunt duplicia, adeò vt vix simplicia esse possint.

Emendatur l. Lucius. 32. D. de donat.

C A P V T X I X.

**N**ON possum probare, aut intelligere, quam rationem habeat, quod Scauola respondit in l. Lucius. 32. D. de donat. ita facta donatione, *Hospitio illo, quamdiu volueris vt aris superioribus dietis omnibus gratuito, idque*

*gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum tibi facio*, donatoris heredes voluntatem mutare posse. Cum enim donatum sit quamdiu donatione vti donatarius voluerit, non quamdiu donatori placuerit, apparet manifestè id actum esse vt viuente & volente donatario ne quidem à donatoris heredibus donatio reuocari possit. Nec est quod quis obiiciat legis Cinciae potestate conangustatas quantum fieri potuit donationes vt strictissimè accipiantur, & in dubio sic, vt contra donatarium interpretatio fiat. Quantumuis enim strictè donationem hanc accipias, tamen efficere non poteris vt quod disertè actum & donatum est non prætertur, nisi dicas lege Cincia prohibitam eam fuisse, quod tamen verum non esse ex eo intelligimus quod Scauola non obscure innuit ab ipso donatore reuocari illam non posse. Planè si simpliciter facta esse proponatur non adiectis illis verbis, *quamdiu volueris*, fatebor ex legis Cinciae potestate si voles sic eam accipi debere vt donatoris morte reuocetur, si ipsius heredes voluntatem mutant. Non tamen hanc dubitandi rationem fuisse arbitror ad l. Aquilius. 27. D. eod. in cuius specie si donatio mera esset, dubitari non oporteret quin non solum ab Aquilij Reguli heredibus reuocari posset: sed etiam ab ipso Regulo quod facta esset ab eo iuvene, id est, vt interpretor, minore, licet aliàs iuuenis appellatio alium sensum & significationem habeat. l. non aliter. 59. §. vlt. D. de lega. 3. At donatione sic concepta, *Dono tibi quamdiu volueris*, nulla ratio est vt durante donatarij voluntate donatio reuocetur. Quare probabilius est apud Scauolam de alio quæri, & aliam speciem tractari, de illo scilicet, qui donationis finem non in donatarij voluntatem contulerat, sed in potestate sua retinuerat, vt pro eo quod vulgo legitur, *quamdiu volueris*, legamus *quamdiu voluerim*: quo casu quamuis me quodcumque volente reuocari donatio possit, tamen mortuo me in eadem voluntate videbatur heredes meos voluntatem mutare non posse, quasi mea morte irreuocabilis facta sit donatio cuius reuocandæ potestas ex arbitrio meo & voluntate penderet. Quo enim instanti morior, certum esse incipit me amplius voluntatem mutare non posse. Sed Scauola ad donatoris mentem respiciens, ipsius heredes voluntatem mutare posse respondit, quod ex modo illo donationi adiecto *quamdiu voluerim*, appareat manifestè id actum esse donationis tempore, vt ex donatarij voluntate donationis reuocatio non penderet. Secundum quod eam sic interpretamur, vt quod sibi donator excepit, suis quoque heredibus excepisse intelligatur, arg. l. si pactum. 9. D. de probat. Atque hanc quam restitimus veterem lectionem fuisse, conici facile potest ex glossa Accursij, qui in proposita specie responsum Scauolæ eam rationem habere putat quod ab ipso quoque donatore si viueret donatio reuocari posset: quod nec verum esset, nec verisimile ab Accursio dictum, si donatio in donatarij voluntatem collata esse proponeretur. Nam & illi ipsi qui legis Cinciae potestatem tantam fuisse aiunt, quanta profectò non fuit, fatentur donationem sic factam, *Dono tibi quamdiu volueris*, ab ipso donatore reuocari non posse. Cum verò donationis reuocandæ facultatem sibi testator reseruauit, verum est quod Accursius ait eum donationem reuocare posse: & rectissima ratio est vt donatoris heredibus permittatur id quod ipsi donatario permetteretur. Sed & idem Accursius ad d. l. Aquilius. scripsit donationem, de qua agitur in l. Lucius. esse precariam, At precaria non est si donem tibi *quamdiu volueris*, sed si donem *quamdiu voluerim*. l. i. D. de precar. Erroris autem causa illa proculdubio fuit, quod in plerisque veteribus libris litera *m* scribitur hac nota 3, quæ

non multum distat à litera s. Vnde & in l. Titia. 62. in fi. D. de iur. dot. manifesto errore scriptum est, *datus pro datum*. Deniq; vnus literæ in alteram mutatio facillima fuit, & in libris omnibus frequentissimè occurrit.

In l. transigere. 18. C. de transact. verba illa, Excepto adulterio, addita esse ab imperito interprete.

## C A P V T X X.

**N** VLLA in Codice lex est, quæ obscuriorem tractatum habeat quàm l. transigere. 18. C. de transact. in cuius interpretatione de duobus præcipuè quæri solet. Primum, Cur ex priorè regula, qua continetur, De criminibus capitalibus sanguinis pœnam ingredientibus transigere & pacisci licere, adulterij crimen excipiatur, & hac parte à cæteris distinguatur. Deinde, An ex posteriorè regula, quæ habet de criminibus sanguinis pœnam non ingredientibus transigere non licere, falsi crimen excipiatur iis verbis, *citra falsi accusationem*. Ac quidem, quod ad priorè dubitationem pertinet, nulla videtur ratio reddi posse, cur adulterij crimen à cæteris separetur, aut iure vetere, aut nouo. Et si enim iure vetere de crimine adulterij transigere & pacisci non licebat, quin actor in Senatusconsulti Turpilliani pœnam incideret, l. de crimine. 10. C. ad leg. Iul. de adult. non tamen in eo à reliquis differebat, quoniam iuris veteris regula illa erat, de criminibus capitalibus, sanguinis pœnam non ingredientibus transigere & pacisci non licere citra falsi accusationem, vt apparet ex posteriorè parte. l. transigere. Iure autem vetere, hoc est ante Constantis, & Constantij tempora, obtinebat vt adulterij crimen sanguinis pœnam non irrogaret, at ne quidem deportationis, sed tantùm relegationis, vt recentiores omnes communiter sentiunt, & rectissimè probant, tum ex l. si quis viduam. 5. D. de quæst. in qua adulterium cum incestu cõiunctum deportatione duntaxat coerceretur: tum ex infinitis aliis iuris locis, adeoq; ipsis verbis legis Iulæ, quibus adulterij damnata mulier testis esse prohibetur & qui adulterij damnatam uxorem ducit coercetur. Neque dubitant, quin Triboniani sint verba illa, *si quocunq; modo capitalem pœnam euaserit*, in l. castitati. 9. C. ad leg. Iul. de adult. quemadmodum & quod in Instit. scriptum est tit. de public. iudic. lege Iulia de adulteriis temeratores alienarum nuptiarum gladio puniri: neq; ego de illo amplius dubitari posse arbitror. Nouo autem iure postquam adulterij crimen capitale factum est, vt sanguinis pœnam ingerat, nihil etiam dici potest cur non de adulterio, vt de aliis omnibus criminibus sanguinis pœnam ingredientibus, transigere, & pacisci concedatur, ex perpetua & eleganti ratione l. 1. de bon. eor. qui sibi mort. conscuer. quod honesta sit quælibet ratio redimendi sanguinis. Quamquam enim ratio hæc reorum magis propria est, tamè ad accusatores quoque accommodatur, quos subscriptionis necessitas adstringit, d. l. quamuis. in fin. cuius vis illa est, vt pœnæ talionis subiiciantur: & frustra reis permitteretur, sanguinem suum redimere, si accusatores de iisdem criminibus transigere vel pacisci prohiberentur. Idq; manifestè probat l. transigere. quæ etsi de accusatore loquitur, non de reo (vt apparet ex eo quod in falsi, id est S. C. Turpilliani accusationem actores accidunt non rei, & is propriè transigere vel pacisci dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit, non is cui remittitur. l. 1. D. de transact.) in priorè tamen parte ait, De criminibus sanguinis pœnam ingredientibus transigere & pacisci licere: quod proculdubio sic accipiendum

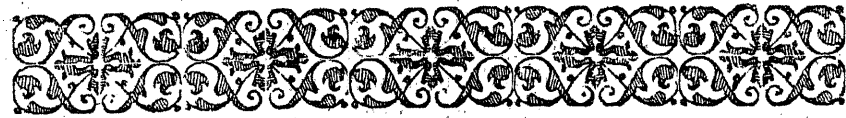
dum est, vt accusatores de iis transigentes, aut paciscentes in S. C. Turpillianum non incidant, ne si iis metu Senatusconsulti libera transigendi & paciscendi potestas auferatur, nulla reis miseris redimendi sanguinis spes aut ratio supersit. Et quemadmodum par delictum est accusatoris præuaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem, vt ait d. l. de crimine. ita par vtriq; danda est licentia, & quod vni conceditur, alteri quoq; concedendum. Hæc cum ita sint, apparet manifestè in l. transigere. verba illa, *excepto adulterio*, non esse Imp. Dioclet. & Maximiani, quorum temporibus crimen adulterij pœnam sanguinis non irrogabat, vt diximus, cum tamen priorè regula l. transigere, sit de criminibus sanguinis pœnam ingredientibus, vt ex posteriorè apparet, in illis verbis, *de aliis vero criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt*. Exceptio autem, vt dici solet, de regula esse debet: in quo deceptus vir quidam doctissimus, & magni inter temporum nostrorum Iureconsultos nominis, legem transigere, sic emendauit, transpositis detractisque negationibus, vt perelegantem ipsius sententiam omnino perturbauerit. Alij, vt nihil immutarent, scripserunt verba illa, *excepto adulterio*, Tribonianum esse respicientis ad posteriorum Imp. Constitutiones, quibus crimè adulterij capitale factum est, ex eorum numero quæ sanguinis pœnam irrogant. Eo tamen ex iure vetere retento, vt de illo transigere, & pacisci non liceat, quemadmodum olim non licebat, quoniam hac parte iuri veteri expressè derogatum non sit, sed in illo duntaxat vt sanguinis pœnam ingerat, quod olim non ingerebat. At ex iis quæ supra diximus horum quoque sententia apertissimè refellitur. Nam cum ex iuris ratione sic comparatum sit, vt de criminibus sanguinis pœnam ingredientibus transigere liceat, dubitandum non est, quin permissa intelligatur, transactio, pactumq; de crimine adulterij, ea ipsa constitutione qua id crimen capitale factum est. Ob idq; Constantinus in d. l. quamuis. C. de adult. cuius temporibus ex Constantis, & Constantij constitutione crimen adulterij pœnâ sanguinis iam irrogabat, iis personis quibus adulterij accusatio permittitur, legem imponit vt crimen abolitione, si voluerint, compescant, quasi ei iuri, quod antè obtinuerat, l. abolitionem. 16. C. eod. derogatum esset priorum Imp. Constitutionibus, quibus aliud constitutum non fuerat, quàm vt capitale esset crimè adulterij, quod prius capitale non erat. Neq; tamen ex ea Constantini lege rectè, meo iudicio, quis inferat, Tribonianum in l. transigere. verba illa *excepto adulterio*, addidisse, qui si aliquid addere voluisset, raptus potius quàm adulterij crimen excepisset. Nam & Diocletiani temporibus crimen raptus pœnam sanguinis ingerebat, vt constat ex l. qui coetu. 5. §. vltim. D. ad leg. Iul. de vi public. & extat Iustiniani Constitutio in l. vnic. C. de rap. virgin. qua expressè sancitum est, vt de eo crimine non solum transigere & pacisci non liceat, sed etiam criminis vindictam per dissimulationem negligere non possit is ad quem criminis delatio & persecutio pertinet. Ergo verisimilius est addita esse verba illa, *excepto adulterio*, ab imperito interprete, ad id respiciente quod crimen adulterij sanguinis pœnam ingerit, neque tamen de eo transigere aut pacisci licet: nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus quorum ea lex est, exceptionem hanc adici non potuisse: hodie verò non tantum adulterij, sed etiam raptus crimen excipiendum esse: idque ex posteriorum Imp. Constitutionibus potius, quàm quod in his criminibus proprium aliquid sit, propter quod in iis ius diuersum ab aliis constitui debuerit. Quod qui intelliget, numquam in quærenda dissimilitudinis ratione laborabit, quæ

licet ab omnibus quaesita, nondum tamen, quod sciam, ab aliquo inuenta est. Quis enim illam probet, quod transactio & pactio de crimine adulterij sine lenocinij suspitione fieri non possit? cum certum sit lege Iulia de adulteriis non teneri maritum qui gratis iniuriam suam remisit, l. mariti. 29. §. plectitur. D. de adulter. qui utique teneretur si in lenocinij suspitione incurreret, quemadmodum teneretur is qui pro comperto stupro pecuniam accepit. d. §. plectitur. De quo Iureconsultus loquitur in l. 2. §. 2. eo. quem verisimile est ab initio stuprum aut adulterium passum fuisse, ut postea pecuniam acciperet. Et qui dotis commodum vindictae domus suae praepone non erubescit, ut Papinianus ait in l. miles. 11. §. focer. eod. Manifesta quoque est lenocinij suspicio, cum alicuius ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir foeminae in adulterio deprehensi pecunia, aliaue qua pactione, se redimerent. l. is cuius. 14. eod. Sed si dolo nullus adsit, nec pecunia, lenocinij suspicio cessat, neque idem minus de adulterio pacisci prohibitum est. d. l. de crimine. Quae ab aliis ratio affertur, ut de crimine adulterij transigere, & pacisci non liceat, quia de adulterio accusare possint coniunctae duntaxat personae, quibus concedendum non est ut priuata commoda honori suo praeferrant, recta etiam, & propria non est. Nam & ante Constantini constitutionem in l. quamuis. adulterij accusatio publica erat, & cuius de populo competeat, neque tamen de ea transactio, aut pactum fieri poterat. Et marito, patrique, licet coniunctis personis, semper concessum fuit propriam iniuriam gratis remittere. d. §. plectitur. in fin. Vera igitur ratio, Cur olim de crimine adulterij transigere & pacisci non liceret, alia quaerenda non est, quam quae ex d. l. de crimine. satis aperte colligitur, quod prauaricator sit is qui de crimine non capitali paciscitur, vel transigit. Quod si quis quaerat, Cur ergo capitali facto crimine adulterij de illo transigere & pacisci non liceat, cum prauaricator non sit qui de crimine sanguinis poenam ingerente transigit, aut paciscitur, Respondebo frustra rationem quaeri cuius quod contra certissimam iuris veteris rationem a posterioribus Imperatoribus constitutum est, apud quos est pro ratione voluntas. Quamquam quod in crimine raptus a Constantino primum inductum, deinde a Iustiniano auctum, & confirmatum est, rationem aliquam habere videtur propter atrocitatem delicti, quod, ut Iustinianus ait, praeter homicidium grauius quiddam adnexum habet. Sed in adulterio nec delicti atrocitas tanta est, nec reddi ratio alia potest, propter quam reo permittendum non sit sanguinem suum quibus facere potest modis redimere. Sequitur iam ut de posteriore regula l. transigere. Videamus. Est autem huiusmodi, De criminibus capitalibus sanguinis poenam non ingerentibus transigere non licere, *citra falsi accusationem*, in quibus posterioribus verbis maxima quoque dubitatio incurrit, an falsi crimen ex regula excipiat, quasi de eo transigere liceat, an potius is eorum verborum sensus sit, ut qui de crimine non capitali, id est, sanguinis poenam non ingerente transigit, in Senatusconsulti Turpilliani accusationem incidat. Quae posterior interpretatio recentioribus plerisque magis probata, mihi prorsus necessaria esse videtur. Nam praeter id quod latini sermonis ratio vix patitur ut *citra falsi accusationem* dicamus, pro *excepta falsi accusatione*, illud etiam verum non est, de crimine falsi transigere licere: cum neque dissimilitudinis ratio reddi possit, neque dubitandum sit in Senatusconsultum Turpillianum incidere eum qui de crimine falsi transigit: sicut in ceteris criminibus sanguinis poenam non ingerentibus contingit. Idque euidenter, meo iudicio, probat l. quaesitum. 5. D. ad S. C. Turpill.

pill. in qua quod dicitur eum qui libello Principi dato falsum se obiecturum minatus est, si non obiecerit Turpilliano Senatusconsulto non teneri, innuit satis aliud probandum esse in eo, qui crimen falsi obiecerit, & denunciasset. Quod apertius intelligitur ex l. 1. §. accusationem. versic. atquin Papinianus, eod. ubi Ulpianus ex Papiniani sententia scribit mulierem quae idcirco ad falsi accusationem non admittitur, quod suam suorumve iniuriam non persequatur, Senatusconsulto Turpilliano non plecti, ut intelligamus mulierem quae ad falsi accusationem idem admittitur, quod suam, suorumve iniuriam persequatur, si desistat Senatusconsulto teneri. l. si foemina. 5. C. eo. Ex qua, iuncto §. accusationem. apparet, ut hoc quoque notemus, corruptam esse Papiniani sententiam in l. mulier. 4. D. eod. in qua proponitur mulierem, quae falsi crimen iniuriae propriae post interpositam denunciationem desistens omisit, Senatusconsulto non teneri, at potius legendum esse, *non iniuria propriae*, si Ulpiano credimus Papiniani sententiam referentem in d. versic. atquin Papinianus. & si verum putamus, quod certi iuris esse ait d. l. si foemina. quam Accursius cum d. l. mulier. conciliare non potest: Absurda enim est Ioannis distinctio, quam probat, an mulier pacto an citra pactum ab accusatione desisterit, cum in Senatusconsulti interpretatione Paulus moneat nihil interesse an ita quis ab accusatione desistat, ut cum aduersario de compositione criminis loquatur, an ita ut affectum & animum accusandi deponat, sed sufficiat eum non peragere reum quem accusauerat. l. ab accusatione. 6. eod. Ceteri vero conciliationis modi ab Accursio relati nec ipsi Accursio probantur, nec nisi malo interpreti probari possunt. Ergo de crimine falsi transigere non licet citra Senatusconsulti Turpilliani accusationem: quod si ita est, falsi crimen ex generali regula excipi non debet. Neque iis locis quibus super falso transactum esse legimus, de falsi crimine transactum esse intelligere debemus, sed de causa falsi, quae iam civiliter intentari, & exerceri potest. l. de fide. 16. cum sequ. C. ad leg. Cornel. de falsi. in quo reprehendendi sunt qui scribunt se non intelligere quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit quam de falso instrumento transigere. Longe enim differentia sunt transigere de falso instrumento, & de crimine falsi transigere: Aut si haec differentia non sunt, ego plane non intelligo quid illud sit quod scriptum est in d. l. de fide. ei qui de fide instrumenti quaerat duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem & per priuata disceptationem. Ex eo porro quod volumus in l. transigere. verba illa, *citra falsi accusationem*, de Senatusconsulti Turpilliani accusatione intelligi debere, (nam Senatusconsultum ad eos pertinet qui aut falsa crimina intendant, aut falsas reorum excusationes admittunt. l. 1. D. ad S. C. Turpill.) intelligimus posteriorem regulam l. transigere. ut de criminibus sanguinis poenam non ingerentibus transigere non liceat, sic accipiendam esse, ut de his ne pacisci quidem permittum sit: ut omnino differant crimina sanguinis poenam non ingerentia ab aliis de quibus & transigere & pacisci licere lex ait. Nempe in Senatusconsultum Turpillianum incidit non tantum qui transigit, sed etiam qui paciscitur, aut quo alio modo ab accusatione desistit. l. in Senatusconsultum 15. eod. Idque manifestius probat l. de crimine. quae de adulterij crimine nec pacisci licere ait, quod tamen non aliam ob causam iure vetere obtinebat, quam quod de criminibus sanguinis poenam non ingerentibus & transigere & pacisci non liceret, ut apparet ex eo quod in d. l. de crimine. prauaricator dicitur is qui de adulterij crimine paciscitur. Facit etiam quod Paulus primo Sententiarum scribit, de qui-

bus transigere non licet, nec pacisci licere. Sanè priusquam accusatio instituta sit multum interest an pecunia accipiatur, an liberaliter accusatio remittatur. Illud fieri non potest, hoc verò potest. l. 6. §. pactusve. D. de his qui notant infam. l. mariti. 29. §. plectitur. de adult. l. qui cœtu. 5. §. ult. D. ad leg. Jul. de vi public. In quorum locorum interpretatione cœcutientes vulgares interpretes pactum à transactione distinxerunt, ac pluraque alia, vt error ex errore sequitur, contra iuris rationem & principia commenti sunt.

F I N I S L I B R I S E C V N D I.

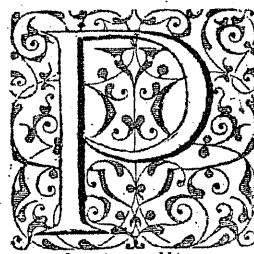


A. F A B R I I. C. C O N -  
I E C T V R A R V M  
L I B E R I I I.



*De natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.*

C A P V T I.



**D** R A E T O R I A E stipulationes, aut iudiciales sunt, aut cautionales, aut communes. l. i. D. de Prætor. stipulat. Iudiciales Vlpianus diffinit, quæ propter iudicium vt ratum fiat interponuntur, cuiusmodi esse ait stipulationes Iudicatum solui, & De noui operis nunciacione. Cautionales eas, quæ instar actionis obtinent, & vt sit noua actio intercedunt, vt stipulationes De legatis, De tutela, Ratam rem haberi, & Damni infecti. Communes denique illas, quæ sunt iudicio sistendi causa. Ac de iudicialibus quidem stipulationibus dubitatio nulla esse potest, cur iudiciales dicantur: scilicet quia propter iudicium interponuntur. Nam & tres clausulæ quæ continentur stipulatione Iudicatum solui, De iudicato soluendo, De re defendenda, & Dolum malum abfuturum esse, omnes ad iudicij securitatem, & confirmationem pertinent. l. 6. l. ex clausula. 17. D. iudicat. solu. Et stipulatio quoque de noui operis nunciacione eam conditionem habere dicitur, Si iudicatum fuerit, siue causa aliqua acciderit, neque res defendetur. l. stipulatio. 21. §. habet. de oper. noui nunciat. Sed de stipulationibus cautionalibus, dubitatio est non inelegans, cur proprio nomine cautionales appellantur, cum ea omnium stipulationum communis natura sit, vt idè interponantur, quò quis tutior, & securior sit, vt idem Vlp. scribit in d. l. i. de Prætor. stipulat. Ego ex earum diffinitione, puto rectè colligi & explicari posse cur cautionales dicantur. Nempe, quoniam intercedunt vt sit noua actio, vt est in Florent. vel si vulgatam lectionem sequi volumus, vt fiat nouatio. Vtriusque enim lectionis idem sensus est, huiusmodi stipulationes idè interponi, vt pristina actio, quæ stipulatori competebat, in stipulationem

stipulationem iure nouationis transfundatur, proinde tota stipulatoris cautio in stipulatione cautionali consistat. Id verò singularum cautionalium stipulationum exemplis facillè ostendi potest. Stipulatio quæ legatorum, vel fideicommissorum nomine interponitur, nouat actionem ex testamento, vt qui legatum sibi relictum stipulatus est, amplius ex testamento agere non possit. l. si sub conditione. 21. D. de acceptilat. l. si Stichum. 8. §. i. D. de nouat. vbi quod dicitur ita demum nouari actionem ex testamento si id actum sit, non eo pertinet, vt specialiter id agi necesse sit (hoc enim noua primùm Iustiniani Constitutione inductum est in l. ult. C. de nouat.) sed vt nouationem semper fieri intelligamus, nisi specialiter in contrarium actum sit. Quomodo in seq. §. scriptum est nouationem fieri si id actum sit, vt nouetur, id est, inquit lex, vt Seius debeat, quod Titius promissit. Et apertius in l. dotem. 30. de iur. dot. Iureconsultus, quod dixerat dotem priore matrimonio datam factò postea diuortio non aliter conuerti in posterius matrimonium, quam cum hoc agitur, subinde sic explicat, dummodò hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud conuenisse. Et de hac fortasse nouatione Papinianus intelligendus est in l. cum filius. 76. §. heres meus. D. de legat. 2. Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, tutelæ actionem nouat, & perimit, vt ex stipulatu agi necesse sit. l. si pupillus. 9. D. de nouat. Sic stipulatio duplæ, quæ in rerum pretiosarum venditione interponi solet, actionem ex empto nouat, l. ex empto. 11. §. qui autem. D. de action. empt. in illis verbis, *sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, siue non est interposita, ex empto non tenebitur*, ex quibus explicandum est quod scriptum est in l. sed et si. 8. de euct. *ex duplæ quoque stipulatione vel ex empto potest conueniri*. Nimirum ex stipulatione, si stipulatio interuenerit, Ex empto, si stipulatio non interuenerit. (quod non intelligens Baro, verba illa, *ex empto*, expungenda esse putauit.) Neque enim aliter ex empto agi potest, quam si ex stipulatione agi non possit. l. si seruum. 4. D. de action. empt. in cuius specie dubitandi ratio illa erat, cur ex empto agi non posse videretur, quòd dupla promissa esset. At non idè minus ex empto agi posse Paulus respondit, quia ex stipulatione prius agi non possit, quam emptori aliquid absit: hæc enim illius stipulationis forma, & conditio est. Quòd si ex stipulatione agi posset, ex empto proculdubio agi non posset, idque ipsa Pauli ratio demonstrat. Et quòd ait l. si in venditione. 60. de euct. venditorem euctiõnis nomine teneri ad simplam, & ex natura actionis ex empto in id quòd interest si in venditione dictum non sit, quantum pro euctiõne præstare eum oporteat, ostendit manifestè interposita duplæ stipulatione ex empto in id quòd interest agi non posse, licet supra duplam intersit. Planè aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus cauere solet, an ex empto agi posset, dubitatum fuit. Cassius negabat, illa, vt verisimile est, ratione, quòd interposita duplæ stipulatione, nouata, & perempta sit ex empto actio. At Iulianus, cuius sententiam Vlpianus probat, deficiente dupla ex empto agendum putabat. d. l. ex empto. §. Cassius. de act. empt. Credo, quòd in duplæ stipulatione contrahentium animus ille esse videatur, vt litis duntaxat æstimationem taxent, non etiam si quid præterea intersit. Sic stipulatio qua heres sub conditione scriptus substituto cauet nihil se ex ea hereditate diminuturum, de qua Paulus tractat in l. inter omnes. 12. D. qui satisfd. cogant. & in l. Paulus. 8. de Prætor. stipul. actionem ex testamento nouat, vt si quid promissor ex hereditate diminuerit, iam ex stipulatu, non ex testamento teneatur, d. l. inter omnes. in iis verbis, *et si obi-*

nuevit, *committi stipulationē*, De damni infecti stipulatione dubitatio esse potest, quam actionem nouet, cum nulla stipulatione interposita de damno facto nulla actio competitura esset, vt eleganter Vlpianus docet in l. Prætor ait. 7. §. 1. & Caius in l. 6. D. de damn. infect. Sed non idē minus cautionalis dici debet: imō eō magis, quōd ea non interposita nullo remedio ei qui damnum passus esset, cautum esse posset, vt semper verum sit in huiusmodi stipulatione totam stipulatoris cautionem consistere. Quōd si talis casus contingat, in quo citra damni infecti stipulationem de damno facto agi possit (vt euenit si facto hominis damnum detur, vt in specie l. si fistulæ. 18. D. de seruit. vrb. præd. aut si is qui damnum timet, in possessionem missus non sit admissus, quibus casibus si damnum fiat in factum tenetur is qui cauere noluit, l. si finita. 15. §. vlt. D. de damn. infect.) interposita stipulatio actionē in factum nouabit, quomodo intelligi debet, quod scriptum est in d. l. si fistulæ. *sed & damni infecti stipulari à te potero*. Scilicet, vt si stipulatus sim, postea in factum agere nō possim. Eō magis, quōd subsidiaria est in factū actio, neq; cū alia concurrere potest. Stipulatio, quæ usufructus nomine inter proprietarium & usufructuariū interponitur, nouat actionem in rem, quæ finito usufructu proprietario competet. Denique stipulatio de rato, quam Vlpiani inter cautionales enumerat, nouat conditionem, in cuius locum interponi dicitur. l. vltim. §. vlt. D. ratam rem habet. Videtur enim id tacitè inter cōtrahentes agi, vt conditio perimatur, & sola actio ex stipulatu ei qui debitū soluit aduersus procuratorē competat. l. si sine. 22. §. quoties. D. eod. Quod si ita est, quis propitiis auribus eos audiat, qui Vlpianum reprehendunt, aut eos qui verba illa, *& ratam rem haberi*, ex Vlpiani textu euellunt? Atqui, inquirunt, stipulatio De rato maxima ex parte ad iudicij securitatem & confirmationem pertinet. Ergo iudicialis est. Imō iudicialis dici non potest, cum nō idē interponatur vt iudicium ratum fiat, quin potius vt sibi stipulator consulat in eum casum quo iudiciū irritum constituetur. Adēd vt in eius quoque vtilitatem committi possit, cuius interfit iudicium irritum fieri: fortè si condemnatus, falso procuratori litis æstimationem soluerit, neque dominus rem ratam habeat. Neque enim semper stipulatio hæc committitur in id quod stipulatoris interest ratam rem haberi: sed in id quoque quod ipsius interest à falso procuratore deceptum eum non esse. l. si procurator. 18. ibi, *quōd damnatus soluit*, D. eod. Ex his apparet omnium cautionalium stipulationum naturam illam esse, vt præcedentē actionem nouent & perimant. Restat nunc, vt de illo videamus, cur instar actionum habere dicantur, d. l. l. de Prætor. stipula. l. non solum. 20. rem. rat. habet. l. si ambo. 10. §. vlt. de compensat. l. actionis. 37. de obligat. & actio. An quōd ad instar actionum à Prætorē petantur, & dentur ex edicto? Ita nonnulli putant, quorū sententia probabilis non videtur. Etsi enim de stipulatione dāni infecti vere dicitur, vt non aliter committit possit quā si à Prætorē pro tribunali postulata sit l. 4. §. hoc autem iudicium. D. de damn. infect. tamen de duplæ stipulatione idē dici non potest, quam certū est sine Prætoris iussu interponi, vt vel ex eo intelligitur quōd licet duplæ promissa non sit, tamen ex empto ad duplam agi potest. l. quōd si nolit. 31. §. qui assidua. D. de ædilit. edict. Ac rursus stipulationem Ratam rem haberi, nemo dixerit ex speciali Prætoris imperio interponi, quā tamen Vlpianus cautionalem esse ait. Igitur verius fortasse fuerit, cautionales stipulationes ob eam causam dici habere instar actionum, quōd actionū quas nouant & perimunt naturam induunt, & vicem repræsentant,

tant, vt ex omnium enumeratione intelligi potest. Nam legatorum nomine interposita stipulatio in omnibus eodem iure censetur, quo, ex testamento actio, si superesset, censetur, adēd vt nec in stipulatoris heredē pendente conditione transmittatur, quoniam nec legatum transmittitur licet conditionalis stipulatio transmittatur. l. 1. §. si quis sub conditione. D. vt legat. vel fideic. nomin. caueat. vbi additur huic stipulationi easdem causas & condiciones inesse, quæ actioni ex testamento: proinde si qua sit exceptio, quæ petenti legatum opponi soleat, eandem quoq; ex stipulatu agenti opponi posse. Vnde fit vt si serui legati nomine legatarius stipuletur fugitiuum eum non esse præstari, nihil veniat in stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento præstari debeat. l. si legati. 56. de legat. 1. Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, quemadmodum tutelæ actionem nouat, ita ipsius naturam induit, vt prius ex ea agi non possit, quā tutelæ agi posset si interposita stipulatio non esset: & ex quibus causis tutelæ agi non posset, ex iisdem neque ex hac stipulatione agi potest. l. 1. l. 4. §. generaliter. D. rem pupill. salu. for. Quōd etiam pertinet l. cum pupillus. 9. D. eod. in qua sic Pomponius argumentatur, vt ostendat ea omnia quæ in tutelæ iudicium veniunt, in hanc quoque stipulationem venire. Proinde tutorem qui in restituenda tutela aliquandiu moram fecit, fructuum nomine & usurarum medij temporis teneri, vt in l. seq. Africanus ait: nō alia ratione quā quōd hæc actionis tutelæ, quæ bonæ fidei est, natura sit: licet in actionem ex stipulatu nec fructus nec usuræ veniant nisi post litē contestatam. l. videamus. 38. §. si actionem. de usur. Et hoc est quod Iurecons. ait in l. aliam. 29. D. de nouat. perire priuilegium tutelæ, si post pubertatem tutelæ actio nouetur: vt intelligamus facta nouatione per stipulationem Rem pupilli saluam fore, quæ ante pubertatem interponitur, l. 2. l. seruum. 6. D. rem pupill. salu. for. non idē tamen tutelæ priuilegium perire. Idemq; de duplæ stipulatione, & aliis cautionalibus omnibus dicendū est, vt instar eius actionis habeant in cuius locum interponuntur: propter quam causam in l. non solum. 20. D. rem rat. hab. dicuntur repræsentare vicem actionum. Et in eam rem textus est perelegans in l. vlt. §. vlt. D. eod. vbi Africanus ait stipulationem Ratam rem haberi, interponi in locū conditionis, & idē stipulatione teneri eum, qui, si stipulatio interposita non esset, conditione teneretur. Iudicialium stipulationum alia natura est, quæ non aliam ob causam interponuntur, quā vt iudicium ratū fiat, non etiam vt noua actio sit, & vetus perimatur. l. si Stichum. 8. §. idem Celsus. D. de nouat. Ex quo apparet quænam communes stipulationes dicantur: Eæ scilicet, quæ non solum ad iudicij securitatem, & confirmationem pertinent, sed etiam priorem actionem nouant, & perimunt. Cuiusmodi esse Vlpianus ait stipulationem Iudicio sisti. d. l. 1. de Prætor. stipul. Efficit enim vt quod pristina actione petebatur, ex ipsa stipulatione præstandum sit, siue in duplum esset actio, siue tripli, aut quadrupli. l. 2. §. vlt. cum l. seq. D. qui satisf. cogant. l. vlt. si quis in ius vocat. non ier. l. quoties. 81. de verb. obligat. Ac præterea propter iudicium interponitur, vt ipsa stipulationis verba demonstrant. Malè tamen id nonnulli probant ex l. si eum. 10. §. qui iniuriarum. D. si quis caution. vbi quod dicitur hanc stipulationem dari propter ipsam rem non sic accipi debet vt propter iudicium detur: sed propter iniuriam: sequitur enim, *iniuriarū autem actio heredi non cōpetit*. Sensus verò est, non posse heredē agere ex stipulatione interposita propter actionem iniuriarum, quoniam nec iniuriarum agere potest, nec ipsa stipulatio, si vellet, omnia iniuriarum actione ex stipulatu age-

re permitteretur. Scilicet quoniam hæc stipulatio communis est, nec tantum iudicialis sed etiam cautionalis, & ideo actionem iniuriarum propter quam interponitur, sic representat, ut quemadmodum illa, ita hæc neque heredi, neque aduersus heredem competat.

*Valde corruptam esse l. in hoc. 14. D. commun. diuid.*

CAPVT II.

**N**ON semper impensæ in rem communem factæ iudicio Communi diuidendo reperuntur, sed ita demum si communi nominæ factæ sint, hoc est, ab eo, qui sciuit se socium habere. l. in hoc iudicium. 14. D. commun. diuid. Impensæ igitur factæ à socio, qui fundum suum proprium esse existimabat, iudicio Communi diuidendo repeti non possunt: At quoniam si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli mali retineri possent, l. sumptus. 48. de rei vindicat. & doli mali exceptio bonæ fidei iudiciis inesse dicitur, l. huiusmodi. 84. §. qui seruum de legat. 1. l. sed & si. 21. D. solut. matrim. magis est ut si cum socio qui impensas fecit agatur Communi diuidendo, æquitate ipsius iudicij eas retinere possit, quia bonæ fidei iudicium est Communi diuidendo. Hinc fit, ut si partem suam alienauerit socius, qui impensas fecerat, quoniam cum eo Communi diuidendo agi non potest, nihil habeat unde impensas retinere possit. Emptor tamen quemadmodum si rei vindicatione conueneretur, impensas à venditore factas per doli exceptionem retinere posset, ita si Communi diuidendo iudicio conueniatur, ipsius iudicij æquitate eas retinere poterit, dicitur l. in hoc iudicium. In qua sequitur, *Quæ cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione.* Hic illud primum explicari non potest, qua ratione Paulus ex præcedentibus inferat impendiorum nomine actionem dari socio qui impensas fecit in fundum communem, quem suum proprium esse existimabat, cum potius ex iis quæ prius dixit, & quæ mox subiicit, appareat nec directum, nec utile iudicium dandum esse ei qui in fundum communem quasi in proprium impensas fecit, (de quo Paulum loqui ex principio legis apparet) quoniam eo animo non fecit ut sibi aliquem obligaret, l. si quis cum. 29. D. eod. Deinde absurdum videtur iudicium Communi diuidendo ei dari qui rei communis partem alienauit, cum neque directum competere possit sublata communione, neque utile ex æquitate dandum sit ei cuius facta res communis esse desiit, licet aduersus eum dari possit. l. si quis putans. 6. in princip. D. eod. in cuius specie obseruandum est sumptus in rem communem factos esse ab eo, qui communem esse sciebat, sed in socij persona labebatur, quo casu utile est iudicium Communi diuidendo ei, qui sumptus eo animo fecit, ut sibi aliquem obligaret, dicitur l. in hoc iudicium. & l. si quis cum. D. eod. Ergo quod Paulus ait in d. versic. *quæ cum ita sint*, neque ex superioribus inferri potest, neque ex iuris ratione verum est. At nec Accursij interpretatio placet, existimatis Paulum in d. versic. *quæ cum ita sint*, casum, ut ipse loquitur, mutare, & incipere de illo dicere, qui in fundum communem impensas fecit quem sibi cum alio communem esse sciebat, sed cum quo communis esset, ignorabat. Nam in præcedentibus nihil est ex quo id colligere possimus, & ridiculum videtur mutationem casus comminisci in iis verbis, *quæ cum ita sint*, in quibus ex contrario manifestum est Paulum aliquid ex præcedentibus inferre: Ac præterea interpretatione Accursij admissa defendi non poterit

poterit quod Paulus ait utile iudicium socio dandum esse qui fundi, quem communem esse sciebat, patrem alienauit. Licet enim eo animo impensas fecerit ut sibi aliquem obligaret, non ideo tamen utile iudicium Communi diuidendo habere potest, cum ipse fecerit ut res communis esse desierit, sed tantum negotiorum gestorum. d. l. in hoc iudicium. versic. diuersum. in fi. d. l. si quis cum. vbi quod dicitur iudicium communi diuidendo mihi sufficere, quia non negotia socij gero, sed propriam rem tueor, ostendit negotiorum gestorum agi non posse cum iudicium Communi diuidendo, sufficit. l. si quis putans. §. ceterum eo. l. si communes. 40. D. de nego. gest. l. Reator. 9. §. generaliter. D. de reb. auctho. iudic. possid. At rursus manente rei communione socius qui impensas fecit negotiorum gestorum augere non potest, sed Communi diuidendo. d. versic. diuersum. in illis verbis, *quia in ea causa fuit ut mihi actio dari deberet.* Nullo igitur casu verum esse potest quod Paulus ait socium aduersus socium utile iudicium habere, etiam manente rei communione. Quare non dubito quin totus hic Pauli locus valde corruptus sit, ac primum ita restituendus, ut in illis verbis, *utile iudicium dari debere*, addita negatione sic legamus, *dari non debere.* Moueor quod ei qui dum proprium fundum existimat impedia fecit, neque directum neque utile, neque negotiorum gestorum, neque Communi diuidendo iudicium dari potest, cum sibi neminem obligare voluerit. d. l. in hoc iudicium. & d. l. si quis cum. quæ eiusdem Pauli est. Deinde quia secundum receptam lectionem verba illa, *etiam manente rei communione*, ostendunt multo magis dandum esse utile iudicium sublata communione, quod falsum est, & ex iis, ipsi quæ prius Paulus dixit, omnino refellitur. Cum enim ratione impensarum, quas venditor fecit in fundo, quem suum proprium esse existimabat, competat emptori retentio, ut proximè Paulus dixit, ratio est ut eas venditor petere non possit, neque directo iudicio Communi diuidendo, quia sublata communio est, neque utili, quod ex æquitate datur, non solum quoniam ipsius facta sublata est communio, sed etiam quia iniquum sit socium easdem impensas duobus præstare: venditori scilicet, & emptori cui retentione cautum est. Quæ ratio facit ut venditori non tantum Communi diuidendo, sed etiam negotiorum gestorum actio denegetur. Nam quod in eadem lege Paulus ait ei dandam actionem negotiorum gestorum, illo casu verum est quo impensas factæ sunt ab eo, qui fundum communem esse sciebat. Rursus illo casu, quo emptori impensarum nomine retentio non competit, cui scilicet fundi tantum pars vendita est. Vix enim est ut totum fundum vendat, qui se fundi partem duntaxat habere intelligat: quomodo Accursius rectissime interpretatur. Cui non obstant verba illa, *etsi ab alienauero prædium*, cum prædij pars quælibet recte prædium dicatur. l. planè vbi. 34. §. vlt. de legat. 1. l. dotale. 13. §. 1. D. de fund. dotal. Quemadmodum ex diuerso illa, *si alienauero partem meam*, in versic. ceterum. sic necessariò accipienda sunt, si totum fundum, quem meum proprium esse existimabam, alienauero, cuius tamen pars duntaxat mea erat. Alioqui fundi tantum parte alienata, siue is pro indiviso communis erat, siue pro diuiso, nullam emptor pro impensis in meam partem factis retentionem habere potest, quemadmodum nec eam partem socius meus vindicare. Sequitur apud Paulum, *etiam manente rei communione.* Quibus verbis secundum nostram emendationem proponit casum magis dubitabilem de socio qui rem communem, quam propriam esse putabat, non vendidit, ut nihilominus nulla ei actio competat. Cuius sententiæ rationem statim non aperit, sed tacite obiectio-

nem quandam diluit, ex qua sententiæ huius ratio facile intelligi potest. At autem, *Diuersum est enim cum quasi in rem meam impendo quæ sit aliena aut communis.* Hic vero manifestissimus error est cum in superioribus de illo tantum Paulus locutus sit, qui quasi in rem suam impendit quæ communis erat. Nec plane video, quomodo corrigi possit, nisi integram lineam addamus, & sic legamus.

*Diuersum est enim cum quasi*

*in rem alienam aut communem, & cum quasi*

*in rem meam impendo, quæ sit aliena aut communis.*

Vt sensus sit, multum interesse verum quis impendat, quasi in rem alienam, aut communem, an vero quasi in rem suam, quæ sit aliena, aut communis. Hoc enim casu, id est, inquit Paulus, ubi quasi in rem meam impendo (quod adici necesse non fuisse, si ita Paulus scripsisset, *diuersum est enim cum quasi in rem meam impendo*) me retentionem duntaxat habere, quia mihi neminem obligare volui. At cum puto rem Titij esse quæ sit Manij, aut esse mihi communem cum alio quam est, quoniam id ago ut alium mihi obligem, me actionem quoque habere; scilicet Communi diuidendo manente communione, vel negotiorum gestororum sublata communione. Ita namque explico quod sequitur, *et sicut negotiorum gestororum actio datur mihi aduersus eum cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea esse: ita et in proposito igitur.* (Sic enim & rectius unico contextu in quibusdam libris legitur) *et si aliena vero prædium danda mihi erit ut Iulianus quoque scribit negotiorum gestororum actio,* quia tempore alienationis in ea causa fuit prædium ut mihi actio dari deberet, scilicet communi diuidendo. d. l. si quis cum eod. Non sufficiente actione Communi diuidendo, quod contingit, sublata communione factio illius qui impensas fecit, necessario ad actionem negotiorum gestororum recurrimus. Et si autem plerisque minus probabile videbitur integram lineam, in Florentinis potissimum, Pandectis deesse, error tamen probabilissimus est propter duplicis lineæ simile principium & similem finem. Neque id iis nouum erit qui infinitis Pandectarum Florentinarum locis similes errores obseruarunt. Nam & in l. tuto. 6. §. 1. D. de tutel. simili errore quo in d. l. in hoc iudicium cum scriptum esset,

*si satis dederit, hoc est non aliter ei gerere permittendum quam*

*si rem saluam foreauerit.*

media linea à Florentino librario prætermissa est. Sic denique, ne videamur in similibus erroribus conquirendis, qui passim occurrunt, diligentes videri, in l. quid ergo. 90. de legat. nemo non videt male in Florentinis, integram lineam deesse, & ex aliis codicibus sic legendam esse, *Planè si pluribus filiis institutis in eos verbis legatorum bona diuiserit, voluntatis ratione, legatorum actio, &c.*

*Nouationem iure Digestorum quibusdam casibus non aliter*

*fieri, quam si id specialiter expressum sit.*



**V**RSUS veteris regula fuit, non aliter nouationem fieri, quam si inter contrahentes id actum sit. l. 2. D. de nouat. Ad quam Iustinianus addidit in l. ult. C. eod. ut nunquam id videatur agi, nisi cum expressè dictum est. Plerumque enim, iure vetere facti quæstio relinquebatur an id inter contrahentes actum esset

ut no-

ut nouatio fieret, necne, quas iuris veteris ambiguitates Iustinianus appellat. Erant vero coniecturæ quædam, ex quibus veteres iuris autores nouationem ex verisimili stipulantiam voluntate introducebant ut si posteriore stipulatione amplius quam priore contineretur, vel si mutata debitoris persona creditor quod sibi à Titio debebatur, à Sempronio stipularetur: §. præterea. Instit. quib. mod. tollit. obligat. Vnde Ulpianus in l. scire debemus. 29. de verb. obligat. ait nouationem non fieri si ab eo qui decem debebat, postea decem & quinque stipuler, quoniam tot sint stipulationes quot summæ sunt, indeque fiat ut posterior stipulatio priore vberior & plenior non sit: Ergo si ab eo qui decem debebat, quindecim stipuler, dicendum est ex Ulpiani sententia nouari præcedentem obligationem, & in sequentem transfundi. Sic Iulianus in l. qui usufructum. 58. eod. nouationem fieri ait, si is qui usum vel iter stipulatus erat, postea fructum vel actum stipulatur: quia posteriore stipulatione amplius quam priore contineatur. Rursus, cum quod mihi Titius debet, à Sempronio stipulor, id tacite agi videtur ut nouatio fiat, hoc est ut Titius liberetur, & ipsius obligatio in Sempronij personam transferatur. l. ult. §. ult. D. de nouat. Quam ob causam eleganter Celsus dicebat in proposita specie nouationem ita demum fieri, si id actum sit, ut nouetur, id est, inquit ille, ut Sempronius debeat quod Titius promissit. l. si Stichum. 8. §. si quis ita. D. eod. quasi differentia non sint id agi, ut Sempronius debeat quod Titius promissit, & id agi ut nouatio fiat. Quod igitur plerisque Digestorum locis scriptum est, ita demum nouationem fieri si id actum sit, non sic accipiendum est ut expressè id agi necesse sit (hoc enim ad Iustiniani Constitutionem pertinet) sed ut tacite id agi videatur nisi contrarium expressè actum sit, dicit. l. si Stichum. 8. §. 1. iuncta l. de Pretor. stipul. (de qua primo huius libri capite diximus) l. dotem 30. D. de iur. dot. l. te hominem. 32. de nouat. in qua Paulus rationem reddens, cur si cum tu hominem, & Seius decem mihi debeat, ego ab alio stipuler nouandi causa, quod te & Seium mihi dare oporteat, utraq; tua scilicet, & Seij obligatio nouetur: Respondet quoniam utraque in posteriorem stipulationem deducta sit, Quæ ex ratione, ut hoc quoque adnotemus, apparet, in illis verbis, *quod te, aut Seium,* legendum esse, & *pro aut:* cum manifestum sit, in alternativa stipulatione utramque rem non contineri nisi hætenus, ut alterutra præstetur, non etiam ut utraq; peti possit: Et ideo Marcellus, cuius sententiam Ulpianus refert, & probat in d. l. si Stichum. 8. §. si decem, eod. recte putabat in proposito casu, neque te, neque Seium liberari: sed in potestate promissoris esse utrum liberare malit. Idque Accursius non negat, neque tamen pro aut legere audeat, sed inepta interpretatione, aut pro et scriptum esse ait: quam in rem abutitur l. sepe. 53. de verb. signific. in qua, quod dicitur conjunctionem pro disjunctione & vicissim disjunctionem pro conjunctione sepe accipi, ad legis aut edicti interpretationem pertinet, non ad hominum conventiones, in quibus, quoniam duorum consensu perficiuntur, coniuncta pro disiunctis, aut disiuncta pro coniunctis accipi non possunt, nisi manifesta illa sit, contrahentium voluntas. l. pen. in fin. C. de verb. & rer. signific. Alioqui dicendum erit nihil interesse an in stipulatione alioue contractu dictum sit, aut vel et, quod absurdum est, pugnatque cum l. inter stipulantem. 83. §. si stipulante. D. de verb. oblig. ac aliis in numeris iuris locis. Sic & in l. si is cui. 26. D. de nouat. eundem errorem inesse suspicor in illis verbis, *quod ille, aut quod ille debeat,* in quibus etiam pro aut legendum esse arbitror, licet Accursius dissentiat. Et si enim

idem in ea specie Celsus respondere videtur, quod Marcellus in d.l. 8. §. si decem. eod. nimirum ut neutra ex prioribus obligationibus perempta sit, sed in secūdi promissoris potestate sit, vtrā peremptā velit (& hoc esse videtur quod Accursius fecellit, erroriq; causam dedit) tamen si sequentia inspicias non idē à Celfo quod à Marcello responsum esse fateberis. Nam apud Celsum sequitur, ita demum in potestate Atrij esse p̄b̄ quo velit soluere, si fingamus ita actum fuisse ut alterutrum daret. Alioquin, inquit, vtrumq; stipulatus videtur, & vtrumq; nouatum si nouandi animo hoc fiat. Quis verò dixerit, ea stipulatione quod ille aut quod illi debet vtrumq; quod ille, & ille debet cōtineri? At qui, inquit, illud quoque dici non potest ita concepta stipulatione quod ille, & quod ille debet, neutrum nouari, & in potestate promissoris esse vtrum ex debitoribus liberare malit. Nam apertē Caus repugnat in l. vlt. §. vlt. eod. Fateor, si nihil præterea proponatur. Sed si fingamus ita actū, ut promissor alterutrum duntaxat daret, absurdum non erit scripturā ad contrahentium voluntatem accommodari. Quemadmodum ex contrario, ita concepta stipulatione quod ille, aut quod ille debet, si fingamus ita inter cōtrahētes actum ut vtrumq; detur, dubitandum non est vtramque stipulationem nouari, licet stipulationis verba repugnare videantur. Semper enim in stipulationibus cæterisque contractibus sequimur id quod actum est. l. semper. 34. de reg. iur. At cum ita stipulatus sum, quod ille, aut ille debet, fingendum non est ita actum ut alterutrum detur, cum ex ipsis stipulationis verbis id actum esse manifestissimē appareat. Et ridiculē Accursius, quod lex ait, alioquin, sic interpretatur, si hoc fingamus actū ut vtrumq; det. Ineptē enim subūderentur verba illa, vtrumq; stipulatus videtur. Sic igitur Caus intelligendus est, vni proposita stipulatione nisi fingamus ita actum ut promissor alterutrum daret, stipulator vtrumq; stipulatus videatur, quod tum demum verē dicitur cum stipulatus est, quod ille, & quod ille debet, d.l. te hominem. & l. vlt. §. vlt. de nouat. (Eodem errore in l. cum in fundo, §. vl. de iur. dot. puto scriptum aut pro & in illis verbis, promisit, aut soluit.) Porro quō casu stipulator vtrumque stipulatus fuisse videtur, vtrumque etiā nouasse intelligitur, d.l. si is qui in qua quod additur, si nouandi animo hoc fiat, ita interpretandum est, sicut diximus, ut nouandi animo fieri videatur, nisi contrarium expressē actum sit. d.l. vlt. §. vlt. Ex his verò quæ toto hoc capite scripsimus, apparet plarisq; casibus iure Digestorum contingere potuisse ut non aliter nouatio fieret quàm si id specialiter actum esset: his scilicet, quibus nihil erat ex quo colligi posset, eam contrahentium voluntatem fuisse, ut nouatio fieret. Fortē, si posteriore stipulatione minus quàm priore cōtineretur, ut in specie l. qui vsum fructum. 58. de verb. obligat. vbi Iulianus scribit eū qui stipulatur actum, deinde iter: vel fructum, deinde vsum, nihil agere nisi se nouandi animo ita facere specialiter expresserit. Nimirum quia minus est in vsum, quàm in fructu: minus in itinere, quàm in actu. Ad eod autem verum est posteriore stipulatione qua minus continetur, priorem non nouari, ut et si delegatus sit is qui minus promisit ab eo qui antea plus miserat, nouatio tamē non fiat. l. eum qui. 56. §. si à te. D. de verb. oblig. vbi tamen eadem exceptio addi potest, quæ in d.l. qui vsum fructum: additur, nisi stipulator nouandi animo se ab alio stipulari specialiter expresserit. Quod si in posteriore stipulatione tantundem sit, quantū in priore multum interesse dicendū est an idem in vtraq; stipulatione promissor sit, an verò delegatus sit is qui secunda stipulatione promisit. Priore casu nouatio non fit nisi id specialiter expressum sit. d.l. scire,

scire. 29. eod. Posteriore verò nouatio fit. d.l. 8. §. si quis ita. de nouat. Sic in l. aliam. 29. eo. Paulus ait post pubertatem tutelæ actionem nouari, itemq; post diuortium actionem de dote, si id specialiter actum sit. Quoniā verisimile non est mulieris quæ post diuortium à marito dotē stipulatur, vel pupilli qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse vtractio de dote, vel tutelæ nouetur, & in stipulationem transfundatur: cum iis longē cōsultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quàm ex stipulatu quæ stricti iuris est: Multa namque priuilegia habet actio de dote, itemq; tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. Hinc verò petenda ratio est eius quod ex Proculi sententia Pomponius scribit in l. si diuortio. 21. de verbor. oblig. mulierem quæ centum duntaxat in dote habebat, si diuortio facto ducenta dotis nomine stipulatur, centum duntaxat ex stipulatu petere, alia centam actione de dote deberi. Duplex enim fuit iure Digestorum ad repetitionem dotis cōparata actio, vna quæ rei vxoriæ, seu De dote dicebatur, & bonæ fidei erat, §. fuerat. Instituta actio. l. in bonæ. 36. D. de pecul. l. sed & si. 21. D. solut. matrim. altera ex stipulatu stricti iuris ante nouam Iustiniani Constitutionem in l. vn. C. de rei vxor. action. Nemo autem dixerit mulierem quæ bonæ fidei actione De dote tuta est, stipulando id agere ut bonæ fidei actio in strictam transfundatur. Quæ ratio facit, ut si dos ex stipulatu debita fuerit marito, fortē promissa ab extraneo (nam promittendo dotem omnes obligantur. l. promittendo. 41. de iur. dot.) eamq; maritus ab vxore stipulatur, nouatio fiat, neq; dos dupletur, ut Vlpianus ait in d. l. si Stichum. 8. §. vlt. D. de nouat. Nimirum quoniam actio ex stipulatu, ex qua primū dos debebatur, vberior non erat ea quæ ex posteriore stipulatione competit: personæ autem mutatio efficit ut interpretemur stipulatorem nouandi animum habuisse, & à priore obligatione recedere voluisse. Idem de tutelæ actione dicendum est, ut post pubertatem non nouetur, nisi id specialiter exprimat, quia non sit verisimile priuilegium actionis tutelæ amittere voluisse eum, qui à tutore stipulatus est. Quod si ante pubertatem stipulatus sit, quoniam ex stipulatu actio, tutelæ actionis naturam induit, & repræsentat, iisdemq; priuilegiis, & præstationibus gaudet, fit ut tutelæ actionem nouet etiam si id specialiter non exprimat, quemadmodum primo huius libri capite explicauimus. Simile etiam est quod ait l. si rem. 31. §. si duo. de nouat. correum stipulandi, post contractam obligationem stipulantem à reo promittendi posse eum nouatione liberare ab altero correo stipulandi cum id specialiter agit. Quia nisi specialiter id agat ut nouatio fiat, non potest videri eo animo stipulari ut nouet: at potius dicendum est inutilem esse posteriorem stipulationem, qua illud ipsum promittitur, quod iam debebatur. l. qui bis. 18. de verbor. oblig. Planè si correus stipulandi creditori suo delegauerit reum promittendi, apparet id actum esse ut nouatione debitor liberaretur. d. §. si duo. in fin. ut non sit necesse id specialiter agi quia id actum esse ex ipsa delegatione intelligitur. At cum nihil est ex quo nouandi animus colligi possit, ut cum correus stipulandi id ipsum stipulatur quod iam stipulatus erat, rectissimē dicitur nouationem ita demum fieri, si id specialiter actum, hoc est dictum sit. Quæ cum ita sint, eorum obseruatio reiicienda est, qui tribus illis Digestorum locis, hoc est in l. qui vsum fructum. 58. de verb. obl. l. aliam. 29. l. si rem. 31. §. si duo. de nou. à Triboniano addita putant verba illa, si id specialiter actum est: quæ nos ostendimus ab ipsis Iureconsultis prætermitti nō potuisse: & quibus locis prætermissa sunt, ex iuris ratione omnino subintelligi debere.



*Herede post aditam hereditatem restituto in integrum, substitutioni locum fieri.*

**N**ON P. S. dubitatio est de qua in utramque partem disputari probabiliter potest. An si heres institutus, cui substitutus datus est, hereditatem adierit, tumque ætatis beneficio restitutus sit, substitutio, quæ hereditatis aditione euauerit, in integrum restitutione conualecat. Bartolus conualescere credidit, cuius sententiam veteres ferè omnes interpretes sequuntur: At recentiores improbant, & fiscum tanquam ad bona vacantia admitti contendunt. Mihi opinio Bartoli longè probabilior videtur. Et si enim dei solet, quod illi obijciunt, post aditam hereditatem vulgares substitutiones expirare, l. post aditam, 5, C. de impub. & aliis substitut. absurdum tamen videtur, & contra testatoris voluntatem aditam hereditatem interpretari, eam quæ post impetratam restitutionem in integrum est pro non adita, cum restitutio faciat, ut qui heres fuit, nunquam fuisse videatur, & perinde habeatur, ac si hereditatem non adisset. Quod si obijcias, cum qui semel heres fuit semper heredem manere. l. ei qui soluendo, 88. de hered. instit. Respondes non tam heredem esse quam nudum heredis nomen gere, ut Iurec. loquitur in l. 2. §. adoptiui. D. ad S. C. Tertull. cum à Prætoris heredis loco non habeatur, l. necessarijs, 57. de acquir. her. Nec verisimile esse testatorem de tali herede cogitasse, qui non nisi nomine heres sit: at potius de illo qui defuncti personam effectum repræsentet; ac in omnia ipsius iura vniuersamque rem succedat. Alioqui filio in potestate constituto, vulgariter substitui non possit, cum is quantumuis abstineat facere tamen non possit quin nomine patris heres sit. dict. §. adoptiui. propter quam causam dici solet non esse sine herede eum, qui suam hereditatem habeat, quamvis se abstinentem l. cum quasi, 30. §. sed et si suus. de fideic. libert. licet à Prætoris heredis loco non habeatur. l. si filius, 12. de interrog. action. Igitur ex verisimili testantis voluntate dicendum est, fisco adeoque legitimis heredibus præferendum esse substitutum postquam heres qui prius adierat in integrum restitutus est. Quomodo Scævola respondit in l. ex contractu, 44. D. de re iudica. in cuius specie apparet substitutum siue vulgariter, siue pupillariter datus esset, vulgarem casum succedere, ex eo quod viuo pupillo, & in bona defuncti eum admitti lex ait, neque tamen vulgarem substitutionem immixtione pupille sic expirare, ut non eiusdem abstentione reuiuiscat. Abstentionis enim eadem quæ restitutionis potestas, & vis est, ut hereditas adita, pro non adita habeatur. Vnde fit ut si pupillæ, quæ post immixtionem abstinuit, substitutus nullus datus sit, sed coheres, ea portio quæ ad pupillam peruenerat, coheredi accrescat. d. l. ex contractu. quamuis verum sit ius accrescendi in portionibus agnatis locum non habere. l. vnic. §. his ita, C. de caduc. toll. Nimirum quoniam fere est, ut agnata non sit, ea portio quæ post aditionem repudiata est. Nec eorum subtilitas probanda est, qui abstentionem à restitutione separant: cum tamen abstentionis quam restitutionis beneficium ex Prætoris iurisdictione sit. d. l. necessarijs. in d. l. q; fiat ut tamen is qui abstinuit, quam qui restitutus est, heres nomine maneat: neuter verò à Prætoris heredis loco habeatur, d. l. cum quasi, §. sed et si suus. de fideic. libert. & l. 2. §. adop. ad S. C. Tertull. l. & si ex modica. 6. §. si filius. D. de bon. libert. vbi Vlpianus scribit nihil interesse an heres à liberto scriptus

abstinerit, an in integrum restitutus sit: utroque enim casu patronum ad intestati liberti successionem admitti. At cum is demum intestatus dicatur cuius hereditas adita non est, l. intestatus, 64. de verb. signif. apparet aditam dici non posse eam, quæ post aditionem abstentione, aut in integrum restitutione repudiata est. Idque Vlpianus innuere videtur iis verbis, *quampis nomine heres sit*, quibus eleganter & concisè dubitandi decidendique ratio continetur. Videbatur enim exclusum patronum à successionem liberti, cuius hereditatem filius ex testamento aduerat. Sed quoniam filius post abstentionem aut restitutionem nomine duntaxat heres est, eleganter Vlpianus respondet admittendum esse patronum: Neque alia huius sententiæ ratio est: ex qua intelligitur nihil hac parte contra iuris civilis regulas propter ius & reuerentiam patronatus constitutum esse, ut quidam autumant: cui scilicet nulla iuris parte usque ad eum indulgetur in patroni fauorem à iuris ratione recedatur. Et exemplum quo vultur ex l. qui duos, 9. §. si cum filio. D. de reb. dub. magis dissimile est: quia quod in dubio pater ante filium mortuus esse præsumitur, d. l. qui duos, §. cum in bello. non fit ex certa aliqua iuris aut naturæ regula, sed ex communi parentum voto, & naturæ ordine, qui tamè sapissimè turbatur, l. nam et si, 15. D. de inoff. fil. scripto, 7. D. vnd. libert. ut mirum non sit si in dubio patronatus reuerentia incertam iuris præsumptionem elidat. At quod summa iuris ratione constitutum est, ex solâ patronatus reuerentia immutari non potest, cuiusmodi illud est quod dicimus, Restituto herede substitutum admitti, vel non admitti. Denique Iureconsultus in l. si minor, 61. de acquir. heredit. Diui Seueri Constitutionem refert, ut si minor annis postquam ex parte heres extitit in integrum restitutus sit, eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. Quo rescripto opus non fuisset, si ex iuris ratione agnita portio post restitutionem in integrum coheredi non accresceret. At quia iniquè videbatur ei inuito accrescere, qui aditionis tempore partem duntaxat hereditatis acquisisset, ne alioqui Prætoris beneficium in concedenda restitutione in integrum ei captiosum sit, cui nihil imputari possit. l. Paulus, 8. de Prætor. stipulat. optimam rationem habet Seueri rescriptum, ut totius hereditatis onera inuitus subire non compellatur. Atque hoc quidem fauore coheredis constitutum est: sed ut ei volenti accrescat, sit proculdubio ex summa iuris ratione, quæ inter coheredes iuri accrescendi locum facit. Nec dici potest cur hac parte favorabilior coheredis quam substituti causa esse debeat, cum vix alio colore coheres ad coheredis portionem deficientem vocetur, quam quod ei quodammodo substitutus videatur. l. si Titio, 61. §. vltim. de legat. 2. nec inter se ferè in alio differant: quam quod coheres tacita, substitutus verò expressa testatoris voluntate nitatur: ut proinde ad conseruandam defuncti voluntatem favorabilior substituti, quam coheredis causa esse debeat. Certè huius favorabilior, quam illius esse non potest. Verum huic nostræ sententiæ obijciuntur duo iuris loci, quibus nec Bartolus, nec qui Bartoli sententiam secuti sunt, respondere potuerunt. Primus est in l. ait Prætor, 7. §. sed quod Papinianus, de minor. vbi Vlpianus Papiniani sententiam refert, ut minore post aditionem restituto substitutus seruus necessarius nec liber nec heres esse possit, Nisi hereditas non sit soluendo: ex Diui Pij, & Seueri Constitutione. Quæ exceptione Bartolus in suæ sententiæ confirmationem abutitur, nec animaduertit aliis casibus regulam constitui, ut substitutio hereditatis aditione percepta restitutio-

ne in integrum non eoualeat. Nisi respondeamus quod verum est, aliam rationem esse heredis serui necessarij, aliam alterius substituti. Cum enim necessarius heres ille sit, qui omnino, & protinus post testatoris mortem heres est, ut Iustinianus diffinit in §. 1. Instit. de hered. qual. & differ. apparet seruū, qui non nisi necessarius heres esse potest, postquam alter heres extitit, ex substitutione heredem esse non posse; cum is qui prius heres fuit, per restitutionem heres esse non desinat. Vnde Papinianus recte dicebat semper substituti seruū excludi, nec eum casum excipiebat, Si hereditas soluendo non sit. Sed quoniam quæ ratio facit ut contra iuris regulam institui possint serui necessarii, licet cum iis testamenti factio non sit, ut scilicet ipsorum potius quam dominorum bona vaneant, eadem locum habet cum heres scriptus post aditionem restituitur, quia cum eo creditores agere non possunt, Dni Imp. Pius, & Seuerus rescripserunt permittendum hoc casu seruo necessario ut ex substitutione heres esse possit: quasi vtilis actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioqui non potest Prætor vtilis actiones seruo decernere, cuius persona iure Prætorio prorsus incognita est, quemadmodum & iure civili nisi hæcenus ut heres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest. Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici potest, quos Prætor vtilis bonorum possessores efficit ut actiones vtilis habeant, quemadmodum in fine d. §. sed quod. Vlpianus ait: nec iam ex eo loco Bartoli sententia impugnari potest. Altera obiectio est ex l. ult. de success. edict. ad quam difficilior responsio videtur. Apertè enim Papinianus scribit cognatū inferioris gradus, edicti successorij beneficiū nō habere, si prior ex propria parte possessionem acceperit, licet ob auxilium ætatis abstinendi facultatem impetrauerit, ob idque fisco ea bona tanquam vacantia deferenda esse. Et si verò de cognato inferioris gradus, non de substituto loquitur, eadē tamen vtriusque ratio esse videtur ut post aditam ab altero hereditatē aut petitam bonorum possessionem excludantur, & fisco postponantur. Quomodo Accursius ratiocinatur, qui ad d. l. ult. sic notat, *Sic in l. post aditam. C. de impub.* Sanè quod addit de l. si minor. de acqu. hered. ridiculum est. Repugnat enim ea lex potius quam conuenit Papiniani responso, ut supra explicauimus. At videamus ne dici possit, multum interesse, an de legitima, an de testamentaria successione queratur. In testamentaria, hereditatem agnitam haberi pro non agnita, si non cum effectu agnita sit, quia voluntati testatoris prius satisfactum dici non possit. Legi verò, & Prætori satisfactum esse statim atque vni hereditas aut bonorum possessio delata, vel acquisita est: neque id præterea legem aut Prætozem requirere, ut cum effectu acquiratur. Vnde fiebat iure vetere, ut si suus heres aut proximus agnatus delatam sibi hereditatem repudiasset, sequentis gradus liberi, aut agnati non admitterentur. Hoc enim est quod dici solebat in suis, & agnatis successione non esse. l. r. §. sciendū. D. de suis & legit. §. placebat. Instit. de legit. agnat. success. Quod tamen, quoniam iniquum videbatur, Prætor sic temperauit, ut ij ex capite *unde agnati* exclusi, ex sequenti *unde cognati* admittantur. d. §. placebat. Vnde intelligi potest, si vni ex cognatis delata sit bonorum possessio, isque eam repudiauerit, eum qui sequentis gradus sit edicti successorij beneficiū habere, ut quemadmodum Prætor iniquū existimauit solam delationem proximo agnatorum gradui factā sequentes excludere, ob eamque rem cum ex capite *unde agnati*, exclusi essent, eos ex capite *unde cognati*, admisit: ita in constituendo iure bonorum possessionis

*unde.*

*unde cognati* prouiderit ut ex sola delatione vni facta sequentes non excludantur, quia hic nullum sequens caput sit, ex quo admitti possint, sed ita demum si prior gradus bonorum possessionem acceperit, quod ostendant illa Papiniani verba, *cum prior ex parte propria possessionem accepisset*. Priore igitur possessionem accipiente sequentium ius omnino tollitur, licet postea prior abstinere, & successorij edicti potestas perimitur, quod ideò duntaxat propositū est ne bona diutius vacua iaceant. l. i. de success. edict. Qua etiam ratione puto si proximus agnatus hereditatem adierit, tumque ætatis beneficio restitutus repudiauerit, sequentes admitti non posse, nec *unde agnati*, nec *unde cognati*, arg. d. l. vltim. Nec obstant l. i. §. si quis adita. & l. 2. §. si bonorum. D. ad S. C. Tertull. Habet enim propriam rationem ex verbis S. C. ut Iurec. ait, quod ab Accursio, & vulgaribus interpretibus ignoratum, à recētoribus eleganter & recte obseruatum est.

*Emendatio l. inter causas. 26. §. sed cum seruus. D. mand.*

CAPVT V.



**S** I SERVVS quem mandatu meo emisti, furtum tibi fecerit: quæstio est an aduersus me noxalem duntaxat furti actionem habeas, an contrariam mandati in omne id quod tua interest. Et si quidem culpa mea dolove factum sit: ut damnum passus sis, forte si talem seruū emi mandauerim de cuius moribus te nō monuerim, constat me in solidam teneri. l. si seruus communis. 61. §. quod verò. de furt. Sed si mea nulla culpa sit, æquius est te mandati actione aliud nō consequi, quam ut tibi seruus noxæ dedatur. l. inter causas. 26. §. sed cum seruus. D. mandat. Vbi exceptio subiungitur, *si tamen sine culpa tua id acciderit*. Ergo si culpa tua furtum tibi seruus meus fecerit, ne quidē noxali actione experiri poteris. Atqui vix est ut furtum tibi sine culpa tua fiat. l. cum duobus. 52. §. damna. D. pro locio. Vix igitur est ut noxali agere possis. Quod tamen iniquissimum esse, nemo negauerit. Neque enim ex culpa & negligentia tua seruo meo permissi debet ut furtū tibi faciat. Nisi fortè ommissis duodecim tabularum legibus Lacedæmones aut priscos Gallos imitari volumus, apud quos furta non modò impunita, sed etiam laudi habita fuisse legimus, si sic fierent ut *de mē ep̄o* fures non deprehenderentur. Ac sanè si quod infinitis iuris locis scriptum est, ex furto serui dominum noxali actione teneri, accipiatur cum eadistinctione, si non eius cui furtum factum est culpa intercesserit, (deterior enim mandatarij, quam aliorum conditio esse non debet,) fiet ut facile iuris ægula illudatur, & delicta impunita remaneant. Nec receptā lectionem rectè tueri possis, licet verba illa, *sine culpa tua*, de insigni & lata mandatarij culpa intelligas. Quod tamen comodè facere non possis, quoniam quibus iuris locis culpā indistinctè Iureconfulti dicunt, leuem, non latam, aut leuissimā intelligunt. l. 2. §. 1. l. 4. §. vl. l. in actionibus. 5. de lit. iur. l. semper. 15. §. eum autem. D. quod vi aut clam. l. quæsitum. 8. §. illud. de precar. l. contractus. 23. de regu. iur. Deinde quantumuis lata & insignis culpa sit eius, cui furtū fit, satis tamē in eo coercetur quòd integram totius damni æstimationem consequi non potest, nec vsque ad eò plectendus est ut ei serui nomine noxalis actio denegetur. Finge mercatorem tabernā in loco publico noctu apertam reliquisse, atque ita ipsius merces à seruo tuo subtractas esse: Insignis profectò ipsius culpa est, neque tamen ausis negare ei te noxali actione teneri, si à seruo tuo furtum factū esse

apparet. Multo igitur magis in mandatario idem probandum est, qui licet in culpa sit, verisimiliter tamen furtum passurus non erat si tui gratia mandatum non suscepisset. Denique Iureconsultus in d. §. sed cum. non querit an mandatarius ob furtum serui noxaliter agere possit aduersus mandantem, (id enim erat sine dubio, ut idem Paulus ait in l. pen. commod. & l. si domum. 45. D. locat. neque in eam rem Neratij auctoritate opus erat;) sed an noxali actione contentus esse cogatur, nec contrario mandati iudicio in solidum agere possit. Hoc verò difficile videbatur, quia licet æquum sit non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire, quam quanti ipse seruus sit; multo tamen æquius est nemini officium suum, quod deus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi, causa suscepit, damnosum esse: ut Africanus disputat in l. si seruus. 61. §. quod verò. D. de furt. Sed hoc de Neratij auctoritate dicitur; cum mandantis culpa argui potest, quæ si nulla sit, maior ratio est ut is qui mandauerat; & cui nihil imputari potest, noxæ deditio liberetur. Planè si seruus petat indemnem mandatarium præstare compellatur. l. si seruus. Titij. 70. de legat. 1. Atque ita supradicto loco Paulus ex Neratij sententia respondet, mandatario noxalem duntaxat, non in solidum actionem competere, si tamen, inquit, sine culpa tua id acciderit. Igitur cum ipsius mandatarij culpa furtum factum est, dicemus ei non tantum noxalem, sed etiam in solidum agere licere. Ita enim, ex superioribus omnino sequitur; quod tamen absurdissimum est. Neque aliud dicere accursus potest, quam verba illa de mandatarij in eueniendo culpa intelligi debere, quod nec posteriorem hanc dubitationem tollit, nec verum est; cum aperte Paulus de mandatario loquatur, cuius culpa furtum accidit. Emendanda igitur est vulgata lectio, & pro, tua, legendum mea, ut simili errore in l. si mandatu. 45. §. vi. D. eod. scriptum est tuam, pro meam. Et sensus erit noxalem duntaxat actionem tibi competere, non contrariam mandati in solidum, nisi culpa mea furtum acciderit. Hoc enim casu, id est, ut sequentia explicant, si scissem furtum esse seruum, nec tibi prædixissem ut posses præcauere, tunc quanti tua interfit, tantum me tibi præstare debere. Mihi namque culpa hæc imputari potest, licet non reticuerim dolo malo, ut facile contingat. Sed in actione mandati, item quæ de positi, culpa hac parte à dolo separanda non est. d. l. 61. §. quod verò. de furt. In commodato, locatione, & similibus aliud obseruandum est, ut qui commodauit seruum vel locauit, si ab ipso furtum factum sit, non ultra serui pretium teneatur. d. l. 61. §. circa commodatum, ubi additur, si non dolo quid fecerit. Ita enim legendum est, retenta negatione, quæ in vulgaribus libris omnibus est, licet in Florentinis male desit. Absurdum namque fuerit, commodatorem aut locatorem serui, si dolo aliquid fecerint, non ultra serui pretium teneri, ut idem Africanus scribit in l. si seruus. 31. in fin. de pignor. action. aut eos quorum dolo argui non potest ne quidem ad serui pretium teneri: horum quippe melior conditio esse debet, quam si dolum fecissent. Idque aperte scriptum est in d. l. penul. commod. l. si domum. 45. D. locat. & d. l. si seruus. 61. §. i. de furt. ubi dicitur bonæ fidei conuenire, ut in huiusmodi iudiciis doli nomine in solidum teneatur is qui dolum commisit. quæ etiam sententia est illius exceptionis, nisi quid in his amplius sit, id est, nisi præter serui furtum, domini quoque dolum intercessisse proponas. Eodem planè sensu quo in d. §. sed cum. Paulus scribit, nisi culpa mea id acciderit. Ei tamen quod dicimus mandatario aduersus mandantem in solidum actionem dari si mandatoris culpa furtum factum sit, exceptio subiicienda est, nisi mandatarij quoque culpa argui possit. Quid enim si

enim si ipse ultra custodiam seruo dederit argenti fortè vel nummorum, cum alioquin dominus nihil unquam tale fecisset: Hoc casu aliter obseruandum est, ut mandatario non in solidum, sed noxalis tantum actio detur, quomodo Africanus intelligendus est in d. l. 61. §. hæc ita puto. de furt. quamuis magnus Africanus interpres dissentiat: quem proculdubio hic Pauli locus fefellit. Ceterum nec quæuis mandatarij culpa impedit quominus in solidum agere possit; sed ea duntaxat, quæ furto causam dat, ut in exemplo illo Africanus, cum mandatarius seruo empto custodiam argenti vel nummorum ultra committit: Est enim quod sibi imputet cur commiserit cum sciret dominum nunquam tale quid fecisse. At si fortè per imprudentiam nummos suos in arca aperta reliquerit, & eos seruus emptus subripuerit, licet in culpa quodammodo sit, in solidum tamen agat, quia furto causam non dedit, nec ultra custodiã commisit.

Ad l. propter. 7. C. de adulter.

CAP. VI.



ON DVM inter omnes constat an sponsam de adulterio sponsus iure mariti accusare possit. Quidam enim sunt hac de re iuris loci in utramque questionis partem ancipites, qui nisi distinctione adhibita commode explicari non possunt. Primum autem distinguendum arbitror, an accusationis tempore maritus ille sit qui de adulterio sponsam accusare vult, hoc est eam, quæ adulterij tempore sponsa fuit, an verò sponsa ipsorum tempore accusatio instituat. Rursus si iam accusationis tempore contractum matrimonium est, an adulterium eo tempore commissum esse dicatur, quo sponsa vxor esse potuit, an eo, quo vxor nondum propter ætatem esse potuit. Si sponsaliorum tempore accusatio instituat, non puto iure mariti accusare posse eum, qui maritus non est, & ut apertius dicam, solum maritum, non sponsum iure mariti accusare posse existimo. Nam & ea, quæ vni desponsa adulterium commisit, postea alteri à patre in matrimonium tradi potest; quo casu de adulterio priorem sponsam agere non posse Papinianus respondit in l. miles. 11. §. quærebatur. D. ad leg. Jul. de adulter. non quod aliis casibus sponso sponsam iure mariti accusandi potestas concedatur, sed ut intelligamus in proposito casu, si priori sponso nupta post adulterij sponsa fuisset, futurum ut de adulterio iure mariti accusari possit. Quod ipsum tamen non in distinctè verum est, sed ita demum si adulterij commissi tempore vxor esse potuit, ea, quæ de adulterio accusatur. l. propter. 7. C. cod. quæ propter hanc causam de violata virgine adulta loquitur, itemque de eo qui postea maritus esse cœpit, ut ostendat neque eam quæ adulterium commisit, quo tempore vxor esse nondum potuit, neque etiam si vxor esse potuit iure tamen mariti à sponso accusari posse, priusquam maritus esse cœperit. Idque apertius tractat Ulpianus in l. si vxor. 13. §. si minor. 6. D. eo. ubi scribit si minor duodecim annis in domum deducta mariti, adulterium commiserit, mox apud eum ætatem excefferit, vxorque esse cœperit, non posse eam iure viri ex eo adulterio quod ante ætatem nupta commisit, accusari. Possit tamen quasi sponsam accusari ex rescripto Diui Seueri, de quo prius dixerat in §. Diui. quoque cautum est ut in sponsa etiam adulterium vindicetur, quia neque matrimonium qualicumque, nec spem matrimonij violare permittatur. Ex quo apparet non sic illud Diui Seueri rescriptum intelligi, ut sponsa iure mariti accusetur, sed ut de adulterio accusari possit, hunc iure mariti, si tempore adulterij vxor esse potuit, posteaque maritus esse cœpit is qui adulterij tempore spon-

sus fuerat, nunc iure extranei, si duo hæc, aut ex iis alterum desit. Scio esse qui in d. l. propter malunt legere, *propter violatam virginem quæ postea adulta esse cepit*, quod si rectum esset, utiq; Alexandri rescriptam cum Vlpiani responso pugnaret. Alexandri sententia esset, maritum iure viri accusare posse eam quæ adulterij tempore sponsa fuit, & impubes, & postea adulta esse cepit. Vlpiani verò, non posse hanc iure mariti accusari, sed quasi sponsam. Sed nec illud probo quod iisdem placet, illa Vlpiani verba, *quasi sponsa*, sic intelligi, ut præcesserint sponsalia, priusquam ea in mariti domum deduceretur. Potius enim ostendunt sponsalia nullæ præcessisse sed nuptias, quæ tamen propter ætatem nuptiæ non fuerunt. Vnde & Vlpianus ait, *ante ætatem nupta*. Quamquam verò sponsa fuit, tamen quasi sponsa accusari potest ex sententia rescripti Diui Severi: quo factum est, ut supra diximus, ut in sponsa quoque adulterium vindicetur propter spem matrimonij: Quæ longè maior, certè non minor est in nupta ante ætatem, licet verè nec nupta nec sponsa sit, quàm in sponsa, ob idq; iusta adueniente ætate vxor esse incipit, nec nouis nuptiis opus est, quæ in sponsa requiruntur. l. dotis promissio. 68. D. de iur. dot. Nihil igitur interest an sponsalia præcesserint, an non: si modò sine sponsalibus spes aliqua matrimonij fuit eo tempore quo adulterium commissum esse dicitur, hoc est si ante ætatem nupta fuit.

*Ad §. Cato. l. 4. D. de verbor. obligat. noua coniectura.*

CAPIT. VII.

**D**E huius §. sententia nemo vnquam fuit, qui non valde dubitauerit, aut qui in eius interpretatione sibi satisfecerit. Habet enim non modò obscurissimum tractatum, sed etiam verba vsque aded ambigua, & contraria, ut vix quicquam rectè ex iis conici posse videatur. Sed priusquam de verbis dicamus, tota quæstio, de diuiduis & indiuiduis faciendi stipulationibus breuiter explicanda est, ac paulò altius repetenda. Omnia facta, quæ in stipulationem deduci possunt, diuidua vel indiuidua sunt. Diuidua dicuntur, quæ pro parte fieri, pro parte non fieri possunt, Indiuidua verò quæ vel nulla ex parte vel in totum fieri necesse est. Prioris generis illa sunt, Agere, Ratum habere, cæteraque eiusmodi. Posterioris autem iter fieri, Habere licere, Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat, & similia. Ac in diuiduis quidem dubitatio nulla est, quin si in stipulationem deducta sint, defuncto stipulatore, aut promissore inter heredes ipso iure, & ex lege duodecim tabularum diuidatur. Sed de indiuiduis tota quæstio est, quibus in stipulationem deductis stipulatio indiuidua dicitur. Quæstio autem in eo est, an ex huiusmodi stipulationibus, promissoris aut stipulitoris heredes in solidum agere aut conueniri possint, aded vt vnus facto aduersus cæteros quoque aut in cæterorum vtilitatem stipulatio committatur. De quo eleganter & accuratè Iureconsulti Vlpianus & Paulus tractant in l. 2. §. item si in facto. l. 3. & l. 4. D. de verbor. obligat. Primum autem distinguendum est inter heredes stipulitoris, & heredes promissoris: Si promissor plures heredes reliquerit, & vnus ex iis fecerit, quod non fieri oportuit, indistinctè dici potest cæteros quoque teneri, sed familiaris eriscundæ iudicio repetere posse quod præstiterunt, ab eo, cuius facto stipulatio in solidum commissa est. Si verò stipulator pluribus heredibus relictis decesserit, & quærat ab vno ex iis prohibito, cum fortè promissum esset Per promissorem non fieri quominus stipula-

stipulatore ire agere liceat, cæteri qui prohibiti non sunt ex stipulatu experiri possint, Paulus distinguit an stipulationi pœna aliqua adiecta sit, necne. Pœna enim non adiecta stipulationem non committi, nisi pro parte eius, qui prohibitus est, quia cæterorum non interest, Pœna adiecta in solidum committi stipulationem, hoc est, ita vt quisque pro parte hereditaria ex stipulatu agere possit, quia pœnæ adiectio efficiat vt quærendum non sit an singulorum interest, sed illud duntaxat inspicendum quæ sit quantitas, & conditio stipulationis, vt licet nihil agentium interest, stipulationis conditionem extitisse sufficiat. Sed tamen qui prohibiti non sunt si ex stipulatu agant doli exceptione submoueri poterunt, vt Paulus monet in §. vlt. d. l. 2. quoniam ipforum nihil interest, satisq; promissor in eo puniatur, quòd ei, qui prohibitus est, præstat quanti ipsius interest. Huius porò dissimilitudinis, quam inter stipulitoris & promissoris heredes constitutum, rationem Vlpianus reddit in l. 3. eod. quòd interest prohibiti à nemine prohiberi: coheredum verò illius qui prohibitus est, nihil interest coheredem prohibitum fuisse. Sed hæc quoq; sub distinguendum arbitror, an sic concepta stipulatio sit, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi, heredique meo agere liceat*, an ita vt heredis mentio non fiat, hoc modo, *Per te non fieri quominus mihi agere liceat*. Ac priore duntaxat casu verum esse arbitror quòd in d. l. 2. §. vlt. & l. 3. dicitur promissoris heredes omnes vnus facto teneri, & vno ex stipulitoris heredibus prohibito, in cæterorum quoque persona stipulationem committi. Nam si heredis mentio in stipulatione facta non sit, magis esse puto vt neque alius promissoris heres teneatur quàm is per quem factum est quominus stipulatore ire agere liceat, neque ex stipulitoris heredibus quisquam ex stipulatu agere possit præter eum qui prohibitus est. Idq; meo iudicio faciunt verba stipulationis, ex quibus quæstiones omnes, quæ de stipulationibus incurrunt, decidi & terminari debent. Si enim cum ab vno ex promissoris heredibus prohibitus esses, aduersus alium à quo prohibitus non es experiaris ex ea stipulatione in qua heredis mentio facta non sit, obiici tibi poterit ex iis verbis stipulationis, *Per te non fieri alium conueniri non posse*, quàm per quem factum est: per eum verò nihil factum esse contra quem experiaris. Aut si cum coheres tuus prohibitus esset, non tu stipulationem in tua quoque persona commissam esse intendas, & quæ tibi obiici poterit ex iis stipulationis verbis, *quominus mihi ire agere liceat*, nullam tibi actionem acquisitam esse, cui, si velis, ire agere liceat. Quòd si heredis mentio in stipulatione adiecta sit, prohibentis coheres recusare non potest quominus pro sua parte actionem excipiat: cum ad hoc sufficiat *Per heredem* factum esse ex iis stipulationis verbis, *neque per heredem*. Quemadmodum & coheres illius, qui prohibitus est, ex iis verbis, *heredique meo*, rectè ex stipulatu agere potest, licet prohibitus nō sit, quia ad hoc vt stipulatio committatur, sufficiat heredem stipulitoris prohibitum esse. Quòd si neque promissoris neque stipulitoris persona demonstrata sit, sed ita fortè concepta stipulatio sit, *iter fieri, habere licere*, idem dicendum est vt omnes promissoris heredes teneantur, licet per eos nihil factum sit, itemque omnes stipulitoris heredes agere possint, etiam qui prohibiti non sunt, quia stipulationis verba aliud non requirant quàm vt iter factum non sit, non inspecto eo an per te, an per alium, me petente an coherede meo factum non sit. His verò cognitis explicandus nobis est §. Cato. In eo primum Catonis distinctionem Paulus refert, vt pœnâ certæ pecuniæ promissa, Si quid aliter factum sit, mortuo pro-

missore, si ex pluribus heredibus vnus contra quàm cautum est fecerit, ab omnibus pœna committatur pro portione hereditaria, si id factum, de quo cautum est, indiuiduum sit, veluti *iter fieri*. Ab vno verò pro portione sua si diuisionem recipiat, veluti, *amplius non agi*. Cuius differentiarum rationem illam Cato reddebat, *quòd in priore casu omnes commisisse videntur, quòd nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*. Hæc enim §. verba sunt. in quorum tamen constructione magnus interpretum labor est, neque sanè videntur commodè construi posse, nec si Priscianum, cæterosque nobiliores Grammaticos consulamus. Primum enim *peccari illam stipulationem* latinè dici non potest pro *committi stipulationem*, vt parum acutè quidam scripserunt, existimantes dici solere *committi stipulationem*, pro *committi in stipulationem*, quòd falsum est. Nam committi stipulationem aliud non est, quàm diem aut conditionem stipulationis cedere: quomodo dicimus *comittitur stipulatio*. At *peccatur stipulatio* quis dixerit? Sed neque ita Paulus scribere potuit *quòd nisi in solidum committi non poterit illam stipulationem*. Palam enim scribendum esse *committi non poterit illa stipulatio*: Deindè stipulatio *Iter fieri* longè differt. ab illa *Per te non fieri*, &c. vt supra diximus. Quòd cum ita sit, inepta erit Pauli ratio, si sic intelligatur, vt in stipulatione *iter fieri* idè omnes coheredes stipulationem commisisse videantur, quòd nisi in solidum peccari non potuerit aduersus illam stipulationem *Per te non fieri*, &c. Ineptior verò si ex Duareni sententia (qui Taurellum secutus omnium pessimè locum hunc interpretatus est) verba illa, *quòd nisi in solidum peccari non poterit*, parenthesi circumscribamus, & sequentia *illam stipulationem* ad præcedentia illa referamus, *omnes commisisse videntur*. Idè clarum & apertum est. Proinde iam dubitari non oportet quin Florentina & communis, qua nunc vtimur, lectio emendanda sit, ac potius ita legendum *quòd in priore casu omnes commisisse videntur quòd* (sine accentu pro id quòd, non pro quia) *nisi in solidum peccari non potuit, vt in illa stipulatione Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*. Quòd à me superioribus annis obseruatum, & nobilissimo mihi que charissimo adolescenti Alexandro Guerino communicatum, cum singulis tituli de verbor. obligat. leges communi studio & diligentia percurreremus, postea in veteri libro sic scriptum comperi, cuius autoritas me in priore sententia magis ac magis confirmauit. Habet verò hæc lectio sententiam perelegantem, ex qua rationem differentiarum à Catone redditam eam esse intelligimus, vt in priore casu, hoc est in stipulatione *iter fieri*, vno non faciente stipulatio in solidum committatur, quia videantur omnes coheredes commisisse id quòd nisi in solidum committi & peccari non potuit. Posteriore autem casu, hoc est in stipulatione *amplius non agi*, non videtur omnes commisisse quòd in partem committi potuit, quòd tamen à Catone prætermisum est, quasi id ex præcedentibus, & comparatione stipulationis *iter fieri* satis intelligeretur. Hanc porro stipulationem *iter fieri* Cato illi similem esse dicebat *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, vt hæc quoque in solidum committatur aduersus omnes promissoris heredes, si per aliquem ex iis factum sit quominus mihi ire agere liceat: quia quòd per vnum fiat, per omnes factum esse videatur. Sed hanc Catonis similitudinem Paulus reprobatis verbis, *sed videamus ne non idem hic sit*, id est ne non satis rectè stipulatio hæc, de qua proximè dictum est, *Per te non fieri*, &c. similis esse dicatur illi *iter fieri*: At potius similis sit illi *Titium heredemque eius ratum habiturum*, vt quemadmodum ex hac solus ille heres tene-

tur qui

tur qui ratum non habet, & solus is agit à quo petitum est: ita ex illa, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, solus ille teneatur stipulatori per quem factum est quominus ei ire agere liceret, & ex pluribus stipulatoris heredibus alius experiri non possit, quàm cui ire agere non permittitur. Atqui, inquires, manifesta est inter huiusmodi stipulationes differentia, cum stipulatio De rato factum indiuiduum contineat, illa verò, *Per te non fieri*, &c. factum indiuiduum. Et hoc nimirum est in quo Cato fallebatur, nihil interesse existimans an heredis mentio in stipulatione facta sit, an non, sed illud tantum distinguens an indiuiduum, an indiuiduum factum stipulatione contineatur: cum tamen prior quoque distinctio necessaria sit, & manifestam rationem habeat, quam nos supra explicauimus. Quòd si obicias in stipulationibus indiuiduis per omnes factum videri, quòd per vnum ex omnibus factum est, Respondebo id eò pertinere, vt si heredis mentio facta sit, sufficiat aliquem ex heredibus id fecisse quòd nisi in solidum facere non potuit. Sed stipulatione sic concepta, vt illius tantum persona demonstrata sit, per quem fiat id, de quo non faciendo stipulatio interponitur, hac ratione abuti non debemus, vt quòd ab vno ex heredibus factum est, à cæteris omnibus factum esse interpretemur. Verum enim est per eos nihil factum fuisse. Idè; eo magis probandum est, quòd Paulus de ea stipulatione loquitur, cui pœna subiecta est: quo casu absurdum non est pœnam, exigi ab eo per quem factum est pro ipsius portione hereditaria, tum ex stipulatione aduersus alios agi, vt per eos non fiat quominus stipulatori ire agere liceat. Cum pœna promissa non est, non ita explicari res potest. Is enim per quem factum est, in id quòd stipulatoris interest conuenitur, nec nisi pro portione sua hereditaria. Vnde fit vt aduersus cæteros quoque ex stipulatione agi necesse sit ad id quòd interest cum stipulatoris in solidum inter sit à nemine prohiberi, quia huiusmodi factum indiuiduum est. Idè; licet in stipulatione heredis mentio facta non sit. At pœna præmissa, quæ commodè diuidi potest, nec impedit quominus in solidum ex stipulatione agi possit aduersus cæteros per quos nihil adhuc factum est, vt stipulatorem ire agere patiantur, commodè hæc interpretatio admitti potest, vt pœna exacta ab eo qui prohibuit pro ipsius portione hereditaria, cæteri nullo modo teneantur, si modò per eos non fiat quominus stipulatori ire agere liceat. Obseruandum verò est, quòd mirificè distinctionem nostram confirmat, omnibus iuris locis quibus dicitur stipulationem hanc *per te non fieri*, &c. vno prohibente in solidum committi, ita stipulationem concipi vt heredis mentio fiat, veluti in l. heredes. 25. §. in illa. D. famil. ercisc. l. 2. §. item si in factio. l. 3. l. in executione. 85. §. quòd si stipulatus. D. de verbor. obligat. Accursus, cuius temporibus nondum corrupta erat vera lectio quam veterem fuisse dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo Catonem in eo, quòd stipulationem *Iter fieri* illi similem esse dicebat *Per te non fieri*: sed quid sibi Paulus velit non intellexit, vt ex ipsius glossis perspicere quiuisset potest, maxime verò ex glossula in illis verbis *non fieri*, in qua notat eandem esse illam stipulationem de qua prius idem Paulus dixerat in l. 2. §. item si in factio. Quòd si admittas, planè non video quænam eius loci sententia aut interpretatio excogitari possit. Cæteræ, quæ in hunc vsque diem ab aliis excogitatae sunt, tam improbabiles & à Pauli verbis alienæ sunt, vt vix dignæ videantur, quæ vel referantur, vel ratione potius quàm silentio refellantur.

Emendatio §. vlt. l. 4. de verbor. obliga. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdicitum. de oper. noui nunciat.

## CAP. VIII.

**Q**UONIAM superiore capite de indiuiduis stipulationibus diximus, & §. Cato. l. 4. de verb. oblig. explicauimus, placet hoc etiam capite aliquid addere de sententia & emendatione §. vlt. d. l. 4. cuius lectio mihi corruptissima esse videtur. Neque enim verum est, quod Paulus in eo scribit ex parte stipulatorum utilitatis causa receptum esse, vt si is qui duplam stipulatus est decesserit pluribus heredibus relictis, vnusquisque ob euetionem suæ partis pro portione sua actionem habeat, idemque esse in stipulatione fructuaria, damni infecti, & ex operis noui nunciatione. Nam & idem Paulus in l. 2. §. incertam. de Prætor. stipul. scribit in huiusmodi stipulationibus, & similibus, quæ incertam quantitatem, hoc est, eius quod interest præstationem continent, summa ratione fieri, vt vno ex stipulatoris heredibus vincente in partem eius stipulatio committatur: hoc enim facere verba illa stipulationis, *quanti res est*. At quod summa ratione fit, utilitatis causa receptum esse dici non potest, nec summam rationem interpretari possumus æquitatem à stricta ratione differentem, si verum est quod in d. §. incertam. Paulus ait, id fieri ex ipsis verbis stipulationis. Quod enim tale est, videri non potest fieri ex æquitate rationi strictæ contraria. Nec rursus dici potest, quod quidam tentauerunt, utilitatem eo loco pro eo quod interest vsurpari. Etsi enim quibusdam iuris locis eo sensu utilitatis appellatio sumitur, tamen vix est vt in proposita quæstione sic accipiatur, cum ea demum utilitatis causa recepta esse dici soleant, quæ contra summam strictamque iuris rationem ex æquitate recepta sunt. Accursij quoque interpretatio displicet, qui ad d. §. incertam. notat summam rationem fieri vt inter promissoris heredes obligatio diuidatur, cum tamen apertè lex dicat summam rationem fieri, vt vno ex heredibus stipulatoris vincente in partem eius stipulatio committatur: idque fieri ex illis verbis stipulationis, *quanti res est*, quæ nihil aliud significant quam id quod interest. l. vlt. D. eod. Heredum verò stipulatoris amplius non interest quam pro hereditaria cuiusque portione. Summa igitur ratione fit nõ utilitatis causa, vt pro sua quisque parte ex stipulatu actionem habeat. Neque tamen id ita accipi velim, quasi existimem in personis heredum promissoris, defuncti obligationem non scindi. Quod enim scriptum est in d. §. incertam. *quamuis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem à defuncto stipulationem diuersam conditionem cuiusque facere*, non eò pertinet vt corrigatur quod prius dictum erat, scindi obligationem in personis heredum: sed vt intelligamus eam inter promissoris, & stipulatoris heredes differentiam esse, quod quamuis in omnibus idem ius sit, tamen in promissoris heredibus utilitatis causa receptum est, quod in persona heredum stipulatoris summa & stricta iuris ratione obtinet. Iuris enim ratio facere videtur, vt ex persona heredum obligationis conditio non immutetur. l. 2. §. ex his: de verbo obligat. Ipsi autem promissori pro parte nec restitutio nec defensio contingere potest, quin si in solidum stipulationi non satisfecerit, in solidum condemnatur. dict. l. 4. in fin. At quoniam id quod stipulatori præstandum est commode diuisionem recipit, & iniquum videtur eum qui hereditatis partem tantum habeat integrum onus sentire, utilitatis causa receptum est vt obligationis conditio in promissoris heredum persona immutetur. Quod si ita est, eorum interpre-

rum interpretatio probabilis non videtur qui in d. l. 4. §. vlt. verba illa, *ipsi autem promissori*, sic explicant, *ex parte promissoris*, vt quod de ipso promissore Paulus ait, de promissoris heredibus intelligatur. Hoc enim nec Pauli verbis, nec iuris rationi conuenit, ex qua verum est promissoris heredes partis præstatione liberari. l. in executione. 85. §. in solidum. l. cum ex causa. 139. de verb. obl. l. ex damni. 40. §. pen. de damn. infect. l. supra. 11. §. officium. D. aquæ pluuiarum. Denique nulla hac parte inter promissoris & stipulatoris heredes differentia est, nisi quod in his summa & stricta iuris ratione, in illis verò ex equitate, & utilitatis causa defuncti obligatio scinditur. d. l. 2. §. incertam. de Prætor. stipulat. Vnde conicio in d. l. 4. §. vlt. de verb. oblig. malè scriptum esse, *Hæc utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt*, idque potius ex imperiti interpretis glossa in textum irrepisse. Sequitur vt videamus de emendatione l. Prætor. 20. §. hoc autem interdicitum. (ex illis namque verbis initium §. sumendum est, non ex illis, *adiicitur & illud*) D. de oper. noui nunciat. Illud enim mirum atque ad eò falsum est quod Vlpianus ait, si is qui in publico ædificat non satis dederit, sed tantum repromiserit, posse eum prohiberi quominus ædificet, nec permittendum esse in publico ædificare, prius quam appareat quo iure quis ædificet. Etenim certi iuris est, in noui operis nunciatione cum de repromissione aut satisfactione quæritur, ita obseruari vt de eo opere quod in priuato fit, satisfari: de eo verò quod in publico, duntaxat repromitti oporteat. l. 1. §. stipulatio itaque. de Prætor. stipul. In quo differt noui operis nunciatio à damni infecti stipulatione, in qua ex contrario sic distinguitur vt ratione eius quod fit in flumine publico satisfactionem exigat: pro re verò propria, nuda repromissione contenta sit. d. l. 1. §. item ex causa. l. Prætor. 7. §. 1. l. qui bona. 13. §. 1. D. de damn. infect. Cuius dissimilitudinis illa fortasse ratio est, quod publice interfit rei publicæ damnum non fieri, eaque res magni momenti sit. At nouum opus fieri in flumine publico non ita magni esse momenti, & is qui in publico ædificanti nouum opus nunciat, de alieno iure contendit non de suo, & tanquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debet, vt Paulus ait in l. non solum. 8. §. si cum possem. de oper. noui nunciat. Vt cumque verò sit, illud apertissimum est, ei qui nouum opus nunciat ædificanti in publico repromittendum duntaxat non etiam satisfandum esse: neque defendi posse sententiam d. §. hoc autem interdicitum. quia cum nihil interfit an qui in publico ædificat, repromittat: an qui in priuato, satisfidet, l. de pupillo. 5. §. si is cui. D. eo. apparet Prætoris interdicitum, quo vim fieri vetat ei qui pro opere facto in loco priuato satisfedit, ad eum quoque protrahi debere qui ratione operis in publico facti repromisit, vt nõ magis huic quam illi vim facere liceat quominus ceptum opus perficiat. Sed me illud etiam mouet, quod cum interdicitum verbis nihil de loco publico dicatur, incongrua & parum accommodata videtur ratio illa, *neque enim permittendum fuit in publico ædificare, &c.* Quorum enim in publico? An quod in priuato ædificans repromissione liberetur? Id verò dici non potest, nec vlla alia probabilis eorum verborum sententia excogitari: nullam certè hactenus excogitatam esse intelliges, si Accursij glossas, aliorumque omnium interpretum Commentarios inspicias, & perlegas. Igitur probabile est ea verba, *in publico*, sic emendanda esse vt legamus *in eo loco*, que interdicitum verba sunt d. l. Prætor. 20. in princ. & §. deinde. Est enim conueniens in interdicitum interpretatione, ipsius interdicitum verbis Vlpianum usum esse. Significat autem *in eo loco in quæ nuntiatur est ne quid noui operis fieret*, vt ex toto

interdicti contextu intelligi potest. Illa verò sequentia, *prius quam appareat quo iure quis ædificet*, quæ etiam Accursius malè explicat, sic accipienda sunt, priusquam satisdatum sit: nam vt in §. præcedente Vlpianus ait, interposita satisfactio, nihil interest an iure, an iniuria quis ædificet, cum securus sit is qui opus nouum nuntiauit posteaquam ei cautum est.

*Ad l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & l. pater. 10. D. de cap. & postlimin.*

## CAPVT IX.

**I**N QVÆSTIONE illa, an pupillaris substitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & pupill. substit. monet distinguendum esse, an pater, an filius apud hostes decessisse proponatur. Etenim patre apud hostes mortuo, si post ipsius captiuitatem filius in ciuitate decesserit, siue viuo adhuc, siue mortuo patre pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cætera omnia quæ testamento ante captiuitatem facta continentur. Ratione illa, quod licet filius viuo patre sui iuris effectus esse videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non rediit ab hostibus iam ex eo tempore quo captus est decessisse intelligatur, vt aduersus quorundam sententiã Papinianus disputat in l. pater. 10. in princip. D. de capt. & postlimin. Sed si patre in ciuitate mortuo filius apud hostes decesserit, idem Iulianus in d. l. lex Cornelia. subdistinguum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in hostium potestatem peruenerit. Priore casu legi Corneliæ locum nõ esse, quia per eam non efficiatur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit. Id quæ nullam recipit dubitationem. At posteriore casu non incommodè dici hereditatem pupilli ex ea lege ad ipsius substitutos pertinere. Hic verò casus est de quo probabilius dubitari potest. Nam Papinianus in d. l. pater. §. vlt. disertè scribit legem Corneliã de tabulis secundis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset. Quod si ita est, pupillares tabulas in proposito casu ex lege Cornelia confirmata esse dici non potest, licet ibidem Papin. subiiciat Prætorem non minus patris, quàm legis voluntatem subsequi debere, & substituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius ostendit ex lege Cornelia substitutionem pupillarem non confirmari, quæ si confirmaretur directæ non vtiles actiones substituto darètur, cum lex Cornelia & hereditatem, & heredem faciat. l. filiusfamilias. 18. D. ad leg. Falcid. l. captum. 9. l. ius postliminij. 14. C. de postlimin. reuerf. Ex quo refellitur eorum adnotatio, qui ex lege Cornelia vtiles tantum actiones dari existimant. id quæ probari putant ex d. l. pater. 10. §. vlt. vbi tamen non à lege sed à Prætore vtiles actiones substituto dandas esse dicitur. Ideo autem directas Prætor non dat, quia heredem facere non potest. §. quos autem. Instit. de bonor. possess. Nec rursus dici potest, quod iidem volunt, Prætorem ex mente legis Corneliæ vtiles actiones substituto dare, cum apertè Papin. dicat legem Corneliã de secundis tabulis nihil locutam esse, quin eius personam tantum demonstrasset, qui testamenti factionem habuisset. Et quemadmodum ineptè quis diceret Prætorem ex mente legis 12. tab. vocare emancipatos ad successionem intestatorum parentum, licet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & suorum agnatorumque duntaxat personam demonstrauerit, ita rectè meo iudicio dici non potest ex mente legis Corneliæ pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta est, nec intelligi potest, cum ex contrario eius personam demonstrauerit

strauerit qui testamenti factionem habuisset. Et quod Papinianus ait non esse alienum Prætorem subsequi non minus patris quàm legis voluntatem, non sic accipi debet vt non minus ex legis, quàm ex patris voluntate substituto vtiles actiones à Prætore dentur, sed sic potius, vt quemadmodum ei qui legitimam impuberis captiui hereditatem lex Cornelia defert, Prætor bonorum possessionem dat ad tuendam legis Corneliæ voluntatem, (nam legum quoque tuendarum causa plerumque bonorum possessionem dat, l. sed cum patrone. 6. §. pen. D. de bonor. poss.) ita ei quem pater filio impuberi substituit vtiles ex testamento actiones decernat, vt rectam & sanam patris voluntatem conseruet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Sufficit enim, nihil Prætorem contra legem facere, licet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis faciat. l. necnon. 28. §. quod eius. D. ex quib. caus. maior. Atque ita Papinianus intelligendus est in d. l. pater. §. vlt. non quomodo cum ratio cinari comminiscuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse*, pro *quoniam*, malunt legere *quamquam*. Cum tamen si queratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliã deferatur, accommodatior ratio reddi non possit, quàm quoniam verum est ne impuberem quidem testamenti factionem habuisse. Id enim consequens est ei quod prius Papinianus dixerat, legem Corneliã de secundis tabulis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Quod de successionem testati intelligendum esse apertissimum est: nã successionem intestati illud impedire non potest quod testamenti factionem non habuerit is de cuius successionem agitur: alioqui nec pupilli, nec furiosi, similitumque personarum hereditas ab intestato vlla esset, quod falsum est. l. 1. de suis & legitim. l. bona. 22. D. de capt. & postlim. quæ cum ita sint, illa adhuc dubitatio superest, Cur Iulianus in dict. l. lex Cornelia. pupilli hereditatè in proposito casu ex lege Cornelia ad ipsius substitutos pertinere responderit. In Florentinis quidem legitur, *non commodè dicitur*, quæ lectio omnè hanc dubitationem tollit. Sed cum in sequenti casu, Si viuo patre filius in hostium potestatem peruenerit, in quo diuersum ius constituere Iulianus videtur, legi Corneliæ locum non esse existimet, Florentina lectio probabilis non est: ac longè probabilius dici potest verba illa, *ex ea lege*, sic accipienda esse vt legis Corneliæ fictio ad eum quoque casum protrahatur, Si mortuo patre filius ab hostibus captus sit, non quod ex eiusdem legis potestate substitutus pupillo heres esse possit, sed quia ei Prætor vtiles actiones det, quas vtique non daret si non ad hunc quoque casum legis Corneliæ fictionem accommodaret. Dico fictionem, non potestatem, quoniam verum est legis Corneliæ potestatem quæ illa est vt hereditatem, & heredem faciat hoc casu inductam non esse, vt ex superioribus apparet, Plane fictionem inductam esse, hoc est vt filius impubes apud hostes mortuus in ciuitate decessisse videatur. Atque hoc Accursius nõ intellexit, qui simile esse putat quod de lege Falcidia scriptum est in l. 1. §. ad eos. D. ad leg. Falcid. legis Falcidiæ potestatem per Prætoris edictum in iis quoque inductam fuisse qui omnia causa testamenti hereditatè possident. Hoc verò Prætor facere potuit, cum legis Falcidiæ potestas alia non sit quàm vt heres totius hereditatis quadrantem habeat, eò magis quod ex eiusdem Prætoris iurisdictione fit vt aduersus heredem, qui omnia causa testamenti ab intestato hereditatem possidet, legatariis actio detur, quibus nulla iure civili competeat. l. 1. D. si quis omiff. caus. test. Illud autem, vt legis Corneliæ potestas in pupillaribus

tabulis de quibus locuta non est inducatur, facere Prætor non potuit, quoniam nec heredem facere potuit. Alter casus æquè dubitabilis est, si filius in ciuitate viuo patre captiuo decesserit, An ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmantur si pater apud hostes decesserit. Et ad hanc quæstionem respondens Papinianus in l. quod si filias. ii. de capt. & postlim. ait nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, siue quoniam viuo patre filius familias mori intelligitur, siue quoniam non reuerso eo, exinde filius sui iuris fuisse videatur ex quo pater hostium potitus est. Quod rectè Accursius sic interpretatur, vt siue reuerso, siue non reuerso patre pupillares tabulæ irritæ fiant, quas corruiere certum est, siue viuo patre filiusfamil. decedat, siue de patris potestate exeat. l. coheredi. 41. §. cum filia. D. de vulgar. Nec obstat quod quidam obiciunt patrem qui ab hostibus reuersus non est ipso captiuitatis momento decessisse retrofingi, proinde pupillum in ciuitate mortuum post patrem decessisse videri. Recta enim collectio non est, cum ad filij personam legis Corneliæ fictio non pertineat: verum autem sit filiam, qui patre viuo decessit, eodem viuo de ipsius potestate exiuisse. Neq; similis ratio est filij post patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur in d. l. pater. in prin. Hunc enim quia patri superfuit, verum non est de patris viui potestate exiuisse qui ab hostibus quocumq; rediens filium in potestate habere potuit ex postliminij fictione. At cum filius patre apud hostes viuo moritur, postliminij spes extinguitur, & quo temporis instanti filias moritur certum esse incipit patrem quocumque redeuntem numquam filium in potestate habiturum. Vnde fit quod Papinianus ait, vt filius exinde sui iuris fuisse videatur, ex quo pater ab hostibus captus est. Et hoc quoque Accursius non intelligens, malè Bulgari sententiam sequitur, qui in illis verbis, videtur fuisse, negationem addendam esse existimabat. Cui sententiæ aduersatur l. pe. D. de suis & legit. in qua idem Papinianus respondet, si pater apud hostes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium videri patrem familias decessisse, ideoq; heredem habere posse. Quod tamen de legitimo herede accipiendum esse titulus ipse demonstrat, neque ad pupillariter substitutum protrahi potest, quoniam quæ ratio facit, vt filius legitimus heredem habeat, scilicet quia pater familias decessisse creditur, eadem pupillarem substitutionem impedit, & extinguit, quæ aliter valere non potest quàm si filius in patris viui potestate retineatur, tum patre mortuo, impubes moriatur. Quod si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decedant, Papinianus in d. l. ii. de capt. & postlim. ait sufficere substituto legem Corneliæ, id est, vt ego interpretor, necessarium non esse Prætoris auxilium, quod in posteriore legis præcedentis specie necessarium esse dixerat. Sed hoc ita demùm, si filius reuersus in ciuitate impubes decedat. Ita enim Papinianum intelligendum esse rectè omnes conueniunt, & constat ex l. si pater. 29. de vulgar. vbi ex Scævola eadem sententia proponitur. Ex his verò intelligimus etiam si pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditatem ex lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum pertinere. d. l. lex Cornelia. 28. §. vlt. eod. vbi sine ratione quidam legere malunt *impubes*, quàm *pubes*. Cum tamen de illo casu, quo filius viuo patre captus decedit apud hostes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus dixerit, & verba illa, *quare etiam si*, de nouo casu eum tractare manifestè ostendat. Nouus autè casus est cum filius pubes viuo patre captus apud hostes decedit patre ià defuncto in ciuitate, in quo de pupillari substituto tractari

to tractari non potest, cum pubertate substitutio pupillaris finita sit, sed de legitima duntaxat patris, & filij hereditate, hoc est an fictione legis Corneliæ aliqua filij hereditas esse intelligatur, quæ ad proximum agnatum pertineat, an verò solius patris hereditas sit quæ ex lege duodecim tabularum proximo agnato deferatur. Et quemadmodum filio impubere mortuo apud hostes patre in ciuitate viuo, lex Cornelia pupillarem substitutionem non confirmat, quia per eam non efficitur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, ita filio pubere mortuo lex Cornelia facere non potest vt eius hereditas aliqua sit quæ ad proximum ipsius agnatum pertineat. Ad eum igitur patris hereditas ex lege duodecim tabularum pertinebit. d. §. vlt. in quo verba illa, *ad agnatum proximum*, generaliter intelligenda, & tam ad filij quàm ad patris hereditatem referenda sunt: quod ab emendatoribus non obseruatum errori, & emendationi causam dedisse videtur.

*Iuliani, & Papiniani ab Africano dissensio.*

C A P V T X.

**V**L I A N V S. in l. eum qui. 56. §. qui sibi. D. de verb. oblig. scribit, Patre sibi aut filio suo dari stipulante, filij personam solutionis tantum gratia in stipulatione adiectam intelligi, & idè siue manenti in potestate, siue emancipato filio rectè solui posse. Cui Papinianus consentit in l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quæsitum. & §. vsumfructum. D. de solut. quibus locis ait filium solutionis gratia adiectum videri, & ei qui solutionis gratia adiectus est capitis diminutionem non nocere quominus ei rectè solui possit, quia & sic stipulari possum, Mihi aut Titio cum capite minutus erit, dari? Sed huic Iuliani, & Papiniani sententiæ Africanus ex diametro repugnat in l. cum quis. 38. in princip. D. eo. vbi adiecto solutionis causa non aliàs rectè solui posse ait, quàm si in eodem statu maneat quo fuit cum stipulatio interponeretur. Proinde siue in adoptionem, siue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel seruus factus sit, non rectè ei solui, quia stipulationi conuentio hæc tacitè inesse videatur, si in eadem causa maneat. Siue igitur maxima, siue media, siue minima capitis diminutio interuenerit, (singularum enim exempla Africanus ponit) Africani sententia est adiecto capite minuto solui non posse: & quamuis de filio emancipato non loquatur, ratio tamè qua vitur ostendit separandam non esse hanc capitis diminutionem à cæteris, licet in meliorem statum mutari videatur is qui sublato patriæ potestatis vinculo pater familias sit. In quo manifestè Accursius labitur, nec animaduertit idè de eo dici posse, qui cum stipulationis tempore seruus esset postea manumissus est. Hunc enim è seruitute in libertatem vindicatum, in meliorem statum mutatum esse certum est, & tamen ei solutionis gratia adiecto, post manumissionem solui non posse Africanus supradicto loco scribit. Similis quoq; eorū error est, qui apud Iulianum, filium solutionis gratia adiectum iam stipulationis tempore emancipatum fuisse dicunt, cum verba illa, *vel manenti in potestate, vel emancipato filio rectè soluitur*, solutionis non stipulationis tempus demonstrant. Et sequentia, *neque ad rem pertinet, quod qui filio suo dari stipulatur sibi acquirit*, de eo intelligi non possunt qui stipulationis tempore emancipatus fuit: quemadmodum nec illa præcedentia, *neque inter est sibi aut extraneo cui libet, an sibi aut filio suo quis stipuletur*, cum filius emancipatus verè extraneus sit, l. quinetiã. 55. §. vlt. de rit. nu. nec vlla dubitandi ra-



tio sit quominus filio emancipato dari pater stipulari possit, si modò coniuncta sua persona stipuletur. Alioqui si solius filij personam comprehendat, stipulationem illa ratio impedit, quòd extraneo stipulari nemo possit, nò quòd pater, qui filio suo stipulatur, sibi acquirere intelligatur. Atq; huic interpretationi cògruit Iuliani ratiocinatio, qui ex eo quod dixerat nihil interesse an sibi aut extraneo an sibi aut filio suo in potestate constituto quis stipuletur, infert eidem filio solutionis gratia adiecto solui posse, siue in potestate manenti, siue emancipato, scilicet post stipulationem, vt recta, & accommodata illatio sit. Sic quod Papinianus scribit in d. l. Stichum. §. vsumfructum. de solut. si mihi aut Titio vsumfructum dari stipulatus sim, Titio capite minuto facultatem soluendi Titio non intercidere, de illo accipi non potest qui iam stipulationis tempore capite minutus erat, alioqui stipulationis verba sic concipi oportuit, *Mihi aut Titio capite minuto vsumfructum dari*, & ridiculus esset Papinianus, qui de illo quereret, quod dubitationem nullam haberet, ineptior verò illa ratio, *quia & sic stipulari possumus, Mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari*. Nā qui negat solutionis causa adiaci posse eum qui stipulationis tempore capite minutus est, illud multo magis negaverit, posse quem solutionis causa adiaci in id tempus quo capite minutus erit. At elegans erit Papiniani ratiocinatio, si sic intelligatur, vt adiecto solutionis causa post stipulationem capite minuto solui nihilominus possit, quia & ab initio stipulatio potuerit ita concipi vt adiecto solueretur, cum capite minutus erit, vt intelligantur per capitis diminutionem nihil accidere propter quod stipulationis còditio immutari debeat, præsertim verò, cum is qui solutionis causa in stipulatione adiacitur, aliā ob causam nò adiaciatur, quam vt ei rectè soluere possit, cuius fidē stipulator exploratam habet: quæ per capitis diminutionē non diminuitur. Negandū igitur est ex Papiniani sententia, quod Africanus existimat stipulationi, in qua solutionis causa aliquis adiacitur, tacitè conditionem illam inesse, si in eadem causa maneat is qui solutionis causa adiectus est. Hoc enim nimis scrupulosum est, nec rationem vllam habet, præter asperam iuris subtilitatem, quæ efficit vt per capitis diminutionem persona immutari intelligatur, quæ tamen reuera eadem manet. Ad quod respiciens Papinianus, eo argumento vtitur, quia & sic stipulari possumus, *Mihi aut Titio cum capite minutus erit dari*? Neq; tamen eodem argumentandi genere probare possis, quod quidam obiiciunt, vsumfructum capitis diminutione non amitti, quia in id tempus constitui possit quo quis capite minutus erit. Dissimilis enim ratio est vsumfructuarij, & eius qui nò nisi solutionis causa adiacitur. Vsumfructus per capitis diminutionē amittitur, quoniā personæ debetur, is verò qui capite minuitur alius quodammodo esse videtur. l. 2. & 3. D. de capit. minut. l. seruus. 27. §. vl. D. de adim. legat. Proinde extincta persona cui vsumfructus debebatur, ipsum quoque vsumfructum extingui necesse est. l. 3. §. vlt. quib. mod. vsumfruct. amitt. Sed qui solutionis causa adiacitur, licet per capitis diminutionem mutari videatur, nò idèd tamen solutionem accipiendi facultatem amittit, quandoquidem nouum non est, vt qui solutionis gratia adiectus sit, alteri quàm ipsi soluatur, vt contingit si furiosi, vel pupilli persona adiecta sit: Nam ita tutori vel curatori pecuniam rectè dari, sicuti conditionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur. Quod igitur in duabus personis recipitur, quæ reuera diuersæ sunt, vt altera solutionis gratia adiaciatur, alteri verò soluatur, nimirum quoniam vel pupillum vel furiosum in stipulatione solutionis causa adiacit,

sa adiacit, tutoris, aut curatoris potius, quàm pupilli aut furiosi personam respexisse, & fidem secutus esse intelligitur, idem multò magis in vna, eadèque persona recipiendum est, vt quæ solutionis gratia adiecta est, licet iuris fictione per capitis diminutionem, & status mutationem alia esse videatur, non idèd tamen solutionem accipiendi potestatem amittat, quandoquidem ipsius fides, quam ab initio stipulator secutus est, eadem prorsus est, quæ stipulationis tempore fuit, neque, vt supra dictum est, per capitis diminutionem diminuitur.

Emendatio l. pen. D. de iur. codicill.

CAPVT XI.

**I**N SPECIE l. pen. D. de iur. codicill. elegans quæstio proponitur, An filius ad quem pater codicillos scripserat, patre postea intestato defuncto, natòq; posthumo, ea quæ in codicillis relicta sunt præstare compellatur, & an pro dimidia parte duntaxat, an in totum. Ac quidem agnatione sui heredis codicillos euauisse dici non potest, quoniam, vt eleganter Paulus ait in l. ab intestato. 16. D. eod. ab intestato factis codicillis successerit, locū habent codicilli, quorū ab intestato vnus tantum casus est. Sed de illo magis Marcellus dubitat, ac longè probabilius dubitari potest. An in totum, an pro parte duntaxat præstare filius debeat ea quæ à se in codicillis relicta sunt. Nam posthumum ad quem testator codicillos non scripsit, & de quo, vt Marcellus loquitur, codicillorum tempore nihil sperauit, ad eorum quæ in codicillis relicta sunt præstationem vrgeri, absurdum atque adèd iniquum esset, licet natus hereditatis partē fratri ab intestato auferat. Quamquā autem Marcellus apertè scribit, pro parte dimidia duntaxat filium ad quem codicilli scripti sunt conueniri posse, dubitatio tamen ex eo nascitur, quod paulò post subiicit, in alia specie, cum quis duobus superstitibus filiis decedens ad alterum duntaxat codicillos scripsit, cum alterum mortuum esse existimaret, simili modò dici posse omnia perinde debere filiū ad quē codicilli scripti sunt, atque si solus patri heres extitisset: quo casu dubitatio nulla esse posset, quin relicta in codicillis in solidū præstare compelleretur. Ex quo inferri posse videtur Marcelli sententiā eam fuisse, vt in priore specie filius non pro parte dimidia duntaxat, sed in solidum conueniri possit ad ea præstanda quæ ab ipso testator reliquit, cum de posthumo nascituro non cogitaret. Idq; euidentius conici ex eo potest, quod apud Marcellū ex Vlpiani notis subiicitur, *Vlpianus notat, imò duntaxat partē debet*: quibus verbis cum Marcelli sententiā manifestissimè reprehendatur, consequens est, vt contra Marcellus existimauerit, scilicet in solidū non pro parte dimidia duntaxat filium teneri. Atque ita ratiocinantes nonnulli, verba illa, *pro parte dimidia*, in principio legis posita interpretis esse arbitrantur, & contra Marcelli sententiā in textum perducta. Quod tamen mihi verisimile fieri nò potest. Primū, quoniam si ex sequentibus conici potest quod illi volunt, & apertum esse aiunt, Marcelli sententiā illam esse vt is ad quem codicillus scriptus est, in solidum teneatur, vix quisquam tam imperitus interpret esse potuit, qui nulla ratione motus eam Marcelli sententiā tam malè contorserit, & peruerterit. Solent enim quæ ex interpretum glossis in textum irreperunt, aut ab imperitis interpretibus textui affuta sunt, eiusmodi esse, quæ verisimilè

erroris colorem aliquem habeant. Sed neque illud probabile est, Marcellum in ea fuisse sententia, vt filium qui partem duntaxat hereditatis habeat in solidum teneri existimauerit, ad præstationem eorum, quæ ab ipso relicta sunt cum pater eum solum heredem fore existimaret: hoc enim nimis durum, & iniquum esset. Denique me illud valde mouet quod in Pandect. Florentinis, quorum præcipua autoritas est, verba illa desunt, quæ in aliis codicibus leguntur, *Vlpianus notat: sine quibus tamen, quæ sequuntur, imò duntaxat partem debet*, commodè explicari non possunt, tum, quia Marcellus sibi in eo contrarium fuisse verisimile non est, tum quòd postea subiiciatur, *eorum tamen, quæ pro parte præstari non possunt nihil omnino præstandum*. Scribendum enim fuerat, *præstabit*, si mediis illis verbis *imò duntaxat partem debet*, prior oratio interrupta esset. Ex quo facillè moueor, vt sentiam hæc potius verba *imò duntaxat partem debet*, imperiti esse interpretis cum neq; Vlpiani sint, nisi illa quoque *Vlpianus notat: quæ imperitus quoq; interpretes addidit, addenda esse existimemus, neque in præcedentibus aliquid sit, ex quo conici possit, Marcelli sententiam eam esse vt filius ad quem codicilli scripti sunt, ea, quæ à se relicta sunt, in solidum præstet*. Nam quod ait, si quis duobus superstitibus filiis decedens ad alterum codicillos scripserit, cum alterum ex his prius decessisse existimaret, simili modo dici posse omnia perinde debere filium ad quem codicilli scripti sunt, atque si solus heres patri extitisset, non eò pertinet vt hoc casu, filius in solidum teneatur, quem pro dimidia tantum parte teneri paulò antè Marcellus dixerat, sed eum sensum habet, vt non minus hoc casu codicilli valeant, quam si solus in rerum natura fuisset is quem testator codicillis onerauit. Aliud enim est filium debere omnia, vt Marcellus loquitur, aliud verò debere integra, vt ij interpretantur, qui dum Marcellum non excusant, Vlpianum quoque accusant, quòd Marcelli sententiam apertissimis verbis conceptam non intellexerit. Filius ad quem codicilli scripti sunt, omnia debet quæ à se relicta sunt, integra tamen non debet, sed pro parte dimidia duntaxat: quod satis apertè Marcellus significat iis verbis *simili modo*. Inepta igitur est illa reprehensio *imò duntaxat partem debet*, aut inepti potius qui Vlpiani eam esse arbitrantur, nec inepto interpreti tribuendam animaduertunt. Cum verò sic Marcellus scripserit, vtroq; casu, hoc est siue superstitibus duobus filiis, siue vno duntaxat, & posthmo postea nato, pater codicillis ad alterum factis decesserit, non nisi pro dimidia parte conueniri eum posse, eleganter scribit, *eorum tamen, quæ pro parte præstari non possunt, nihil omnino præstandum*: quod utique non verè diceretur, si filius omnia à se relicta in solidum præstare cõpelleretur. At quoniam pro dimidia tantum parte tenetur, si dimidiam præstare non possit, æquius visum est nihil eum præstare, quam totum præstare. Ratione illa, quòd ea quæ pro parte præstari non possunt, videatur pater non fuisse filio ablaturus, nisi eum sibi solum successorem futurum putaret, quomodo Marcellus in dict. l. pen. argumentatur. In quo tamen Papiniani aliud iudicium fuisse videtur, qui in l. cum pater. 77. §. cum existimaret. de lega. 2. in simili specie respondit releuandū quidem pro parte dimidia eum, qui non nisi pro ea parte heres est, sed libertates ab eo præstadas, quas damni causa intercidere durū esset. De seruitutibus quæ pro parte præstari nõ possunt, quid sentiat eo loco non aperit: Sed in l. cum filius. 76. eod. apertè scribit separandas esse hac parte seruitutes à libertatibus: Libertates in solidum præstari, quæ nec partis præstationem, nec æstimationem recipiant: Seruitutes licet pro parte præstari

NON

non possint, tamen nullatenus præstari: sed quoniam æstinari commodè possunt, si integræ petantur, partis æstimationem præstandam esse, nisi maluit legatarius alterius partis æstimationem heredi præstare vt redempta parte seruitutis ab eo qui partem hereditatis euicit, integram seruitutem legatarius consequatur. In libertatibus non idem dici potest: quia cum æstimatione non recipiant, partis æstinatio præstari non potest: vnde fit vt ab eo qui pro parte tantum heres est, libertas præstanda sit, neque seruus quicquam pro libertate heredi dare compellatur: Sed is à quo libertates relicte sunt, ab eo qui hereditatis partem abstulit, redimere partem debet, vt Papinianus ait in l. qui graui. ii. cum l. seq. D. de iur. codicill. Nam vt libertas non intercidat, cogitur is à quo relicta non est partem quam in seruo habet, ei, à quo libertas relicta est vendere. In quo damnum patitur is, qui cum pro parte duntaxat heres sit, libertatis tamen integrum onus sentit. Sed huius damni causa libertatè intercidere nimis durum Papiniano videtur, ac longè durius, quam heredem, qui hereditatis partem lucretur, supra partem ex qua heres est in aliquo grauari. Hæc cum ita sint, fatendum est Marcellum in d. l. pen. de iur. codic. à Papiniano dissentire, cum quod ait, nihil omnino præstandum esse eorum omnium quæ pro parte præstari non possunt, de libertatibus duntaxat intelligi possit, nõ etiam de seruitutibus, quæ saltem in æstimatione partis præstationem recipiunt. Marcelli ratio elegans est, quia verisimile sit non fuisse patrem filio ablaturus ea, quæ pro parte præstari nõ possunt, nisi eum sibi solum successorẽ futurum existimasset. Sed Papinianus benignior videtur, quippe durum esse propter damnum heredis, eam testatoris voluntatem interpretari, quæ libertatem auferat. Porro ex ea Marcelli ratione intelligimus integra legata omnia præstari ab eo qui pro parte tantum heres est, si testator cogitauit alium sibi pro parte successorem futurum, vt in specie l. post emancipationem. 40. de legat. 3. in qua Scævola respõdit patruū à quo vt legitimo herede testatrix petierat vt hereditatis partem auunculo suo daret, integra legata à se relicta præstare compellendum, licet ad vtrumque vt proximum cognatum ab intestato successio deuoluta sit. Nimirum, quoniam, vt rectè Accursius animaduertit, non contra testatrix spem vterque succedit, sed ex ipsius voluntate, licet alio tramite, vt Accursius loquitur, quam testatrix sperauerat.

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis. l. cum pater. de legat. 2.

CAPVT XII.

**S**UNT qui in §. donationis. l. cum pater. 77. de legat. 2. malint legere *instituti* quam *intestato*, & ita in veteribus libris scriptum esse affirmant. Quibus ego adsentiri non possum: & Florentinam receptamque lectionem longè rectiorem esse arbitror, secūdum quam mater quæ filium habebat, pluribus heredibus ab intestato decessisse proponitur, cum plures filias haberet. Ita enim ponendū est, licet filiarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantum cui donatio prædiorū facta est, apud Papinianū quærebatur. Et matrem testamentū non fecisse apertius intelligitur ex illis literis ad ædituum missis, *Instrumentū voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo*, ex quibus apparet nullū voluntatis matris instrumentum fuisse præter donationis prædiorū epistolam, quam in æde sacra apud ædituum deposuerat. Porro per epistolam heredis institutio fieri nõ potest, sed legatum duntaxat aut fideicommissum relin-

qui. l. & in epistola. 22. C. de fideic. Matrem igitur ab intestato diem suum obiisse ponendum est, adeoq; pluribus heredibus relictis: alioqui filio à semetipso fideicommissum relinqui non posset, & cum is solus heres esset, frustra de fideicommissum quæreretur. Quemadmodum & pluribus heredibus relictis fideicommissum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte heres est, sed pro coheredum portionibus duntaxat, de quibus Papiniani responsum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommissum filio debeatur, Accursius, cæteri q; interpretes vulgò ignorasse videntur, qui ex iis literarum verbis, *post mortem meam*, fideicommissum induci existimant, & in proposito casu dubitandi rationem illam adferunt, quòd ad ædituum, non ad filium literas mater miserat, quasi si ad filium misisset, dubitari minus posset an ei fideicommissum deberetur. Vnde Papiniani rationem sic interpretantur, ut quæri non oporteat cum ædituo, an cum filio mater locuta sit, sed illud duntaxat, in quem voluntatis suæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani sententiam longè diuersam, & elegantiorē esse arbitror: & ex donationis prædiorum epistola, non ex literis ad ædituum missis fideicommissum induci existimo. Nam & in l. miles ad sororem. 75. in princi. eod. tit. idem Papinianus in eadem ferè specie, ex sola donationis epistola ad sororem scripta fideicommissum deberi respondit, licet nullas ad alium literas scripsisse testator proponeretur. Sed in utraque specie illud maiorem dubitationem habere videtur, Cur non ex donatione petatur, id quod per epistolam donatum est, cum certi iuris sit in absentem per epistolam donationem cõferri posse: & eo demum tempore vires sumere, cum rem donatam accipit is cui donata est. l. absentis. 10. D. de donat. Ac sanè ita est, si eo tempore in rerum natura sit is qui donauit: nam cum donatio mutuum donantis, & donatarij consensum requirat, fieri non potest ut vtiliter donatarius consentiat eo tempore, quo donator consentire amplius non potest. Ob eamq; causam in d. l. miles. adicitur, testatorem eam donationis epistolam post mortem suam aperiri mandauisse, quoniam si eo viuo aperta fuisset soror ex donatione non ex fideicommissum octingentos aureos petiisset. Eadem ratione in d. §. donationis. literarum ad ædituum missarum mentio fit, ut intelligamus viua matre filium donationem prædiorum agnoscere non potuisse. Qui etiam sensus est eorum verborum, *ignorante filio*, quia sciente eo frustra de fideicommissum quæreretur, cum donatio sufficeret: Dubitandi autem ratio, propter quam fideicommissum in proposito casu filio relictum non videbatur, illa erat, quòd in donationis epistola mater cum filio, non cum cæteris heredibus ab intestato successuris locuta fuerat: cum tamen absurdum videatur fideicommissum obstringi eum, cuius fidei nihil commissum est, nec quicquam possis committere fidei eius cum quo non loquaris: idq; significant verba illa Papiniani, *verbis fideicommissi non subnixam*: Sed respondet, fideicommissum quocumq; voluntatis indicio induci, neque tam de illo quæri oportere cum quo de supremis locutus sit is, qui fideicommissum reliquit: quàm de illo, in què voluntatis suæ intentionem direxerit, In d. l. miles. quemadmodum eadē quæstio proponitur, ita eadē ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur, iis verbis, *Placet enim consistere fideicommissum, et si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur*. Accursius verò, & ceteri, quemadmodum Papiniani rationem in d. §. donationis. non intellexerunt, ita eam què in d. l. miles. posita est, malè, & miserè sunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio sefellit: neq; enim legendum est *ac si*, sed *et si*, ut à clarissimis, & subtilissimis Iure-

simis Iureconsultis Petro Fabro, & Iacobo Cuiacio iam pridem obseruatum, multisq; apertissimis argumentis comprobatum est. Quo posito, facile est intelligere Papiniani rationem in d. §. donationis. sic interpretandam esse, ut cum in proposta specie ex donationis prædiorum epistola appareat eam fuisse matris voluntatem ut donata prædia filius haberet, non ideo minus fideicommissum ei relictum intelligatur, quia cum eo non cum cæteris heredibus mater locuta sit. Aliud enim inspiciendum non esse, quàm in quem voluntatis suæ intentionem direxerit.

*Ad l. si heres. 10. D. de legat.*

CAPVT XIII.



**M**ALE ab omnibus interpretibus acceptam puto l. si heres. 10. D. de leg. 1. quam vulgò sic intelligunt, ut heres generaliter seruuum dare iussus quem ipse voluerit, si sciens furem dederit, isq; furtum legatario fecerit, duplici actione legatario teneatur, De dolo, & Ex testamento: De dolo ratione eius quod interest ut legatarium indemnem præstet: Ex testamento in id ut alium hominem præstet, quoniam pessimi præstatione liberatus non sit, quominus ex testamento conueniri possit. Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, *et hunc pro noxæ dedito relinquat*. Etenim absurdissimum fuerit existimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtum legatarij interest, præterea actione ex testamento seruuum pro noxæ dedito relinqueret compelli: cum noxalis actio eam semper conditionem habeat, si damnum non præstetur, & ut Ulpianus loquitur in l. 6. §. 1. de re iudic. iudicium solius noxæ deditio nullum sit, sed pecuniariam condemnationem sequatur. Eamq; ob causam Accursius ea verba sic interpretatur, ut electionem legatario tribuat, an de dolo in id quod interest agere velit, an ex testamento in id ut sibi alius homo præstetur, & is qui iam præstitus fuerat, pro noxæ dedito relinquitur. Quod etiam Africani verbis conuenire non videtur, quæ ostendunt heredem ad id præcisè teneri, ut alium hominem præstet, & prius præstitum pro noxæ dedito relinquat. Debuerat enim scribere, *ad hoc etiam teneatur*, aut quid aliud simile, si heredi duplicem actionem competere posse existimasset. Alia quoque Accursij interpretatio placere non potest, licet plerisque probabilior videatur, ut iis verbis, *sed quoniam verum est*, à priore sententia Africanus recedat, & heredem non de dolo in solidum teneri existimet, sed ex testamento duntaxat in id, ut alium hominem præstet, & furè noxæ dedit. Nā præter id, quòd tam facilè sententiam mutasse Africanum verisimile non est, illud etiam defendi vix potest, heredem, qui seruuum furem legatario dedit, licet sciens dederit, actione ex testamento liberatum non esse: Fateor legatarium si ex testamento agat non cogi eum seruuum accipere, qui sit omnium pessimus: & ea actione consequi posse ut sibi alius detur; sed si acceperit, licet ignorans, heredem actione ex testamento liberatum, ob idq; de dolo conueniendum esse omnino contendo. Et illud est quod Africanus ait, de dolo malo agi posse, quod utriusque falsum esset si ex testamento actio superesset. Nec frequentia repugnant, quæ ideo duntaxat adiecta sunt, ut intelligamus in proposta specie legatario actionem de dolo dari, non in id omne quod sua interest, sed in id tantum ut ei arbitrio iudicis actio ex testamento restituatur, qua heredem compellat alium hominem non pessimum præstare, & eum qui furtum se-

cit pro noxa relinquere. Et hoc adiici necesse fuit, quoniam regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis interest. l. arbitrio. 18. D. de dolo. sed tamen datur etiam aliquando in id ut pristina actio restituatur, d. l. arbitrio. §. penult. præsertim cum restituta actione res ad eum statum reducitur, in quo erat priusquam dolus committeretur, ut in proposito casu contingit. Verum hæc illa iniquitas occurrere videtur, quod si damnum à seruo datum serui æstimationem superet, iniquum fuerit heredem cuius dolo id contigit in solidum non teneri, neque hoc casu dici possit restituta actione ex testamento arbitrio iudicis dati De dolo, omnia in pristinum statum restitui, nisi quicquid legatarij interest, ei ab herede eadem actione sarcendum admittamus. Exemplo eius quod in l. si seruus. 31. D. de pignori. action. idem Africanus scribit, debitorem qui sciens furem seruum pignori dedit creditori, non liberari si eum apud creditorem pro noxa dedito relinquere paratus sit, sed prætereà actione pignoratitia creditorem consecuturum ut indemnis præstetur. & damnum omnimodo decidatur. Sciò Accursium, Bartolum, & cæteros, qui toti Accursij, & Bartoli vestigijs insistant, actionem ex testamento ab actione ex contractu distinguere. Sed cum dissimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici potest, heredem idcirco legati serui nomine in solidum non teneri, quod is legatarij factus sit, ut quamuis eum dolo heres soluerit, alieni tamen serui factum minus quam sui præstare debeat: Satisque dolus ipsius in eo coërceatur, quod d. & alium seruum dare, & eum quem prius dederat legatarij relinquere compellitur, *pro noxa dedito*, ut Africanus ait. Ex quo intelligi potest, si serui pretium litis æstimationem superet, in heredis potestate esse si velit damni præstatione seruum recuperare. Ea enim est noxæ deditiois natura, quemadmodum initio capitis diximus, ut pecuniariam condemnationem sequatur. Sed & si damnum à seruo datum ipsius æstimationem superet, poterit quidem heres etiam ab inuito legatario seruum extorquere: at prudentius faciet, si eum legatario relinquat pro noxæ dedito, ne si eum legatario abstulerit, postea ex ipsius furto in solidum conueniri possit, quamquam & legatarius si volet iuste serui restitutionem recusabit priusquam ei litis æstimatio sufferatur. arg. l. si seruus. 70. de legat. 1. In pignore, locatione, commodato, & cæteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius est eum qui furem seruum dolosè tradidit, serui sui factum præstare, hoc est damnum ab eo datum in solidum resarcire, ut supra cap. 5. probauimus. At verò, hæc illa quoque dubitatio incurrit, si ignorans heres seruum furem legatario dederit, an æquè teneatur: nam hoc casu de dolo malo agi non posse certum est. Sed tamen quoniam illud semper verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimus det, rectissime dicitur, hoc quoque casu heredem ad hoc teneri, ut alium hominem præstet, & hunc quem iam dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquires, an non deterioris conditionis esse debet, qui sciens, quam qui ignorans seruum furem legatario soluit? Ita sanè, in eo scilicet ut aduersus scientem actio ex testamento restituatur iudicio De dolo, aduersus ignorantem verò in factum verbis temperanda actio danda sit, ut Vlpianus loquitur in l. non debet. 11. §. vltim. de dolo. Nam ex quibus causis dolo intercedente de dolo agitur, ex iisdem si de dolo agi non possit, actioni in factum subsidiariæ locus est.

*Emendatio*

*Emendatio noua §. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indign.*

CAPVT XIII.

**D** I C I solet nec stuprum nec probrum in ea contrahi, quæ se patroni concubinam esse patitur. l. probrum. 41. de rit. n. opt. Quo de eo pertinet, ut si qua mulier ingenua se alicui in concubinam tradiderit, matrisfamilias honestatè habuisse dici non possit, ut eodem loco Marcellus ait, licet non ideò stuprum in ea contractum fuisse intelligatur, ut Papinia scribit in §. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indign. Nempè si in concubinatum assumpta sit cum testatione aut sine testatione, cum obscuro loco nata esset, vel vulgò quæstum fecisset, l. 3. D. de cõcubin. Cuius rei effectus ille est, ut quod ei relictum est cum quæstum contractum non est, tanquam indignæ auferri non possit, d. §. cum tabulis. De cuius sententiæ alioqui obscurissima, & à nemine hæcenus rectè explicata, dicendum nobis est aduersus veterum, & recentiorum omnium interpretationes. Primum enim aperte labitur & cæcutit Accursius qui Papin. sententiam illam esse putat, ut excusetur liberta, si patrono suo petenti eam in cõcubinam non consentiat, cum is aliam haberet, quia nemini iure duas concubinas habere licet. Nam quod Papinianus ait eius qui concubinam habuit, quod testamento relictum est actionem non denegari, non eam rationem habet, quod plures concubinas habere non possit patronus, qui libertam cõcubinam habere vult, cum iam aliam haberet, sed quoniam, ut ipse Papinianus ait, in ea stuprum contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur. At secundum Accursij interpretationem debuerat Papinianus scribere stuprum in ea non contrahi quæ se patroni cõcubinam esse patitur. Ac fortasse ita Accursius legit sublata negatione, quæ tamen in Florentinis cæterisq; omnibus quibus nunc utimur libris non deest. Argumentum coniecturæ præbet, quod in illis verbis, *non placuit*, sic notat, *licet alij sit concubina*, ac si sensus esset, in eo differentem esse conditionem libertæ & patroni, quod cum illa pluribus concubina esse possit citrà stuprum, hic tamen plures concubinas habere non possit. Ego verò quemadmodum Florentinam receptamque lectionem elegantior, & rectiorem esse arbitror, ita Accursij interpretationem prorsus ineptam & ridiculam esse contendo. Cum in toto Papiniani responsio nihil sit ex quo colligi possit libertam pluribus concubinam fuisse, vel patronum plures concubinas habere voluisse. Quod utrumque tamè ex Accursij interpretatione comminiscendum est. Minus tamen mirandum sit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio vlllo quod sciam rectè explicata sunt. Mihi videtur Papiniani sententiam eam esse, ut recta consecutio nõ sit si quis auferat stuprum commisisse mulierem, ex eo quod se alterius quam patroni concubinam esse passa est. Fieri namque posse, ut siue liberta, siue ingenua sit ea de qua quæritur, concubina esse possit eius qui patronus non sit, neque tamen stuprum in ea contrahatur. Quid enim si aut obscuro loco nata sit, aut vulgò quæstum fecerit, aut testatio præcesserit? His casibus probrum fortasse in ea muliere esse intelligitur: certe matrisfamilias honestatem non habet. d. l. probrum. at de stupro argui non potest: ideòque quod ei testamēto relinquatur, tanquam indignæ non auferretur, quod utique auferretur, si stuprum in ea contractum esse diceretur. Ergo quod Papinianus ait stuprum in ea non contrahi quæ se non patroni concubinam esse patitur, non eò pertinet, ut in ea stuprum contrahatur quæ patroni concubinam est ( hoc enim multo minus

dici potest ( sed vt in ea quoq; non contrahatur quæ se non patroni concubinam esse patitur: vt quoties de stupro quæritur, distinguendum non sit, an patronus, an non patronus sit is qui concubinam habuit, sed tantum an liberta sit, an ingenua, & si ingenua, an obscuro loco nata sit, aut vulgo quæstum fecerit, aut testatio præcesserit, necne. Ceterum illud perpetuò obseruabitur, vt si stuprum contractum sit, quod testamento concubinæ datum est, tanquam indignè auferatur, si contractum non sit, non auferatur. Quæ cum ita sint, consequens est exemplum quod Papinianus de Cœccio Cassiano subiicit eò pertinere, vt quod Cassiani testamento ipsius concubinæ datum est, tanquam indignè non auferatur, licet ea se non patroni concubinam esse passa esset. Ita enim esse ex eo apparet, quod Ruffinam ingenuam fuisse Papinianus ait: quod si ita est, nec ea, nec ipsius filia patronum habere potuit. Hunc igitur Cassianum Papinianus refert Ruffinam ingenuam honore pleno dilexisse, Ruffinam verò filiam, quam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellauerat, vulgo quæsitam apparuisse. Sic enim scriptum est & construendum, non quomodo Accursius, qui dum in verborum constructione subtilem & peritum Grammaticum agit, prorsus indignam Iureconsulto, & fatuam interpretationem comminiscitur. Ait verò Cassianum qui Ruffinam ingenuam concubinam habuerat, eiusdem filiam vulgo quæsitam appellasse vt sibi cōcubina esset, quam testamento coheredem nepti dederat, quamq; ipsius alumnam esse apparuit. Sicque omnia Papiniani verba contorquet, & perelegantem eius loci sententiam manifestè destruit. In quo confirmando, quod per se apertissimum est, diutius non immorabor. Neque tamen prætermittere possum, licet addere penè pudeat, Accursij interpretatione deceptum Bartolum, cum meliorem excogitare non posset, æquè malè ad eum locum notasse, Papiniani sententiam illam esse, vt inimicitia inter legatarium, & testatorem prouenientes absque legatarij culpa ipsum legato non priuent: quo nihil, vt ita dicam, incommodatius, & à Papiniani mente alienius excogitari potest. Alij, quibus quoque tam obscuri loci interpretatio difficilis est, licet elegantius quid afferant, non tamen omnia rectè explicant. Ac in ipso interpretationis limine offendunt, dum verba illa, *pleno honore dilexerat*, de maritali honore intelligunt, ac Ruffinam Cassiani vxorem fuisse ponunt. Quod si verè diceretur, parum accommodatè Papinianus eo exemplo probaret non auferri tanquam indignè quod concubinæ relictum est cum qua stuprum contractum non est. Cur enim Cassianum pleno honore Ruffinam dilexisse diceret, si nō ea, sed ipsius filia Cassiani concubina fuisset, ab eòq; nepti coheres data? Rursus si Cassiani vxor Ruffina fuit, eiusdem filia Cassiani citra stuprum concubina esse non potuit: quæ admodum nec iustas nuptias cum ea contrahere potuisset. §. ad finitatis. iuncto §. ergo. Instit. de nupt. Rectius igitur Accursius (& hoc duntaxat rectè) verba illa, *pleno honore dilexerat*, non de maritali honore interpretatur, sed cum eo temperamento, vt concubinam tamen. Quod si diutius repugnes, & contendas concubinam pleno honore diligi non posse, dicam cum Accursio, imò posse concubinam pleno honore diligi, sed vxorem pleniori. Et si adhuc vrgebis, sequar eam lectionem quam in plerisque libris extare plerique notant, & legam, *pleno amore*, non *honore*, quod de concubina non minus quam de vxore dici potest, cum inter vxorem & concubinam dignitate duntaxat, non etiam affectione intersit. l. item legato. 49. §. pen. de legat. 3. Ergo Ruffinam Cassiani concubinam fuisse necessariò ponendum est. Atqui, inquit, nihil ei testamento

testamento Cassianum reliquisse Papinianus ait, sed ipsius filia: quem tamen diximus hoc exemplo nihil aliud agere, quam vt ostendat non auferri quod relictum est concubinæ. Igitur vel Ruffinæ filiam Cassiani concubinam fuisse, vel si Ruffina concubina fuit, ipsam non eius filiam testamento Cassiani nepti coheredem datam esse dicendum est. Et hoc nimirum est quod me mouet, vt locum hūc corruptū esse mihi omnino persuadeam. Facile autem restitueretur, si nullo addito aut sublato, illa duntaxat verba, *cuius filiam*, alieno loco posita, in suum referantur, id est post illa *nepti coheredem datam appellauerat*, sicq; legamus, *cuius filiam vulgo quæsitam apparuit*. Qua lectione admissa sensus erit elegans, & apertus, Ruffinam Cassiani concubinam fuisse, & à Cassiano in ipsius testamento sub alumnae appellatione nepti coheredem datam esse: ac cum ab ea tanquam indigna hereditatis partem fiscus vindicaret, iudicasse optimos, maximosque Principes nihil ei auferendum, quod cum ea stuprum contractum non esset. Ita enim Papiniani exemplum ad §. sententiā accommodandum est. At quoniam Ruffinam Cassiani concubinam ingenuam fuisse dixerat, ingenua autem concubina esse non potest nisi aut obscuro loco nata sit, aut vulgo quæstum fecerit, aut testatio præcesserit. d. l. 3. de concubin. necesse fuit Papinianum verba illa addere, *cuius filiam vulgo quæsitam esse apparuit*, vt intelligeremus Ruffinam, cuius filiam vulgo quæsitam fuisse apparuisset, vulgo quæstum fecisse (hoc enim ex illo necessariò sequitur) proinde talem fuisse quæ licet ingenua, concubina tamen esse potuerit. Eamque ob causam hereditatis controuersiam à fisco Ruffina pariebatur, quod cum ingenua esset, Cassiani concubina citra stuprum esse non potuisset. Quæ etiā ratio fuit propter quam Cassianus, cum eam heredem ex parte scriberet, ac vereretur ne ab ea tanquam indigna testamenti commodum auferretur, quam scilicet ingenuam esse sciebat, (neque enim vulgo eam quæstum fecisse putabat, vt ex eo colligi verisimiliter potest, quod illam pleno amore diligebat,) alumnam testamento Ruffinam appellauerat, vt alumnae potius quam concubinæ iure apud se vixisse crederetur. Sed nihil alumnae appellatio proficere potuisset, cum fiscus ei stuprum obiiceret, quod ingenua & concubina fuisset, nisi ipsius filiam post Cassiani mortem vulgo quæsitam esse apparuisset. Propter quod iudicatum est nihil ei auferendum esse, quia stuprum non commisisset, licet se non patroni concubinam esse passa fuisset. Miror verò quod vir doctissimus scripsit legendum esse *quæstum fecisse*, pro *quæsitam*. Nam si aliter locus hic non emendaretur, nihil in eo esset quod emendationem exigeret, cum ingenua non minus concubina esse possit, si vulgo quæsitam sit, quam si vulgo quæstum fecerit. Etenim vulgo quæsitam obscuro loco nata est, quæ parentem nullum demonstrare potest, ideòque citra testationem concubina esse potest. d. l. 3. de concub.

In l. filius. 28. D. de liber. & posth. in princ. pro institui, legendum esse substitui.

## CAPVT XV.

**I**N priore huius legis specie Tryphoninus ponit filium à patre in cuius potestate erat, sub conditione institutum, quæ non erat in ipsius potestate, & in defectum conditionis exheredatum. Ego sic intelligo, vt, in casum exheredationis datus ei fuerit substitutus. Nam cum ex asse institutus esset, vt ex eo colligi potest quod de filio ex parte scripto postea loquitur, necesse fuit ei in casum exheredationis substitutum dari: alioqui exheredatio non valeret, si nemo ex testamento heres esset. l. filium. 20. §. sed cum exheredatio. D. de bonor.

posse. contr. tabul. l. si patronus. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert. At Tryphonini verba ostendunt in ea specie, quam tractat, valituram fuisse exheredationem, si viuo filio institutionis conditio defecisset, & exheredationis extitisset. Substitutus igitur filio ex asse instituto datus erat, & postea defuncto filio pendente conditione tam institutionis quam exheredationis, dubitabatur an si exheredationis conditio existeret substitutus admitteretur. Finge filium ex asse scriptum, Si naus ex Asia intra annum veniret, Si non veniret, exheredatus, eiq; in hunc casum substitutum datum, Tum priusquam naus ex Asia veniret, intra annum filium decessisse. Si naus post annum non venerit, Tryphoninus negat substitutum admitti, licet substitutionis conditio euenerit: quoniam testamentum ipso iure nullum sit, in quo filius præteritus fuit, qui quandiu vixit, neque institutus fuisse dici potest, neque exheredatus. Eo autem moriente conditionis euentus expectari non potest, cum absurdum sit testamentum sustineri à substituto, qui non nisi in exheredationis casum substitutus est, ac de quo testator non cogitauit, nisi in id tempus quo exheredationis conditio existeret. Et hæc prior huius legis species est. De posteriore verò, quæ longè maiorem habet dubitationem, sic Tryphoninus scribit, *herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filij institui potest.* Quorū verborum sensus idè difficilis est, quòd vix casus reperiri posse videtur, quo post filij mortem coheres institui possit. Siue namque viuus filius coheredè habuit, siue non habuit, & siue institutionis conditio extiterit, siue defecerit, necesse est frustra coheredem dari filio qui iam inde ab initio aut institutus, si conditio institutionis extiterit, aut si defecerit exheredatus fuisse intelligatur. Non enim quemadmodum cōditio, ita dies retraheri potest: vnde fit vt hereditas quæ sub conditione dari potest, ex die tamen dari non possit, sed vitio temporis sublato institutio maneat. l. hereditas. 34. D. de heret. in. Ergo post filij mortem coheres institui non potest, quin purè institutus intelligatur (quod si ita est, frustra Iurecōsultus scribit post mortem filij institui coheredem posse, cum & multò magis ante mortem institui possit, & post mortem institutus ante mortem scriptus esse censetur) vel si coheres post mortem filij scriptus, non purè scriptus esse intelligitur, testator toto eo tempore quo filius vixit intestatus decessisse intelligitur, filius autem post mortem suam exheredatus l. si ita scriptum. 13. §. vi. D. de liber. & posthum. Ac præterea si post filij ex parte scripti mortem, coheres ex alia parte institui potest, vt quamuis filius pendente conditione decesserit, testamentum nihilominus sustineatur, fieri vt existente conditione filius dum vixit heres fuisse retrofingatur, nec pro sua parte duntaxat, sed etiam pro parte coheredis, ne pro parte testatam, pro parte intestatam patrè decessisse dicamus. Atque ita nihil coheredi institutio proderit. Deficiente verò conditione, ne filius quandiu vixit præteritus videatur, dicendum est iam inde ab initio exheredatum eum intelligi. Atqui nullus eo tempore heres fuit, neque fuisse fingitur: coheres enim datus post mortem filij non potest retrofingi heres fuisse, proinde nec filij portionem accrescendi iure acquisuisse. Igitur exheredatio non valuit: & necessariò concludendum est nullo casu fieri posse, vt herede scripto ex parte filio, coheres post ipsius mortem instituatur. Scio quibusdam placere sic Tryphoninum intelligi vt filio ex parte scripto sub conditione casuali adiectus sit coheres sub eadem conditione, qui testamentum sic sustineat, vt post mortem filij existente conditione institutionis vterque pro sua parte ab initio heres fuisse videatur. Sed inter-

interpretatio hæc à Iurecōsulti verbis nimis aliena est, non solum quoniam nihil de conditione coheredi adiecta exprimit, sed etiam quia sub eadem conditione institui coheres non potest, quin filio substitutus detur. Alioqui fieret vt licet viuo filio institutionis conditio deficeret, exheredatio tamen filij non valeret, quippe qui à nemine exheredatus inueniretur. At manifestum est, vt initio capitis diximus, eam Tryphonini sententiam esse, vt in proposita specie filius ritè exheredatus sit, si eo viuo institutionis conditio deficiat, Tum verò, aliud est coheredem institui posse post mortem filij, vt Tryphoninus loquitur, aliud verò posse heredem esse post mortem filij, vt illi interpretantur. Hoc fieri facile potest: illud nullo modo, nullòque casu. Tentandum igitur est, quod inscriptio capitis pollicetur, an pro *institui*, rectius legi possit *substitui*. In quod sanè procliuor sum. Verba enim manifestè ostendunt id omnino Tryphoninum agere, vt doceat multum interesse an filius ex asse, an pro parte duntaxat heres scriptus sit sub cōditione casuali si ea pendente decesserit. Priore casu, substitutum non admitti post filij mortem, licet institutionis conditio defecerit, quia cum testamentum sustinere non possit propter eam rationem, quam supra attulimus, fiat necessariò vt filius quandiu vixit, præteritus fuerit, ob idq; testamentum nullum fecerit. Posteriore verè substitutum admitti, quia nihil impediatur quominus testamentum sustinere, conditionisq; euentum expectare possit. Vnde fit, vt si post filij mortem exheredationis cōditio euenerit, coheres idemq; substitutus filij portionem ex substitutione consequatur. Idemq; est, etsi alius quam coheres substitutus esse proponatur: sed de coherede lex loquitur vt filio ex parte scripto coheredem ex alia parte datum esse intelligamus, quoniam ex parte scriptum heredem si coheres nullus datus sit, ex asse scriptum interpretamur. Quid? An non filio instituto ex asse substitui potest, vt eo excluso substitutus admittatur? Ita sanè, si viuo filio institutionis conditionem defecisse proponas. Sed in specie l. filius hoc est filio ante conditionis euentum, aut defectum mortuo, dico substitutum ex asse post ipsius mortem admitti non posse, licet institutionis conditio defecerit. Ergo verba illa, *herede scripto ex parte filio coheres post mortem filij substitui potest*, hunc sensum habent, fieri non posse vt post mortem filij admittatur substitutus, qui viuo eo admitti non potuit: nisi eo casu quo filius ex parte tantum scriptus est, ei coherede dato. Hoc igitur casu securè testatur pater, qui sic testatur vt intestatus fieri nullo casu possit. At cum ex asse filium heredem scribit, substitutum ei dare non potest, hoc est sic testatur, vt si ei substitutum sine coherede dederit, testamentum ad causam intestati recidere facile possit.

*Ad litem veniunt. 20. §. ait Senatus. D. de petit. hered.*

CAPVT XVI.



QVOD Vlpianus in Titulis scribit, titul. de caducis, legem Papiam, quæ partes heredum ante apertas tabulas defunctorum caducas faciebat, & fisco deferebat, ad heredes ex asse scriptos non pertinuisse, verissimum sanè est, & plerisque iuris civilis locis comprobatum l. i. §. vltim. D. de iur. & fact. ignor. Neque tamen eam ob causam Senatusconsulti, quod de petitione hereditatis factum est, verba sic concepta sunt, *cum antequam partes caduce fisco peterentur. litem veniunt. 20. §. pridie Idus. D. de petit. hered.* Sed quod (vt idè Vlpianus, Senatusconsulti interpretationem faciens, in §. ait Senatus. subiicit) sic euenerat vt

tes caducæ fisco peterentur: Senatusconsulto enim locus est & si hereditas ex asse caduca fiat. Quod ipsum tamen non sic accipiendum est, ut nihil hac parte intersit, an ex parte an ex asse scriptus heres ante apertas tabulas decesserit, sed ut nihil referat an pars vna pluresve, an tota hereditas caduca facta sit. Facile autem fieri potest ut hereditas ex asse caduca fiat, si fortè plures heredes ex partibus scripti omnes ante apertas tabulas decessisse proponantur. Nec facilior, aut accommodatior, aut verior horum verborum interpretatio quærenda est. Accursus iuris veteris ignoratione in eo aperte labitur; quod Vlpianum de herede ex asse scripto intelligit, quem ante aditam hereditatem decessisse fingit. Atqui siue ante aditam hereditatem post apertas tabulas, siue ante apertas tabulas ex asse scriptus heres decesserit, certum est caducam fieri hereditatem non posse, ut fisco deferatur. Secunda quoque Accursij interpretatio non placet, ut Vlpianus de ea hereditate loquatur, quæ propter delictum heredis caduca facta est: nam propter delictum heredis, hereditas non fit caduca, sed publicatur: quæ longè differentia sunt. Quæ admodum & si propter heredis fidem illicitè datam (quæ tertia Accursij interpretatio est) hereditas ab eo auferatur, ut in specie l. ex facto. 44. §. Iulius. D. de vulg. & pupill. substit. non idè hereditas caduca fit, sed heredi tanquam indigno auferitur. Atqui Vlpianus supradicto loco de caduca hereditate loquitur, & cum mox separet vacantia à caducis, ostendit manifestè caduca se intelligere ea quæ ab aliquo ceciderunt, proinde quæ ei acquisita non sunt, non autè generaliter ea omnia quæ fisco ex legibus, & constitutionibus acquiruntur. Nam & vacantia omnia fisco acquiruntur, adeoq; ipso iure, non quemadmodum caduca quæ ex lege Iulia, ut Vlp. d. tit. de caduc. scribit. Vnde etiam fit, ut vacantia, illa scilicet, quæ numquam alterius esse potuerunt quàm fisci, l. i. §. diuus. D. de iur. fisci. ad fiscum sine onere pertineant. l. quod Diuo. 50. D. de manum. testam. Caduca verò cum oneribus suis quibus obstringi potuit is à quo ceciderunt. l. cum fisco. 9. D. de S. C. Syllan. l. 2. §. vlt. D. si quis aliq. testat. prohib. l. 38. §. 1. l. 61. de rit. nupt. l. in facto. 60. §. vlt. D. de condic. & demonstr. Quamquam autem aliquando bona vacantia pro caducis accipi videntur, ut in l. quidam. 96. §. quoties. de lega. 1. l. recusare. 6. §. 2. D. ad S. C. Trebell. tamen apud Vlp. in d. §. ait Senatus. dubitatio esse non potest quin caduca à vacantibus distinxerit, quemadmodum & tam vacantia, quàm caduca, ab aliis quæ ex alia quacumq; causa ad fiscum peruenerunt.

*Explicantur omnes leges tituli C. de inoffic. donat. Et Nouell. 92.*

CAPVT XVII.

**N**VM QVAM mihi persuadere potui, quod sibi interpretes ferè omnes persuadent, inofficiosa donationem interuertendæ inofficiosi querelæ gratia factam pro debita duntaxat portione reuocari. Nam quemadmodum in fraudem querelæ inofficiosi testamenti, donationes huiusmodi inofficiosa excogitatae sunt, ut frustra de inofficioso testamento quereretur is, qui etiam eo rupto legitimam portionem non haberet, licet vniuersa, quæ defunctus in bonis habuisset mortis tempore, bona consequeretur, ita remediū quod in fraudem huius fraudem excogitatum est, eiusmodi esse necesse est, ut qui de inofficiosa donatione agit, tantundem consequatur, quantum si de inofficioso testamento experiretur. Atqui ius querelæ inofficiosi testamenti sic comparatū est; ut qui

egit,

egit, & obtinuit, rescisso testamento, non falcidiam duntaxat, quam vulgo legitimam vocant, sed & vniuersam hereditatem cōsequatur, si fortè solus sit, aut si alius æquè proximus adsit, eam saltem portionem quæ ab intestato eum contingit. l. mater. 19. & pass. D. de inoffic. testam. Idem ergo in querela inofficiosa donationis obtinere dicendum est, ut pro ea parte rescindatur, quam ab intestato haberet is, in cuius fraudem facta est, si donatio facta non esset. Alioqui eueniret, ut fraudis suæ fructum impius pater sentiret, si filius qui per querelam inofficiosi testamenti aut vniuersam, aut dimidiā hereditatis partem obtineret, idem querela inofficiosa donationis agens, non nisi debitā portionem obtinere posset. Hinc est quod in l. vlt. C. de inoffic. donat. Imp. Constantius rescribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus (sic enim legendū est, non omnibus aut omnis) ad similitudinē inofficiosi testamenti legibus introducta sit, ut actionis vtriusq; vel vna causa, vel similis existimanda sit. Quod cū generale sit, Accursij interpretatio recipienda non est, qui regulariter quidem verum id esse admittit, sed tamen aliud probandū ait, cum quaritur in quantum inofficiosa donatio per querelā reuocetur. Etenim vix vlla est lex sub eo titu. De inoffic. donat. quæ hanc inofficiosa donationis querelam, inofficiosi testamenti querelæ non comparet, licet in omnibus de illo potissimum quæretur, Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio reuocetur. l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. & 8. eod. Nam quod in fine l. 1. dicitur, non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutā subueniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis, non eò pertinet ut per querelam inofficiosa donationis ad quartam duntaxat partem agatur, sed ut de inofficiosa donatione agere nō possit is, qui quartā habet quemadmodum nec de inofficioso testamento agere posset. At ex contrario, quemadmodum is cui minus quarta relicta est de inofficioso quæri potest, si res in ea causa sit ut rupto testamento legitimam portionem habere possit, ita si inofficiosa donatio facta sit in legitimæ, & querelæ inofficiosi fraudem, donationis inofficiosa remedio locus erit: Vtraque porrò actione, si actor obtineat, tantundem obtinebit, quantum si nulla donatio, nullumve testamentum factū esset. Idq; apertius ostendit l. 2. eod. tit. in cuius specie, cum proponeretur, pater omne patrimonium suum impetu quodam immensæ liberalitatis in filium effudisse, distinguitur an is in patris potestate permanserit, an emancipatus fuerit, ut priore casu is cui nihil donatum est quartam duntaxat partē debitæ ab intestato portionis incolumem habeat: Posteriore verò, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ de inofficiosa donatione queratur: hoc est non quartā duntaxat debitæ ab intestato portionis partem, sed dimidiam hereditatis consequatur. Ita enim necessariò is locus intelligi debet, non solum quod in querela inofficiosi testamenti sic eueniret, sed etiam ut effectus aliquis sit illius distinctionis, an suo an emancipato filio donatio facta sit. Huius porrò distinctionis ratio illa est, quod cum emancipatus is fuit, in quem collata donatio est, alieno adminiculo non indiget donatio, sed suis ipsa viribus nititur, & subsistit, ut d. l. 2. ait. Proinde per querelam inofficiosa donationis rescindi eam necesse est: quod cum sit, ad causam non factæ donationis res redit. At cū filius, cui donatio facta est, in patris potestate manserit, donatio non valet propter vinculum patriæ potestatis. l. siue emancipatis. 17. C. de donat. nec patris silentio & morte confirmatur. l. si donatione. 13. C. de collat. (quod tamen hodie secutus est post Iustiniani Cōstitutionem in l. donationes quas pa-

rentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.) Ergo nec per querelam inofficiosa donationis rescindi potest. Sed quoniam vniuersi patrimonij donatio, non tam simplex donatio, quam supremi iudicij ordinatio esse videtur, argu. l. si filia. 20. §. si pater. D. famil. ercisc. officio arbitri familiae erciscundae congruit, sic ad iudicationes facere & bona inter fratres ex asse scriptos diuidere, vt à testatoris voluntate quam minimū fieri poterit recedat. l. filij. 16. C. eod. Id verò cōmodius facere non potest, quam si ei cui nihil donatum est, quartam portionis ab intestato debitae partem praestet: ei verò in quem inofficiosa donatio collata est, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur casu inofficiosa donationis querelae locus non est, quoniam donatio per se non valet, sed alieno adminiculo indiget, non quidem Iustiniani constitutione in d. l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor. vt ridiculè Accursius interpretatur, sed officio arbitri familiae erciscundae: quod tale esse debet, quemadmodū diximus vt vniuersi patrimonij donationem iure supremę voluntatis eatenus tueatur, quatenus æquitas, iusq; patitur. Haec enim patitur, quatenus nullum fratri in legitima praedictum fiat. Et haec omnia vera sunt, siue post exinanitum immensis donationibus in vnum filium collatis patrimonium ambos filios pater ex asse heredes scripserit, siue ab intestato defunctus sit. Vtroque enim casu, siue ex testamento, siue ab intestato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquitur, atque ideo eadē æquitatis ratione inofficiosa donatio ab eo cui nihil relictum est, aut minus quam oporteret, reuocari potest. l. 3. C. de inoff. donat. In l. 4. eod. illud etiam notatu dignum est, quod querela inofficiosa donationis in eo cōparatur querelae inofficiosi testamenti, vt quemadmodū haec, sic illa ei non competat cui alio minus odioso remedio consulturn esse potest quamuis extraordinario: ex quo magis confirmatur quod volumus, eandem in omnibus querelae vtriusque rationem, causam, & finem esse. Sequitur in eod. tit. l. si totas. 5. de cuius sententia dicendum nobis aliquid est, aduersus eorum interpretationem qui ex eo potissimum loco probari putant inofficiosa donationem non nisi ad debitum vsque bonorum subsidium reuocari. At primū obseruandum est, proponi eo loco factam donationem omnium bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quam eos in quos donationem contulerat, quo casu vix est vt initio inspecto inofficiosa donatio dici possit, quae in liberorū, aut querelae inofficiosi testamenti fraudē excogitata nō est. At si postea ex eodē aut alio matrimonio liberi nati sint, inofficiosa sit, quae prius inofficiosa non fuit: cum in eo res sit, vt liberi ex secundo matrimonio suscepti contra paternae pietatis officium, debita sibi successione fraudentur. Quod cum nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, merito ab Impp. rescriptum est, id quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratum liberis relinquere necesse est, ex factis donationibus detractum, vt filij, vel nepotes postea ex quocunq; legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patris patrimonium reuerti. Sed hoc ad questionem nostram non pertinet. De illo enim duntaxat quaerimus, Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio in liberorū fraudem facta, siue re & consilio, siue re tantum fraus interuenierit, per liberos reuocetur. Finge in specie d. l. si totas. patrem post susceptos ex secundo matrimonio liberos nolle reuerti ad se eam bonorum donatorū partem, quam ad eam reuerti lex ait, hoc est quae ad liberorum ex secundis nuptiis legitimam satis sit: quaerimus, an & quatenus inofficiosa donationes reuocari possint.

Hic

Hic enim euenit vt donationes huiusmodi, quae primū sine fraude factae sunt, ex post facto inofficiosa & fraudulenta inueniantur: adeoque interuertendae inofficiosi testamenti querelae animo habere pater intelligitur, qui iuris beneficium recusat, hoc est rerum donatarum partem ad se reuerti nō vult, vt liberis suis post donationes susceptis non tantum successione suae emolumentum, sed & euertendi inofficiosi testamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò casum non pertinet d. l. si totas. in cuius specie de illo tantum pater quaerebat, qua potissimum ratione facere posset vt liberis ex eodem aut secundo fortè matrimonio natis debitam iis legibus portionem relinqueret. Videbat enim prudentissimus pater, vel se inuito relinquendam esse, iis quos ingratitude causam aliquam commississe dicere non poterat. Cogitabat, si nihil iis relinqueret, aut minus quam iure oporteret, futurum vt donationes in fratres factas reuocarent, iisque paternae liberalitatis fructum eriperent. Frustrā verò haec omnia, si pro legitima duntaxat portione inofficiosa donationes reuocarentur. Quid enim interesset, an ea à liberis quibus nihil donatum erat, post patris mortem reuocarentur, an viuo patre, si utroque casu ad eundem modum reuocarentur? Ergo vel ex eo maximè loco, si subtilius intueare, rectissime colligas quod volo, liberos post donationes susceptos, si iis debitum bonorum subsidium non relinqueretur, post mortem patris inofficiosa donationes reuocatos esse pro iis portionibus quae ab intestato ad eos pertinerent. Idem confirmat quod in l. cum donationibus. 6. C. eod. dicitur, de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praesidem provinciae iurisdictionis suae partes exhibere debere: quod iam supra sic explicauimus, vt per vtramque querelam res ad intestati causam reuocetur. Quam interpretationē praeter ea quae iam diximus, mirifice confirmat l. cum res. 4. C. de contr. empt. cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec auocare*, ostendunt manifestè inofficiosa donationem à filio in solidum reuocari aduersus extraneum cui omnia bona à matre filij donata, & tradita esse proponebatur. Nam quod ait, *haec*, necessariò referendum est ad praecedentia illa, *omnia bona tibi ab ea donata, & tradita*, quicquid Accursius cauetur, qui perpetui sui, cōmunisq; erroris memor, notat reuocari à filio quae mater extraneo donauerat quatenus immoderatè donauerat. Quod si verè diceretur, vtique falsum esset quod lex ait *haec*, de quibus paulò ante dixerat, hoc est omnia donata & tradita per inofficiosa donationis querelam auocari. Nec obstat quod in l. si mater. 7. C. de inoff. donat. rescribitur, immodicis donationibus à matre in vnū ex liberis collatis, eum cui minus legitima relictum est posse agere vt quod immoderatè gestū est reuocetur. Longè enim differentia haec sunt, Reuocari id quod immoderatè gestū est, & Reuocari quatenus immoderatè gestum est, Prius verū, posterius falsum est. Quoadmodū rectè quis dixerit, testamentum in quo mater extraneo tantum reliquit, vt filio minus legitima portione reliquerit, per inofficiosa querelam rescindi posse: neque tam en verè dixerit rescindi hoc casu testamentum quatenus extraneo plus quam filio relictum est. In totum enim rescinditur. Sic rectè dici possit, si quis rem centū aureis dignam, ducentis & decem emerit, rescindendam esse emptionem propter immodicam laesionem, neque tamen eodem modo dici possit, rescindendam esse duntaxat quatenus laesio immodica est, hoc est vltra dimidiam iusti pretij, vt in proposito casu venditor liberetur si decem restituat: alioqui frustra ei electio daretur, l. 2. C. de rescind. vendit. qui hoc semper mallet, quam restituto in-



regro pretio rem suam recipere. Sic denique in specie l. liberto. 26. D. de bon. libert. & l. si libertus. 16. de iur. patron. in bonis liberti minoris centenarius patronus nullum ius, nullamque partem habet, quam haberet si libertus mortis tempore centenarius maior esset. Nec ea quantitate que supra centum excurreret, contentus esse cogeretur, eo prætextu quod sublata ea, in cæteris bonis, quæ essent intra æstimationem centum, nullum ius haberet. Captiosa igitur argumentatio est, si quis dicat, Inofficiosas donationes, & immodicas reuocari, quoniam inofficiosa, & immodica sunt. Reuocari igitur eatenus duntaxat, quatenus inofficiosa, & immodica sunt. Similis quoque eorum error est, qui ex eo quod d. l. 7. ait filium qui quartæ partis dimidium non habet de inofficiosa donatione agere posse, inferunt, non igitur posse agere, nisi ut quartæ partis dimidium consequatur. Aliud enim est eum qui legitimam portionem non habet, queri posse: Aliud non posse, queri, nisi ut legitimam portionem habeat, ut supra diximus in interpretatione l. 1. C. cod. Nulla igitur in toto eo titulo, aut alibi lex est, quæ inofficiosam donationem hac parte ab inofficioso testamento separet. Et miri sunt qui scribunt admodum multas in eo titulo Constitutiones esse quibus ostenditur inofficiosam donationem pro debita duntaxat portionem reuocari. Sed eos præcipites egit vn. l. si liqueat. 8. C. eo. in qua id ipsum aperte exprimi videtur iis verbis, *quod donatum est, pro ratione quartæ diminuetur*. At quartæ appellatio ambigua est, duplicemque sensum commodè admittit. Potest enim de quarta portionis ab intestato contingentis intelligi: potest etiam de ipsa portione ab intestato contingente, quæ quarta est, si forte quatuor vnus patris, aut matris liberi esse proponantur. Atque hoc posteriore sensu in d. l. si liqueat. intelligi quartam probabilius est, non solum quia priorem interpretationem iuris ratio non admittit, totque leges de quibus supra diximus, sed etiam quoniam in eadem lege additur, *ad instar inofficiosi testamenti conuicti*. Aperte autem falsum est id quod extraneo forte relictum est testamento quod inofficiosum conuictum est, diminui pro ratione duntaxat quartæ portionis ab intestato contingentis. Nec sanè memini vlllo iuris loco quartam dici simpliciter eam quæ est quarta debita portionis, sed vel cum adiectione illa *debita portionis*, vel paulò post additam eiusmodi adiectionem, ut in l. Papinianus. 8. §. si quis mortis. §. quoniam. & §. quarta. & pass. D. de inoffic. Legitima portio, vel Debita portio sanè dicitur, præsertim in Codice. Sed & in l. si mater. 7. C. de inoffic. donat. verba illa, *quarta partis dimidium*, de dimidio quartæ partis, quartæ, inquam, eius portionis, quæ ab intestato contingeret, intelligi non possunt: sed de dimidio quartæ totius hereditatis. Quod dimidium quartæ, quarta ipsa est, si quartam intelligas legitimam portionem quæ querelam excludit, id est quartam debitam portionis. Quis ergo miretur in l. si liqueat, verba illa, *pro ratione quartæ*, de quarta totius hereditatis intelligi? Mirarer potius eam quartam intelligi, quam liberis ad excludendam inofficiosam querelam relinquere necesse est, idque prorsus nouum existimarem. Coniecturam quoque iuant verba illa. l. si liqueat. *in vnum filium*, quæ innuere videntur tres ad minus in ea specie liberos matri superstites fuisse: alioqui melius dixissent *in fratrem tuum*, ut in l. præced. Quod si iam ex ipsis verbis legis tres liberos fuisse intelligimus, non valde incòmoda, aut còmentitia interpretatio erit, si quatuor fuisse ponamus. Sæpissimè enim in legibus Codicis id euenit, ut multa supplenda sint, quæ ex rescripti verbis colligi non possunt, quod ad casus propo-  
sitos ea rescripta accommodabantur, ut superfluum videretur in ipso rescripto id addere,

addere, quod ex factò proponebatur. Quod à plerisque non obseruatum, fecit, & etiamnum facit, ut infinitæ Codicis leges, alioquin faciles si ad accommodatam facti speciem applicentur, difficiles, ac propemodum inexplicabiles existimantur. Si hæc ad l. si liqueat. rescriptio non placeret (placet autem maxime) ea verba *pro ratione quartæ*, potius tollerem, quam mihi persuaderem inofficiosam donationem non nisi pro debita portione reuocari. Me namque præter manifestam iuris rationem plurium legum autoritas magis moueret, quam vnus solius. Sed ex omnibus quæ multæ sunt, & sententiam nostram apertissimè comprobant, apertissima vna est l. Titia. 87. §. Imperator de legat. 2. ad quam fatentur omnes planè nescire se quid commodè responderi possit. Ita enim de tot, tantisque interpretibus benignè existimandum est potius, quam sibi eos satisfecisse in iis interpretationibus, quæ vix rudi, & imperito tyroni satisfacere possint. In quibus singulis refellendis idè diutius non insistemus. Hoc tantum addemus, si qua lex est quæ ei Alexandri rescripto minus conuenire videatur, ad eam potius quæri respõsionem oportere, quam ex ea, de sententia §. imperator. dubitare. Primus enim Imp. Alexander fuit qui eo rescripto querelam inofficiosa donationis, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti introduxit. Et rescripti verba sic aperta sunt, ut nec dubitationi, nec rescriptio locum relinquunt. Sanè post Iustiniani Constitutionem 92. de immens. donat. iuri. veteri hætenus derogatum est, ut si vni ex liberis minus legitima relictum sit, neque is ex bonis quæ supersunt legitimam integram consequi possit, actione de inofficiosa donatione experiri nequeat, sed ad supplementum agere compellatur, ut quod ex immensis donationibus excurrit, cum fratribus sic exæquetur, ne per donationum immensitatem minus habeant quam iis legibus debeatur. Nempe quemadmodum iure vetere par & eadem in omnibus vtriusque querelæ inofficiosi testamenti, & inofficiosa donationis causa, & finis fuit: ita nouissimo iure postquam constitutum fuit ut filius, cui institutionis titulo aliquid relictum est, licet minus legitima, de inofficioso testamento agere non possit, sed ad supplementum duntaxat: illud quoque constitui rationis fuit, ut de inofficiosa donatione actio nulla sit vbi aliquo relicto ad supplementum agi potest. Ergo si nihil vni ex filiis relictum sit, quemadmodum hodie inofficiosi testamenti querelæ locus adhuc est, ita de inofficiosa donatione agi poterit: vtroque autem casu iure vetere vtentur, ut ad eam usque portionem testamentum, vel donatio reuocetur, quæ ad actorem ab intestato pertineret. Neque enim ad hunc casum Iustiniani Constitutiones pertinent, quæ in iis casibus in quibus iuri veteri expressè non derogat secundum id rectamque iuris rationem interpretandæ sunt.

*Deesse negationem in l. pen. §. i. D. de adim. legat.* CAP. XVIII.

**E**ILIVS matri suæ heredi ex parte institutæ quatuor prædia legauit, cuiusque fidei commisit, ut ex his duo socero restitueret: deinde codicillis socero fideicommissum ademit. Cùm quæretur an nihilominus ea prædia ad matrem ex prælegatione pertinerent, consultus Scauola respondit nihil proponi, cur ad matrem pertinerent, in l. filio. penu. §. i. D. de adim. legat. At potius videbatur nihil proponi cur ad matrem non pertinerent. Nam quod proponebatur ademptum esse socero fideicommissum, potius suadere videbatur ut pertinerent, cùm in fideicommissis regulare sit ut potioem causam habeat is cuius  
i iij.

fides electa est, hoc est legatarius, cuius fidei testator commisit, quàm heres à quo legatum reliquit. l. Iulianus. 60. de legat. 2. Qua ex ratione intelligimus ius hoc ex voluntate testatoris descendere, quem verisimile est id cogitasse, ut is cuius fidem elegit, si contingeret fideicommissum deficere, potior esset herede què eò minus dilexisse intelligitur, quòd nihil ei committendum putauit, magis que legatarium fideicommissario, quàm heredem coniunxit. Hoc verò si ita est, parum interest an fideicommissarij morte, an ademptione fideicommissum deficiet. Vtroque enim casu testatoris voluntas est, ut quandocumque aut quomodocumque fideicommissum deficiet, legatarius heredi præferatur. Eoq; apertior hæc testatoris voluntas est, cum ademptione fideicommissum extinguitur, quòd legatum ademptum non est. Nec nisi iniqua & improbabili interpretatione fieri potest, ut ademptum videatur, quod fideicommissi onere solutum est. Quamquam enim testantis ab initio legatarij fidei committentis animus ille esse videtur, ut non legaturus fuisset, nisi de fideicommissario cogitasset, tamen illud quoq; animo agitasse eum apparet, ut quem admodum fideicommissarij potiorum quàm legatarij causam esse voluit, ita si fideicommissarius nullus sit, ac inter legatarij & heredem res agatur, huic ille præferatur. Etenim dici non potest legatarium, cuius fides in fideicommissio electa est, tanquam nudum ministrum à testatore electum esse: quod si verè diceretur, utique heredi non noceret, quominus fideicommissum deficiens apud ipsum remaneret. l. si quis Titio. 17. de leg. 2. quæ omnium apertissimè probat, in dubio non videri testatorem, qui à legatario fideicommissum relinquit, legatarij tanquam ministri personam elegerit: Quod & Paptianus monet in l. pecuniæ. 8. D. de alim. legat. vbi diuersam constituit rationem heredis cui pecuniæ fors aliqua alimentis libertorum destinata prælegata est, & eius qui legatorum diuisionem testator mandauit. Hanc enim rem ait præsentem ac momentaneam curam, hoc est, nudum ministerium iniungere. Alimentorum verò præbendorum necessitatem oneribus mensuris atque annuis verecundiæ quoque pulsantibus adstringi. Ex quo infert, libertis quibus alimenta præstabantur defunctis nullam propterea cæteris coheredibus aut indebiti conditionem, aut utilem actionem, aduersus eum qui pecunia in eam rem prælegata erat, dari: Aduersus eum autem cui legatorum diuisio mandata est dari: ne contra testatoris voluntatem lucrum ex testamento sentiat is cui cura potius iniuncta quàm aliquid relictum est. l. Lucius. 78. §. 1. D. ad S. C. Tre. Sic Paulus in l. si quis eum 37. D. de condic. & demonstr. respondit eum qui seruus legatus est, sub eo modo, ut eum manumitteret, quem ipse testator manumittere non poterat, non esse quidem cogendum id facere, quod contra legem facere iussus est, sed tamen neque à legato esse eum repellendum, quoniam inquit, magis legatarium aliquod commodum in hoc seruo, quàm heredem habere testator voluisset. Hoc verò magis mirum est, quàm quòd volumus ea prædia, quæ mater heres ex parte scriptæ focero restituere rogata erat, si postea fideicommissum focero ademptum sit, matri nihilominus deberi. Nam hoc casu nihil in legis fraudem sit, & si quis heredis fauor esse debet, matris heredis ex parte institutæ, eiusdemq; legatariæ maiorem quàm solius heredis fauorem esse fatendum est. Vnde & in illo Pauli casu apertè contra Modestinus respondit in l. si quis quos. 31. de legat. 2. nec legatum nec libertatem deberi, nempe propter fraudem legi factam, non quòd perpetuo vera non sit Pauli ratio in d. l. si quis eum. quòd legatarij magis quàm heredem dilexisse te-

stator

stator videatur: sed quia indignus sit cuius voluntas seruetur is, qui legi maxime fraudem facere voluit. Sic denique Scævola, cuius illud quoq; responsum est de quo disputamus, in l. pater filium. 38. §. fideicommissum. de legat. 3. consultus an fideicommissum ab eo cui duo millia legata erant relictum his verbis à te Petroni peto uti ea duo millia solidorum reddas collegio cuiusdam templi, si postea collegium dissolutum sit, ad legatarium pertineat, an verò apud heredem remanere debeat, respondit, Petronium iure petere si modò per eum non stetit parere defuncti voluntati. Et, ut breuiter dicam, non est, quòd sciam, vnus in vniuerso iure locus qui in simili specie potiorum heredis quàm legatarij causam faciat. Sanè in specie l. Lucius. 88. §. Scævola. de lega. 2. eidem Scævolæ placet legatarium, qui legatum restituere ancillæ testatoris rogatus est, si legatum non habeat, petere id non posse. An quod ex testatoris voluntate melior heredis conditio sit, quàm legatarij? Minimè verò. Et eam ob causam si legatum legatarius habeat, restituere id non compellitur, nec ancillæ heredis cui fideicommissum relinqui non potuit, nec ipsi heredi cuius ancilla est, quia quod ex testatoris hereditate profectum est, eiusdem heredi nec legari nec fideicommissi potest. At quoniam illud quoque verum est quod initio capitis diximus, magis à testatore dilectum videri fideicommissarium quàm legatarium, & in proposito casu testatoris voluntas illa fuit, ut centum legata, per fideicommissum ad heredem peruenirent, sit ex eadem voluntate, ut heres qui sibi per actionem consulere non posset, per retentionem consulat, & doli exceptione legatarium repellat, qui id petat, quod statim ex testatoris voluntate eidem restitutus esset si ius pateretur. Alioqui non ex eo solo quod fideicommissum ab initio inutile est, legatarius à legati, quod utiliter relictum est, petitione repelleretur. d. l. si quis eum. 37. de condic. & demonstr. Idem igitur multo magis probandum est si fideicommissum ab initio utile fuit, sed postea ademptum, aut fideicommissarij morte extinctum, ut his casibus legatario nihilominus debeatur id, quod alteri restituere rogatus erat. Sublato namq; fideicommissum, illud ex testatoris voluntate manet, ut heredi legatarius præferatur. Quod cum ita sit, manifestè falsum & iniquum est quod Scævola respondit in d. l. penu. §. 1. de adim. legat. si matri heredi ex parte scriptæ quatuor prædia filius prælegauerat, & ex iis duo per fideicommissum focero restitui iusserat, adempto codicillis fideicommissum nihil proponi cur ea duo prædia ad matrem pertinerent. Nec excusari Scævola potest, quin librarij accusentur, quos verisimilius est quàm Scævolam negationem omisisse: quæ si addatur, hoc modo, nihil proponi cur ad matrem non pertinerent, elegans, & verum Scævolæ responsum esse omnes proculdubio fatebuntur. Ita verò legendum esse præter manifestam iuris rationem, ipsa quoque responsi verba ostendere videntur. Illa enim nihil proponi, eò pertinent ut intelligamus dubitandi rationem eo loco propositam sufficientem non fuisse, ut in tot. l. Titia. 19. D. de ann. legat. & alib. pass. Dubitandi autem ratio illa erat, quòd codicillis fideicommissum focero datum ademptum fuerat, ut apparet ex iis verbis, an nihilominus, quæ alium sensum habere non possunt, quàm hunc, An quamuis ea prædia focero adempta sint, nihilominus ex prælegatione ad matrem pertinerent. Ea namque dubitandi ratio facere videbatur, ut non pertinerent, non autem ut pertinerent. Consequens igitur est Scævolam, qui dubitationem hanc minus sufficientem esse satis inuit, respondisse nihil proponi, id est fideicommissi ademptionem propositam non facere, cur ea prædia ad matrem non pertinerent. Quis enim existimat

set, facere vt pertinerent? Ego sanè addendam esse negationem nil dubito, nec à me his libris verius quicquam obseruatum esse planè mihi persuadeo.

*Emendatur l. cum quis. 38. §. I. D. de solut. CAPVT XIX.*

**P**VGNAT ex diametro lex cum quis. 38. §. I. de solut. cum l. 3. §. VI. de donat. int. vir. & vxor. Ibi Africanus scribit, si maritus vxori donaturus debitorem suum iusserit ei soluere, neque debitorem liberari, neque mariti nummos fieri: nam si fierent, & vtique debitor liberaretur. Hic verò Vlpianus ex Celsi sententia magis probat vt mariti fiant nummi, ac per consequentias debitor liberetur. Cuius sententiæ rationem illam reddit, quòd si donatio iure ciuili non impediretur, is rei gestæ ordo futurus esset, vt pecunia à debitore ad maritum, deinde à marito ad vxorem perueniret. Porrò celeritate coniungendarum actionum inter se, vnam occultari: neque nouum esse aut mirum quòd per alium accipias, te accipere. Idem enim cõtingere si is qui se creditoris tui procuratorem esse simulauerit, à debitore tuo iubente te pecuniã acceperit, vt pecuniam tuam factam, tibi que non debitori tuo furti actionem competere dicamus. Africanus suæ sententiæ rationem aliam non reddit, quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quod etsi verum est, nihil tamen ex eo rectè inferri posse videtur. Nam ex Celsi sententia Vlpianus responderet vxoris quidem factos non esse, at mariti factos esse, hocque vnum præcipuè inspicere debere. Alio qui dicendum fore, si eam pecuniam debitor marito soluisset, tum vxori maritus donasset, quia vxoris facta non esset, liberatum debitorem non esse. Quare Africani ratio sic accipienda est, vt in ea subintelligamus, nummos qui mulieris non fiunt, mariti quoque fieri non posse. Nam quòd Celsus dicebat celeritate coniungendarum inter se actionum vnam occultari, quæ tota eius sententiæ ratio est, Africanus non admitteret, qui neque fictionem breuis manus (sic enim idem Vlpianus appellat in l. licet. 43. §. quoties. de iur. dot.) vllò alio casu admittendam putauit, nisi in eo, vt si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligeris mihi quamuis nummos meos non acceperis. l. qui negotia. 34. mandat. vbi quòd Africanus ait hoc benignè receptum esse, indicat id ipsum admittere, non quia admittendum, sed quia admissum sit, vt si iam benignè receptum non esset, nec is recipiendum putaret. Hinc etiam nata est celebris illa & iam ferè ab omnibus admissa inexplicabilis ἀντινομία d. l. qui negotia. cum l. singularia. 15. & l. rogasti. 12. si cert. petat. in quibus ob eandem rationem Vlpianus & Africanus inter se manifestissimè dissentiunt. Nam si me pecuniam mutuam rogaueris, & ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri vt eam venderes, pecuniãque vtereris: aut si cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, conuenerit vt crediti nomine eam habeas, Vlpiano placet, creditam fieri pecuniam, teque mihi ex mutuo obligari. Africano contra neutro casu posse nuda conuentione fieri creditos nummos, qui mei non fuerunt. Vlpiani ratio est, quòd si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quasi breui manu pecunia à debitore ad me, tum à me ad te peruenerit. Cur non igitur quòd in duabus personis recipitur, multo magis in vna persona recipietur? Ac sanè si vllò alio casu breuis manus fictio admittenda est, vix reddi ratio potest, cur non in hoc admitti debeat. Sed Africanus respondet, ex eo, quòd benignè receptum est, non debere argumentum sumi: denique iuris rationem non pati vt quicquam meum fiat, quòd mihi traditum non sit, sed ab alio suo nomine acceptum. Ergo quemadmodum in iis speciebus manifesta est Africani

est Africani ab Vlpiano dissensio, ita & in ea de qua quærimus fatendū necessario est conciliationis rationem afferri nullam posse. Nam quòd Accursus dixit, in Africani specie mulierem sciuisse donationem non valere, vt apud Vlpianum ignorauisse, tam ineptum est quàm commentitium, cum neutra lex distinctionis huius argumentum aliquod præbeat, & Africanus aliam suæ sententiæ rationem non afferat, quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quis verò dixerit, idèd magis valere donationem, quòd donationem valere mulier putauerit? quòd si hoc etiam casu donatio non valet, ex consequenti nummos mulieris non fieri necesse est. Equè inepta est Odofredi sententiã, distinguentis an constante matrimonio an post diuortium debitor mulieri soluerit: Nam post diuortium factam solutionem Africanus vtique dixisset, si ea præcipuè ratione motus fuisset. Verùm huic distinctioni causam præculdubio dederunt verba illa quæ apud Africanum sequuntur, *furti tamen actionem in proposito mihi post diuortium competituram, quando mea interfit interceptos nummos non esse.* Sic enim ab Odofredo accepta sunt vt post diuortium pecuniam acceperit mulier, sciens mutatam mariti voluntatem. Quòd si ita esset, frustra Africanus scripsisset marito post diuortium competituram furti actionem: factò enim post diuortium furto, certum erat nõ nisi post diuortium furti actionem competere posse. Rursus vt marito aduersus eã quæ vxor fuit actio furti competat, non sufficit factam esse post diuortium solutionem, nisi & illud comminiscatur, diuortio reuocatum fuisse donationem, quòd plerumque non fit. l. cum hic status 32. §. si diuortium. de donat. int. vir. & vxor. l. 3. de aur. & argent. legat. At ne hoc quidem satis erit, nisi addas mulierem animum furandi habuisse, cum sine affectu furandi furtum non fiat: quorum tamen omnium Africanus nil meminit, licet in priore specie cum de eo loquitur qui reuocato mandato solutionem acceperat, idèd eum accepisse dicat, vt nummos lucraretur, seu furaretur. Quare dubitandum mihi non videtur, quin verba illa *post diuortium*, delenda sint, ineptòque interpreti potius quàm Africano tribuenda, cum Africanus dicat furti actionem competituram mihi non *marito*, de quo prius in tertia persona locutus fuerat. Ad hæc *competituram in proposito*, hoc est in specie proposita de qua consultus eo loco respondit: erat autem species proposita de Titio, qui post reuocatum mandatum ab ignorante debitore solutionem acceperat, non de muliere cui debitor constante matrimonio soluere iussus post diuortium soluerat. Ita verò Africanus facere solet, vt cum post aliquot argumentationes ad propositam quæstionem redit, verbis illis vtatur, *in proposito*, vel *in proposita specie*, vt in l. Stichus. 16. de pecul. legat. l. ex asse. 28. ad S. C. Trebell. tutor. 19. §. fin. ad Vell. d. l. qui negotia. 34. mandat. l. seruus. 30. de action. empt. Quòd cum ineptus ille interpretis nõ intelligeret, & ad proximam speciem verba illa referri crederet, marito autem aduersus vxorem non nisi post diuortium furti actionem dari intelligeret, Africanum sic interpretatus est, vt marito furti actio post diuortium competitura sit, quã certum est constante matrimonio competere non posse. l. 2. C. rer. amot. Sed animaduertere debebat, nec ratione furti quòd constante matrimonio factum est maritum furti agere posse post diuortium, l. 2. D. eo. in qua Iureconsultus rationem inquirens cur aduersus mulierem quæ mariti res amouit, rerum amotarum, non furti actio post diuortium detur, rationem illam adfert quòd in honorem matrimonij turpis actio aduersus vxorem denegetur: quæ etiam ratio est l. si quis vxori. 52. in princip. de furt.

Emendatur l. vlt. D. de pact. dotal. &amp; l. interest. 6. C. de vsufr.

## CAPVT XX.

**A**PVD Iauolenum in l. vlt. D. de pact. dotal. questio talis proponitur. Fundus æstimatus centum in dotem datus fuerat: tum vxor cum viro pactum conuentum fecerat, vt diuortio facto idem fundus eodem pretio vxori restitueretur: Postea volente muliere is fundus ducentis venditus est, & subsecutum diuortium. Quæsitum est, quid vxori restituendum esset. Iauolenus refert Labeonem putasse, viro potestatem fieri debere, vtrum velit ducenta, vel fundum reddere, neque ei pactum conuentum remitti oportere. Ego duobus huius responsi locis erratum esse arbitror. Primum quod Labeo dicebat & Iauolenus probat in viri arbitrio esse vtrum velit fundum an ducenta reddere, vix intelligere possum: cum pacto conuento id actum sit vt eodem pretio fundus restitueretur: eodem, inquam, pretio, id est habita ratione augmenti, & diminutionis, vt loquitur l. æstimatis. 50. solu. matr. quod si ita est, sequitur vt si fundus restitutionis tempore ducentorū aureorum sit, non aliter à muliere repeti possit, quàm si centum marito præstet: quemadmodum si imminuta æstimatioe quinquaginta duntaxat aureorum esset, mulier præter fundum, quinquaginta petere iure conuentionis posset. l. si inter. 21. C. de iur. dot. Cum igitur alienato mulieris voluntate fundo factum sit, vt ad ipsius fundi præstationem maritus omnimodo non compellatur, danda ei electio est, an fundum ipsum, an verò centum velit reddere. Ducenta enim eum dare, si fundum non reddat, nulla ratio est, qui si fundum redderet centum à muliere consequeretur, nec nisi centum mulieri reddidisse videretur. Alioqui dicendū erit, parūm cautè Iureconsultum marito electionem dare, an fundum, an ducenta velit reddere: nisi fortè ineptior sit maritus, qui malit ducēta mulieri dare, quàm fundum ipsum: dignum quidem ducentis, sed tamen cuius restitutione, centum ipse lucraretur. Nec est, quod quis dicat, mulierem cum de alienando fundo consensit, in eo etiam videri à priore pacto recessisse, ne eodem pretio fundus restitueretur, sed illa ipsa ducenta quæ ex fundi venditione confecta sunt, præstarentur. Neque enim hoc, quod omnium maximi momenti est, Iauolenus prætermisisset, si verè dici posset: qui & curiosus fuit rationem reddere, cur non præcisè fundum maritus dare compellatur: quod tamen non ita erat in obscuro cum voluntate mulieris facta alienatio proponeretur. Neque rursus permittendum esset marito fundum ipsum eodem quo æstimatus est pretio restituere, si ius illud mulieri ex venditione acquisitum est, vt integra ducenta in dote sint, cum absurdum sit existimare in arbitrio mariti esse dotem dimidia parte minorem facere. Dicendum igitur est mariti electionem esse an fundum an centum velit reddere, vt pro *ducenta* legamus *centum* (facilis enim error est. l. 9. §. 2. sed & si quis. de hered. instit.) quomodo in veteri meo libro, post obseruatum receptæ lectionis mendum hac nota C. scriptum vidi. Alter huius legis error mihi videtur subesse in iis verbis, *neque ei pactum conuentum remitti oportere*. Cum enim pacto id conuenisse proponatur, vt idem fundus diuortio facto mulieri restitueretur, & hoc ipsum marito remittatur idèd quod ex voluntate mulieris fundus venditus sit, planè non intelligo quid illud sit quod hic dicitur marito pactū conuentū remitti non oportere. Falsum enim est quod Accursius tentat remitti quidèd in quibusdam, at nō in omnibus. Quid enim aliud conuenerat quàm vt fundus ipse restitueretur? Hoc verò propter factam mulieris

mulieris voluntate alienationem marito remittitur. Ergo totum pactū ei remittitur. Quare pro *neq;* puto legendū *namq;*: cui similem errorem nonnulli obseruarunt in l. Mæuius. 66. §. duorū. de legat. 2. sicq; per elegans & aperta erit totius illius loci sententiā. At quoniā huic nō valde dissimilis species proponitur in l. interest. 6. C. de vsufr. de illius etiam loci emendatione & sententiā considerandum nobis est. Distinguendū lex ait, an vsufructum solum maritus in dotē acceperit, an proprietatem ipsam, adiecto tamē pacto vt eo moriente eadē possessio mulieri redderetur. Nam si vsufructus tantum in dotem datus sit, proprietatem à marito pignorari nō potuisse. Data verò proprietate æstimata, non idèd minus obligari eam potuisse quod soluto matrimonio restituenda mulieri æstimatio fuerit. Quæ postrema verba cum legis principio prorsus pugnat. Pactum enim adiectum proponitur vt mortuo marito eadem possessio quæ data fuerat mulieri redderetur. At in fine legis, data proprietatis æstimatioe ex pacto restituendam fuisse verba sonant. Vt dubitandum non sit quin vel principium ex fine, vel finis ex principio emendandus sit: quod & à viro doctissimo iam pridem animaduersum est: sed tamē quomodo locus hic emendandus sit, non satis rectè meo iudicio obseruatū. Putat enim principium ex fine legis sic emendandum, vt non *eadem possessio* sed *æstimatio* legamus: quod ego probabile non puto. Quis enim admittat tā magno errore fieri potuisse vt pro *æstimatio* legeretur *eadem possessio*, præsertim cum ita omnes libri scriptum habeant? Rursus proprietate in dotem sic data, vt eius æstimatio restitueretur, quæ dubitandi ratio esse potest, cur non à marito & obligari & pignorari potuerit? Probabilius igitur dici potest emendandū finem ex principio, vt pro *æstimatio*, legamus *possessio*, quando & in plerisque libris non *æstimatio* legitur, sed *obligatio*, quæ nullius sensus lectio est. Iuuant coniecturam verba illa, *non ideo minus*, quibus dubitandi rationem contineri apertissimum est. Illud verò dubitationem faciebat, quod conuenerat vt soluto matrimonio æstimatæ proprietatis possessio redderetur, vt in l. vltim. de pact. dotal. Quod si conuenisset vt datæ in dotem proprietatis æstimatio restitueretur, inepta sanè ac parum accommodata hæc dubitandi ratio esset, quæ quo magis nō quominus valeret oppigneratio efficeret. Responsum tamen est non idèd minus obligari proprietatem potuisse, ratione illa, vt opinor, quod æstimata sit, ac proinde in mariti dominium translata. l. quoties. 5. C. de iur. dot. Nec obstare conuentionem illam vt eadem possessio restitueretur, quia oppigneratio non faciat quominus satisfieri conuentioni possit, scilicet si creditori debitum soluat. (Ergo aduersus heredes mariti agere mulier debet, vt eandem sibi possessionem restituant, atque ita tam creditori, quàm mulieri cōsuletur. Planè si heredes mariti soluendo non sint, puto mulieri competituram cōditionem, cui scilicet æquius est propter conuentionem succurri, quàm creditori, qui ex persona mariti debitoris, rei illius dominium, aut dominij causam aliquā nancisci non potuit.) Cæterum quamuis in hac specie res in dotem data, & æstimata, oppignerari possit, alienari tamen nisi volente muliere non poterit, d. l. vlt. de pact. dotal. credo quia fieri id non possit salua pactioe, qua actum est vt eadem ipsa possessio restitueretur. Et hæc mihi videtur verissima illius loci sententiā, & lectio. Errori verò causam illud fortasse dedit, quod imperitus interpres existimabat in illis verbis, *quoniam soluto matrimonio, &c.* rationem decisionis contineri, cū tamen dubitatio potius exprimat, ac si scriptum esset *non idèd minus quoniam*, idque etiam ipsa interpunctio demonstrat.

FINIS LIBRI TERTII.



## A. FABRICI CON-

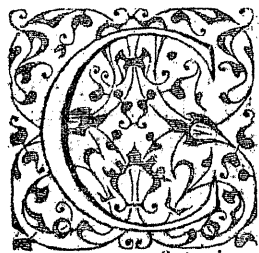
## I E C T V R A R V M

## LIBER IIII.



Condiotionem furtiuam & rerum amotarum dari in solidum contra heredem.

## CAPVT I.



ONDICTIONEM ex causa furtiua morte furis nō interire scribit aperte Iustinianus in §. vlt. *Instit. de oblig. quæ ex delict. nascun.* vbi ait ea condiotione teneri furis heredem quamuis rem furtiuam nō possideat. Et Vlpianus in l. si profure. 7. §. vlt. *D. de condiot. furt.* docet ita iure civili constitutum esse vt condiotione furtiua heres quoque furis obligetur, quod ea actio rei habeat persecuotionem. *Nec tātum*, inquit, *si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Quod ego cum Accursio & cæteris sic interpretor, etiam si viuo fure decesserit. Ne alioqui frustra additum sit, quod sequitur, etsi apud furis heredem seruus furtiuus decesserit, vel non apud ipsum post mortem tamen furis, dicendam esse aduersus heredem condiotionem dare. Nam seruus furtiuus defuncto iam fure mortuus necesse est vt vel apud heredem, vel non apud ipsum decesserit, cum inter hæc duo, quæ contradictoria sunt, medium nihil constitui possit. Ex quo illud etiam apparet ea verba, *post mortem tamen furis*, quæ Azonem & Accursium tam malè habuerunt, non ita esse accipienda vt si viuo fure seruus furtiuus decesserit, aduersus heredem condiotio furtiua denegetur: sed eam potius ob causam adiecta, ne quod prius dictum iam fuerat, non idèd minus teneri heredem furis quod viuo fure seruus furtiuus decesserit, aliis verbis inconcinne, & frustra repetitum videretur. Ac sanè si quod eo loco Vlpianus scribit condiotione furtiua heredem quoque furis obligari, sic intelligeres vt eatenus duntaxat obligetur, quatenus ad eum peruenit, inepta esset illa ratio, *quia rei habet persecuotionem.* Cum & ex actiones, quæ rei persecuotionem non habent aduersus heredes dentur, in quantum ad eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem naturalem alieno scelere ditentur. *l. si plures 17. §. vlt. l. in heredem 26. D. de dolo. l. si hominem. 7. §. j. D. de pos. l. j. §. vlt. D. de eo per quem fact. erit. l. sicuti. 38. de regul. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Atque ita idem Vlpianus aperte diffinit in l. in condiotione. 9. *D. de condiot. furt.* in condiotione ex causa furtiua nō pro eo duntaxat quod peruenit sed in solidum teneri heredem qui solus heres est. Quod etiam licet minus aperte, eleganter tamen conici posse videretur ex l. 2. §. vlt. *D. vi bonorum rapt.* vbi ad quæstionem illam, An aduersus raptoris heredes detur actio in id saltem quod locupletiores facti sunt, Respondetur, nihil de hoc pollicitum esse Prætorum, quoniam putauit sufficere condiotionem. Nempè quia cum aduersus

aduersus eum qui vi bona rapuit, furtiua quoque condiotio detur, vt ibidem lex ait, Et quæ actione solidum consequi actor possit non solum à raptore, sed etiam ab heredibus eius; frustra Prætor in eam rem actionem proposuisset, quæ minus commodi & utilitatis habuisset. At si furtiua condiotio in solidum non daretur, sed in id duntaxat quod ad raptoris heredes peruenit, deberat sanè Prætor actionem contra heredes polliceri, nec erat quod putaret sufficere condiotionem, quoniam cæteris paribus longè commodius est ex Edicto vi bonorum raptorum, quàm furtiua condiotione experiri, vel eo maximè nomine quod vi bonorum raptorum agere possunt omnes quorum ex quacunque causa interest. *d. l. 2. §. si in re. D. vi bonorum raptor.* Condicere autem nemo potest nisi qui rei dominium ad se pertinere probauerit. *l. 1. D. de condiot. furt. l. 1. C. rer. amot.* quæ dominij probatio plærumque difficillima esse solet. *§. commodum. Instit. de interd. furt.* Vt verisimile nō sit eum, qui vi bonorum raptorum agere possit condiotionem electurum, nisi spe aliqua plenioris condemnationis inuitetur: quod tamen aliter fieri non potest, quàm si furis heredem ea condiotione in solidum teneri admittamus. Cæterum, vt hoc quoque obiter obseruemus, si is cui bona vi rapta sunt, non sit dominus, ac proinde condicere non possit, sed tantum vi bonorum raptorum agere, quod fortè ex alia causa eius interfit, non puto dubitandum quin aduersus raptoris heredes in id quod locupletiores facti sunt actionem habeat vi bonorum raptorum. Neque enim illa Vlpiani ratio, *quia putauit sufficere condiotionem*, ita accipi debet vt vi bonorum raptorum agere non possit qui condicere non potest: nam præcedentia repugnant. Quemadmodum nec illa *quia pœnalis actio in heredes non datur*, sic intelligenda est, vt vi bonorum raptorum contra raptoris heredes agi non possit in id quod ad eos peruenit. Sed ea Iurisconsulti sententia est non dari in heredes eam actionem quatenus pœnalis est, id est in triplum, quoniam ex delicto defuncti heredes pœnam pati non debent. Dabitur tamen si quid & in quantum ad eos peruenit, ne ex defuncti delicto lucrum faciant, & quia ea actio mixta est, nec pœnam duntaxat, sed etiam rei persecuotionem continet. *§. ex maleficijs. 17. Instit. de action.* Denique perpetuum illud est vt heredi lucrum extorqueatur quod ad eum ex defuncti delicto peruenit *d. l. vnic. C. ex delict. defunct.* siue actio rei persecuotionem contineat siue non *l. in honorarijs 35. D. de obligat. & action.* Planè cum quæritur, An aduersus heredem in solidum actio detur, Paulus in d. l. in honorarijs, ex Cassij sententia elegatè, & ad propositam quæstionem valde accommodatam differentiam constituit inter eas actiones honorarias quæ rei persecuotionem continent, & cæteras: quod quæ rei persecuotionem habent, & post annum dantur, & aduersus heredes in solidum: Cæteræ verò neque post annum, neque in heredes nisi vt iis lucrum extorqueatur. Et si enim condiotio furtiua civilis non honoraria actio est, cum tamen rei persecuotionem contineat, nec sit pœnalis. *d. l. si profure. §. 1. dici non potest cur non aduersus heredem in solidum dari debeat*, quemadmodum & honorariæ actiones quæ rem persequuntur, quibus & in eo similis est quod anno nō finitur, at perpetua est sicut cæteræ omnes civiles actiones. *l. si mulier. 21. §. hac actio. D. rer. amot.* Postremò cū fur perpetuò in re furtiua moram facere intelligatur. *l. in re furtiua, in princip. & §. 1. D. de condiot. furt.* sique moræ effectus sit vt obligationem perpetuet nō tantum debitoris, sed etiam heredum, & successorum, licet res amissa & perempta sit. *l. si ex legati. 23. l. si seruum. 91. §. sequitur. D. de verb. obligat.* consequens est vt furis heres

licet nihil ad eum peruenerit, nihilominus furtiua cōdictione in solidū teneatur. Quod quamquam certissimum est, & apertius quàm ut pluribus rationibus & legibus confirmari necesse sit, aliter tamen visum est doctissimo viro Iacobo Cuiacio, qui rationibus aliquot adductus, furtiuam cōdictionem non nisi quatenus ad heredem peruenit dari, tentauit primū, deinde constanter affirmavit. Mouetur autem ex eo quod scriptum esse ait in *l. si tutor. 9. §. vltim. iuncta l. seq. D. de tutel. & rat. distr.* eam cōdictionem morte furis interire. Quod tamen salua tanti viri autoritate dixerim, scriptum eo loco non reperitur. Nam in *d. §. vlt.* illud tantum ex Vlpiano proponitur, cæteras actiones præter tutelæ aduersus tutores competere, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni, iniuriæ, cōdictionem. Tum in *l. seq.* ex Paulo subiicitur, non dari has actiones pupillo dum tutor tutelam gerit: quamuis enim morte tutoris intereat, pupillum tamen cum herede eius actionem habiturū, quia sibi soluere debuit. Cum igitur nō de cōdictione duntaxat, sed etiam de furti & damni iniuriæ actione Vlpianus loquatur, dubitandum non est quin verba illa Pauli, *quamuis morte tutoris intereant*, ad furti & damni iniuriæ actiones quæ morte intereunt referenda sint, non ad cōdictionem, quæ cōtra furis heredem non minus quàm contra furem ipsum cōpetit, quomodo rectissime Accursius interpretatur ex *d. §. vlt. l. si pro fure. & ex d. l. in cōdictione. 9. de condict. furt.* vt mirum sit virum doctissimum in re tam aperta cæcutiisse. Quis enim probet, quod ille comminiscitur, intelligendum esse id quod Vlpianus ait in *d. l. 9.* si cum fure lis contestata fuerit? Cū neque litis contestatæ mentio vlla fiat, neque secundum hanc diuinationem aliud iuris constituendum sit in actione furti, quæ quamuis sit pœnalis, si tamen cum fure lis contestata sit, cōtra heredem in solidum competit *d. l. vnic. C. ex delict. defuncti. l. sciendum. 58. D. de obligation. & action. l. nemo enim. 87. D. de regul. iur.* Quis etiam illud admittat quod idem vir doctissimus scripsit in *d. §. vlt. l. si pro fure*, obligari heredem furis cōdictione furtiua, quod rem ipsam furtiuam contrectauerit? Imò verò, quoniam, vt inquit Vlpianus, ea cōdictio rei habet persecutionem. Alioqui si ponas heredem cōtrectasse rem furtiuam animo furandi, dicam eum non tanquam furis heredem sed tanquam furem, & ex propria etiam contrectatione proprioque furto non solum ex defuncti delicto obligari, ideoque non tantum cōdictione sed etiam furti actione pœnali conueniri posse. Vt raceam, quod iam supra dixi, Vlpiani sententiam illam esse in *d. §. vlt.* vt furtiua cōdictione teneatur furis heres, licet seruus furtiuus viuo fure decesserit, quo tamen casu contrectationem ab herede factam esse comminisci non possumus. Secunda obiectio est ex *l. 3. §. pen. D. de pecul.* vbi scriptum videtur cōdictionem furtiuam non dari in solidum cōtra patrem, sed quatenus duntaxat ex filij furto locupletius peculium factum est. Ex quo infert vir doctissimus, neque aduersus heredem in solidum eam dari, quia in cæteris eadem heredis quæ patris causa & conditio esse soleat, in eo præsertim, quod quemadmodum heres ita pater ex delicto filij pœnali actione nō tenetur. Et sicut heres post condemnationem aut litis contestationem defuncto testatore cōuenitur ex omnibus causis, ita pater post condemnationem aut litis contestationem mortuo, aut viuo filio. *l. etsi condemnatus. 35. D. de noxal. action. l. 3. §. idem scribit. D. de pecul.* Verum facilis responsio est, longè diuersam esse hac parte heredis, & patris rationem. Heres enim furtiua cōdictione tenetur, pater non tenetur. Idque est, quod Paulus ait in *l. ex furtiua 5. D. de condict. furt.* ex furtiua causa

causa filiofamilias condici posse, vt intelligamus non quemadmodum cum seruus furtum fecit ipsi domino condicitur non seruo, vt in præcedenti lege Vlpianus dixerat, scilicet quia cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo. 107. de regul. iur.* Ita cum filiusfamilias furtum fecit, patri condici. Ipsi enim filiofamilias condicendum est non patri, quia, inquit Paulus, Ea cōdictione numquam alius tenetur, quàm qui fecit aut heres eius. Neque verò Vlpianus in *d. §. penultim. l. 3. de pecul.* scribit patrem furtiua cōdictione teneri, sed filiumfamilias: in patrem verò dandam actionem de peculio quatenus peculium locupletius factum est. Eodemque modo interpretor quod in *l. 3. §. vlt. D. rer. amotar.* Paulus ex Proculo scribit, mortua filia, quæ mariti res amouit non dari in patrem iudicium rerum amotarum nisi quatenus ex ea re locupletior factus sit, nempe vt id quod locupletior factus est ei auferatur non actione rerum amotarum, sed actione de peculio, vt scriptum est in *d. l. 3. §. penult. de pecul.* Quamquam & illud dici potest ex furto filiafamilias posse patrem conueniri vtili actione rerum amotarum, itémque vtili cōdictione. Quia deficiente directa propter rationem *d. l. ex furtiua*, æquum nihilominus sit patrem teneri non tanquam furem aut furis heredem, sed quia lucrum ex filia furto senserit. Eamque ob causam, & eadem æquitatis ratione fit vt non nisi in quantum locupletior factus est teneatur. *l. vna. §. D. rer. amotar. l. pen. D. de condict. furt.* Iure enim introductæ sunt vtilis actiones ex æquitate, deficientibus directis: neque nouum videri debet si quando minoris sint effectus & potestatis, cum earum vis non ex directarum natura æstimari debeat, sed eius ipsius æquitatis quæ eas introduxit finibus, & ratione concludatur. Sic evenit vt si peculium locupletius factum non sit, nulla in patrem actio detur, quia cum ex cōtractu actio non venit, pater de peculio conueniri non potest. *l. 1. §. si filiusfamilias. D. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalis 58. D. de reg. iur.* Recta igitur patris, & heredis comparatio non est. Pater furtiua cōdictione salte directa nō tenetur, heres tenetur. Hic vitiorum defuncti successor est. *l. cum heres. 11. D. de diuers. tempor. præscript.* Ille vitiorum filij neque successor neque particeps dici potest, sed tantum lucri, quod ex filij furto ad eum peruenerit. Obiicit tertio idem vir doctissimus, cōdictionem furtiuam similem esse in omnibus actioni rerum amotarum. Vtramque enim cōdictionem esse. *l. rerum amotarum 26. D. rer. amotar.* vtramque perpetuam. *l. si mulier. 21. §. hæc actio. D. eod. vtramque rei persecutionem continere, vtramque in heredem dari. l. contra. 6. §. si post. D. eod.* Neque tamen actionem rerum amotarum dari in solidum contra heredes, sed in quantum duntaxat ad eos peruenerit. *l. vlt. Cod. rer. amot.* Verum neque obiectio hæc facere potest vt cōdictionem furtiuam contra heredes in solidum dari non debere existimemus. Iuris enim ratio repugnat, & leges quas supra explicauimus. At potius de illo quærendum est, Cur in actione rerum amotarum diuersum ius constituendum putemus, quod longè difficiliorrem habet dubitationem. Dubitandi autem causa illa est, quod rerum amotarum actio rei persecutionem cōtineat. *d. l. si mulier. §. hæc actio.* Quæ autē sunt eiusmodi contra heredes in solidum dentur. *d. l. in honorariis. 35. D. de oblig. & action.* Auget etiam dubitationem, quod in *d. l. 3. §. vlt. rer. amotar.* Paulus scribit mortua filiafamilias, quæ mariti res amouit, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, nisi quatenus ex ea re locupletior factus sit. Ita innuens extraneos heredes quorum causa minus fauorabilis esse solet, in solidum condemnari debere. Denique me illud valde mouet quod in *d. l. contra. §.*

si post, scriptum est heredem mulieris ex causa rerum amotarum teneri, sicut conditionis nomine ex causa furtiua. Quid enim hoc aliud est, quam mulieris heredem actione rerum amotarum in solidum teneri? Alioqui vix dici potest cur eam actionem furtiua conditioni Paulus compararet, cum & ex actiones quæ rei persecutionem non habent, & quæ anno finiuntur, in heredes tamen dentur hæcenus vtiis lacrum extorqueatur, hoc est quatenus ad eos peruenit. *d. l. in honorarijs*. Quibus, rationibus dico posse defendi contra omnes omnium interpretum sententias, actionem rerum amotarum contra heredem in solidum dari: Neque in contrariam vllam iuris rationem aut legem adduci posse præter *d. l. ult. C. rer. amot.* Ad quam si respondero, nihil supererit quod aduersus nouam hanc nostram opinionem obiici posse videatur. Puto autem posse dici non improbabilius, aliud esse si quis dicat, heredem non teneri rerum amotarum actione in solidum, quod falsum est. Aliud verò, heredes non teneri in solidum, sed in quantum ad eos peruenit vt scriptum est in *d. l. ult.* Hac enim posteriori locutione illud significamus cum plures sunt heredes eius qui res amouit singulos in solidum non teneri, sed vnumquemque pro eaduntaxat parte quæ ad eum peruenit, cum tamen omnes simul in solidum teneantur, quamuis nihil ad eos peruenisse proponas. Atque ita Vlpianus ipse loquitur in *d. l. in conditione*. illis verbis, *in solidum tenemur dum soli heredes sumus*, vt ostendat cum plures sunt heredes eos in solidum non teneri. An quod ab omnibus simul solidum id quod subtractum est exigi non possit, si ad eos nihil aut minus peruenit? Minimè verò. Neque enim plurium heredum melior quam vnius solius conditio esse debet. Sed quia si omne id quod furto subtractum est ad aliquos ex coheredibus peruenit, solidum ab iis petendum est non ab aliis ad quos nihil peruenit. Aut si plus ad illos quam ad hos peruenit, plus ab illis quam ab his peti debebit. Sicque fit vt verè dici possit quod scriptum est in *d. l. ult. C. rer. amotar.* & *d. l. in conditione*, plures furis vel eius qui res amouit heredes in solidum non teneri, sed in quantum duntaxat ad eos peruenit. Neque tamen minus verum sit omnes simul teneri in solidum, licet ad eos nihil aut minus peruenit. Sic dicimus ex stipulationibus diuiduis heredes in solidum non teneri: nec idè tamen omnes simul in solidum teneri negamus. Quid ergo? Singulos in solidum non teneri intelligimus. Sic heredem eius qui accepit commodatum, licet pro ea parte duntaxat qua heres est conueniri possit, si tamen ad eum tota res commodata peruenit, vt is solus totius rei restituendæ facultatem habeat, placet Vlpiano condemnandum esse in solidum *l. 3. §. heres. D. commod.* Sic denique si is qui interdicto. Vnde vi tenebatur pluribus relictis heredibus decesserit, & ad vnum ex iis tota res vi ablata peruenit, Paulus in *l. si plures 9. D. vnde vi*. scribit teneri eum in solidum. quamuis Vlpianus in *l. 1. §. ult. D. eod.* dicat non teneri heredes ex causa illius interdicti nisi in id quod ad eos peruenit. Nimirum contraria hæc non sunt, Teneri vnumquemque ex heredibus in id quod ad eum peruenit: & teneri vnum ex iis aut omnes simul in solidum, scilicet si ad vnum aut ad omnes totum peruenit. Eodem igitur modo dici potest in specie *l. ultim. C. rer. amotar.* res amotas ad heredes mulieris totas peruenisse, neque de illo dubitatum fuisse, An omnes heredes simul in solidum tenerentur, quod certissimum erat propter supradictam iuris regulam. Sed an aduersus singulos in solidum agi posset, aut si aduersus omnes agendum esset, pro qua parte singuli conueniri deberent. Videbatur enim restituendi obligationem indi-

nem indiuiduam esse, & idè singulos heredes in solidum teneri, vt Bartolus disputat ad *d. l. in conditione*. Aut saltem vnumquemque ex heredibus Pro hereditaria portione conueniri debere cum obligatio ex causa hereditaria proficiatur. *l. C. si cert. petat. l. 2. C. de hered. action.* At contra respondetur, neque heredes in solidum teneri, scilicet singulos neque pro portionibus hereditariis, sed vnumquemque in quantum ad eum peruenit, vt proinde quod scriptum est in *d. l. in conditione*. eum qui pro parte furis heres est, teneri conditione furtiua pro ea parte pro qua heres est, omnino sic intelligi debeat si nihil ad heredes, aut si pro æquis partibus res furtiua peruenit, non autem si plus ad vnum quam ad alium peruenit. *arg. d. l. ult. C. rer. amot. d. l. 3. §. heres. D. commod. l. si plures 9. D. vnde vi*. Hæc cum ita sint, non est hac parte separanda conditio rerum amotarum à conditione furtiua, & vtramque aduersus heredem in solidum dari dubitandum amplius non videtur. Quamquam & si quis in actione rerum amotarum cum interpretibus sentire velit, eamque à furtiua conditione distinguere, possit fortassis non male hanc dissimilitudinis rationem afferre quod imputari quodammodo possit marito cui res amotas sunt, cur aduersus coniugem eo nomine non egerit, cum ab ea res amotas fuisse verisimiliter ignorare non potuerit. Res enim diuortij causa subtractas à quo repetere potius vir debuisset quam ab vxore, quæ post diuortium mariti inimica esse dicitur. *l. cum in fundo 78. §. sed etsi non sit. D. de iur. dotium. l. Cicero 39. D. de pæn.* At in cæteris furtis non ita facile sciri potest quis furtum fecerit, nec quicquam imputari ei, qui aduersus viuum furem non egit. Sed mihi ratio hæc non omnino satisfacit, nec possum intelligere cur, in actione rerum amotarum recedendum sit à iuris regula, quæ habet, actiones rei persecutorias contra heredem in solidum transire. Et miror Bartolum, Castrensem & cæteros melioris notæ interpretes scripsisse, specialiter hoc in conditione furtiua inductum esse vt cum sit ex delicto nihilominus in heredem transeat. Et iuris regulam in contrarium esse, Actiones quæ ex delicto proficiuntur non dari aduersus heredes in solidum nisi lis sit contestata. Imò verò iuris regala est, actionibus quæ rem persequuntur heredes in solidum teneri *d. l. in honorarijs*, licet sint ex delicto *d. l. si pro fure. §. ultim.* ad quem locum aliud respondere Castrensis non potest, quam Vlpiani rationem malam esse, & minus sufficientem. Idem etiam apertissimè probat quod Iustinianus scribit in *§. his autem verbis. Institut. de leg. Aquil.* legis Aquiliæ actionem pœnalem esse quia plærumque in ea condemnatio fiat pluris quam reuera interficit. Et eam ob causam, non dari contra heredem, quæ daretur, inquit, si numquam lis supra damnum æstimaretur. Daretur, inquam, in solidum. Quamuis enim sit pœnalis, datur tamen in id quod ad heredem peruenit. *l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. D. ad leg. Aquil.* Atqui licet pœnalis non esset, non idè tamen minus daretur ex delicto. Ergo actiones quæ ex delicto proficiuntur si pœnales non sint, & rei persecutionem contineant, contra heredem in solidum competunt. Planè quoniam regulare illud est vt actiones ex delicto sint pœnales vel merè, vel mixtæ vt Iustinianus ait in *§. ex maleficiis 17. Institut. de actionib.* illud etiam regulariter proditum est in heredem eas non transire nisi post litis contestationem *d. l. vnica C. ex delict. defunct.* Sed regulæ subiicienda exceptio est ex locis supradictis, Nisi rei duntaxat persecutionem contineant. Quam ob causam Iustinianus in *§. non autem omnes. de perpet. & tempor. actionib.* regulâ concepit non de actionibus ex delicto simpliciter, sed

de actionibus ex delicto pœnalibus, de quibus etiam loquitur *l. 1. D. de priuat. delict.* Obiicitur postremo iis quæ diximus actionem in factum ex causa doli, quæ datur ex Edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta, similem esse conditioni furtiux in eo quod persecutionem rei habet, pœnalis non est & ex delicto datur, neque tamen post annum dari eam neque in heredem. *l. 4. §. vltim. cum trib. seq. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Verum responderi potest, dissimilem esse conditionis furtiux & illius in factum actionis rationem quod quamquam vtraque rei persecutionem continet, non tamen vtraque eodem modo. Etenim furtiua conditio, ex se & sui natura rei persecutionem continet, adeo que nihil aliud est quam ipsius rei furtiux persecutio. Quæ autem ex illo Edicto datur in factum actio tota est in personam, non ad rem certam, nec rei persecutionem continet nisi officio & arbitrio iudicis, vt scriptum est in *l. 3. §. vltim. & l. 4. §. vlt. D. eod.* Ac quoniam officio iudicis ante impetratam actionem locus esse non potest, cum non nisi post litem contestatâ iudices dari solerent, fit vt priusquam ea actio impetrata sit, & officio iudicis locus esse possit, rei persecutio dici nequeat, & idè neque post annum datur, neque in heredem ex reg. d. l. in honorariis. Si quid tamen ad heredem ex defuncti dolo & fraude peruenerit dabitur etiam post annu vt lucrum ei auferatur. *d. l. in honorariis. l. in heredem. §. D. de calumniat. l. quod diximus 16. §. vltim. D. quod met. caus. l. itaque 28. D. de dolo. l. ait Prætor 10. §. pen. D. quæ in frau. credit. l. 1. §. vlt. & l. 2. D. de vi & vi armat.*

*Abundare negationem in l. 2. D. de crimin. stellion.*

CAPVT II.

**Q**VAMQVAM stellionatus appellatio generalis est ad omnia crimina quæ proprium titulum & nomen non habent, magis tamen propriè ac specialiter coangustata est ad eum casum, si quis fortè rem alij obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxerit, vel permutauerit, vel in solutum dederit, aut etiam obligauerit. *l. 3. D. de crimin. stell. l. tutor. 16. §. contrariam. l. si quis in pignore. 36. §. sed etsi quis. D. de pigno. act.* Et hoc sensu loquuntur omnes leges Codicis, quæ sunt sub titulo *De crimin. stellion.* Elegans autem quaestio est, necdum satis rectè meo iudicio explicata, An stellionatus crimen infamiam irroget, de qua discrepantes non interpretum duntaxat, sed etiam legum sententias legimus. Nam in *l. quid ergo. 13. §. vltim. D. de his qui notant infam.* Vlpianus disertè scribit infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non sit iudicium. At in *l. secunda. D. de crimin. stellion.* idem Vlpianus ait famosum non esse, sed extraordinariam coercitionem habere. Ex quo factum est vt interpretes cum veteres, tum recentiores dum conciliationis rationem aliquam quaerunt, in diuersas distracti sint sententias. Bulgaro & Martino placuit stellionatus crimen infamiam non irrogare, sed sententiam latam de crimine. Quod etsi verissimum est, ad rem tamen non pertinet. Cum enim de infamia quaeritur, condemnationem secutam esse ponendum est, cum ex nullo crimine licet publici iudicij causam habuerit, infamia irrogari possit, nisi sententia sequatur. *l. infamem 7. D. de public. iudic.* Vnde & in *d. §. vltim. l. quid ego,* Vlpianus dixit infamiam irrogat damnato. Et in *d. l. secunda.* non de crimine tantum, sed de iudicio stellionatus loquitur, ac de coercitione, id est de condemnatione. At Ioanni, quem Accursius, & recentiores ferè omnes sequuntur, probabilius

hinc visum est distinguere an ex famosa causa stellionatus crimen descendat, puta ex dolo, an ex causa non famosa, veluti ex pignore: seu, quod idem est, an concurrat cum civili actione famosa, vt De dolo, an cum actione non famosa, qualis est pigneratitia. Priore casu famosum esse, posteriore non item. Sed neque distinctio hæc Vlpiano conuenit, qui vtroque loco generaliter & indistinctè loquitur, & vno, famosum, altero non famosum esse scribit. Deinde ridiculum videtur, in quaestione ista spectare concursum civilis actionis, non solum quia facile contingere potest vt nulla sit civilis actio cum qua stellionatus crimen concurrat, puta si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius *d. l. 3. §. item si quis imposturam. D. de crimin. stellion.* Sed etiam quia iis quoque casibus quibus concurrat civilis actio non famosa, non idè minus famosum crimen censerit debet, cum semper dolum adnexum habeat. Et idè traditum est quod in priuatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus esse stellionatus persecutionem *d. l. 3.* Ergo quemadmodum actio de dolo, semper est famosa, ita & stellionatus iudicium omni casu famosum esse fatendum est. Nec Duareni sententia recipi potest, qui famosum regulariter non esse scripsit, nec nisi paucis casibus esse posse. Apertissimè enim repugnat *d. l. quid ergo,* ad quam nihil respondet quod facere possit satis. Ad rem verò non pertinet quod ille obiicit post cæteros ex *d. l. infamem,* Infamem non ex omni crimine sententiam facere, sed ex eo duntaxat quod publici iudicij causam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret, Stellionatus autem accusationem neque publicis neque priuatis actionibus contineri. *l. 1. D. de crimin. stellion. l. 3. C. eod.* Malam enim rationationem esse & ex ea regula stellionatus crimen excipi debere, Vlpianus docet in *d. §. vlti. l. quid ergo,* cum ait stellionatum infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non sit iudicium. In cæteris verissima est & perpetua regula *d. l. infamem.* Quod enim dicitur sepulchri violati actionem infamiam irrogare, *l. 1. D. de sepulchr. violat.* illam rationem habet, quia sepulchri violati crimen ad legem Iuliam de vi publica pertinet ex illa parte qua de eo cauetur. qui quid fecerit quominus aliquis funeretur sepeliaturæ, quoniam & qui sepulchrum violat facit quominus quis sepultus sit. *l. sepulchri 8. D. eod.* Eadem ratione dicimus calumniæ & præuaricationis crimen famosum esse, si fortè quis in iudicio publico calumniæ & præuaricationis causa quid fecisse iudicatus erit. *l. 1. D. de his qui notant infam. l. 4. D. de præuar.* quia scilicet præuaricationis huius pronuntiatio publici iudicij esse intelligitur. *l. 3. D. eod.* At in cæteris causis præuaricatorem infamia non notari certum est, quia præuaricationis iudicium regulariter publicum non est, sed extraordinarium *d. l. 3. & 2. D. eod.* Cur verò in crimine stellionatus illud singulari iure receptum sit, vt quamuis non sit publicum, infamiam tamen irroget damnato eleganter dubitari potest. Ac si de eo duntaxat crimine loqueremur quod fit cum quis rem vni obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxit, vel permutauit, vel in solutum dedit: facilis responsio esset his casibus famosum esse crimen, quod qui ita facit non malè comparandus videatur ei, qui rem vni venditam, alteri vendit, cum vterque id agat per dolum & calliditatem vt creditor pecunia credita, vel emptor pretio pro re vendita dato fraudetur, quod valde improbum & criminofum esse ait. *l. 1. Cod. de crimine stellion.* Et quemadmodum aduersus eum, qui rem vni venditam alteri vendit pœna lege Cornelia de falsis statuta est *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel.*



de fals. vt proinde ex eo crimine damnatus infamia notetur *d. l. infamem*, sic contra eum qui rem vni pignoratam alteri vendidit, vel vni venditam, alteri obligauit, cuius eadem, quæ illius improbitas est rationis fuit exemplo legis Cornelie de falsis seuerissimæ animaduertens, & eiusdem legis pœnam extendere *d. l. 3. §. penul. D. de crimin. stellion.* Ex cuius coniectione cum. *d. l. qui duobus*, apparet eandem vtriusque criminis pœnam esse, scilicet ad tempus relegationem: quod ex prudentum interpretatione ad legem Corneliam videtur descendisse. Sed quoniam de stellionatu generaliter loquimur, illa fortassis generaliter & omnibus huius criminis speciebus magis conueniens ratio afferri potest quam supra attigimus, quod ad exemplum actionis. De dolo introducta sit stellionatus actio, nec ferè in alio inter se differant, quàm quod illa civilis, id est non criminalis, hæc verò criminalis actio sit, cum vtraque aduersus eos duntaxat locum habeat qui dolo, quid fecerunt, & iis casibus quibus alia actio nõ competit. *d. l. 3. in princip.* Vt verè dici possit eum, qui stellionatus agit, de dolo quodammodo criminaliter agere. Et ideo vel ex regula *d. l. infamem*, consequens est ex ea actione infamiam irrogari, quæ etiam in priuato, & civili iudicio infamiam condemnato irrogaret. Verum igitur non est, quod ait *d. l. 2. D. eod. stellionatus iudicium famosum non esse*, neque dubitandum mihi videtur, quin tollenda sit negatio, non solum si iuris rationem spectes, quæ semper & potissimum spectari debet, sed etiam ne Vlpianum contraria & pugnantia scripsisse fatendum sit, quod mihi verisimile fieri non potest. Illud quoque coniecturam maximè iuuat, quod in *d. l. 2. Vlpianus* sic loquitur, quasi mirum sit & contra communes iuris regulas, quod adicit stellionatus iudicium extraordinariam habere coërcitionem. Ita enim scribit, *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed extraordinariam coërcitionem habet.* Sic innuens regulare esse, vt ea tantum crimina extraordinariam coërcitionem habeant, quæ famosa sunt: quod tamen falsum est. Contra enim famosa regulariter sunt ea, quæ publicorum iudiciorum legibus vindicantur, *d. l. infamem.* Quæ autem sunt huiusmodi, legitimam & ordinariam coërcitionem habent, eam scilicet quæ legibus ipsis in eam rem latis dicta, & statuta est *l. 1. D. de public. iudic.* Ordinariam siquidem pœnam, & coërcitionem appellamus, quæ ex legum præscripto irrogatur: extraordinariam verò, quæ cum legibus nulla statuta sit, officio & arbitrio tantum iudicis infligitur. *§. in summa. Instit. de iniur. l. vlt. D. eod. l. vlt. D. de furt.* Quod si detracta negatione ponamus Vlpianum scripsisse, stellionatus iudicium famosum quidem esse, sed extraordinariam coërcitionem habere, longè elegantior & verissima erit Vlpiani sententia, ex qua intelligemus duo hæc singulari quodam iure in stellionatus crimine recepta esse, nimirum vt quamuis publicum non sit, famosum tamen sit: rursus vt quamuis famosum sit, extraordinariam tamen coërcitionem habeat, scilicet quia publicum non est. Et ita mihi omnino videtur.

*Dissentio Cassij & Iauoleni in questione l. si seruus 25. D. de stipulat. seruor.*

*& l. 4. D. de diuers. tempor. præscript.*

C A P V T I I I.



I seruus hereditarius, aut eius qui in hostium potestate est, satis acceperit, dubitatum fuit inter Iureconsultos an ex die interpositæ stipulationis tempus satisfactionis cedat, an ex adita hereditate, aut eo tempore quo dominus postliminio reuersus sit. Cassius enim existimabat

stimabat ex eo computandum esse tempus, ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, hoc est ex quo hereditas adeatur aut postliminio dominus reuertatur, vt Venuleius refert in *l. si seruus 25. D. de stipulation. seruor.* Iauolenus contra magis probabat continuè, id est ex die interpositæ stipulationis tempus cedere, & illud duntaxat inspiciendum esse an experiundi potestas fuerit aduersus eum, qui obligatus est, non etiam an is agere potuerit quare in obligationem deduxit. *l. 4. D. de diuers. tempor. præscriptio.* Vbi ratio redditur, quod alioquin iniquissimum futurum sit ex conditione actorum extendi obligationes reorum, per quos nihil factum erit, quominus agi cum iis possit. Dissensit ergo hæc in questione Iauolenus à Cassio, licet vterque eiusdem scholæ fuerit. Neque probare possum, quod dissensionis conciliandæ gratia doctissimus Goueanus libris variarum lectionum scripsit interpretis esse non Venuleij verba illa, id est, *ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur.* Nam præter id, quod probabilius videtur dissensisse Iureconsultos, quàm ab imperito interprete sine causa, nulloque colore corruptam esse legis sententiam. Illud etiam animaduertere vir doctissimus debuerat, iis quoque verbis sublatis eandem Cassij opinionem & *lib. 1. cap. 1. superesse*, nihilque ad conciliandas leges emendationem hanc prodesse. Quod enim Cassius existimabat, & Goueanus admittit, tempus ex eo computandum esse ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, aliam interpretationem recipere non potest, quàm ex quo adeatur hereditas aut postliminio dominus reuertatur. Nimirum quoniam eum seruus hereditarius aut eius qui apud hostes est stipulatur, constat stipulationem sub ea conditione conceptam intelligi. Si postea hereditas adeatur, aut si postliminio dominus reuertatur, *l. interdum 73. §. si seruus. D. de verb. obligat. l. species 11. §. vltim. D. de acceptilation.* At qui conditionalium stipulationum natura illa est, vt quamuis ex præsentis tempore vires accipiant, ex iis tamen actio & petitio in euentum usque conditionis suspendatur. *l. cedere diem 13. D. de verb. significat. l. eum qui Calendis 41. §. 1. de verb. obligat. l. ususfructus 26. D. de stipulation. seruor.* Ergo si verum est quod Cassius dicebat computandum esse in proposita questione satisfactionis tempus ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, concludendum est, non prius computandum esse quàm ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur. Nisi quis fortè pro Goueano respondeat verba illa, *ex quo agi cum eis potuerit*, sic esse accipienda ac si scriptum esset, *ex quo fideiussores secum agendi potestatem fecerunt.* Sed hoc probabiliter dici non potest, tum quia verba repugnant, tum etiam quod si ita Cassius intellexisset, utique continuè id est statim stipulationis tempus cedere dixisset. Quid enim aliud est querere an ex die interpositæ stipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate, quàm vtum cedat statim, an ex quo agi cum fideiussoribus potuerit? Ac ne quid dubitationis superesset, adici oportuit interpretationem illam, id est, *ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur.* quàm vel eò magis delendam non esse intelligimus. Displicet etiam doctissimi Cuiacii sententia, qui vt facilem pugnantium legum conciliationem faciat, Iauolenum de reis, hoc est de fideiussoribus, Cassium verò de actoribus locutum esse, & hunc de actionis, illum de satisfactionis tempore respondisse interpretatur. Quod neque Cassij, & Venuleij verbis conuenit, neque iuris rationi. Si enim de actionis non satisfactionis tempore Cassius sensisset, cur de satisfactione & de fideiussoribus locutus esset? An non de principali reo ea-

dem quæstio tractari potuisset? Et tamen Cassij sententia illa fuit, ex eo computandum esse tempus ex quo agi cum fideiussoribus potuit, neque de principali debitore quicquam loquitur, cui non minus quam fideiussoribus actionis peremptio, & præscriptio prodesset. Deinde ex stipulatu actio de qua Cassius loquitur, quomodo temporalis esse potest, nisi proponas debitorem principalem, & fideiussores in diem certum promisisse. Denique si verum est quod supra diximus cum seruus hereditarius, aut eius, qui apud hostes est stipulatur sub conditione concepram videri stipulationem, nec prius nasci actionem quam hereditas addita sit, aut dominus postliminio reuersus. An non absurdum sit quærere an actionis quæ nondum nata est tempus cedat, priusquam nasci possit, & an finiatur actio, quæ numquã competiit? Neque simile videri potest quod in *l. necnon 28. §. si cum. D. ex quib. caus. maior. scriptum est actionis tempus non cedere actoribus priusquam agendi facultatem habeant. Id enim de ea demum actione verè dicitur, quæ iam competit, & ex qua si nihil aliud impedimento esset, litem contestari actor possit. At Cassius eam speciem tractat, in qua nullà est actio quæ competat, & de qua dubitari possit, an statim dies eius cedat. Postremò non placet quod Accursius & Bartolus comminiscuntur, loqui Iauolenum de seruo qui satis acceperit iudicio sisti ex ea causa quam in iudicium deducere possit. Cùm enim apud Cassium eadem quæstio iisdem verbis proponatur, diuersam interpretationem recipere Iauoleni lex non potest, neque ad eum casum coangustari, quando quidem & cæteris omnibus casibus illa ratio perpetuò locum habet vt satisfationis tempus ex die stipulationis cedere dicamus, non ex quo hereditas adeatur aut postliminio dominus reuertatur, quod alioquin iniquissimum futurum sit ex conditione actorum extinguere obligationes reorũ, per quos nihil factum erit quominus cum iis agi potuerit. Et ex contrario in stipulatione iudicio sisti, nihil speciale dici potest, cur continuò satisfatione tempus cedere debeat, cum neque ex ea stipulatione prius agi possit, quam hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur, vt ex ipsis Iauoleni verbis apparet. Quare cum nulla conciliationis ratio iniri possit, concedendum est quod volumus dissensisse Iauolenum à Cassio. Id quæ eò libentius, quòd quæstionem hanc inter Iurecòsultos controuersam fuisse Venuleius apertè testatur, cùm ait de ea dubitari, hoc est, vt interpretor, inter omnes non constare. Et Cassij opinionem minus recepram fuisse, vel ex eo intelligere licet, quòd illam Venuleius refert duntaxat, non etiam probat. At potius improbat si vulgatam lectionem sequamur, quæ habet, & Cassius existimabat, non autem, vt in Florentinis, existimat. Sic enim explosas aliorum sententias à Iureconsultis vt plurimum referri solere animaduerti, vt in *l. Papinianus putabat. 23. D. de donat. int. vir. & vxor. quam lib. 2. cap. 8.* explicauimus. *l. si venditor. 6. §. 1. D. de seru. expor.* & aliis innumeris iuris locis. Possit tamen quis Cassij sententiam eo rationis prætextu defendere, quod si satisfationis tempus prius cederet, quam cum fideiussoribus agi possit, frustra in proposito casu satisfatio, & stipulatio interposita esse videretur. Sed hoc Iauoleno minus absurdum, faciliusque admittendum videtur, quam vt fideiussorum obligatio contra stipulationis verba, & ultra id quod expressè actum est extendatur. Ponimus enim fideiussores in diem certum fideiussisse, ac proinde satisfationis dies continuos fuisse non viles. Alioquin cùm de vtilibus diebus agitur, certum est non prius eos cedere quam actor experiendi facultatem habeat, neque sufficere, vt per reum non fiat quominus*

quominus cum eo agi possit vt Vlpianus ait in *l. prima. D. de diuers. temporib. præscript.*

Vera sententia & lectio *l. imperium 3. D. de iurisdic.*

CAPVT IIII.



MENDANDAM esse *l. imperium 3. D. de iurisdic.* non puto dubitari amplius posse post editos viri doctissimi Antonij Goueani aduersus Eguinarium Baronem de Imperio & Iurisdictione commentarios, in quibus omnia quæ ad eum tractatum pertinent à veteribus interpretibus omnibus ignorata, tam dilucidè, verè, & eleganter explicantur, vt magnus ille vir cùm in aliis quidem iuris partibus alios longè superasse, tū in eo maximè tractatu seipso ingeniosior fuisse videatur. Præcipua autem de imperio & iurisdictione quæstio, tribus his fere capitibus continetur: Quid imperium merum sit, quid mixtum, quid iurisdictionis. Quæ singula Vlpianus explicat in *d. l. imperium.* Et merum imperium esse habere gladij potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines. Quod quemadmodum accipiendum sit, neque magna est inter iuris interpretes contentio, neque hoc loco tractare institui. Mixtum verò imperium de quo dicendum nobis est, id esse scribit cui iurisdictionis inest, quòd inquit, *in danda bonorum possessione consistit.* Quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magistri, exillimarunt Vlpiani sententiam illam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit imperij non iurisdictionis. Alij qui id iurisdictionem esse vident, neque negare possunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti imperij seu iurisdictionis esse scripserunt. In quo errant longè grauius, mixtum imperium cum iurisdictione confundentes: neque fieri potest vt hoc principio posito quicquam in eo tractatu intelligant. Etsi enim mixtum imperium est cui iurisdictionis inest, aliud tamen mixtum imperium est, aliud iurisdictionis, neque mixti imperij esse potest quod iurisdictionis est, aut contrà. Dare igitur bonorum possessionem iurisdictionis tantum est non etiam imperij mixti. Aut, si datio bonorum possessionis, iurisdictionis non est, quid, obsecro, iurisdictionis esse potest? Omne siquidem ius, quod in danda bonorum possessione versatur, ex Prætoris edicto est. Et cùm dici soleat Prætoris iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel cõfirmet. *l. ius autem 7. §. 1. D. de iustit. & iur.* certum est introductas esse à Prætore bonorum possessiones, iuris veteris tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum in *princip. tit. De bonor. possess.* Iustinianus scribit. Vt non male dici possit Prætoris iurisdictionis potissimam ferè partem in danda bonorum possessione consistere. At maximum imperium iurisdictionis non est, sed modica duntaxat coercitio, sine qua iurisdictionis nulla esse potest. *l. vlt. D. de offi. eius cui mandat. est iurisdic.* Propter quam causam dicitur à Paulo iurisdictioni cohærere in *§. vltim. l. 1. D. eod.* Eodem planè sensu, quo Vlpianus in *d. l. imperium.* scribit iurisdictionem mixto imperio inesse. Nec audiendi sunt, qui imperium mixtum cui iurisdictionis inest separant ab imperio mixto quod iurisdictioni cohæret, seu quod inest iurisdictioni. Vtrumque enim omnino idem est, & sicut imperium mixtum nullum est, quod non iurisdictioni cohæreat, ob id quæ mixtum appellatur, ita imperium mixtum nullum est, cui iurisdictionis inest. Id quæ apertè Vlpianus docet in *d. l. imperium,* cùm mixti imperij, verà,

& propriam diffinitionem illam tradit, *mixtum imperium est cui iurisdictio inest*, ad differentiam meri imperij, quod non tuendæ iurisdictiois gratia exercetur, ac per se stat, & in delictis vindicandis totum consistit. Sed istos idem error duxit, qui cæteros. Cum enim ex d.l. ult. de offic. eius, cui mandat. viderent imperium non merum seu mixtum aliud non esse quam modicam coercitionem sine qua iurisdictio nulla est, nec coercitionem ullam cernerent in donatione bonorum possessionis in qua tamen imperium mixtum ab Vlpiano constitui putabant, non aliter se ex ea difficultate euoluere potuerunt, quam commentitia illa duplicis imperij mixti distinctione. Neque sanè unquam se euoluere possit, qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum imperium in danda bonorum possessione consistere Vlpianus aperte scribit. Optio nobis relinquitur an à recepta lectione, an potius à certissimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc molo, illud malo. Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult sic scripsisse aut scribere debuisse. *Quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictio est. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* Ferè enim ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari potest, ut quod imperium in danda bonorum possessione consistit iurisdictio sit, cum vel fatente illo in danda bonorum possessione imperium nullum consistat, & si imperium aliquod esset, iam mixtum imperium diceretur, non iurisdictio. Probabilius ergo est, in illis verbis, *quod in danda bonorum possessione consistit*, erratum esse, & legendum *quæ pro quod*: nato errore ex vtriusque syllabæ & notæ similitudine, & affinitate. Atque ita Vlpiani sententia eadem erit, quæ secundum Goueani emendationem, scilicet, dationem bonorum possessionis imperij mixti non esse, sed iurisdictiois. Necessè autem fuit exemplum ponere iurisdictiois, ut quid iurisdictio, ac per consequentias quid imperium mixtum esset, intelligeretur. Et huic interpretationi rectissime conueniunt sequentia illa, *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*, quæ ostendunt prius ab Vlpiano datū esse exemplū iurisdictiois. Aditū vero aliud de iudicis dandi licentia, ne quis fortè ex eo quod dictum fuerat iurisdictiois in danda bonorum possessione consistere colligeret nihil esse iurisdictiois præter dationem bonorum possessionis. Ita namque fieri solet ut cum rei alicuius descriptio sit exemplis, unum non sufficiat, sed plura adduci necesse sit, quò magis rei de qua agitur natura appareat.

Emendatur §. pen. l. 3. D. de minor.

CAPVT V.

**A**PERTE falsum est quod Vlpianus ex Pomponij sententia scribit in l. 3. §. penult. D. de minor. ex quibus causis in re peculiari filii familias restituuntur, posse & patrem quasi heredem nomine filij post obitum eius impetrare cognitionem. Nam & ex causa peculij profectitij filii familias si conueniatur restitui potest. d. l. 3. §. sed vtrum. neque tamen eo mortuo dici potest restituendum esse patrem quasi ipsius heredem, cum nec heredem habere potuerit is qui nulla bona moriens relinquit. l. lex Cornelia. 28. D. de vulgarib. & pupill. substit. nec obligatio aliqua supersit contra quam restitutio in integrum concedi possit. l. qui contra. 11. D. de fideiusso. Fateor eius actionis ratione quæ contra patrem ipsum de peculio competit posse eum mortuo quoque filio cognitionem impetrare ex causa. argu. l. plane. 12. D. eod. Sed nomine ipsius filij, ut scriptum

scriptum est in d. §. penult. id verò nego & pernego. Quin etsi filius patrem heredem haberet, quem certè non habet, ineptè tamen diceretur patri concedi restitutionem in integrum nomine filij, quam ipse iure hereditario impetraret. Non enim defuncti nomine fit quod ab herede fit iure quidem hereditario, sed nomine proprio. Et quamuis heres defuncti personam representet, ac quicquid facit tanquam heres, faciat iure defuncti non proprio. l. pater filiam 14. D. ad leg. falcidiam. alia tamen est persona defuncti, alia heredis. Et aliud fieri quid nomine defuncti, aliud fieri nomine heredis. Vnde illud est quod dicimus, quoties seruus hereditarius stipulatur, ex persona defuncti non heredis vires assumere stipulationem: & hereditatem non heredis, sed defuncti personam sustinere. l. in eo 33. §. ultimo. cum l. sequen. D. de acquirend. rerum domin. l. seruus hereditarius 16. D. de stipulat. seruor. Sed etsi peculium castrense filii familias habuerit, eodem modo dici potest mortuo eo intestato, patrem nec ipsius heredem intelligi, nec eius nomine in integrum restitutionem postulare posse. Quod enim beneficium principalibus constitutionibus filio familias indulgetur ut peculij castrensis heredem habere possit, ita demum ei prodest si testamentum fecerit, ex quo postea hereditas adeatur, non si intestatus decesserit. l. 2. D. de castr. pec. l. seruus. 18. in princip. de stip. seruor. vbi eleganter Papinianus ait nec si de castrensi peculio testatus sit, vllā tamē ipsius hereditatem intelligi priusquam testamentorū aditione confirmatū sit. Quod si dicas patrem in castrensi peculio si non verè, saltem quasi heredem filij esse quia in filij iure, & dominio id peculium fuerit, dicam repugnare Iurisconsultum in d. l. 2. de castr. pec. cum ait intestati filij familias bona castrensia non quasi hereditatem, sed quasi peculium patri deferri, nec nisi valde improprie posse patrem filij quasi heredem appellari. l. filius familias 18. D. ad leg. falcid. l. item si 7. §. quanquam. D. de Senatusconsult. Macedon. Quod si improprie & abusive loqui velis, poterit etiam pater dici quasi heres filij, qui profectitium aut aduentitium duntaxat non castrense peculium viuens habuit. l. si statulibera 6. §. si filius familias. D. de statuliber. vbi mortuo filio qui hereditatem in qua fuerat institutus agnouerat, pater superstes heredis quasi heres esse dicitur. Verum id eo pertinet ut qui filio heredi dare iussus fuerat, patri post mortem filij dando conditionem impleuisse videatur, non autem ut restitutio in integrum quæ heredi quoque competere solet, in patrem quasi heredem filij post obitum eius transmittatur. Hoc enim idè fieri non potest, quoniam, ut diximus, mortuo filio, qualecumque peculium is habuerit, si modo testatus non sit, nulla hereditas superest, nullaq; obligatio, quæ beneficio restitutionis in integrum rescindi possit. Atque ita rectè Accursius scripsit non esse hac parte distinguendas peculiorum qualitates, nec separandum castrense peculium vel quasi, à profectitio, aut aduentitio. Et longè rectius, quam qui existimant Pomponium inter castrense & profectitium peculium differentiam hanc constituere, ut si ex causa peculij castrensis filii familias læsus sit, & restitui possit, pater quoque nomine filij post obitum eius tanquam heres restituatur. Si verò profectitium duntaxat peculium filius habuerit, pater restitui non possit. Nam ex iis quæ diximus apparet non magis vno casu quam alio posse patrem quasi heredem nomine filij post obitum eius impetrare cognitionem, neque ex Pomponij verbis distinctio & differentia hæc colligi vllō modo potest nisi multa suppleas quæ ex ingenio suo suppleant huius distinctionis, & differentiarum auctores. Sed pessimè idem Accursius Vlpianum & Pomponiū sic inter-

pretatur ut in quaestione d. §. pen. castrense peculium à profectitio non distinguat. Etenim apertissima sunt Vlpiani verba distinguuntis ex sententia Pomponij an castrense peculium filiusfamilias habeat, necne, ut si non habeat castrense sed profectitium aut aduentitium duntaxat possit & pater, id est, ut ego interpretor, non tantum filius qui contraxit, sed etiam pater filij nomine in integrum restitui. Si autem castrense peculium habeat, non possit & pater restitui, sed solus filius tanquam in proprio patrimonio captus. Peculiū enim castrense velut proprium filij patrimonium est. l. 2. D. de S. C. Maced. Cū igitur in ea specie quam Pomponius, & Vlpianus tractant, differentia constituenda sit inter profectitium aut aduentitiū, & castrensē peculium, nec tamen dici possit in quo differant si mortuo filio pater in integrum restitui velit, dubium mihi non videtur quin tollenda & delenda sint verba illa, *post obitū eius*, quæ ab imperito interprete, ut credibile est, textui addita, vel ex interpretis glossa in textum perducta difficilem & obscuram adeoque falsam elegantis alioquin nec obscuri loci sententiam reddiderūt. Iis verò sublatis dico Vlpiani sententiā eam esse, ut ex quibus causis filiusfamilias in re peculiari restitui potest, possit etiam pater nomine filij, & eo viuo tanquā peculij dominus impetrare restitutionem. Sed si castrense dūtaxat peculium filiusfamilias habuerit, non possit pater quasi dominus postulare cognitionem, sed solus filius tanquā in proprio patrimonio deceptus. Neq; huic nostræ interpretationi quicquam obici potest, præter illa verba, *quasi herede*, quæ imperitum interpretem fefellerunt, & impulerunt ut illa quæ tollimus adiecerit, quod non nisi post obitum filij pater ipsius heres dici posse videretur. At iam nemo ignorat heredis appellationem esse ambiguam, eaque significari non illum dūtaxat qui in defuncti ius successerit, sed eum etiam qui dominus sit, ut Iustinianus docet in §. *ult. Inst. de hered. qual. & differ.* Quod & infinitis veterum latinitatibus aut horum locis comprobare facile possemus, si aut animus esset, aut opus. Illud adnotasse sufficet, eodem sensu patrem heredē pro domino dixisse Thryphoninum in l. *de hereditate* 19. §. *pater*. in illis verbis, *non tamen si ut heres viuo filio vindictam seruo imposuit*. D. *de captiu. & postlim.* ut iam pridem diligentissimus observator Iacob. Cuiacius observavit, reprehensa etiam Græcorum ad eum locū interpretatione quos dictionis illius *heres* ambigua significatio deceperat. Sanè in eo Vlpiani & Pomponij responso de quo disputamus verba illa, *quasi heredem*, significare *quasi dominum*, apparet nō solum ex iis quæ iam diximus, sed etiam ex postremis illis verbis §. *in integrum restituendus erit quasi in proprio patrimonio captus*. quæ licet Accursius malè ad patrem referat, de filio tamen intelligi debent, & ostendunt ei duntaxat restitutionē dari siue pater sit siue filius, qui in proprio patrimonio deceptum se allegat. Quemadmodum, & præcedentia illa, *nomine filij*, necessariò faciunt, ut viuo filio non post obitum eius impetratam fuisse à patre restitutionem in integrum intelligamus, quoniam ut dictum est, nomine filij non facit pater quod post eius obitum quasi heres facit. Idq; est quod ait l. *patri* 27. D. *de minor.* patri pro filio omnimodo præstandam restitutionem, licet filius nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur: & peculium profectitiū licet videatur esse filij, magis tamen est patris, d. l. 3. §. *nec eò mouemur*. D. *eod.* Cū verò peculium castrense est vel quasi, quia omnino est filij non patris solus filius in integrum restitui poterit tanquam in proprio patrimonio captus: neque patrem audiet Prætor si quasi dominus nomine filij postulet restitutionem.

Ad l. si

Ad l. si fundus 23. D. ad leg. falcid.

CAPVT VI.



**T**s 1 legis falcidiæ potestate singula legata ipso iure pro quadrantis rata minuuntur ut Caius scribit in l. *in quantitate* 73. §. *ult. D. ad leg. falcid.* aliquando tamen contingit ut minui non possint, & ad falcidiæ retentionem doli exceptio heredi necessaria sit, fortè si ex pluribus rebus legatis heres quæsdam soluerit sine detractioe falcidiæ, neque interposita stipulatione, *Quantò amplius legatorum nomine acceptum sit quàm per legem falcidiam capere liceat*. Ex reliquis enim rebus integram falcidiam retinere poterit, id est pro iis etiam legatis quæ soluta sunt, idque per doli exceptionem: quoniam hinc legis falcidiæ potestas cessat quæ nec corpora iam soluta, nec ea quæ soluta non sunt pro solutis minuere potest. l. *si ex pluribus* 16. D. *eod.* Idemque est si res legata sit ex earum numero, quæ diuisionem non recipiunt, ut via, actus, iter, aut alia seruitus: quo casu cū per legem falcidiam pro quadrante minui non possit legatam quod nec diminutionem, nec diuisionem recipit, alio remedio heredi succurri non potest, quàm si legati æstimatione facta denuntiet legatario ut partem æstimationis inferat, & si non inferat vtatur aduersus eum exceptione doli mali. l. *si is qui quadringenta*. §. *ult. D. eod.* Aut si præterea aliquid legatum sit ex quo falcidia commodè retineri possit, ita falcidiæ ratio ponetur, ut vtriusque legati falcidia ex altero tantum retineatur. l. *planè* 35. D. *eod.* Cæterum his legibus abutuntur qui existimant ad falcidiæ retentionem doli vel in factum exceptionem semper necessariam esse, quæ certè necessaria non est nisi iis casibus quibus singula legata per legem minui non possunt. d. l. *in quantitate*. §. *ult.* Quamquam illud quoque verum est heredem cui totius hereditatis quadrans ipso iure debetur, posse nihilominus si malit & tutius esse existimet doli exceptionem opponere, quoniam iis qui ipso iure tuti sunt multò magis doli exceptionem competere dicendum est. l. *qui seruum* 34. §. *si is cui*. D. *de obligat. & actiō. l. vbi cumque* 60. D. *de fideiussor.* Sanè alia remouendæ falcidiæ ratio esse videtur. Doli namque exceptio necessaria est aut certè apud arbitrum falcidiæ defuncti voluntas seruari debet ratione doli exceptionis. l. *si creditor* 12. D. *ad leg. falcid.* scilicet quia cū ipso iure falcidiæ retentionem heres habeat, ut diximus, legatario aliter consultum esse non potest, quàm per doli exceptionem. ex quo manifestius apparet heredi ad falcidiam retinendam exceptionem necessariam non esse, alioqui ad eam remouendam replicatione non exceptione doli vtendum esset. Neque obstat l. *quod bonis* 15. D. *eod.* in cuius specie falcidia per replicationem in factum conceptam ideò retinetur, quia non potest ipso iure, & per legem falcidiam retineri ex ea re quæ nunquam penes heredem fuit, id est ex debitoris obligatione soluta. l. *cum hereditas* 36. D. *ad S. C. Trebell.* Denique perpetuum illud est, ut quoties per legem falcidiam legatum minui potest, doli vel in factum exceptio, aut replicatio necessaria non sit. Hinc porrò intelligimus si fundus mihi legetur, & via falcidiam ex viæ legato deduci & retineri non posse: quoniam via indiuidua est, sed si tantum sit in via quantum in falcidia, ita ponendam rationem legis falcidiæ vt fundum integrum legatarius consequatur, viam verò heres retineat. Quamuis enim in huiusmodi legatis quorum alterum diuiduum, alterum indiuiduum est, aliter obseruari soleat, vt falcidia, quæ ex indiuiduo retineri non potest, ex diuiduo retineatur. d. l. *planè*: in proposito tamen casu idem

dici non potest, licet tantum sit in falcidia fundi & via quatum in fundo, quoniam si integrum fundum aut aliquam fundi partem heres retineret, via legata intercideret, cum nec sine fundo via esse possit. *l. i. D. commun. prad. nec pro parte duntaxat acquiri aut retineri. l. pro parte ii. l. vt pomum. 8. §. i. D. de seruit.* Proinde vtriusque legati falcidiam ex sola via retineri necesse est. Quomodo Scauola respondit in *l. si fundus 23. D. ad leg. falcid.* in cuius principio manifestum est, quod ante nos Goueanus in eruditis suis ad eum titulum Commentariis obseruauit, legendum esse, *quantum*, pro eo quod vulgo legitur *quanto amplius*. Nam & in Florentinis legitur *quantum amplius*, non *quanto*. Et verum esse non potest quod lex ait integrum fundum capi a legatario, si ponas plus esse in falcidia quam in via. Neque enim falcidia, propter naturam & conditionem legatorum diminui potest, neque ratio reddi cur integrum fundum legatarius capiat, si ad falcidiam viae aestimatio non sufficiat. Praefertim cum in fine legis idem Scauola moneat, eo casu quo minus est in via quam in falcidia viam intercideret. Idque apertius ex eo intelligitur quod in secunda specie quam Scauola tractat, ponit legato fundo, & via, minus ex utroque falcidiam desiderare, quam sit via pretium. Omissis eo casu si tantum sit in via, quantum in falcidia, quem verisimiliter non omisisset, si prioribus legis verbis expressus non fuisset. At non probo quod idem vir doctissimus scripsit legendum *nec pro & in illis verbis & via peribit*. Cum enim tantum est in falcidia viae & fundi, quantum in via, ob idque vtriusque legati falcidia ex via retinetur, necesse est viam perire, non quod inutile sit legatum (inutile enim dici non potest ex quo legatarius commodum illud sentit, vt integrum fundum sine falcidia diminutione consequatur) sed quod via nullatenus praestetur, imò falcidia iure tota penes heredem remaneat. Quod si plus falcidia desideret quam sit via pretium, lex ait viam intercideret, id est non solum legatario non praestari, sed etiam ei non prodesse quominus totius fundi falcidia ex ipso fundo deducatur. Nam cum hoc casu aliquam fundi partem penes heredem manere necesse sit, qui ex via saluum vtriusque legati quadrantem habere non potest, neque tamen via fundo pro parte acquiri possit, vt diximus, sit necessario vt perinde falcidia ex fundo deducatur, ac si via legata non esset, quae scilicet propter legis falcidia potestatem inutiliter legata esse intelligitur. Hoc verò tunc tantum rectè dicitur, cum plus est in falcidia fundi, & via, quam in via aestimatione. Etenim si ex contrario minus sit in falcidia quam in via, falcidiae ratio sic poni potest vt viam quidem heres retineat, sed tamen per doli exceptionem tantum legatario sarciat quantum ei deest, ne contra testatoris voluntatem plus consequatur heres, quam lex falcidia desiderat. *d. l. si fundus*. In cuius interpretatione manifestus error est Accursij, & aliorum qui nihil interesse existimant, an plus sit in falcidia, quam in via, an tantundem: cum tamen ea lege differentia hæc manifestè constituatur, quod si tantundem sit, fundus integer capitur, nec via legatum inutile est, quod scilicet legatario ad falcidiam proficit, licet via legatario pereat, id est ab herede non praestetur. Si verò plus falcidia desideret quam sit via pretium, via legatum interciderit & perinde ac si factum non esset integra falcidia fundi ex fundo ipso retinetur, vt & iuris ratio conuincit. *l. Plautius 49. §. vit. D. eod.* & Scauolæ verba probant. Quamquam enim postrema illa legis clausula, *vt tunc solum via interciderat, quoties plus falcidia desiderat, quam sit via pretium*, pugnare videtur cum eo quod prius Scauola dixerat si tantum sit in via quantum in falcidia, viam perire (& hoc est quod Accursium, Gouea-

sum, Goueanum, cæterosque omnes fecellit) propius tamen intuenti rectè omnia inter se conueniunt. Et alio sensu dixit Scauola in prima legis specie viam perire, id est, legatario non praestari, at penes heredem iure falcidia remanere. Alio verò in fine legis viam intercideret, hoc est inutiliter legatum esse. Proprie enim legatum interciderit quod pro eo habetur ac si factum non esset. *l. interciderit 59. D. de condit. & demonstr.* seu quod non procedit vt Paulus loquitur in *d. §. vit. l. Plautius*. Atque ita Scauolam intellexisse vel ex eo apparet quod postea quam dixit in prima specie cum tantum est in via quantum in falcidia integrum fundum capi, & viam perire, subiicit quasi diuersum quid, *sed si via legata sit, nec soluendo sit hereditas, non debetur*. Ita innuens in praecedenti specie, non inutiliter legatum esse viam, eamque in falcidiam imputari, & idè integrum fundum sine diminutione legatario praestari, qui utique integer non praestaretur si via legatum intercideret, & pro non facto haberetur. Rursus in secunda specie cum legato fundo & via, minus ex utroque falcidia desiderat quam sit via pretium, lex ait non tantum fundum solidum capi, sed etiam cogi heredem per doli exceptionem sarcire legatario quantum deest, ne plus heres habeat, quam falcidia desideret, vt proinde via quidem ipsa non praestetur, sed tamen utile sit legatum, propter quod legatarius & solidum fundum consequitur, & praeterea tantum ex via aestimatione quantum deducta vtriusque legati falcidia superest. Ita enim Scauolam contra Accursij interpretationem intelligo. Ergo quod sequitur tunc solum viam intercideret cum plus falcidia desiderat quam sit via pretium, non ita accipi debet vt via hoc solo casu non praestetur, quæ nec aliis casibus praestatur, sed vt via legatum omnino inutile sit & nullius momenti, adè vt neque in huius legatarij falcidiam imputetur. Nec est contrarium quod Marcellus scribit in *l. ex asse 52. D. eod.* quacumque ex causa legata non praestantur, imputari ea heredi in quartam partem, quæ per legem falcidiam remanere apud eum debet. Aliud enim est imputari hoc via legatum heredi in falcidiam vt tanto minus ex cæteris legatis deducatur, quod verum est. Aliud verò imputari in falcidiam eius duntaxat legatarij cui via legata est. quod nos negamus, & eam viae imputationem non huic tantum sed cæteris quoque legatariis prodesse contendimus, vt contingeret si via legata non fuisset.

De ordinarijs, & extraordinarijs iudicijs, & emendatio Lactio 47. D. de negotijs.

## CAPVT VII.



VI de vetere iudiciorum Romanorum more & ritu scripserunt, in eo omnes consentiunt, quod exceptis quibusdam causis, veluti status, restitutionis minorum, & aliarum huiusmodi de cæteris, Praetores, Praefides, cæterique magistratus non cognoscebant, sed iudices dabant qui de facto cognoscerent, & sententiam ferrent. Idque ordinarium fuisse certum est, & plerisque iuris nostri locis comprobari potest, praesertim *l. cum Praetor 12. l. iudicium soluitur 58. & pass. tot. tit. D. de iudic.* qui est de iudicibus datis, *l. à Diuo Pio 15. D. de re iudicat. l. 2. C. de pedan. iudicib.* qua primum inductum est abrogato iure vetere vt de causis omnibus magistratus ipsi cognoscant, & notionem suam interponant, neque iudices dare possint. Ex quo intelligimus ordinaria iudicia ea dicta fuisse quæ iuxta ordinarium iudiciorum ritum exercebantur, & apud iudices datos, non apud magistratus, qui proprie non iudicare, sed ius dicere dicebantur.

tur. Extraordinaria verò illa, quæ per ipsos magistratus expediebantur, cuiusmodi erant perpauca, & ea duntaxat quæ maiore priuilegio & fauore digna existimabantur. In eo autem præcipuè ordinaria ab extraordinariis differabant, quòd in ordinariis cum iudices darentur, certas quoque formulas à magistratibus præscribi necesse erat, secundum quas iudices sententiam ferrent, & ab iis ne latum quidem vnguem recederent. In extraordinariis verò nullæ præscribebantur formulæ, nec sibi magistratus legem imponebant, quominus ex arbitrio suo ius dicerent. Hinc illa nata est iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris differentia, quòd in bonæ fidei iudiciis plenius &, vt ita dixerim, abundantius iudicis officium esset, quàm in strictis. Nempe quoniam diuersa formularum quæ iudicibus præscribebantur conceptio id postulabat. Quamquam si quis pergat quærere, cur aliter in his quàm in illis Prætor formulam conciperet, alia ratio quærenda erit, neque mihi hæc satisfaciet, licet doctissimis plerisque viris satisfecerit. Sed ea disputatio alterius est loci. Inde etiam colligitur in formularum impetratione multum interfuisse an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet. Directa enim actione proposita cum fortè vtilis tantum competeret nullæ iudicis dati partes esse poterant nisi ad condemnandum, neque de vtili actione cognoscere poterat, cui Prætor de directa duntaxat iudicandi potestatem fecerat. Verum posterioribus Imperatoribus rectè placuit tollendas esse has scrupulosas formularum conceptiones. *l. 1. & 2. C. de formul. & impetrat. action. sublat.* neque permittendum magistratibus iudices dare nisi vel propter causarum multitudinem vel alias occupationes, iustumque impedimentum cognoscere ipsi non possent. *d. l. 2. C. de pedan. iudicib.* Ac proinde omnia hodie iudicia extraordinaria sunt. *§. vlt. Instit. de interd.* id est eodem prorsus modo tractanda quo, quæ olim extraordinaria dicebantur. Magis tamen propriè ordinaria dici debent, quòd ea Diocletiani, & Maximiani constitutione ordinarium factum sit, quod prius erat extraordinarium. Sed tamen in Iureconsultorum responsis extant adhuc infinita iuris illius veteris quo utebantur, vestigia, neque aliam ob causam tot locis disputarunt directane an vtilis actio competat, quàm quod id scire multum referret propter subtilem illam, & scrupulosam formularum conceptionem, licet vtraque vt plurimum eiusdem soleat esse effectus & potestatis. Cum igitur ex superioribus, maximè verò *ex d. l. 2. C. de pedan. iudic.* appareat ita comparatum fuisse ius vetus, vt iudicia ferè omnia essent ordinaria, paucissima autem extraordinaria, facile est intelligere negotiorum gestorum iudicium ordinarium fuisse non extraordinarium, siquidem de actione negotiorum gestorum Prætor ipse non cognoscebat sed iudicium & iudicem dabat, vt ex edicti verbis intelligitur quæ sic concepta sunt, *iudicium eo nomine dabo. l. 3. in princip. D. de nego. gest.* non quomodo verba edicti De minoribus, *vti quæque res erit animaduertam, l. 1. D. de minor.* Scilicet quia de in integrum restitutione minorum solus Prætor cognoscere poterat, neque iudicium dabat, quod in cæteris partibus edicti de restitutionibus diuersum erat in quibus Prætor iudicium daturum se pollicetur. *l. metum autem 9. §. ex hoc edicto. l. item si cum 14. §. quid si homo, D. quod met. caus. l. 1. D. de dolo. l. 2. §. 1. D. de capit. minut. l. 1. & tot. tit. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Credo, quòd cæteris fauorabilior visa sit minorum restitutio, & dignior quæ maiores iudices haberet. Ergo ordinarium fuit negotiorum gestorum iudicium. Quod cum ita sit excusari non potest aut explicari ratio quæ ex Paulo proponitur *in l. actio 47. D. de neg. gest.* vbi postea quàm dictum

quàm dictum est actionem negotiorum gestorum illi dari, cuius interest eo iudicio experiri, neque referre directa quis an vtili actione agat aut conueniatur, ratio illa redditur, quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obseruatur, hæc subtilitas superuacua sit, maximè cum vtraque actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum. A usum ego ad ferere corruptum esse locum à Triboniano vt cæteras plerasque Digestorum leges, quas contra iuris veteris rationem ad posteriorum Imperatorum constitutiones accommodauit, vt ex recentioribus doctissimi viri iam obseruarunt, neque ad persuadendum quod volo aliis exemplis vtendum esse arbitror, quando nullum apertius afferri possit eo de quo disputamus. Cum enim Paulus scripsisset nihil referre directa quis an vtili actione negotiorum gestorum agat, aut conueniatur, cum vtraque actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum, aliam rationem Tribonianus ex suo addidit. iis verbis, *quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obseruatur, hæc subtilitas superuacua est.* Deinde vt rationem hanc cum ea quam Paulus dixerat conuinceret, adiecit dictionem illam *maximè*: atque ita elegantem legis sententiam, & rationem inepta ratione scædauit. Quod etiam si iuris ratio non conuinceret, ferè tamen ipsa verba ostenderent, si Pauli & Triboniani stylum bene agnosco. Solet enim Tribonianus iuris veteris subtilitates ridere, & superuacuas dicere. Vnde factum suspicor vt qui eam Triboniani rationem ineptam & ridiculam esse animaduertent, pro *quia* maluerint legere *planè*. Quam lectionem nec si velit probare possit is qui intelligit ea dictione *planè* passim in iure significari exceptionem quæ in proposito casu ad id quod Paulus dixerat adhiberi nulla potest. Sed neque cum eo quod in principio legis de negotiorum gestorum actione scriptum est, ea Triboniani adiectio quicquam commune habet. Quorsum enim de extraordinariis iudiciis tractare oportuit, cum de negotiorum gestorum actione quærebatur? Rursus in extraordinariis iudiciis quæ quæstio esse potest vtrum directa actio ab vtili differat, cum in iis nec directa nec vtilis actio detur? Ideoque nimirum non actiones sed persecutiones propriè dicuntur, quæ iuris ordinarij non habent executionem, vt Ulpianus ait in *l. pecunie 178. §. actioni. D. de verbor. significat.* At elegans erit Pauli ratio si sic eum scripsisse ponamus, nihil referre directa quis an vtili negotiorum gestorum actione experiat vel conueniatur, cum vtraque actio eiusdem potestatis sit eundemque habeat effectum. Quoniam non de illo Paulus quærit an in conceptione formulæ nihil intersit vtrum directa an vtilis actio impetretur, sed illud duntaxat monet, cum quæritur an negotiorum gestorum agi possit, non esse distinguendum an directa an vtili actione agatur, sed id tantum inspiciendum an intersit eius qui agere vult: quoniam actio negotiorum gestorum illis omnibus datur quorum interest eo iudicio experiri, & siue directa siue vtili actione experiamur, in id agimus vt quod nostra interest cõsequamur. Idque est quod lex ait vtramque actionem eiusdem esse effectus & potestatis. Quamquam & si quis velit dicere, omnia hæc Triboniani esse ab illis verbis *quia in extraordinariis iudiciis*, facile id concedam nec valde repugnabo, licet posterior illa ratio rectè defendi & explicari possit. Omnia enim, vt mihi quidem videtur, Triboniani ingenium & phrasim redolent. Cæterum, vt hoc etiã addamus, quamuis verum sit in extraordinariis iudiciis nihil interesse directa quis an vtili actione conueniatur, ex eo tamen inferri non potest quod parum subtiliter meo iudicio quidam inferunt, fidei iussoriam obligationem

hodie non tolli, si fideiussor debitori heres extiterit, & in creditoris electione esse vtrum ex causa fideiussoria an ex causa principali aduersus fideiussorem agere velit. Repugnat enim l. 5. D. de fideiuss. l. Stichum 95. §. quod vul go. D. de solut. neque earum actionum altera directa, altera utilis est, sed vtraque directa, vna tamen plenior altera, vna principalis, altera accessoria. Et ideo illa semper iuris veteris ratio manet, quæ facit vt obligatio maior tollat minorem. l. cum reus 14. l. heres à debitor 21. §. quod si hic seruus. D. de fideiuss. l. cum quis 38. §. vltim. l. si duo 93. in fin. D. de solut. Nam quæ facta est iudiciorum mutatio vt hodie extraordinaria sint omnia, scrupulosas duntaxat actionum formulas, & impetrationes sustulit, at certam & indubitam iuris rationem non immutauit. Et vt ait l. 2. C. de formul. & impetrat. action. sublat. actionem impetrari quidem necesse non est, sed tamen competere necesse est: neque interest qua actione agatur si modò competat. Verum vt hodie competat actio quæ olim non competebat, nulla posteriorum Imperatorum constitutione factum est, neque verò ex iuris ratione fieri potuit. Nec simile est exemplum quo vtuntur ex l. quamuis 8. §. si mulieri. D. ad Senatusconsult. Velleian. vbi Vlpianus scribit si mulier veteri debitori, id est, pro quo expromiserat successerit, posse eam restitutoria actione conueniri qua defunctus tenebatur, vel etiam directa actione si creditor eligat, quia mulieris nil interfit qua actione conueniatur. Hoc enim casu nulla principalis & maior obligatio est, quæ accessoriam, & minorem tollere possit, cum principalis debitor mulieris expromissione liberatus fuerit: quam ob causam rectissimè Accursius expromissionem à cæteris intercessionum speciebus separat, per quas principalis debitor non liberatur: & aperta dissimilitudinis ratio est, quicquid causentur ij, qui fideiussionem mulieris si ea principali debitori heres extiterit confirmari existimant: quod nullo iuris loco comprobare possint. Nam Papinianus in d. l. Stichum. §. aditio. versic. aliquando de solution. eandem speciem tractat quam Vlpianus, de muliere scilicet intercedente animo nouandi & per expromissionem, non de fideiubente, vt idem Accursius interpretatur, ne alioqui sibi ille contrarius sit qui statim in §. seq. scribit fideiussoriam obligationem extinguere, quoties fideiussor debitori heres existit. Denique si ab expromissione mulieris ad fideiussionem & cæteras aliorum intercessionem argumentari liceret, dici non posset cur non olim & iure Digestorum obtinuerit quod illi nunc obtinere volunt: cum nihil noui inductum sit nisi vt extraordinaria sint omnia iudicia, quod planè ad rem non pertinet, quia neque iudicium in quo Senatusconsulti Velleiani exceptio obiici poterat extraordinarium erat sed ordinarium.

Emendatur l. vbi purè 19. §. 1. D. ad S. C. Trebell. & l. si quis iniuriam 35. D. de iniur.

CAPVT VIII.



**V**OD iam pridem doctissimi viri plerique obseruauerunt per multos in libris nostris errores ex notis quibus librarij veteres maximè vt ebantur, creatos esse, id ego accidisse animaduerti in l. vbi purè 19. §. 1. D. ad S. C. Trebell. vbi cum scriptum esset fideicommissi. his notis, F. C. factum est ab iis qui notas non intellegebant vt in libris omnibus scriptum sit Senatusconsulti, ac si scriptum fuisset S. C. Nam fideicommissi legendum esse non senatusconsulti, ipsa §. quæstio demonstrabit. Testator ita dixerat, Te rogo Luci Titi, vt hereditatem meam cum Attio partiariis. Diuisa inter Titium & Attium hereditate secundum testatoris voluntatem,

toris voluntatem, quæbatur an aduersus Attium qui dimidiam hereditatis partem habuerat actiones ex Senatusconsulto Trebelliano competere. Et Paulus ex Aristonis sententia respondet, competere: quoniam verba illa testatoris pro iis accipienda sint, Rogo hereditatem illam restituas. Tum sequitur, nec verba spectantur Senatusconsulti, sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit vt hereditas sua restituatur. At absurdum sit dicere non spectari verba Senatusconsulti: sed sententiam testatoris. Dicendum enim erat non spectari verba testatoris, sed eius sententiam. Vel, non esse spectanda verba Senatusconsulti, sed sententiam Senatusconsulti, quia voluntas & sententia testatoris contra Senatusconsulti verba defendi non potest. l. Titia 86. D. ad leg. falcid. Rursus si verum est quod Paulus ait, illa verba, Rogo te Titi vt hereditatem meam cum Attio partiariis, sic accipienda esse, ac si testator dixisset, rogo vt hereditas mea partem restituas. profectò ex Senatusconsulti verbis actiones in Attium transferuntur. De illo enim Senatusconsultum disertè loquitur in quem ius fructusque transfertur, & cui fideicommissum ex testamento restitutum est. l. 1. D. ad S. C. Trebell. Denique verba illa Pauli, sed sententia quibuscumque verbis, ostendunt manifestissimè loqui Paulum de verbis fideicommissi, non de verbis Senatusconsulti. Hæc enim numquam mutantur, illa pro testatorum arbitrio, & voluntate mutantur. Illud igitur in proposito casu dubitatione faciebat vt in Attiū actiones ex Trebelliano non competere viderentur, quòd restituendi verbo testator vsus nõ fuerat, neque ex fideicommissi causa hereditatis partem Attius habere videbatur, sed potius ex alia causa, & alio iure quod expressum non esset Senatusconsulto, cuius tamen potestate fit vt ab herede in alium qui heres non est actiones transeant. Sed Paulus ex Aristonis sententia eleganter respondet non esse spectanda verba fideicommissi sed sententiam quibuscumque verbis conceptam: vt quoties apparet testatorem voluisse hereditatem suam restituere, licet restituendi verbo vsus non sit, nihilominus fideicommissum inducamus: quod cum sit proculdubio ex verbis & potestate Senatusconsulti actiones in fideicommissarium transferuntur. Atque ita Accursius quoque legisse & sensisse videtur, cum eorum verborum interpretationem sumit ex aliis legibus quæ probant in testamentis non tam verba, quàm sententiam testatoris inspicere debere, vt l. 3. C. de liber. prater. l. cum virum 16. C. de fideic. l. 3. §. conditio. D. de adim. legat. Simili ferè errore puto in l. si quis iniuriam. 35. D. de iniur. scriptum esse prætor pro præfectus, cum scriptum esset his notis præ. aut præf. Neque enim verum est quod Vlpianus ait si quis iniuriam atrocem fecerit qui contemnere iniuriarum iudicium possit ob infamiam suam & egestatem, Prætorem acriter exequi hanc rem debere, & eos qui iniuriam fecerint coercere. Generaliter namque placet in legibus publicorum iudiciorum vel priuatorum criminum Præfectos duntaxat vel Præsides qui extra ordinem cognoscunt iis qui pœnam pecuniariam egentes eludunt coercitionem extraordinariam inducere. l. 1. §. generaliter. D. de pœn. Prætor autem neque extra ordinem cognoscere, neque extraordinariam coercitionem inducere potuit, neque acriter coercere, quia scilicet merum imperium non habebat, & omnia omnino crimina præfectura vrbis sibi vindicauerat. l. 1. D. de offic. præfect. vrb. Ad eò vt iis etiam casibus quibus Prætor cæteri que Romæ magistratus cognoscere poterant, si tamen res grauiorem & atrociorẽ punitionem exigeret ad Præfectum vrbis remitti reus deberet, vt si quis fortè de plebeis ob facta atrociora in tutela

admissa fuisset apud Prætozem accusatus, & grauiore animaduersione indigeret, quàm vt sufficeret suspecti infamia. *d. l. i. §. solent. l. i. §. vltim. D. de suspect. tutor.* Velsi libertus tutelam filiorum patroni fraudulenter gessisse probaretur. *l. 2. D. eodem.* Sic legimus Præfectum vigilum licet fustibus vel flagellis cædi insularios & eos qui negligenter ignes apud se habuissent iubere potuerit, eos tamen qui dolo fecisse incendium cõuicti essent, ad Præfectû vrbi remittere debuisset. *l. vlt. D. de offic. præfect. vigil.* & generaliter eos omnes qui grauiore coërcitione, & animaduersione digni videbantur. *l. 3. §. cognoscit D. eo.* Ergo ad Præfectum non ad Prætozem pertinet coërcitio eorum, qui iniuriam atrocem fecerunt, & propter suam infamiam & egestatem contemnere iniuriarum iudicium possunt, quia acriter & grauius sunt puniendi. In prouincijs autem ea res ad Præsidis notionem spectat. *d. l. i. §. vltim. D. de pœn.* quia Præses non Prætoris duntaxat, sed etiam Præfecti vrbis & omnium qui in vrbe sunt magistratum vice & partibus fungitur. *l. ex omnibus: cum duabus sequentibus. D. de offic. Præsid. l. si in aliquam. 7. §. cum plenissimam. cum sequentibus legibus. D. de offic. Proconsul.* Denique Prætozem in vrbe non potuisse acriter hanc rem exequi, vel ex eo apparet quòd Prætoris edicto de iniurijs nihil statutum est, aduersus hos iudicij iniuriarum contemptores, neque iudicij iniuriarum alia pœna introducta quàm infamia, & iniuriæ pecuniaria æstimatio, *§. pœna autem. Instit. de iniur.* vt proinde cum quis iniuriarum iudicium contemnit propter infamiam suam, & egestatem quasi manco & deficiente Prætoris imperio, ad Præfecti iurisdictionem tanquam ad maius tribunal recurrendum sit, & ad coërcitionem extraordinariam cum ordinaria non sufficit. Hancq; interpretationem ipsa etiam legis inscriptio confirmare videtur quæ ostendit depromptam esse eam legem ex Vlpiani libro tertio De omnibus tribunalibus in quo apparet non de Prætoris tantum, sed etiam de Præfecti tribunali potestate & iurisdictione eum disseruisse. Non dissimili errore apud Valerium Maximum quodam loco scriptum legimus, datam fuisse bonorum possessionem à Calpurnio Pisone Præfecto vrbis, cum tamen neque is Præfectus fuerit sed Prætor, neque bonorum possessionem dare Præfecti potuerint sed Prætores duntaxat, vt notissimum est. Ideoque illo loco pro Præf. legendum esse Prætor. rectissime doctissimus Cuiacius Observationum suarum libris adnotauit.

*Malè à nonnullis emendatum esse §. si pater. l. si cum dotem 22. D. solut. matrimon. & quomodo probabilius emendari possit, ostenditur.*

CAPVT IX.

**V**M certi iuris sit tam in exigenda, quàm in soluenda dote, quæ communis est patri & filia, vtriusque voluntatem requiri, neq; alterius facto alterius conditionem deteriorem fieri posse. *l. 2. & 3. D. solut. matrimon.* difficilis quæstio est, quid iuris statuendum sit si absente aut expressè contradicente filia pater dotem à genero exegerit, deinde filia legatum reliquerit, an nihilominus filia aduersus maritum actio de dote salua sit vt dotem à marito, & legatum à patris herede consequatur. Ac si quidem relictum sit legatum dotis nomine, indubitatè dici potest filiam alterutro contentam esse oportere, & si à marito dotem petierit, non posse à patris herede legatû cõsequi, nisi plus sit in legato, quàm in dote, quò casu facta compensatione vsque ad eandem summam quæ concurrat id

rit id tantummodo quod excedit in legato, ex testamento præstabitur, vt Modestinus respondit in *l. Titia 34. §. qui inuita. de legat. 2.* Sed si filia pater legauerit non adiecto eo, *dotis nomine*, hic casus est de quo magna contentione certarunt iam olim inter se veteres iuris interpretes, & superioribus annis in Gallia Cuiacius, & Robertus. Dubitandi verò causam præcipuam illud facit, quod Vlpianus scribit in *l. si cum dotem 21. §. si pater. D. solut. matrimon.* si pater filia absente de dote egerit, & si omissa sit de rato satisfactio, filia denegari debere actionem, siue patri heres extiterit, siue in legato tantum acceperit quantum dotis nomine satis esset, eique compensandum in dotem, quod à patre datur. Quo loco manifestum est loqui Vlpianum de legato facto non dotis nomine ex illis verbis, *si in legato tantum acceperit quantum dotis nomine satis esset*, quæ ego ita explico, Si in legato tantum acceperit quantum sufficeret, si dotis nomine legatum esset, vt intelligamus dotis nomine legatum non fuisse. Neque tamen verisimile est compensandum esse cum dote legatum quod dotis nomine relictum non est. Imò verò extat Pomponij sententia in *l. 4. D. de dot. collat.* si pater pro filia dotem promiserit, deinde exheredata vel etiam emancipata & præterita legatum dederit, filiam habere dotem præcipuam, & præterea legatum. Quod & in cæteris creditoribus generaliter traditum est, vt si iis res pignoris iure obligata à debitore legata sit, non ideò prohibeantur pecuniam creditam petere nisi voluntas testatoris compensare volentis euidenter ostendatur. *l. creditorem 85. D. de legat.* Nec dici potest cur deterior filia conditio esse debeat quàm cæterorum contra quos voluntas testatoris compensare volentis numquam præsumitur, nisi ab herede probetur. *l. quingenta 12. D. de probat.* excepta vxore cui si quid à viro legatum sit, licet expressum non sit compensandi animo legatum fuisse, alterutro tamen hoc est vel dote, vel legato contentam esse eam oportebat Digestorum iure propter edictum De alterutro, quod etiam à Iustiniano sublatum est. *l. vnic. §. sciendum. Cod. de rei vxor. act.* Neque huic sententiæ vllus iuris locus est, qui repugnet, præter *d. §. si pater.* Nam in *l. huiusmodi 84. §. cum pater. de legat. 1.* proponitur pater pro filia sua dotis nomine centum promississe, deinde eidem centum eadem legasse, vt proinde mirum videri non debeat, quod Iuliano placet doli mali exceptione heredem tutum esse si & gener ex promissione & puella ex testamento agere velint. Conuenire enim inter eos oportere vt alterutra actione contenti sint. Cui simile est quod Vlpianus ait in *l. cum pater 29. de iur. dot.* cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat filia, non aliter posse filiam vtrumque consequi, quàm si ostenderit voluntatem testatoris illam fuisse vt duplicaret legatum, scilicet quia dotem promiserat, & dotem legauerat, neque heredis fauor patitur vt duplici dotis præstatione eum onerari voluisse testatorem in dubio interpretemur. *d. §. qui inuita. & l. Lucius 88. §. impubere. de legat. 2.* Qua etiam ratione Celsus respondit ei cui legata fuerat militia siue pecunia quæcumque redigi ex militia venditione posset, si postea testator militiam vendiderit & pretium legatario dederit, non esse ab herede præstandum aliud militiae pretium nisi legatarius eam defuncti voluntatem fuisse ostenderit. *l. Lucius Titius 22. D. de legat. 2.* Vt mirum sit Rogerium, Accursium, Bartolum, & cæteros ad *d. §. cum pater.* scripsisse compensandi animum & voluntatem præsumi, etiamsi aliud legatum sit, quàm quod debebatur. Vnde fit vt ad *d. l. 4. D. de dot. collat.* aliud respondere Bartolus non possit, quàm in eius specie promissam fuisse quantitatem & legatam spe-



ciem, vel contra promissam speciem & legatam quantitatem: quod neque ex Pomponij verbis colligi potest, neque vlllo iuris loco comprobari cum nihil interfit quod pertinet ad testatoris voluntatem, an quantitas cum specie, an cum quantitate compensetur, neque simile sit quod dici solet in actionibus, & iudiciis petenti quantitatem non posse obici compensationem speciei vel ex diuerso, quoniã longè aliud est de testatoris voluntate, aliud de actoris & rei iure quærere. Reliquum igitur est, vt de Vlpiani sententia in *d. §. si pater*. disputemus. Solus enim ille locus est, vt diximus, quo probari possit legatum filia relictum etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, cum dote compensari. Quæ res fecit vt doctissimo Cuiacio visum sit in ea specie intelligendum esse legatum factum dotis nomine, quasi satis expressum id sit, eo quod lex ait alterutro contentam esse filiam debere, & si legatum acceperit compensandum legatum cum dote. Robertus contra defendit non fuisse legatum relictum dotis nomine, neque tamen posse filiam vtrūque petere, quia in ea specie, id est, cum pater absente filia dotem exegit, minus imputare ei possit quàm si expressè contradicente filia egisset, tum propter spem accessuræ voluntatis ipsius filia, tum etiam quia etsi non accedat, in multis tamen omnino quasi ea accedente dotem solus exigere possit. *l. dotem. 37. D. solut. matrimon.* vt idè minus duplici præstatione eius heres onerandus sit quàm si contra expressam filia voluntatem perucaciter (sic enim loquitur) dotem exegisset. Ego verò neque necesse arbitrò comminisci quod vult Cuiacius apud Vlpianum in *d. §. si pater*. legatum fuisse relictum filia dotis nomine, neque possum mihi persuadere quod Robertus existimat, nihil interesse an dotis nomine legatum sit necne, & illud duntaxat distinguendum an absente an inuita & contradicente expressè filia, pater dotem exegerit. Nulla enim ratio est vt cum dote compensetur id, quod dotis nomine legatum non est. Id què Modestinus ipse in *d. §. qui inuita*. satis apertè innuit, cum ait non esse verissimile patrem duplici præstatione dotis filium eundemque heredem onerare voluisse, præsertim cum putauerit se efficaciter, licet non cõsentiente filia, instituisse aduersus generum de dote actionem. Non dixit, verissimile non esse patrem voluisse heredem onerare duplici præstatione, sed adiecit, *duplici præstatione dotis*, quia legatum relictum fuerat dotis nomine: ex quo apparet relictum simpliciter legato aliud responsum fuisse Modestinum, maximè cæteris quoque coniecturis, quibus in ea specie motus est cessantibus, id est si neq; filius heres fuisset, neque pater existimasset efficaciter se sine consensu filia à genero dotem exegisse. Neque rursus dici potest quicquam interesse an absente, an verò inuita & expressè contradicente filia pater dotem exegerit. Neutro enim casu pater sine filia agere potuit neque maritus patri solvere, quominus integra filia & salua maneat de dote aduersus maritum actio. *l. qui hominem 34. §. si gener. D. de solut.* & contradicere intelligitur filia quæ absens est *l. 2. §. vlt. D. solut. matr.* vt rectissimè Cuiacius contra Robertum disputauit. Ac præterea Modestinus non illam suæ sententia rationem affert, quòd patri expressè filia contradixerit, sed quòd patri suo non consenserit. Nec verò vlllo iuris loco reperias patrem posse agere sine filia spe accessuræ voluntatis filia. Nam in *d. l. dotem 37. D. solut. matrimon.* non ait Vlpianus posse patrem de dote agere sine consensu filia, sed videri patrem egisse & dotem recepisse voluntate filia, si ea causam contradicendi non habuit, quod omnino sic intelligi debet, si præsens ea fuerit, aut sciens, ne pugnet quod idem Vlpianus scribit in *d. §. vlti. l. 2. D. eod. tit.* An

*tit.* An igitur dicendum est eandem esse speciem & quæstionem. *d. §. si pater.* quæ illius. *§. qui inuita?* Minimè verò. Etenim Vlpianus in *d. §. si pater.* de illo duntaxat quærit, an si filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit, quantum dotis nomine satis esset, aduersus maritum qui absente ea dotem patri soluit, agere de dote possit. Modestinus verò eum casum tractat quo filia nihil dum à patre acceperit, & quærit non au contra maritum actio ei danda sit, sed quantum à fratre herede consequi debeat. Inter quos casus multum interesse nemo est meo iudicio qui negare possit, & miror viros doctissimos id non animaduertisse, qui cætera omnia tam diligenter & subtiliter obseruarunt, vt nihil ignorasse aut prætermisisse videantur. Differentia autem ratio aperta est, quia cum patri filia heres extitit, aut ab eo tantum accepit quantum dotis nomine satis esset, patris factum approbare videtur, nec amplius dicere potest factam esse à patre conditionem suam deteriore: & quod patri solutum est, videtur ad filiam peruenisse *l. 3. D. solut. matrimon.* At cum nihil filia à patre accepit, & priusquam agnoscat legatum aduersus maritum agere vult, dubitandum non est quin siue dotis nomine siue simpliciter legatum sit aduersus maritum agere possit, cum patri suo non consenserit, vt Modestinus ait, sed si aduersus maritum egerit, legatum non petet, nisi quatenus dotis quantitatem excedit, aut nisi simpliciter legatum sit, non adiecto eo *dotis nomine*, quo casu & dotem à marito consequetur & legatum à patris herede, nulla facta compensatione. Quod igitur Vlpianus scribit in *d. §. si pater.* compensandum in dotem filia quod ei à patre datur, sic intelligendum est, vt compensatio obiciatur non ab herede patris sed à marito, tum quia eum quoque casum tractat si filia ipsa patri heres extiterit, tum etiã quod aduersus patrem qui dotem exegit, aut eius heredem filia actionem nullam habeat, sed tantum aduersus maritum, qui postea dotem à focero cõdicere potest. *d. l. qui hominem. §. si gener. D. de solut.* Hinc verò sequitur, si tantundem sit in dote quantum in legato, nihil lucrifacere filiam, quia licet ei nihil legatum esset, dotem repetere à marito posset quasi focia & particeps obligationis. Ideoq; verum non est quod Vlpianus ex Iuliano subiicit, in *d. §. si pater.* lucro eius cedere, si tantum à patre consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeat à marito, qui patri soluit. Id enim proculdubio Vlpianus intelligit plus eam consequi ex testamento, quàm actione & iudicio de dote consequeretur: maximè cum præcedentia illa, *compensandum ei in dotem, quod à patre datur*, ostendant compensationem fieri vsque ad concurrentem quantitatem, quod & Modestinus ait in *d. §. qui inuita*, ac proinde nullum eo casu filiae lucrum cedere, quia compensatio non fit ad lucrum consequendum, sed ad damnum vitandum duntaxat, & ita vt paria sint omnia, ne ex inequalitate lucrum alter sentiat ex alterius damno. Qua de causa valde probo & laudo, quod vir doctissimus monuit, corrigendum esse responsum Vlpiani, & sic intelligendum, vt filiae lucro cedat si amplius ei legatum sit, quàm dotis nomine debeat à marito qui patri soluit. Sed non possum credere quod ille putat, Vlpianum scripsisse *amplius quàm* pro eo quod legitur *tantum quantum*. Hoc enim omnino improbabile est. At longè verissimilius puto posse locum ita emendari, vt pro nomine legamus *minimè*, & in illis verbis, *quantum dotis*, subintelligamus *nomine*, vt in præcedentibus *quantum dotis satis esset*, & in *§. seq. filia satis dotis fieri oportet*. Nisi quis probabilius putet legendum esse *non*, & ex ea syllaba factum esse *nomine*, imperitia & inscitia librarij, cum fortè ita scriptum esset *noie*,

quomodo veteres scribebant. Alterutrum sanè non dicam probabile, sed necessarium est, quicquid causetur Robertus, qui infeliciter tentat lucrum sentire filiam in eo quòd iura omnia, quæ in dote habuit viuis pater, lucrificat. Imò verò non lucrificat, quoniam licet nihil pater filię legasset, ius illud patris morte extinctum fuisset, neque heres patris communem cum filia de dote actionem habuisset, vt ex eo intelligimus quòd mortuo patre filia etiam heres patris dotē repetit iure proprio non iure hereditario. *l. si socius 81. in fin. D. pro socio. l. pater filiam. 14. D. ad leg. falcid.* Atqui, inquit ille, subsistit legatum. *l. cum pater. 29. D. de iur. dot.* quòd non valeret si nullum ex eo lucrum, & emolumentum filia sentiret. Verùm respondeo valere legatum in ea specie, quia pater qui marito dotem promisit (de illo enim lex loquitur non de patre qui dotem filię nomine dedit) non idèò factus est filię debitor, sed mariti duntaxat cui dos promissa est: eamque ob causam lucrum sentire mulierem in eo quòd legatum dotis nomine ac quasi dotem ipsam à patris herede consequitur, aduersus quem de dote agere non potuisset, non quòd plenius sit legatum dotis quàm actio de dote, quæ sanè eo casu nulla mulieri competit, neque cõtra maritum qui promissam dotem non accepit, neque cõtra heredem patris, qui nihil nisi genero promisit. Nos verò nõ de dote promissa disputamus, sed de dote data & soluta, tum à patre exacta, neque de illo quærimus, an legatũ valeat, sed an filię vtilius sit legatum petere quàm agere de dote, & Vlpian. in *d. s. si pater.* cum ait *lucro filia cedere*, illud proculdubio intelligit vtilius esse filię petere legatum quàm dotem: & lucrum eam sentire, cum iam legatum consecuta est, quòd in casu proposito dici non potest si ponas tantum à patre consecutam esse filiam quantum ei dotis nomine debebatur à marito qui patri soluit. Huius enim legati vtilitas tota consistit in agendo nõ in consequendo, id est legatum hoc facit, vt actionem habeat filia quam non haberet, non autem plus consequatur quàm ei debeat. Quòd enim dici solet si creditori legeretur ita vtile esse legatum si plus ex eo cõsequatur legatarius quàm pristina actione consequi poruisset. *l. si in autem 29. delegat. 1. l. si deportati 7. s. vltim. de legat. 3.* tunc demum rectè dicitur, cum debitor ipse creditori suo legat. Alioqui si à non debitore legatũ sit, ea saltem vtilitas legatum valere facit quòd creditoris interest plures actiones habere, & aduersus eũ agere posse qui debiti nomine obligatus non erat. Atque ita respondeo *ad d. l. cõ pater.* nõ quomodo Cuiacius qui referre tantum existimat, an dos marito promissa sit duntaxat, an etiã soluta, tum à patre exacta. Quid enim interesse potest an dos bonis patris nõ abscesserit, an verò ad patris bona reuersa sit? Neutro scilicet casu dos à patre filię debetur, & idèò vtroq; dotem legare filię pater potest. Quamquam & illud verum est dotem à patre promissam necdũ solutam à patris bonis abscessisse perinde ac si soluta esset. *l. vlt. D. de dot. collat.*

*Ad l. Pomponius 9. D. de neg. gest.*

CAPVT X.

**D**IFFICILEM huius legis interpretationem fecit meo iudicio, verborum cõtextus malè ab interpretibus acceptus, potius quàm quæstionis, quæ in ea tractatur obscuritas, vt non abs remirari quis possit tot Doctorum veterum recentiorumque ingenia in recto legis sensu perquirendo tamdiu perperã laborasse. Prius autem & præcipuus ferè omnium error ille est quòd Pomponiũ, quẽ initio Scauola refert scripsisse, Si negotium à te quamuis malè gestum proba-  
uero.

uero, negotiorum gestorum te mihi non teneri, à Scauola reprehendi existimant iis verbis quæ sequuntur, *Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio negotiorum gestorum pendeat, nã quomodo cum semel cõperit, nuda voluntate tollatur?* Sic autem Scauolam ratiocinari volunt vt Pomponij sententiam refellat hac ratione, quòd si post ratihabitionem actio negotiorum gestorum non competeret, sequeretur pendente ratihabitione pendere etiam actionem aut natam eam & competentem nuda voluntate tolli, quorum vtrumque absurdum esse aiunt, etiam inde ab initio ex ipsa gestione actionem nasci existimant, quæ postea nuda voluntate tolli non possit. Alij verò contrã putant opinionem Pomponij neque à Scauola reprobrari, neque ab interpretibus iustè reprehendi quòd iam olim vetus quidam interpres quem Bartolus refert, Primus scripsit. Sed qui ea verba quæ supra retuli, Pomponij non Scauolæ esse dixerit, vt ego quidem dicendum esse arbitror, vidi adhuc & legi neminem. Quæ tamen potissima & præcipua res est ad legis sententiam assequendam necessaria, vt qui aliter sentiunt, eos necesse sit in cæteris explicandis errare & labi. Cum enim Pomponius proposuisset, quòd & verissimum est, negotiorum gestorum actione non teneri te, si negotium quamuis malè gestum probaui, putabat posse ex hoc inferri. Videndum ergo esse ne in dubio hoc an ratum habeam negotiorum gestorum actio pendeat, quia si non penderet, necessariò eueniret, vt vel post ratihabitionem nuda voluntate tolleretur, quòd iuris rationi non conuenit, (certis enim duntaxat modis obligationes & actiones omnes, vt cõtrahuntur, ita dissoluuntur.) Vel adhuc superest quòd ille propter supradictam propositionem non existimabat dici posse. Illud enim sanè iustius & bonæ fidei magis conueniens est, vt ob negotia etiam malè gesta quæ sciens & lubens probaui negotiorum gestorum actione mihi nõ teneris. Neque verò aliud Scauolæ iudicium fuisse credendum est, sed quòd Pomponius ex hoc inferebat pendere interea actionem quasi post ratihabitionem nulla omnino superesse posset: reprehendit Scauola, & monet etiam post ratihabitionem superesse negotiorum gestorum actionem. Et quòd dici solet, te mihi non teneri, non ita accipi debere vt nulla mihi contra te, vel tibi aduersus me actio competat, sed ita potius, vt mihi inutilis futura sit, quia reprobare non possim id quòd semel probaui, & quemadmodum quòd vtiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita & omne id quòd à me probatum est. Ergo primis illis verbis Pomponij, *Si negotium à te quamuis malè gestum probaui, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri*, non tã Pomponij quàm communem & receptam omnium iuris authorum sententiam referri existimo, id quod significare Scauolam cum subiicit, *Sed eò dictum ab alijs scilicet, quàm à Pomponio.* Verùm interpretationem Pomponij aut potius illationem in sequentibus non contineri, cum scripsit, *Videndum ergo esse ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat, quòd ante eum fortassis nemo dixerat.* Ac quoniam nouum erat, ratione illa confirmat, *nam quomodo cum semel cõperit nuda voluntate tollatur?* Hæc enim omnia Pomponij verba esse non Scauolæ apparet cum ex præcedentibus, tũ etiam ex sequentibus. *Sed superius ita verum se putare, si dolus malus à te absit.* Quæ Pomponij esse non Scauolæ omnes interpretes consentiunt, & legis contextus manifestè demonstrat. Quòd verò Scauola ait, *superius* ad supradictam sententiam pertinet quæ initio legis posita est, vt post ratihabitionem mihi non teneris actione negotiorum gestorum, quam ita demum procedere Põ-

ponius existimabat, si dolus malus à te absit. Scauola verò cum ait, *Imò puto etsi comprobem adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eò dictum te mihi non teneri, quòd reprobare non possim semel probatum.* non reprehendit quod Pomponium primo loco ex aliorum potius quàm sua sententia scripserat post ratihibitionem non teneri te mihi actione negotiorum gestorum, sed Pomponij interpretationem reprobat, qui id eò pertinere existimabat, vt nulla actio superesset. Imò verò, inquit Scauola, actio superest, sed mihi inutilis erit, vt quanti mea interest consequi non possim, perinde ac si mea negotia bene & vtiliter gessisses, quia nihil interfit an bene gesseris an male gesta comprobauerim. Vnde fit vt nil necesse sit dicere cum Pomponio ante ratihibitionem pendere negotiorum gestorum actionem, quod ille falsa interpretatione deceptus videbatur ob eam duntaxat causam commentus, ne absurdum illud sequeretur, vt nata & competens negotiorum gestorum actio nuda ratum habentis voluntate tolleretur. Absurdum autem esse quod Pomponius putabat, post ratihibitionem siue bene & vtiliter siue malè negotia gesta sunt, tolli negotiorum gestorum actionem, Scauola probat hoc argumento quòd ita fieret, vt si à debitore meo exegisses, aut rem meam vendidisses & ego probauissem, nulla mihi actio competeret ad recipiendum id quod à me haberes, itemq; ex diuerso, vt si quid impendisses recipere non posses, quia certum sit his casibus mandati actionem non esse, cum mandatum nullum intercesserit. Còcludendum igitur est quod Scauola concludit, etiam post ratihibitionem negotiorum gestorum actionem superesse. Multa sunt alia quæ in huius loci interpretatione magistri nostri congerunt, de quibus quoniam sunt eiusmodi vt ad rectam quam tradidimus legis explicationem minimè pertineant, visum est nihil nunc dicere, satisq; fecisse nos arbitrariur si nouam & nisi fallimur, verissimam obscuri loci sententiam assecuti simus, & vt alij faciliè assequi possint præstiterimus.

*Emendatio §. qui dotale. l. cum pater 77. D. de legat. 2.*

CAPVT XI.



**E**LEBRIS est & omnibus nota Diui Pij constitutio, qua inductum fuit vt à depositario primùm, deinde per prudentum interpretationem à quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui possit. *l. si pecunia 77. de legat. 1. l. cum quis 35. §. pater. de legat. 3.* Quod non ita accipi debet, vt aduersus heredem agere fideicommissarius possit ad consequendas quæ heredi contra debitorem competunt actiones, sed ita potius vt contra debitorem fideicommissarius ex testamento & fideicommissi nomine vtiliter experiatur. Nam & ante Diui Pij constitutionem iam obtinebat, vt si à debitore fideicommissum relictum esset, heres de suis in debitorem actionibus cedendis rogatus esse videretur. *l. si seruus 108. §. qui margarita. de legat. 1.* vbi Africanus hanc siue suam siue Iuliani præceptoris sui sententiam refert, quem certissimum est Hadriani temporibus floruisse annis aliquot ante Diuum Pium, qui Hadriano in imperio successit. Illud igitur Diuum Pium addidisse & constituisse necesse est, vt non iam contra heredem sicut antea, sed contra ipsum debitorem fideicommissarius agere possit, quasi tacitè rogatus videatur heres debitum remittere debitori, vt Vlpianus scribit in *d. l. si pecunia*. Vnde infert, si debitor ab herede conueniatur posse eum vti exceptione doli, & hanc rem facere vtile fidei-

vtile fideicommissum. Nempe quoniam improbè & sine causa debitor fideicommissi solutionem recusaret, cum aduersus heredem doli exceptione sit securus. Quæ ratio facit vt neque fideicommissarius contra heredem agere, neque debitor heredi possit soluere. Quemadmodum enim si heres contra debitorem agat doli exceptione repellitur, & ideò nullas cõtra debitorem actiones cedere fideicommissario potest. *d. l. si pecunia*. Ita si debitor heredi soluat sciens à se datum fideicommissum, non liberabitur quominus à fideicommissario vtiliter conueniri possit, quia sibi imputare debet quòd ei soluerit quem doli mali exceptione potuit summouere. Atque ita in quæstione illa cui potius restituere depositarius debeat, heredine an fideicommissario, Paulus pro fideicommissario respondit in *l. Publia 26. D. deposit.* quam superioribus annis primo Coniecturarum nostrarum libro explicauimus. In quo adnotare primùm licet errorem Accursij qui in debitoris arbitrio, & potestate esse putat an heredi soluere velit, an fideicommissario, vt si contra heredem doli exceptione vti nolit, fideicommissum ab eo peti non possit. Nam Vlpianus in *d. l. si pecunia* longè aliter vtile fieri fideicommissum ait non ex eo quòd contra heredem debitor vtatur exceptione doli, sed quòd vti possit. Siue ergo vtatur siue non, quia tamen vti potest, vtile est fideicommissum, & consequenter fideicommissario non heredi præstari debet. Nec probabilior est aliorum opinio qui fideicommissario dant optionem, an aduersus debitorem qui rogatus est agere velit, an contra heredem, qui rogatus non est *ex d. §. pater. l. cum quis. de legat. 3.* Cur enim aduersus heredem ageret qui ad aliud teneri non potest, quàm vt suas contra debitorem actiones cedat, quas porrò nullas habet, cum si agere ipse velit doli exceptione repellatur, quasi tacitè rogatus debitum remittere debitori. *d. l. si pecunia*. Neque in specie *d. §. pater*, quo mouentur, fideicommissarius agit contra heredem sed contra debitorem, idque ex fideicommissio propter supradictam Diui Pij cõstitutionem vt lex ait. Heredibus verò contra debitorem actio ex stipulatu in illa specie datur, non ad consequendum id quod fideicommissario præstari testator voluit, sed in id potius vt ex testatoris voluntate præstetur fideicommissum ei cui testator voluit ex iis verbis stipulationis, quæ à testatore illo casu interposita esse proponebatur, *mibi aut cui ego volam reddantur*. Verùm ei quod dicimus & verissimum esse omnes faciunt, à quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui posse, obstat valde quod Papinianus respondit in *l. cum pater 77. §. qui dotale. de legat. 2.* Si is qui dotale prædium contra legem Iuliam vendidit, vxori legatum dederit, & emptoris fidei commiserit vt amplius ei pretium restitueret, emptorem fideicommissio non teneri. Negari enim non potest, licet quidam parū subtiliter negent, emptorem fuisse in ea specie debitorem, scilicet pretij, quod nondum solutū fuisse vel ex eo maximè colligere licet, quod statim Papinianus subiicit, si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet posse eam oblato pretio doli exceptione summoueri. Nisi fortè emptorem bis pretium soluisse diuinemus: quod nõ solum probabile nõ est, sed etiam si verū esset, addendū erat actionē emptori aduersus heredē venditoris de euictione dandā esse. *l. si seruus 21. l. si rem 29. in princip. D. de euict.* quod tamen nec Papinianus addit, nec si addendū fuisset verisimiliter prætermisisset. Vt tacè quòd lex ponit rogatū fuisse emptorem vt pretium restitueret. Propriè enim restitui dicitur pretium, quod nondum solutum est. *l. si verò non remunerandi 12. §. inde Papinianus 8. D. mandat.* & quāuis præstari bis certa quan-

ritas possit, bis tamen restitui, & reddi idem non potest: imò semel restitutum, si iterum presteretur, dari videtur non restitui. Illud etiam probare non possum, quod Paulus Castrensis scripsit, non fuisse emptorem fundi dotalis debitorem testatoris, propterea quòd venditio contra legis Iulie prohibitionem facta nulla esset. *l. cum vir 42. D. de vsucap.* Nam cum quærimus an in hac specie emptor fideicommissi teneatur, de illo duntaxat quærimus, vtrum ab eo mulier ex causa fideicommissi pretium petere possit. Quod cum facit, an non satis venditionem à marito factam confirmat & approbat? *arg. l. pen. D. de leg. commiss. l. 4. Cod. de pact. int. emptor. & venditor.* Idq; & Papinianus ipse satis indicat illis verbis, *si mulier venditionem irritam faceret.* Ita innuens ratam esse venditionem si mulier velit, & fideicommissum petat. Hoc verò si ita est, cur non emptor quasi debitor fideicommissi nomine teneatur? Quis enim eum audiat si mulieri fideicommissum petenti obiiciat, venditionem nullius fuisse momenti, præsertim si prædium quoque retineat? Nam utique & rem & pretium habere non potest. *l. ex empto 11. §. qui autem. D. de action. empt.* Et sanè quod dicimus, prædij dotalis venditionem nullam esse, sic omnino intelligi debet si mulier velit. Nam ex voluntate mulieris alienationem valuisse ante Iustiniani constitutionem certissimum est. *l. vnic. §. & cum lex. Cod. de rei vxor. action.* Nec subtiliores sunt meo iudicio qui Accursium secuti comminiscuntur solum quidem esse marito pretium fundi dotalis, sed minus iustum, & rogatum emptorem ut id quod iusto pretio deesset, vxori restitueret. Nam & huic interpretationi repugnant ea quæ supra diximus, præsertim verba illa, *oblato pretio*, ad quæ Accursius ipse fatetur non posse responderi, nisi subintelligas aut potius addas *iusto*. At neque hoc satis erit nisi iustum interpretare id duntaxat quod deest ad iustum pretium, quod tamen benè & latè dicere nemo possit. Nec est quod quis interpretationem hanc adiuuari putet ex illis Papiniani verbis quæ fortassis Accursium fefellerunt, *ut amplius ei pretium restitueret.* Quis enim dicat, *amplius pretium* pro eo quod deest ad iustum pretium? Aut quis nesciat tam in libris nostris quàm apud bonos latinitatis authores idem significare *amplius*, quod *præterea*? *l. vlr. §. 1. D. de dol. mal. except. l. legata inutiliter 19. de legat. 1.* ut Papiniani sententia sit, maritum vxori legatum, ac præterea fideicommissum dedisse. Cum igitur illa semper dubitatio maneat, Cur emptorem pretij debitorem fideicommissi non teneri Papinianus responderit, qui Diui Pij constitutionem sanè non ignorauit? Cogor dicere quod ante me nemo dixit, corruptum esse Papiniani responsum, & in proposita specie emptorem fideicommissi nomine proculdubio teneri. Facile autem potest locus restitui, cum in Pandect. Florentin. iam scriptum videam *fideicommissi*, non *fideicommissio* in illis verbis quæ vulgo sic leguntur, *emptorem fideicommissi non teneri constabat.* Nec improbable sit ab imperito librario scriptum fuisse *non*, pro eo quod scribendum erat *nomine* his notis *noxe* quibus veteres librarios uti solitos fuisse certissimum est, ut significarent *nomine*, idque & nos iam alio loco supra monuimus. Eam verò Papiniani sententiam fuisse ut emptor fideicommissi nomine teneatur præter illa quæ iam dixi, ex eo etiam conicio quod ille subiicit, Si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet, posse eam oblato pretio doli exceptione sum moueri. Nam si emptor fideicommissi non teneretur, neque ab eo pretium peti posset, haud dubiè dolo mulier non faceret, nec contra testatoris voluntatem, si venditionem irritam facere vellet. Non enim illa fuit mariti voluntas,

voluntas,

voluntas, ut legato contenta esset, cui scilicet ultra legatum pretij quoque fideicommissum reliquisse proponitur. Ergo si pretium petere non possit, rationis est ut liceat ei venditionem irritam facere, & rem suam contra legis Iulie autoritatem venditam vindicare. Eamque ob causam non aliter posse doli exceptione uti emptorem Papinianus ait, quàm si mulieri venditionem irritam facienti pretium offerat. Debuerat igitur scribere, ita demùm obstatulam mulieri doli exceptionem, si accepto legato rei suæ venditæ pretium recusaret, non autem si venditionem irritam facere vellet. Tunc enim inciperet mulier dolo facere, non cum rem suam vindicaret, si pretium ex causa fideicommissi petere non posset, sed tunc solum cum oblatum sibi pretium accipere nollet. Quod si quis quærat, cur hoc casu doli exceptione mulier repellatur, respondebo, quia ratio iuris facit ut duobus legatis relictis si alterutrum onus habeat non possit id accepto altero repudiari. *l. sed duobus 5. de legat. 2.* Huiusmodi verò fideicommissum pretij tacitum onus continet ne ab emptore fundus dotalis vindicetur, Heredis scilicet causa qui de ejectione teneretur. Quod quamquam satis apertum est, addere tamen libuit ut eos refellerem, qui legatum compensandi animo vxori factum esse scripserunt. Hoc enim si ita esset, mulieri venditionem irritam facienti pretium offerre emptor non cogereetur.

*Ad l. verbis 5. D. ad leg. Falcid. & ad l. si creditori 28. de legat. 1.*

CAPVT XII.

**D**EBITATVM fuit iam olim & controuersum inter Iuriconsultos an legata purè creditori ea re, quæ debebatur in diem vel sub conditione, legatum extinguatur, si in eam causam peruenerit, à qua incipere non potuit, hoc est si viuo testatore dies vel conditio venerit. Nam Paulus in *l. debitor 82. de legat. 2.* differè scribit inutile effici legatum, licet ab initio constiterit, Papinianus verò, cuius sententiam Iustinianus probat in *§. è contrario. Instit. de legat.* magis esse putat ut irritum non fiat, quod semel competiit in *l. verbis 5. D. ad leg. Falcid.* Ego addo quod vixdum quisquam obseruauit, in illa etiam quæstione eosdem iuris authores dissensisse, An cum vile est legatum propter commodum aliquod repræsentationis falcidia ex eo commodo tantum, an ex toto legato deduci possit. Idem namque Paulus in *l. 1. §. si creditori. D. eod.* apertè sentit falcidiam non nisi in commodo locum habere. Papinianus autem in *d. l. verbis.* quamquam minus apertè, non tamen meo iudicio valde obscure sic loquitur, ut doceat falcidiam ex toto legato deduci. Differentiam enim hanc constituit inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum debiti, quod diei aut conditionis duntaxat repræsentationem habet, ut illud eatenus tantum valeat, quatenus debiti modum excedit. Nam, ut ille ait, Verbis legati vel fideicommissi non necessariè hoc est frustrà & inutiliter relinquitur, quod ex debiti causa præstari necesse est. Cum verò dies aut conditio legatum facit non utilitatis, inquit, æstimatio duntaxat, sed totum petetur, quod datum est. Cur non enim verbis legati vel fideicommissi utiliter totum relinquatur id cuius nulla pars alio, quàm legati iure peti adhuc posset? Idq; & Paulus fatetur in *d. l. debitor*, vbi contrariam aliorum quorundam opinionem non solum refert, sed etiam refellit, ea ratione quòd si inter sursum tantum esset in legato, & fundus fortè ex die debitus legatus esset, dici non posset vtrum pecunia

peti deberet, quæ non est legata, an pars aliqua fundi, quam inuenire difficile esset, ut pro commodo peteretur. Hinc porrò fieri Papinianus ait ut priore casu cum debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat per legem falcidiam minuat, & non nisi in superfluo possit fidei legatarij committi. Cui consequens est ut posteriore casu cum dies aut conditio legatum facit, falcidia in toto legato locum habeat, ac ratione totius legati fideicommissio grauari legatarius possit. Nullam enim ex hoc querelæ occasionem legatarius habere videtur, qui imputare sibi debet, quod legatum agnouerit, quo repudiato debitum pristina actione persequi & integrum consequi potuisset. Atque ita Papinianum explicandum esse arbitror, non quomodo Accursius, & Accursium secuti ferè omnes voluerunt, qui putant posteriore hoc casu de toto quidem legato falcidiam detrahi, sed ita tamen ut legati duntaxat utilitas quæ dies aut conditio remissa adfert æstimetur. Quid enim obsecro interest, an dicas falcidiam locum habere duntaxat in cōmodo repræsentationis, an verò in toto legato, sed utilitate tantum æstimata? Aut quorsum Papinianus tam diligenter inquirat, an legati utilitas duntaxat an totum ex testamento petatur quod datum est, si eandem vtriusq; sententiæ vim & potestatem esse existimauit? Dices fortasse, malam esse ratiocinationem si ex eo quod Papinianus ait, posse ex testamento peti totum, quod datum est, inferamus putasse eum falcidiam ex toto legato deduci. Idq; euidenter apparere ex *d. l. debitor*, in qua cum Paulus admittat legatum utiliter totum peti posse, negat tamen in *d. §. si creditori*, falcidiam in eo locum habere, sed in sola legati utilitate. At respondeo, Papinianum iis verbis, *non utilitatis æstimatio, sed totum petetur id quod datum est*. non illud tantum dicere voluisse quod Paulus fatetur, utile esse totum legatum, sed etiam ex eo toto falcidiam deduci, & in solidum legatarij eiusdemque creditoris fidei committi posse, quod Paulus non admittit. Alioqui dicere meo iudicio non possis, quid sibi Papinianus velit, aut quam ob causam legatum à debitore factum, quod repræsentationis commodum aliquod habet, dissimile esse dicat ei quo quis creditori suo maiorem debito quantitatem legauit. Quemadmodum enim dissimilia sunt legata, ita vtriusque potestatem dissimilem esse necesse est. Et qua ratione Papinianus infert in priore specie non nisi superfluum quod debiti modum excedit, per falcidiam minui & fideicommissio onerari posse, quia in eo duntaxat quod superfluum sit legatum consistat, sic eodem ratiocinandi genere consequi oportet ut cum tota res est in legato, ex tota re falcidia detrahatur, & in toto legato utiliter fideicommissum relinquatur. Rursus quod sequitur apud Papinianum, etiam si viuo testatore dies venerit, aut conditio debiti extiterit, irritum tamen non fieri legatum, quod semel competiit, aliam sententiã habere non potest, quam ut in eo & falcidia locum habeat & fidei committi legatarij possit: quo tamen casu cum repræsentationis utilitas nulla sit, falcidiam in toto legato locum habere necesse est: cuius scilicet rationem inspecto mortis tempore ineundam esse constat. *l. in quantitate 79. D. ad leg. falcid.* Ac quamquam Pauli sententiam non solum ab interpretibus, sed & quod magis est, ab Vlpiano probatam esse intelligimus ex *l. si deportati 7. §. ultim. de legat. 3. l. 2. §. mulier. D. de dot. relegat.* mihi tamen si quod sentio liceat dicere, Papiniani opinio maiorem & certio rem rationem habere videtur. Cum enim in creditoris potestate sit, an ex contractu agere velit postquam dies aut conditio venerit, an ex testamento statim post mortem testatoris, absurdum non est nec iniquum falcidiam

cidiam eum pati in toto legato, si legatarij iure agere maluerit, quam creditoris. Hæc cum ita sint, mirum videri potest, quod ex Marcello Vlpian. scribit in *l. si creditori. 28. §. ult. D. de legat. 1.* Si rem quam ex stipulatu debes mihi legaueris, utile esse legatum, ut neque falcidia hoc minuat. Præsertim cum in *l. seq.* Paulus scribat, si neque tempore, neque modo, neque conditione, neque loco debitum differatur inutile esse legatum. Etenim si secundum Pauli distinctionem Marcellum interpretemur quasi de eo debito senserit, quod vel modo, vel tempore vel conditione, vel loco differebatur, quæ vulgaris interpretatio est, ex vtriusque legis coniunctione, ut videtur inducta, eò absurdius fiet & improbabilius quod ille dicebat falcidiam in legato locum non habere. Siue namque Pauli siue Papiniani sententiam sequere, dicendum est vel in toto legato vel saltem in utilitatis æstimatione falcidiæ locum esse. Sed & dubitationem illud auget quod pugnantia hæc videntur, utile esse legatum, neque tamen id per legem falcidiam minui. Nam cum in legatis omnibus lex falcidia introducta sit, vix est ut legatum utile dici possit quod per falcidiam non minuatur: adeò ut idem Paulus in *l. si fundus 65. D. ad legem falcid.* non alia ratione probet utile esse legatum si fundus quinquaginta dignus alicui legatus sit sub ea conditione, si heredi quinquaginta dederit, quam quod hic legatarius falcidiam patiatur. Verum explicandus est, ut arbitror, ille Marcelli locus ex Vlpiano in *l. 3. §. si rem. D. de legat. 3.* vbi scriptum est in ea specie, cum rem ex stipulatu debitam creditori debitor legauit, illud ex legato creditorem sentire commodi quod rei dominium nanciscitur statim, nec expectat ex stipulatu actionem, & litis sumptus lucratur quos sustineret si ex stipulatione litigaret. Neque tamen ob has causas fidei eius committi posse Vlpianus putat, quo exemplo neque falcidiam eum pati admittendum est: idè fortasse, quia neque loco neque tempore neque modo aut conditione plus ei legatum sit, quam ex stipulatu deberetur. Et quauis rei dominium ex stipulatu agens statim nactus non fuisset, purè tamen res debebatur, ut proinde cōmodum quod ex legato percipit hereditatem nil imminuat, & ex iuris potestate potius quam ex testatoris iudicio & liberalitate proficisci videatur. Valet igitur legatum quia commodum aliquod habet, neque tamen per falcidiam minuetur, quia ex eo commodo nihil incommodi heres sentit, nec minus locupletem habet hereditatem, quam si nihil legatum fuisset. At si non corpus sed pecunia legata sit quæ iam purè debebatur, nulla legati utilitas est quia dominium pecuniæ nancisci legatarius non potest ante traditionem, & cum actione ei experiendum sit, nihil eius interest an ex testamento agat, an ex stipulatione. Vnde fit ut legatum inutile sit. *l. legauit 21. §. contra. D. de liberat. legat.* Quam ego sententiam esse arbitror. *d. l. si autem 29. de legat. 1.* in qua dictionem illam *debitum*, ad pecuniam numeratam duntaxat, non autem ad corpus referri existimo, quemadmodum debitor magis propriè dicitur qui pecuniam debet. *l. debitor 108. de verb. signific.* & pecuniæ appellatio quanquam generalis est ut etiam corpora comprehendat. *l. pecunia 178. D. eod.* frequentius tamen ad pecuniam numeratam coarctatur, & eo sensu passim in iure nostro usurpatur. Illud ergo vtriusque legis coniunctione Tribonianus docere voluit, multum interesse an creditori debitor rem, hoc est, ut hic ego interpretor, speciem, an quantitatem legauerit. Priore casu utile esse legatum, licet res purè debebatur. Ita tamen ut falcidia in eo locum non habeat. Posteriore verò inutile esse legatum, si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco, debi-

tum differebatur. Quod autem ad posteriorem obiectionem pertinet, facilis responsio est. Vtilia quidem esse legata omnia, quæ per legem falcidiam minuuntur, sed inde non rectè inferri, inutilia esse omnia quæ non minuuntur. Vt enim utile sit legatum, sufficit tale id esse ex quo commodum aliquod accedere possit legatario. Vt verò falcidia in eo locum habeat, illud etiam requiritur tale id esse quod hereditatis æstimationem diminueat. Ea enim duntaxat legata, quibus hereditas minus locuples efficitur, per legem falcidiam minuuntur.

*Ad §. id quod ex substitutione. l. i. D. ad leg. falc.*

CAPVT XIII.

**N** quæstione illa, An legatorum & portionum ratio separanda sit si pluribus heredibus scriptis de lege falcidia queratur, vulgò ab interpretibus iactari & probari solet, distinguendum esse an onerata portio accedat, non onerata, an ex contrario ea quæ onerata non est; onerata. Priore casu legata non augeri, & in ea portione quæ onerata est falcidiam induci, siue ex substitutione, siue accrescendi iure accesserit. Posteriore verò confundi legatorum & portionum rationem ut solida legata præstentur, si modò totius hereditatis quæ à testatore relicta est, quadrantem saluum heres habeat. Cuius distinctionis posterior pars verissima sanè est & plerisque iuris nostri locis comprobata. l. i. §. id quod ex substitutione. in princip. l. qui fundum 87. §. qui filium. versic. quòd si extranei. D. ad leg. falcid. Ratio autem aperta est, quia hoc casu coheres qui legatis grauatus est, & cui coheredis non grauati portio accedit, siue ex substitutione vulgari, siue ad crescendi iure, comparandus videatur heredi qui ex parte purè, ex parte sub conditione institutus est, quem non aliter falcidia uti posse constat, quàm si ex vniuersa testatoris hereditate, quartam partem retinere non possit, ut Paulus ait in d. §. id quod ex substitutione, videtur enim coheres institutus in portione coheredis sub hac conditione, si ea repudiata erit, cum inuito ei ad crescat velut appendix præcedentis institutionis. l. si quis heres 35. D. de acquir. hered. Sed quod ad priorem distinctionis partem pertinet, non puto veram esse generalem illam & indistinctam interpretum traditionem. Nam si ex vulgari substitutione pars onerata non onerata accesserit, Iulianus in d. §. qui filium. aperte scribit solida legata præstari, & confusos duos semisses efficere ut circa legem falcidiam, totius assis ratio habeatur. Nec dici potest, quòd pro tuenda interpretum sententia subtiliter magis quàm verè Iacob. Cuiacius excogitauit subintelligendam in Iuliani specie generalem repetitionem legatorum, quæ vulgò, ut ille ait, in testamentis adscribi solebat. Nam neque ex Iuliani verbis conici id potest, neque ratio vlla est, cur propter solam repetitionem legatorum quæ ab instituto relicta fuerant, ampliora legata substitutus præstet, quæ institutus detracta falcidia præstitisset. Sola enim repetitionis ratio substitutum durius adstringere non potest quàm institutum, & si aliud nihil consideres, dicam testatoris voluntatem illam fuisse ut perinde à substituto atque ab instituto legata præstarentur. Ne me mouet quod Cuiacius obiicit, Iuliani temporibus hoc est ante Seueri, & Antonini rescriptum De repetitione legatorum, ita ius fuisse ut partis ex vulgari substitutione acquisitæ legata coheres non deberet. Quamquam enim eo Imperatorum rescripto constitutum est, ut legata ab instituto relicta à substituto tacitè repetita, ex defuncti volun-

ti voluntate intelligantur. l. licet. Imperator 74. de legat. l. i. si Titio & Mauro 61. §. i. de leg. 2. Ex eo tamen non rectè inferas aliud Iuliani & cæterorū Jurisconsultorum qui ante ea tempora floruerunt, iudicium extitisse. Cur non enim de tacita testatoris voluntate idem iudicare & conicere poterint, quòd Imperatores? A quibus si rectè inspicias, non tam ius nouum hac parte inductum est, quàm certo iure constitutum quod antea propter obscuram testatoris voluntatem minus certum, & contentiosum esse videbatur. Alioquin fatendum erit in Iuliani, & aliorum responsis innumeris expressam legatorum repetitionem subintelligendam esse, quod mihi probabile fieri non potest. Imò quod Vlpianus ait in d. l. si Titio. §. i. Iuliani sententiã illã fuisse ut si alter ex legitimis heredibus, à quo fideicommissa relicta fuerant, portionem suam repudiauerit, coheres ea fideicommissa præstare non cogatur, ostendit potius in coheredibus ex testamento aliud Iulianum existimasse. Alioqui cur de legitimis heredibus locutus esset? Verùm post rescriptum Seueri, à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommissa Vlpia. ait ad exemplum eorum qui ex testamento succedunt, quòd quemadmodum hi sic illi ex tacita testatoris voluntate ad hereditatem vocentur l. consueuntur. 8. D. de iur. codicill. Sed & in illa Iuliani specie de qua tractamus, nihil facere legatorum repetitionem, vel ex eo maxime colligere licet, quod apud Paulum qui post Seueri rescriptum scripsit, nemo negauerit tacitè repetita videri legata, quæ ab instituto testator reliquerat, neque tamen idem magis coheredem eundemque substitutum ad solidorum legatorum præstationem teneri Paulus existimauit, si verum est quod idem Cuiacius & plerique interpretes sentiunt eius loci sententiã hanc esse ut per portionem oneratam accedentem non onerata ex vulgari substitutione legata non augeantur. Quid enim refert an expressè an tacitè repetita sint, cum utroque casu eadem sit testatoris voluntas, quæ sola substitutum præstationi legatorum obligat? Verùm neque Pauli sententiã hanc ego fuisse puto. Nam etsi de vulgari substitutione loquitur cum ait, id quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit proficere legatariis, illa tamen quæ sequuntur, sed ea quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, non de substitutione intelligenda sunt, sed de iure ad crescendi, siue ponas coheredis portionem legatis grauatam adcreuisse ei cui substitutus datus fuerat, siue dicas quod fortasse probabilius est, & ex verbis §. colligi potest, tres in ea specie scriptos fuisse coheredes, à Primo nihil legatum sed ei duntaxat Secundum substitutum, à Secundo legatum fuisse supra quadrantem, à Tertio nihil. Si enim Primi repudiantis portio ad Secundum ex substitutione peruenit, certum est augeri legata à Secundo relicta, & id incrementum proficere legatariis, perinde ac si Secundus in sua portione scriptus fuisset purè, & in parte Primi sub conditione, Si nauis ex Asia venisset. Sed si Secundus quoque à quo legata relicta sunt, omiserit hereditatem, hoc est nõ tantum portionem suam ex qua scriptus est, sed etiam substitutionem, atque ita ambæ portiones Tertio qui substitutus non erat adcreuerint (cui enim alij ad crescerent?) legata à Secundo relicta non augebuntur, & ex iis falcidiam Tertius deducet: quia idem hoc casu obseruandum sit, ac si Secundus Primo substitutus non esset, cum substitutionem repudiatio irritam fecerit. Dubitandi autem causa erat, quia cum substitutionis conditio euenisset, & in eo statu res esset ut propter substitutionem legata augerentur, videbatur non posse deteriorem fieri conditionem legatariorū ex repudiatione Secundi, cuius portio cum Primi portione

Tertio adcreuisset. Sed decidendi ratio est, quod ante acquisitam substitutionem nihil iuris acquisitum sit legatariis, indeque fiat ut repudiante Primo, tum Secundo, Tertius vniuersam hereditatem non ex substitutione & iudicio testatoris, sed ex lege & iure adcrendi consequatur, & ideo legata non augeantur. Hæc enim differentia causa est inter ius adcrendi & substitutionem, quod ius adcrendi est ex lege, ius verò substitutionis ex testatoris voluntate: quam ob causam cum iudicio defuncti facultates omnes per causam hereditariam ad aliquem ex substitutione perueniunt, æquius est legata ab eo præstari habita ratione omnium bonorum quæ testator reliquit, ut idem Iulianus quamquam in alia specie respondit *d. l. qui fundum. §. qui filios*. Qui existimant in toto *d. §. id quod ex substitutione*, tractari de iure substitutionis non de iure adcrendi, ea potissimum ratione mouentur, quod in seq. *§. si coheredis*. tractetur aperte de iure adcrendi, nec probabile sit eandem sententiam superfluo repetitam esse. Sed secundum interpretationem nostram dici hoc non potest. Nam in *§. si coheredis*. nihil de substitutione proponitur, & casus longè diuersus est, in quo scilicet, quæritur de portione defecta adcrendente non de repudiata, ut & ipse Cuiacius interpretatur, & conicit rectè ex verbo *vindicauero. argum. l. §. D. de vulgar. & pupill. substit.* In qua quæstione maior dubitandi ratio esse videtur, quam si repudiata portio adcreuisset. quia cum portio defecit vel viuo testatore, vel post mortem ipsius ante apertas tabulas, iam inde ab initio semisses confunduntur, & quo instanti coheres partem suam vindicat, eodem necesse est vindicare eum deficientem coheredis portionem. Vnde fit ut legata quibus in testamento defecta pars onerata fuerat, ab vniuersa hereditate relicta intelligantur, cum mortis aut aditionis tempore vnus duntaxat heres reperiatur. Quod diuersum est si vtrique coheredi delata sit hereditas & vnus repudiantis portio alteri qui suam iam agnouerat adcreuerit. Hoc enim casu dici non potest coheredem vindicare partem coheredis quæ ei inuito & ipso iure acquiritur, & cum coheres partem suam nil oneratam & integram iam habet, minus æquum est augeri legata defectæ portionis, & eam partem quam solam habere poterat integram per adcrendentem diminui, quia non præstat ea legata ex persona sua, sed veluti ex persona & ex parte coheredis à quo relicta fuerant, quique falcidiam detinere potuisset. *l. in singulis 77. D. eod. tit.* Et hæc fortassis ratio fuit propter quam in illa specie cum quæreretur, an confundendæ essent partes ad ponendam rationem legis falcidiae alia fuit Cassij, alia Proculi, & Iuliani sententia. Ac quamquam Proculi & Iuliani sententiam Paulus magis probat, mirum tamen videri non debet quod diuum Antoninum iudicasse idem Paulus refert commiscendas esse vtrasque partes, nec ratio est vlla, quæ cogat nos addita negatione legere, *non commiscendas*, aut ut mihi aliquando probabilius videbatur, *non miscendas*, vna duntaxat litera mutata. Nam in quæstione tam dubia & inter ipsos etiam iuris authores controuersa credibile est in vtram voles partem Antoninum respondisse. Cæterum tractari eo loco de casu aliquo singulari apparet ex illis verbis, *in qua specie*. Iuliani tamen Proculi & Pauli sententia verior est. *l. quod si alterutro 78. D. ad leg. falcid.* Atque ita concludere licet nihil referre an adcreuerit portio portioni ex repudiatione coheredis an alio iure. Vtroque enim casu idem iuris est, nisi quod portione repudiata minorem res habet difficultatem, quam cum alio iure adcreuit. Dices cum Cuiacio, Iuliani & Proculi temporibus repudiatam portionem adcreuisse coheredi sine onere

onere legatorum. Sed hoc iam supra refutauius. Et *§. vlt. quo mouetur. l. pater 29. de legat. 2.* ad rem non pertinet. Quod enim eo loco Celsus scribit filium heredem cui adcreuit pars coheredis à quo nominatim legatum fuerat, non præstare legatum, quod iure antiquo capit, intelligendum videtur de parte coheredis facta caduca non de repudiata, ut significare videntur verba illa, *quod iure antiquo capit*. Nam lex Papia de caducis ius antiquum seruauerat liberis vsque ad tertium gradum. *l. vnic. §. 1. Cod. de caduc. tollend.* & sensus est, portionem defectam post testatoris mortem ante apertas tabulas adcrefcere cum legato filio coheredi, quia nisi id iure antiquo caperet, legatum esset caducum sicut & hereditas. Dicit etiam illud potest alia ratione Celsi responsum niti, nimirum quod ab herede cuius portio defecerat, nominatim legatum relictum proponebatur. Quod autem alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri testator ita demum dari voluisse si ille heres extitisset, ut in eadem lege Celsus scribit. Sed ratio hæc ab aliorum Iurisperitorum opinione aliena est, cum legata ab vno ex coheredibus nominatim relicta à coherede præstada esse Paulus scribat in *d. §. id quod ex substitutione, & ex aliis locis constet maximè post Seueri rescriptum. l. cum pater 77. §. cum pater. 7. de legat. 2. l. 4. Cod. ad Trebell.* Rursus, quod idem vir doctissimus scribit portionem defectam post testamentum mortuo coherede vel post mortem testatoris ante apertas tabulas tam veteri iure quam nouis legibus Iulia & Papia adcreuisse coheredi cum onere, sicut legatum quoque quod eadem ratione deficiebat ex *d. l. pater. in princip.* verum etiam non est. Nam portiones quæ post mortem testatoris ante apertas tabulas deficiebant, caducæ erant, & fisco vindicabantur. *d. l. vnic. §. & cum triplici. & §. in nouissimo. Cod. de caduc. tollend.* ac proinde ius adcrendi in iis locum habere non poterat. Ea verò quæ viuo testatore deficiebant, & erant in causa caduci, quamquam ad fiscum non deuoluebantur (tamen si malè contra vulgo creditum sit) ut ex innumeris iuris locis probari potest. *l. cum ex filio 39. §. vltim. de vulgar. & pupill. substitut. d. l. pater. l. si ab eo 9. de usufruct. legat. l. vlt. D. si pars heredit. petat. l. epistolam 75. D. ad S. C. Trebell.* remanebant tamen penes heredem aut eos à quibus relicta fuerant sine onere ut constat ex *d. l. vnic. §. pro secundo*. vbi Iustinianus corrigendo, ut ille ait, ius vetus cõstituit manere hæc apud eos omnes à quibus sunt relicta cum onere & grauamine adiuncto qualecumque illud sit, siue legati aut fideicommissi aut conditionis implendæ causa, aut quacumque alia via excogitatum. Neque vllus iuris veteris locus est qui hæc remanere dicat cum onere, præter *d. l. pater. in princip.* cuius tamen casum specialem esse vel ex ipsis legis verbis conici potest. Et eam fortasse rationem habet quod concubinæ fideicommissum relictum fuerat cui omnimodo testator relictorus videbatur propter affectionem personæ. *arg. l. cum alienam. 10. C. de legat. iuncta l. item legato 49. §. pen. de legat. 3. l. Caius 45. D. solut. matrim.* Possit etiam quis obiciere *l. ab eo 9. D. de usufr. legat.* in cuius specie heres penes quem remanet legatum usufructus fideicommissio oneratum, fideicommissum nihilominus præstat, siue legatarius legatum repudiauerit, siue viuo testatore decesserit. Sed hæc postrema verba ad militis testamentum referenda videntur, cuius fauore fortassis dici potest fideicommissum deberi ab eo penes quem legatum remanet, ne militis voluntas intercidat, quæ ex nuda verborum conceptione potius quam ex iuris communis ratione æstimatur. Nisi quis malit dicere, illud duntaxat Iustinianum in duxisse ut is penes quem remanet legatum quasi caducum,

sentiat onus adnexum non tantum fideicommissi sicut iure vetere, sed etiam aliud quodlibet puta eius quod conditionis implendae causa relictum est, & alia huiusmodi quibus iure vetere non obstringebatur. Aut potius ea verba *vel vni testatore decesserit*, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani textum addita esse propter Iustiniani nouam constitutionem, vt plerisque aliis locis factum est, quod mihi probabilius sanè videtur. Illud plane constat iure vetere iam obtinuisse vt portio coheredis in causa caduci ad cresceret coheredi cum onere praesertim post Diui Seueri constitutionem. Nec de hoc casu Iustinianus loquitur. Nam portio coheredis non relinquitur à coherede, neque ad eam possunt adaptari verba illa constitutionis *sancimus ea quae euenerint simili modo manere apud eos à quibus sunt relictà*. Verum de his iam satis.

Ad l. 2. & 3. D. ad S. C. Trebell. CAPVT XIII.



**V**DI O doctissimum virum Antonium Goueanum in eruditissimis praelectionibus ad S. C. Trebell. cum interpretaretur quaestionem l. 2. & 3. eius tituli, distinguere solitum fuisse, an is qui quadringenta in bonis habebat & trecenta legauit, hereditatem restituere iusserit simpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter legata praestari. Nam eum qui simpliciter hereditatem restituere rogatus sit cum onere legatorum restitutum ita vt nullam ipse oneris partem subeat siue ex Trebelliano siue ex Pegasiano restituat, sed falcidiam illibatam & intactam habiturum, quam de fideicommissis non de legatis retinebit. In proposita igitur specie fideicommissarium trecenta legatariis praestaturum quoniam ipse falcidiam inducere non possit. Eandemque praestandum legatorum rationem esse si suspectam heres dixerit hereditatem. Quod si testator legata ad onus heredis esse voluerit, hoc est, vt ille dicebat, si deductis legatis hereditatem restituere iusserit tam de legatis quam de fideicommissis heredem quartam retenturum, indeque futurum vt minus legatarij consequantur, quam si cum onere legatorum hereditas restituta esset. Atque hoc posteriore casu cum quaeritur, qua ratione legatorum & fideicommissi falcidia ponenda sit, existimabat vir doctissimus Celsus à Marcello dissensisse. Et Celsus in ea fuisse opinione vt de trecentis legatis heres septuagintaquinque retineret, de centum vero quae in fideicommissis essent, viginti quinque. Ratione illa quod legatis trecentis, & herede rogato restituere hereditatem deductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus restituere, quod ei muneribus hereditariis perfuncto post legatorum praestationem superesset, hoc est centum ex quadringentis, quae fideicommissarius habiturus sit si heres coactus adierit, aut heres ipse tam ex legatis quam ex fideicommissis pro rata, deducturus si sponte hereditatem agnouerit. Marcellum vero magis fauorabilem fideicommissario rationem induxisse, vt trecentis in partes septem diuisis quatuor fideicommissarius ferat, tres legatarius, ac si per fideicommissum quadringenta relictà essent, & legata trecenta. Amplius enim fideicommissum videri parte vna, quam legatum. quare etsi suspecta hereditas diceretur, centum, quae heres amisit, & quatuor partes trecentorum fideicommissarium habiturum, ne plus ferant legatarij ex recusatione heredis quam tulissent sponte adita hereditate. Sed quoniam distinctio haec Celsi verbis non conuenit, qui tota lege non nisi de eo herede loquitur, quem cum onere legatorum fideicommissum restituere testator voluit, putabat vir alioquin peracutus, & summo ingenio praeditus, Celsi textum

corruptum

corruptum esse, & in illis verbis, *nam heres hoc rogatus intelligi debet vt te suo loco constituat*, legendum esse addita linea integra, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet, &c.* Verum si vtriusque legis verba diligentius perpendas, neque supradicta distinctio vera est, neque emendatio probabilis. Quamquam enim multum interest an legatorum onus ad heredem an vero ad fideicommissarium pertinere testator voluerit, vt aperte Marcellus distinguit, nihil tamen interest an simpliciter, an deductis legatis hereditatem restituere heres sit iussus. Etenim vtroque casu certum est, legata esse ad onus fideicommissarij non heredis, vt vel ex eo maxime colligere licet quod Vlp. in d. l. Marcellus, postquam de eo casu tractauit quo testator ad heredis onus legata esse iussit, aliam quaestionem tanquam diuersam subiicit in §. item Pomponius, Si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatus sit, vtrum solida legata praestet & quartam ex solo fideicommissis detrahat, an vero & ex legatis & ex fideicommissis falcidiam deducat. In qua quaestione longè aliter respondet ex Pomponij sententia, quam in praecedenti Marcellus respondisset. Ille enim dicebat legatorum in septem partes diuisionem fieri debere, & ex iis legatario praestari tres duntaxat reliquas quatuor fideicommissario. Pomponius vero in ea specie quam tractat cum heres deductis legatis restituere rogatus est, dat ei quadrantem tam ex legatis quam ex fideicommissis conficiendum, & ex trecentis quae legata proponuntur nihil fideicommissario tribuit, sed integra legatario, exceptis tantum quinque & septuaginta quae necesse est penes heredem iure falcidiae remanere, vt deductis etiam quinque & viginti ex centum quae sunt in fideicommissis, integram falcidiam, hoc est centum consequatur. Hanc enim Pomponij sententiam fuisse interpretor, quae tamen cum Marcelli opinione pugnet, si nihil interesset an fideicommissum ab herede legatis deductis relinqueretur, an ad onus heredis legata praestarentur. Deinde secundum Goueani interpretationem, & emendationem euenit, vt in eadem prorsus specie admittendum sit, contrarias fuisse Marcelli & Celsi opiniones, quod facile admittendum non est neque hoc neque alio villo casu, nisi cum tam aperta est dissensio & dissentendi causa vt nulla satis recta conciliationis ratio iniri posse videatur. Quod etsi plerisque iuris nostris locis Triboniani incuria accidisse non inficior, attamen in proposita quaestione nihil clarius, & certius est, quicquid post Azonem Eguinarius Baro & alij nonnulli scripserint quam diuersas à Celso & Marcello tractari quaestiones. Illud sanè verum est apud vtrumque hanc institui disputationem, Quomodo legatorum ratio ponenda sit, si is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauerit & heredis fidei commiserit vt alteri hereditatem restitueret. Sed de illo casu Marcellus tractat, quo testator ad onus heredis legata esse dixit. Celsus vero cum de testatoris voluntate non constat, quo casu praesumendum est voluisse eum onus legatorum ad fideicommissarium pertinere. Neque ratio vlla facit cur apud Celsum de vtroque casu tractari comminiscamur, cum tam in principio, quam in fine legis trecenta legatario deberi concludat, nisi cum herede sponte adente quarta ex iis deducenda est. Tum vero si quid interesset an simpliciter an deductis legatis restituere hereditatem testator voluerit, inconcinne & parum accommodate Celsus post illa verba, *tota trecenta te Titio dare debere*, rationem hanc subiunxisset, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet vt te suo loco constituat*. illud enim palam est, Celsum his verbis, & aliis quae sequuntur rationem reddere vo-

m iij.



luisse eius quod prius dixerat, fideicommissarium tota trecenta Titio legatario debere. Ratio autem recta & aperta illa est, quod heres hoc rogatus intelligi debeat ut suo loco fideicommissarium constituat, & quicquid perfunctus muneribus hereditariis, id est post legatorum donationem reliquum habiturus esset si non esset rogatus, fideicommissario restituat, hoc est centum, ac si trecenta Titio dare damnatus esset, & fideicommissario centum. Unde fit ut si hereditatem sua sponte heres adierit, dare Titio ducenta viginti quinque debeat, fideicommissario autem septuaginta quinque, ut lex ait, quoniam ita fit, ut hereditatis totius quadrantem hoc est centum pro falcidia retineat. Nec minus ratio hæc locum habebit, si simpliciter, quam si deductis legatis hereditatem restituere iussus proponatur, cum utroque casu legatorum onus ad fideicommissarium pertineat, ut supra probauimus. Quod si quis dicat eo casu quo legata ad onus fideicommissarii esse testator voluit, heredi cum legatariis rem non esse, & idem ex legatis quartam cum deducere non posse, sed ex solo fideicommissio, respondebo, quod dicimus legatorum onus ad fideicommissarium pertinere si ita testator dixerit, non sic accipi debere quasi per manus fideicommissarii non heredis legata præstentur, sed sic potius ut quæ heres præstitit, fideicommissum minuatur, non respectu heredis qui omni casu nihil nisi quadrantem habere potest, sed legatariorum quibus ampliora legata præstatur, quam si ad onus heredis legata esse testator voluisset. Idque aperte Celsus docet, cum scribit præsumendum esse, testatorem cum onere legatorum fideicommissum restituere voluisse, & ex eo nimirum inferri præstari legatario integrum legatum. Ac si testator vniuersam hereditatem restituere iussisset, deinde à fideicommissario non ab herede legatum reliquisset. Nihil enim aliud est legatorum onus ad fideicommissarium pertinere, quam sic falcidiam rationem iniuri ab herede, ac si legata non ab eo sed à fideicommissario relicta essent. At cum ad heredis onus legata esse testator dixit, si quod superest in hereditate solutis legatis ad falcidiam satis sit, nihil heres ex legatis deducet, neque item ex fideicommissio cum detracta falcidia nihil sit reliquum. Sed cum falcidiam nomine centum, quæ deductis legatis superflua retinuerit, neque aliquid superfit quod restituere possit ei cui testator totam hereditatem per vniuersale fideicommissum restituere voluit. Cogimur dicere quod subtiliter Marcellus excogitauit, sic faciendam computationem, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta verò legata, ut in septem partes trecenta diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres legatarius. Nam aliter constituto iure fieret ut nihil fideicommissarius haberet: idque contra testatoris voluntatem, quæ illa fuit ut parte vna plus haberet fideicommissarius quam legatarius. Neque hoc casu ex legatis falcidiam pars deduci potest, & ex fideicommissio suppleri ut contingit si deductis legatis hereditatem restituere heres rogatus sit: quoniam ad heredis onus testator legata esse voluit, nec legatariis priusquam fideicommissario satisfieri, ut eò amplius fideicommissarius consequeretur, quod non eueniret si tam ex legatis quam ex fideicommissio falcidia deduceretur. At cum deductis legatis restituere hereditatem testator iussit, quamquam vniuersale fideicommissum est, non particulare. *l. cogi 16. §. inde queritur. D. ad S. C. Trebell.* Quia tamen prius satisfieri legatariis quam fideicommissario testator voluit, fieret contra voluntatem, si ex ea summa quæ legata est aliquid fideicommissario tribueretur. Imò integra præstanda est legatariis, detracta duntaxat per heredem falcidia, qui quoniam totius hereditatis quadrantem habere debet, id quod deest

ex fidei-

ex fideicommissio deducit. *d. l. Marcellus. §. item Pomponius.* Hoc enim casu fideicommissarium non heredem legatis oneratum esse scriptum est in *d. §. idem queritur, & in l. 1. §. si is qui quadringenta 17. D. eod.* Ex quo Goueani sententia apertissime refellitur, non solum in eo quod nihil referre putat an deductis legatis hereditatem restituere testator iusserit, an ad heredis onus legata esse voluerit. Sed in illo etiam quod ait falcidiam rationem ineundam esse secundum Marcelli computationem, si deductis legatis restituere hereditatem heres rogatus sit. Illud quoque vir doctissimus animaduertere debuerat, non de illo præcipue Celsum dubitare quomodo falcidiam ratio ponenda sit, siue simpliciter, siue deductis legatis restituenda sit hereditas, sed potius quantum in illa specie legatario præstare fideicommissarius deberet. Proponebatur enim heredem coactum adiisse, qui si sponte adiisset, ex trecentis septuaginta quinque deducere potuisset. Videbatur autem fideicommissarium cuius lucro heredis recusatio cessisset, non nisi ducenta viginti quinque Titio præstare debere. Quomodo Marcellus aperte diffinit in ea specie quam tractat, cum ait, iniquissimum esse plus ferre legatarium idem quia suspecta dicta est hereditas, quam tulisset si sponte adiisset hereditatem. Ac sanè ita est si ad heredis onus legata esse testator voluerit. Sed si cum onere legatorum fideicommissum restituere iusserit, qui casus est de quo Celsus disputat, non idem dici potest, quia cum in ea specie vi ipsa non tam hereditas restituatur, quam id quod ex hereditate superest, ut Vlpianus scribit in *d. §. inde queritur.* potior est legatariorum quam fideicommissarii causa, neque testatoris voluntas patitur ut falcidiam quam heres sponte ad eundem deducere potuisset, fideicommissarius retineat, quoniam non nisi id quod deductis trecentis superesset, hoc est centum restituere voluit. Hinc verò manifestè sequitur plus legatario deberi, cum heres suspectam hereditatem dixit, & adire coactus est, quam si iniussu Prætoris & sponte adita hereditas fuisset. Illo enim casu trecenta integra consequitur, hoc verò non nisi ducenta & viginti quinque, ut Celsus ait. Ergo tollenda negatio est in postremis illis legis verbis, *non ergo plus Titio debetur, quam si iniussu Prætoris adita hereditas foret*, ne illatio prorsus falsa sit & præcedentibus ex diametro repugnet. Nisi quis probabilius putet pro *non* legendum esse *nunc*, hoc est, in casu proposito: cum ut diximus, heres suspectam hereditatem iussu Prætoris adiisse proponeretur. Vt cumque verò sit, facile potuit error nasci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortasse ex eo quod in *l. seq.* Marcellus scripsit, iniquum esse plus vno casu ferre legatarium quam altero. Verum aliã Celsi aliã Marcelli quæstionem esse ostendimus: & sicut casuum diuersitas diligenter discernenda est, ita quæ ad eos casus accommodari possunt rationes distinguendæ sunt, quemadmodum à nobis hoc capite non insubtiliter factum fuisse existimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

Emendatio §. vlt. l. 1. D. de leg. 3.

CAP. XV.



NON puto verum esse, quod ab Vlpiano scriptum legimus in *l. 1. §. vlt. D. de legat. 3.* Si quis intestatus decedens, ab eo qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, & ad sequentem gradum successio deuoluta sit, fideicommissum non deberi. Repugnat enim quod in eadem lege paulò ante idem Vlpianus scripsit, posse quem fideicommittere eorum ad quos

m iij.

morte eius aliquid peruenturum est, siue iis aliquid detur, siue quod adimi poterat non adimatur, nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committi posse. Adeo ut eius etiam qui nondum natus est fidei committi possit, si modo talis sit qui cum nascetur, sit successurus. Cui consequens est ut in alio casu cum à primo gradu fideicommissum relictum est, & ad sequentem deuoluta successio, fideicommissum deberi, Vlpianus responderit. Quod & verba illa significare videntur, *illud certè indubitatè dicitur*. Sic enim iuris authores loqui solent cum à casu magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus subiicit, *& ita Imperator noster rescripsit*. Nullum siquidem extat rescriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores suos dicit, quo tale aliquid cautum reperias ut inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare non debeat. Quin ex contrario idem Vlpianus refert in *l. licet. Imperator. 74. de legat. 1.* Imperatorem Antoninum cum patre Seuerò rescripsisse, voluntate testatoris repetita videri à substituto, quæ ab instituto fuerunt relictæ siue legata sint siue fideicommissa. Quæ constitutio licet ad causam testati maximè pertinet, quoniam ab intestato neque institutio neque substitutio vlla esse potest, tamen per prudentem interpretationem ad causam quoque intestati tracta est, ut idem quoque Vlpianus scribit in *l. si Titio 61. §. Iulianus. de legatis 2.* vbi ait non posse post illud Imperatoris Seueri rescriptum admitti, & defendi quod Iulianus scripserat, si alter ex legitimis heredibus portionem repudiasset, cum essent ab eo fideicommissa relictæ, coheredè eius non esse cogendum præstare fideicommissum, & ad eum portionem sine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommissa ab instituto relictæ à substitutis debentur, ita & coheredem quasi substitutum cum suo onere consequi ad crescentè portionem. Quod si ea Seueri, & Antonini constitutio quæ de substituto loquitur, ad coheredem legitimum tãquam substitutum protracta est, an non maior ratio facit ut ad eum qui in secundo gradu ab intestato succedit, quàm ad legitimum coheredem extendatur? Cum enim substitutio nihil aliud sit quàm secunda institutio, ut interpretes nostri post Accursium diffiniunt, hoc est, ut Caius in Institutionibus dixit, secundi heredis institutio, an non in successione intestati rectius substitutus dicitur, aut saltè substituto comparabitur is ad quem secundo gradu successio deuoluitur, quàm coheres legitimus, qui nec si testamentarius esset, substitutus verè dici posset? Longè enim diuersa causa est iuris accrescèdi, & substitutionis. *l. si ex pluribus §. D. de suis & legit.* & coheredi inuito, ac præter testatoris voluntatem, deficiens portio ad crescit, quæ substituto non nisi volenti & ex testatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommissum quod à primo gradu relictum est, ab inferiori, si ad eum deuoluta successio sit, præstari debet, id quod ex Seueri rescripto & prudentum interpretatione adeo quod ex tacita defuncti voluntate: quam præsumèdum est talem fuisse, ut non amplior hereditas ad inferioris gradus agnatos quàm ad proximos perueniret *arg. l. Publicus 36. §. Titia codicillis. D. de condic. & demonstr.* Id verò accideret, si fideicommissum à primo gradu relictum à sequenti tacitè repetitum non intelligeretur: Neque sanè dissimilitudinis ratio vlla probabilis reddi potest. cur fideicommissa ab instituto relictæ à substituto debeantur, ea verò quæ à proximo agnato data sunt, si sequenti gradui locus fiat, minimè debeantur. Vtroque enim casu fideicommittentis voluntas eadem est, quæ non minus à legitimis heredibus quàm ab iis qui ex testamento

testamento succedunt seruari debet, cum ab intestato succedentibus paterfamilias sponte sua relinquere legitimam hereditatem existimetur. *l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* Vnde fit ut ab intestato factis codicillis & relictis fideicommissis, quilibet intestati successor fideicommissa debeat, & locum habeat codicilli, nec intersit quis succedat dum intestato succedat, ut Paulus ait in *l. ab intestato. 16. D. eod.* siue fideicommissa hoc modo relictæ sint, *Quisquis mihi heres erit. ut in l. 3. D. eod.* siue ab eo gradu qui primum in successione intestati locum obtineat. ut in *d. l. 1. §. vlt. de legat. 3.* Nec ad rem pertinet si quis obiiciat in specie *l. pen. D. de iur. codicill.* posthumum nullam partem debere legatorum quæ filio iam nato in codicillis ab intestato factis pater reliquerat. Illic enim de posthumo pater nihil sperauerat, ut lex ait, proinde non poterat videri oneratum voluisse eum de quo nil cogitasset, præsertim filium cuius favorabilior quàm cæterorum ab intestato succedentium causa esse solet. Sed de iis quos lex ad intestati successionem secundo loco vocat, non similiter dici potest, defunctum non cogitasse. Quis enim ignoret proximis heredibus legitimis repadiantibus aut præmorientibus ad sequentem gradum successionem deuolui? Sed & quod apud Vlpianum sequitur in fine *d. l. 1. de legat. 3.* Si à patrono fideicommissum relictum sit, & aliquis ex liberis eius mortuo eo admiffus sit ad bonorum possessionem, idem esse dicendum vix aliam interpretationem recipere potest, quàm ut à patroni liberis fideicommissum debeat. Nã cum patrono mortuo siue ante siue post mortem liberi, patroni filius tanquam proximior ad intestati successionem vocetur, æquissimum sanè est, ut quemadmodum patris locum subintrat, ita quod patri iniunctum erat onus sentiat, & fideicommissum à patre relictum restituat, ne alioqui locupletiohem hereditatem consequatur, quàm consecutus fuisset pater, qui fideicommissum debuisset. Hæc cum ita se habeant, dubitandum non videtur, quin apud Vlpianum tollenda sit negatio in illis verbis, *eum fideicommissum non debere.*

*Emendatur §. tamdiu. l. qui bona 23. D. de acquir. rer. domin.*

C A P V T X V I.

**P**RÆCLARE & ingeniosè Iacobus Cuiacius obseruationum libris anotaui deprauatissimum esse textum *l. qui bona fide 23. in §. generaliter, & §. si quis duobus. D. de acquir. rer. domin.* & quomodo emendandus sit explicauit. Nihil enim certius ac verius dici potest, quàm quod ille scribit in §. generaliter, illis verbis, *quod autem non ex re eius sibi acquirere non potest*, negationem abundare, eaque sublata legendum esse *quod autem ex re eius*. Nullo siquidem iuris loco scriptum reperias, acquiri quicquam bonæ fidei possessori per liberum hominem, nisi quod vel ex re possessoris vel ex hominis liberi operis acquiratur. Atque ita sine negatione scriptum vidi in vetere codice quo Taurini per aliquot annos usus sum, cuius autoritas cum iuris ratione coniuncta fecit ut ab eo tempore de viri doctissimi coniectura quam semper probaueram, nihil amplius dubitandum putauerim. Quod etiam idem vir doctissimus docuit in §. si quis duobus. erratum esse in illis verbis, *aut si liber sit, ei qui fide bona seruiat, & legendum potius, aut si liber sit sibi an vero ei debeat, &c.* eiusdem codicis autoritate confirmatur, in quo sic legitur *aut si liber sit, sibi vel ei cui bona fide seruit*. Sed omnino delenda sunt verba illa *vel ei cui bona fide seruit*. cum in Pand. Florent. lineis interclusa sint, quomodo cætera quæ germano textui

ab interpretibus addita esse existimatur, & apertius est, ex iis precedētibus *verum pro parte ei cui bona fide seruit*. Siue enim seruus siue liber homo sit, qui bona fide possidetur, à duobus, & ex alterutrius re acquisit, quæstio est, an totū acquisierit ei ex cuius re est, & à quo bona fide possidetur, an partem duntaxat, & alteram partem domino si seruus sit, aut sibi ipsi, si liber homo. Iis verò verbis sublatis poterit recepta lectio defendi, si admittamus Vlpianum eo loco, aut si liber sit, ei, contra Grammaticorum regulas dixisse ei pro sibi. quemadmodum & paulò antè in §. *generaliter*. dixerat contrario errore quod ex re sua pro eo quod dicere debuerat quod ex re eius cui bona fide quis seruit. vt verba ipsa textus explicant, quem satis frequentem esse Iurisconsultorum nostrorum errorem Laurentius Valla Grammaticus cum Pandectas reprehendendi potius quàm discendi studio legeret, sapius obseruauit, & nos, non negamus. Tertium ac longè periculosius in eodem est in illis verbis, *rationem facere vt ei duntaxat in solidum acquirat*, in quibus rectissimè & verissimè idem Cuiacius monuit legendum *partem*, pro eo quod scriptum est in *solidum*. Eam enim Scæuolæ sententiam fuisse quam Vlpianus refert ex lib. 2. quæstionum, vt in proposita quæstione seruus, vel liber homo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re stipulatur, idem Vlpianus apertissimè scribit in *l. sed & si quid 25. si duos. D. de usufruct.* Idque adeò certum, & verum est, vt nihil vnquam verius aur elegantius à viro doctissimo obseruatum fuisse videatur. Sed illud etiam obseruandum erat quod nondum ab eo obseruatum miror, non minus corruptū esse textum in §. *tandiu. d. l. qui bona*, vbi Vlpianus primū monet tamdiu acquirere seruum vel liberum hominem, quandiu bona fide seruit. Tū quærit, Si possessor cœperit scire eum esse alienum vel liberum, an ei acquiratis qui bona fide possidetur, hoc est vtrum possessionis initium spectandum sit an singula momenta? Respondet autem magis esse vt singula momenta spectemus. At videamus ne verius sit seruum alienū quem bona fide emerit, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquirere, quamdiu à me euictus non fuerit, licet ante euictionem alienum eum esse scire cœpero, vt disertè scriptū est in *l. qui scit 35. §. vlt. D. de usur.* nec Accursius ipse negat. Non igitur singula momenta spectanda sunt, sed initium possessionis, vsque ad euictionis momentū. Idque ipsa etiam iuris ratio ostendit. Quod enim is cui bona fide seruit sibi acquirere non potest ex re possessoris, id necessariò acquirit ei cui bona fide seruit, vt Vlpianus ait. Sanè in libero homine qui bona fide seruit, aliud iuris cōstituendum videtur, & singula potius momenta spectanda esse, quia cum sit acquisitionis capax, nihil est quod cogat nos dicere acquiri per eum possessori, quod sibi ipse possit acquirere. Vnde fit vt ad propositam illam quæstionē, An possessionis initium spectandum sit an singula momenta simpliciter, & indistinctè responderi non possit. Neque igitur indistinctè Vlpianum respondisse existimādum est. Et longè verissimè videtur Vlpianū scripsisse quomodo in eo vetere codice scriptum legi, *quæstio in eo est vtrum initium spectemus, an singula momenta. Et generaliter dicendum est. & c. vt iis verbis & generaliter*, quæ vulgus interpretum à superioribus distinguit, quasi alius sit §. Vlpianus ad propositam quæstionem subtiliter & cū distinctione respondeat. Sensus autem distinctionis hic est, Non solū cum de superueniente possessoris mala fide quæritur, sed generaliter in aliis omnibus quæstionibus quæ de seruo alieno aut homine libero ex re possessoris acquirente possunt emergere, distinguendum esse an quod ex re possessoris acquirit, acquirere possit ei cui bona fide seruit,

an non

an non possit. Vt quod possessori acquirere non potest acquirat sibi, quod verò sibi acquirere non potest acquirat possessori. Hinc igitur fieri, vt per seruum alienum qui bona fide seruit acquiratur possessori, licet possessor seruum alienum esse sciat, quia sibi seruus acquirere nō possit, & æquius sit acquirere eum possessori cui vult acquirere & ex re eius quàm vero domino de quo nō cogitauit. Per liberum verò hominem non acquiratur possessori, quia sibi ipse acquirere potest, nec decipi debet à possessore qui liberum eum esse non ignorat, quique liberum hominem sciens possidere non potest. *l. quæsitum. 40. D. eod. tit. de acquir. rer. domin.* Eadem ratio facit vt si liber homo quem bona fide possideo, Stichum qui meus est ex re mea stipuletur, sibi pertineat vt Paulus respondit in *l. liber homo. 20. D. de stipul. seruor.* Nempe quia mihi acquirere nō possit id quod iam meum est, sibi verò acquirere possit. Cū verò distinctionem hanc imperitus aliquis interpret non intelligeret, & ad propositam quæstionem nihil ab Vlpiano responsum esse crederet adiecit fortasse verba illa quæ tollimus. *Et magis est vt singula momenta spectemus.* Idque eò probabilius credendum est, quod tribus aliis locis deprauatum fuisse huius legis textū supra diximus, neciam ferè est qui dissentiat. Quamquam quid errori causam dederit, non puto curiosius inquirendum cū de Vlpiani sententia, & iuris ratione mihi planè liqueat.

*De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, & emendatio l. fructus 45. De usur.*

CAPVT XVII.

**I**LIVSTRIS hæc quæstio est, ac tam in scholis quàm in foro persæpe agitata, Quos fructus suos faciat bonæ fidei possessor, quòve domino rem suam euicenti restituat. Nam sicut non est ex interpretibus qui de ea re disputationem non instituerit, ita vix reperias ex omnibus qui idem sentiāt: at alij aliter distinguūt nec quid in tam dubia quæstione sentiendum & concludendum sit quisquam adhuc rectè quantum existimo explicauit. Dubitationis causam interpretibus illud dedit, quod in libris nostris pugnantes & omnino discrepantes Iurisconsultorum opiniones legimus, quarum conciliandarum ratio nulla satis recta, aut probabilis excogitari posse videatur. Primū enim extat Pauli sententia in *l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. domin.* bonæ fidei possessorem haud dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere non tantum eos qui diligentia & opera eius prouenerunt sed omnes, quia quod ad fructus attinet penè domini loco sit, adeò vt eos tametsi nondum perceptos statim vbi à solo separati sunt, sibi acquirat. Cui conuenit quod Caius scribit in *l. in pecudum. 28. D. de usur.* fructum pecudum sicut lac, pilum, lanam, & scærum veluti agnos, hædos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris quemadmodū & fructuarij. At idem paulus in *l. 4. §. lana. D. de usucap.* lanam quidem ouium furtiuarum si apud bonæ fidei possessorem detonsa est statim eius fieri ait, quoniam in fructu est. Idemque de agnis dicendum esse. Sed adiicit, *si consumpti sint.* Ita innuens, non sola perceptione sed consumptione duntaxat fructus naturales bonæ fidei possessori acquiri. Quod & aliis plærisque iuris locis scriptum videtur, vt in *l. 4. §. post litem. D. fin. regund. §. si verò. Instit. de offic. iudic. l. certum 22. C. de rei vindicat.* Pomponius verò in *l. fructus. 45. D. de usur.* apertè sic loquitur, vt fructus naturales ad bonæ fidei possessorem nō pertinere existimet, quia non ex facto eius nascantur: quod ab aliorū omnium

sententia & præcipuè Pauli in *d. l. bonæ fidei*. omnino alienum est. Nolo in singulari interpretum veterum & recentiorum opinionibus recensendis ac refutandis esse longior, sed quid ego dicendum putem quàm breuissimè & perspicuè facere poterò, hoc capite explicabo. Illud in primis statuo, dici non posse quod quidam putauerunt, iuris authores in quæstione sua dissensisse. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuisse dubitandum non est, idq; Paulus ostendit satis in *d. l. bonæ fidei*, in illis verbis, *non dubiè*, id est iure certo, & minimè controuerso. Deinde quam omnes hæcenus interpretes differentiam constituerunt inter naturales fructus & eos quos industriales vocat, non puto constituendâ esse. Obstat enim quod Paulus ait in *d. l. bonæ fidei*. emptorem bonæ fidei percipiendo fructus suos facere non solum industriales, sed omnes, hæc est etiam naturales. Nam qui eam particulam *omnes* coarctant ad industriales qui alterius quàm bonæ fidei possessoris opera & diligentia prouenerunt, apertè Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille senserit, de quibus præcipuè tractandum erat, in incerto relicto volunt. Quamquam in *d. §. lana*. idem Paulus de fructibus naturalibus disputans scribit vsucapi eos non debere, quia statim fiant bonæ fidei possessoris si consumpti sint. Nec dissimile est quod in *d. l. in pecudum*. ex Caio proponitur, nisi quod de consumptione nihil ille commemorat. Puto igitur tam naturales quàm industriales fructus fieri bonæ fidei possessoris sola perceptione, nec ad eorum acquisitionem necesse esse ut consumpti sint, sed statim atque percepti atq; ad eò solo separati sunt, pleno iure dominium acquiri bonæ fidei possessoris, ad eò ut si posteaquam à solo separati sunt ab alio percipiantur, & possideantur, vindicare eos bonæ fidei possessor possit, tanquam suos. Sed si ante consumptionem verus dominus rem suam vindicet, non dubito quin siue industriales fructus, siue naturales sint, officio iudicis restitui debeant. Idq; probo ex *d. l. certum 22. C. de rei vindicat.* quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei possessore restitui debere. Ex *d. l. 4. §. post litem. fin. regund.* ubi scriptum est bonæ fidei possessorem ita demùm lucrari fructus si eos consumpserit: itemq; ex *§. si verò 2. Instit. de offic. iudic.* in quo traditur. Si bonæ fidei possessor fuerit is, à quo hereditas aut res aliqua euicta est, officium iudicis in condemnando tale esse debere ut non habeat rationem consumptorum fructuum, neque non perceptorum, ut intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti nec consumpti sunt, in restitutionem venire. Cùm igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum sit, sine vlla naturalium & industrialium distinctione, non existimo audiendos esse nostros interpretes qui sine lege & ratione distinctionem hanc introduxerunt. Sed omnium elegantissimus & accommodatissimus textus est, quo probari possit industriales quoque si consumpti non sint domino restitui debere, apud Iustinianum in *§. si quis à non domino. de rer. diuis. & acquir. i. p. far. domin.* ubi ille ait, si quis à non domino quem dominum esse credebat, fundum bona fide emerit, aliave qualibet iusta causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione fructus quos percepit eius esse pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tam industrialibus quàm naturalibus perspicuum est: nam ad naturales cura, ad industriales cultura pertinet. *d. l. bonæ fidei. & l. fructus 7. §. non solum. D. solut. matrimo.* Tum subiicit & *idè si postea dominus supervenerit & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* Ergo de non consumptis agere poterit, & quod prius dictum est eos bonæ fidei possessoris factos esse, ita intelligi debet quomodo supra explicauimus, ut

tamen

tamen quodcumque euicta re restituendi sint nisi ante euictionem consumantur. *l. quasitum 40. ad fin. D. de acquir. rer. domi.* Quod & Paulus ipse non obscure innuit in *d. l. in bonæ fidei*, in illis verbis *suos interim facit.* ne quis crederet sola perceptione sic eos fieri bonæ fidei possessoris ut numquam postea sint restituendi. Ac sanè si diligentius inspicias, longè diuersa hæc sunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonæ fidei possessor fructus omnes acquirit sola perceptione atque ad eò antequam eos percipiat, si quoquo modo à solo separati fuerint. *l. qui scit 25. §. 1. D. de vsur.* sed eos lucratur sola consumptione. *d. §. post litem. l. 4. fin. regund.* In eamq; rem textus est perelegans in *l. si eius fundi 78. D. de rei vindic.* quam de bonæ fidei possessore loqui certissimum est, ut rectè Cuiacius in Observationibus docuit, Græcorum interpretum auctoritatem secutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonæ fidei possessor in fundo alieno suo nomine perceperit, licet nondum coegerit ipsius factos esse, & idè vero domino secùdum quem indicatum est restituendos esse. De illis enim lex loquitur qui nòdum consumpti erant, ac nec perfectè quidem collecti, item, quod summopere notandum est, de fructibus industrialibus, & qui opera & diligentia hominis proueniunt, hoc est de vino & oleo: & tamen restituendos esse Paulus ait, quòd nondum consumpti essent, & rectè dominum intèdere possessorem eos dare oportere, id est eorum dominium restituere, quod sanè intèdere non posset si ante consumptionem & sola perceptione possessoris facti nò essent. Tunc enim verum esset quod Labeo dicebat, nihil possessorem fructuum nomine dare oportere, nihilq; prohiberet, quominus eos propria auctoritate cogere & colligere dominus posset, quod tamen Paulus negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex debet. Errarunt certè turpiter, qui scripserunt ea Pauli verba in *d. l. bonæ fidei, suos interim facit*, sic esse accipienda, ut bonæ fidei possessor naturales fructus suos faciat quamdiu duntaxat res euicta non erit, ex *d. l. qui scit. §. ult. de vsur.* Re autem euicta eos licet consumptos restituere teneatur. Nusquam enim scriptum est fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore restitui. Imò non restitui nisi extantes apertè scriptum est supradictis locis. Et verò secundum hanc interpretationem non aliter de industrialibus quàm de naturalibus iudicandum esset. De omnibus enim Paulus loquitur, cum fructus bonæ fidei possessoris interim fieri ait. Neque quod ab iis adducitur ex *d. §. ult. l. qui scit*, ad rem quicquam facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bonæ fidei emptorè quòd ad percipiendos fructus intelligi debere quamdiu fundus euictus non fuerit, & de industrialibus loquitur, nec de consumptis, sed de percipiendis. Neque minus improbable est, quànvis subtilius videatur, quod Goueanus variat. Lætion. libris scripsit fructus naturales sola perceptione non fieri bonæ fidei possessoris, idque Pomponium significare in *d. l. fructus. de vsur.* fieri tamen consumptione ex *d. §. lana*. Repugnant enim *d. l. bonæ fidei, & l. in pecudum.* quæ de sola perceptione, non etiam de consumptione loquuntur. Et in *d. §. lana*, non requiritur consumptio ad acquisitionem, ut constat ex illis verbis, *Sed statim emptoris fit*, sed uti ne eos fructus bonæ fidei emptor restituere teneatur domino quodcumque rem suam vindicanti. Quemadmodum enim si vsucapti essent petere eos dominus non posset, ita nec si fuerint consumpti. Cæterùm ante consumptionem erunt nihilominus bonæ fidei possessoris, ita tamen ut nisi ante euictionem vel consumpti vel vsucapti sint, domino restituantur. Denique manifestum est Pomponium in *d. l. fructus*. aliud iuris

constituere in iis fructibus qui non facti hominis nascuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei possessoris opera & diligentia prouenerunt. At iam supra diximus, tam industriales quàm naturales non vsque ad eò fieri eius à quo bona fide percepti sunt, quin si extant euictionis tempore restituendi sint. Alia igitur ad Pomponium interpretatio quærenda est, quæ industrialium & naturalium fructuum differentiam aliquam constituat, aut potius cum idem ius in omnibus constitutum sit, ut supra diximus, videndum est quid Pomponius senserit aut scripserit. Solus enim ille iuris locus est qui interpretes omnes præcipites egit, ut fructus naturales ab industrialibus contra iuris rationem cæterasque omnes leges distinxerint. Existimabam aliquando, & adhuc puto, non improbabiler dici posse corruptum esse Pomponij textum in illis verbis, *sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* & legendum sublata negatione *sicuti cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* Nā præter ea quæ ex iuris ratione & aliis legibus supra diximus, me illud etiam valde mouet quod Pomponius eo loco disputat de fructibus quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et ait, maritum fructus percipiendos illos tantum suos facere quos suis operis veluti ferendo adquisierit, & id eò si pomum excerpserit vel ex sylua ceciderit, ei non acquiri, quia non ex facto eius is fructus nascatur. Cur ergo verba illa adiecisset, *sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* Quasi verò maritus bonæ fidei possessor sit, quem tamen ex contrario certum est non solum malæ fidei possessori potius comparandum, sed & ipsum malæ fidei possessorem esse, cum rem sibi ab vxore donatam alienam esse sciat, ut Vlpianus ait in *l. si vxor filio 19. D. de donat. int. vir. & vxor.* vbi propter hanc causam in ea specie quam tractat Iulianum respondisse refert non esse marito concedendum quod bonæ fidei possessoribus conceditur, ut per seruum donatum acquiri ei ex re eius possit, quod & scriptum est in *l. de fructibus 17. in fine D. eod. l. per seruum donatum 57. d. de acquir. rer. dom.* Ad eò autem verum est maritum bonæ fidei possessorem non esse, ut etiam dubitatum sit an qualisqualis possessor esse existimetur *l. i. §. si vir. vxori. D. de acquir. posses.* Sed quoniam possessio magis facti quàm iuris est, & res facti infirmari iure ciuili non potest, ut lex ait, præualuit sententia existimantium possessorem eum esse, sed malæ fidei, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur. *l. quia quod 6. de don. int. vir. & vxor.* Ad bonam verò fidem requiritur iustus titulus, & iustus error. *d. §. si quis à non domino. Instit. de rer. diuis.* Error inquam, facti non iuris. Si enim maritus putet se iuste possidere eam rem quæ ab vxore donata est, errat in iure non in facto, & cum error sit iniustus, nihil ei prodesse debet, præsertim de lucro certanti *l. 4. l. 7. l. regula. 9. D. de iur. & fact. ignor. l. quamuis 11. C. eod.* Maritum ergo malæ fidei possessorem esse, rectè dicimus ut maritum videri non debeat si quos ex re sibi donata fructus percipit, suos non faciat, nisi quos operis suis adquisierit. Nec erat cur Pomponius in hanc rem bonæ fidei possessoris exemplum adduceret, cum de malæ fidei possessore loqueretur. Ac longè elegantior erit sententia, si Pomponiū ita scripserit dicamus, *sicuti cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* Ita enim scribendum erat, ut dilueret obiectionem quæ de bonæ fidei possessore fieri poterat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum est in *l. si vxor filio.* Coniecturam illud etiam iuuat, quod quæ à Pomponio ratio affertur, *quia non ex facto eius is fructus nascitur,* in bonæ fidei possessore locum habere non potest. Alioqui dicendum erit ex Pomponij sententia, sicut marito ita bonæ fidei possessori non alios fru-

ctus

ctus acquiri quàm quos ipse operis suis veluti ferendo adquisierit, quod aperte falsum est. Omnes enim etiam ab alio factos suos facit *d. l. bonæ fidei. & d. l. qui scit. 25. §. 1. D. de vsur.* & non minus ex serui quem bona fide possidet quàm ex suis operis acquiri. *l. qui bona. 23. l. quæsitum. 40. de acquir. rer. dom.* Nisi forte quis admittat & hac parte Pomponium à cæteris Iureconsultis dissentire: quod ego probabile non puto, præsertim cum de his fructibus ab alio factis, quoniam naturales non sunt, nemo hætenus dubitauerit. Sed priusquam ad cætera quæ ad propositæ quæstionis conclusionem spectant accedamus, illud adhuc ad Pomponij legem pertinet, & scitu dignissimum est, cur maritus quem malæ fidei possessorem esse diximus, fructus faciat suos quos operis suis veluti ferendo adquisierit. Cum certissimi iuris sit eum qui malæ fidei possessor sit fructus nullos suos facere, sed omnes restituere teneri tam naturales quàm industriales, tam perceptos quàm non perceptos, qui tamen honeste percipi potuerunt ac tam extantes quàm consumptos, omnes denique ut scriptum est in *d. l. certum. l. 3. C. de condict. ex lege.* & supra dictis fere omnibus aliisque innumeris iuris locis. Verum responderi eleganter potest, meliorem esse mariti quàm cæterorum malæ fidei possessorum, quos prædones dicimus, conditionem, quòd is rem sibi ab vxore donatam possidet non contra vxoris voluntatem, sed contra legem quæ tamen donationem hætenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat. *l. si sponsus. 5. §. cum igitur. l. sed & si 25. l. sed si vir 31. §. quod legaturus. D. de donat. int. vir. & vxor.* Hunc verò sit ut si maritus ex rei donatæ vsuris vel fructibus opera sua perceptis locupletior factus sit, donatio valeat, neque hac parte malæ fidei possessor dici possit, quia non id eò pauperior mulier facta sit quòd eas vsuras fructusque maritus perceperit. Non enim tam ex re donata quàm ex opera & industria sua percepisse existimandus est, cum fieri poterat ut etiam non facta donatione eos fructus easque vsuras mulier paræ fortassis aut nullius industriae numquam percepisset. Idque est quod Iulianus dicebat, & Vlpianus refert in *l. ex annuo. 15. §. si maritus. & d. l. de fructibus. 17. D. eod.* fructus & vsuras licitam habere donationem. Non quòd vxor marito donare possit vsuras quas iam fortè stipulata sit, aut fructus quos perceperit, aut percipere possit, sed quòd re aliqua ab vxore contra bonos mores marito donata, donatio valeat quòd ad vsuras attinet, fructusque ex ea re donata perceptos. Fructus inquam vsuris similes, hoc est, qui donatarij industria & opera non rei ipsius donatæ natura & sua sponte prouenerunt, ut Pomponius interpretatur in *d. l. fructus.* Nam si de naturalibus fructibus quæretur, ea ratio quæ rei donatione impedit, in fructibus quoque locum habet, nec magis pauper fit mulier in ea re quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti, & nihil curanti natura ipsa dedisset. Ergo si in fundo donato alius seuerit, fructus ad maritum non pertinebunt, quoniam eò pauperior facta vxor videretur, si eos fructus non haberet, quia et si facta donatio non esset, ab alio facti, & mulieri propter solū naturali & ciuili iure adquisiti essent. Si tamen propter mariti personam seuerit is qui alias factorus non erat, aliud fortasse probandum erit, quasi nihil inter sit an mariti diligentia, an propter eum alterius opera fructus prouenerint. Idemque de serui donati operis dicendum est ut marito non acquirantur, licet plerique contra putent. Nihil enim interest an seruus ex re mariti, an ex operis suis acquirat, neque hoc potius quàm illo casu marito acquirere potest,

*l. qui bona 23. in princ. d. l. quæsitum 40. in fin. D. de acquir. rer. domin. l. qui scit 25. §. vlt. D. de vsur.* Verùm & in supradicto casu cum de fructibus ex mariti opera prouenientibus quæritur, non eadem prorsus mariti quæ bonæ fidei possessoris ratio constituenda est. Et si enim utriusque sola perceptione acquirantur, tamen bonæ fidei possessor eos si extant vindicationis tempore restituere tenetur, ut supra diximus. Maritus verò non tenetur, quoniam volente vxore & iure permittente sibi adquisiit. In eo autem par est utriusque causa, quòd sicut bonæ fidei possessor ita maritus eos fructus non restituit quos consumpsit, quòsque si extarent restituere teneretur, nisi locupletior uterque factus sit. *l. C. de petit. hered. l. si mulier 17. §. vlt. l. si cum mulier 50. D. de donat. int. vir. & vxor.* Vix enim est ut consumptum videatur id quod in patrimonij corpore retinetur, ut Papinianus ait in *l. Imperator 70. §. vlt. cum l. 71. & 72. D. de legat. 2.* Mirum autem videri possit quòd dicimus maritum non cogi restituere fructus quos consumpsit, cum verum sit ad illum numquam eos pertinuisse, in eoque similem esse maritum malæ fidei possessori, qui tamen omnes omnino restituit. At dissimilitudinis ratio illa afferri potest, quòd malæ fidei possessoris causa longè iniquior & odiosior est, cum inuito domino, & contra legis præcepta sciens alienam rem possideat, quàm mariti qui rem ex vxoris voluntate habet, adeoque iusto titulo nisi quatenus ille locupletior, & illa pauperior fiat. *d. l. si sponsus. §. cum igitur. de donationibus inter virum & vxorem.* Locupletior autem factus non est perceptione fructuum consumptorum, si ex iis nihil in rem suam verterit. Sed ut ad propositam quæstionem redeamus, & iis etiam quantum fieri poterit satisfaciamus qui à iuris ratione potius quàm à verbis receptæ lectionis recedendum existimant, tentemus an dici possit ea quæ de naturalium fructuum acquisitione scripsimus, de iis duntaxat fructibus intelligi debere quibus conseruandis curam aliquam bonæ fidei possessor impenderit. Quod enim ei in fructibus quasi dominij ius concedimus, non sit ciuili aliqua ratione sed naturali duntaxat pro cultura & cura, ut Iustinianus supradicto loco scribit. Cui consequens esse videtur, ut nulla præcedente cultura vel cura nec ciuilis nec naturalis ratio bonæ fidei possessori fructus rei alienæ adiudicet. Quamquam autem vix vlla res est quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferre possit, cum & naturales ipsi curentur. *d. l. fructus. §. non solum. D. solut. matrim.* Attamen cum quis pomum ex arbore decerpit, aut syluam cædit, quibus exemplis Pomponius vtitur, dici non potest curam aliquam iis fructibus impendi, maxime si maturam syluam & maturis pomis arborem possessor emerit. Proinde ratio nulla facere videtur ut eos fructus bonæ fidei possessor percipiendos suos faciat: quòd tamè in aliis fructibus culturam aut curam aliquam exigentibus Pomponius fortassis non æquè admisisset. Planè si consumpti sint, id perpetuò & indistinctè obseruabimus, ut numquam veniant in restitutionem. Nam leges omnes de consumptis fructibus generaliter loquuntur nec naturales aut inter sese aut ab industrialibus distinguunt. Ac sanè iniquum esset bonæ fidei possessorem eos fructus restituere teneri quos consumpsit, & quorum perceptione locupletior factus non sit, quia sic posito iure fieret ut ei bona fides noceret quæ potius prodesse deberet. De extantibus fructibus non idem dici potest, quorum scilicet restitutione nullum bonæ fidei possessor damnum patitur, sed lucrum duntaxat amittit. Cum si ad percipiendos & redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantò minus restituat, quasi fructibus ob eam rem ipso iure diminutis. *l. quod in fructus 46. D. de vsur.* Atque ita ratioci-

ita ratiocinari fortassis & sentire quis velit. Verùm huic interpretationi ea Pomponij ratio non conuenit quia non ex facto eius is fructus nascitur, ex qua appareret Pomponium, si vulgatam lectionem sequamur, nolle acquiri bonæ fidei possessori ut nec marito alios fructus quàm qui facto eius nascuntur. Atqui naturales omnes sua sponte nascuntur, & quæ iis ab homine cura impenditur non tam ut nascantur quàm ut conferentur præstat. Deinde quamuis ea primùm naturalis ratio induxerit ut bonæ fidei possessor fructus suos faciat, quòd pro cultura & cura id ei concedi æquum visum sit. Postea tamen iuris ciuilis ut videtur auctoritate auctum est ius bonæ fidei possessoris, & cõstitutum ut percipiendo sibi etiam eos acquirat in quos neque culturam neque curam vllam imple impenderit, puta ab alio sato. *d. l. qui scit. 25. §. I. D. de vsur. & generaliter omnes ut Paulus loquitur, in d. l. bonæ fidei.* Qui locus cum & de omnibus fructibus loquatur, & de perceptis non de consumptis, nulla prorsus ratione cum Pomponij lege conciliari potest, nisi emendationem nostram admittas. Postremò illud quoque monendum videtur, malè vulgo creditum esse, fructus quos bonæ fidei possessor percepit ab eo vsucapi non posse, ideò quia statim pleno iure ipsius fiant, ex *d. §. lana.* Si enim verum est quòd supra sæpius diximus, teneri eum restituere omnes quos non consumpsit, eamque ob causam non nisi penè dominus dicitur à Paulo in *d. l. bonæ fidei.* Cur non vsucapere ei liceat ut neque extantes restituere teneatur, ad plenum sibi eorum dominium acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit quàm si percipiendo eos sibi non acquireret? Præsertim cum si alteri distrahantur nemo dubitet secundum emptorè vsucapere posse. Neque sanè id Paulus negat in *d. §. lana*: imò cum dicit lanam ouium furtiuarum si apud furem deponsa est vsucapi non posse. Si verò apud bonæ fidei possessorem, contra, nihil aliud vult, quàm hoc posteriore casu posse eam vsucapi, quoniam in fructu sit. Quamquàm & illud quoque verum est quòd subiicit vsucapi eam non debere, quia statim emptoris fiat. Quòd ita accipi debet ut si lanam veluti suam consumpsit, nihil ab eo peti possit, licet statuto tempore lanam non possederit, quia consumptio tantum ei prodest quantum vsucapio. Sed tamen vel consumptos vel si extant vsucaptos esse fructus necesse est, ut non restituantur.

Explicatur *l. si quis reum 5. D. de liberat. legat.*

CAPVT XVIII.

**S**I CREDITOR liberationem legauerit debitori qui fideiussorem dederat, liberandus est reus acceptilatione non pacto, quia si pacto duntaxat liberaretur, fideiussor non liberaretur, neque ipso iure, quoniam in pactis factum non ius versatur. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis.* neque per exceptionem, quia non cum ipso sed cum debitore pactum fuisse proponitur. Ita igitur fieret ut reus quoque quem testator omnino liberatū esse voluit, per consequētias conueniretur, scilicet si creditoris heres contra fideiussorem ageret. Fideiussor enim aduersus debitorem regressum haberet, sicqu; solius debitoris damno res cederet. *l. cum lex 46. D. de fideiuss. l. cum mandatu 23. D. de minor.* At liberato reo per acceptilationem fideiussor quoque ipso iure liberatur, sublata scilicet principali obligatione veluti solutionis potestate. *l. non solum 7. §. I. D. de liberat. legat. l. in diem 5. l. si accepto latum 19. §. I. D. de acceptilat.* Quid ergo si donationis causa fideiussor interuenerit ita ut aduersus reum agere non pos-

fit, vel quid si ad fideiussorem pecunia peruenerit, & reum vice sua dederit, ipseque pro eo fideiussor? Hoc casu reus non acceptilatione sed pacto liberandus est. Acceptilatione liberandus non est, quia per consequentias fideiussor liberaretur. Pacto autem liberandus est, quoniam ita verendum non sit ne reus alia ratione conueniatur. (Cum aduersus eum fideiussor regressum non habeat) vel fideiussor ipse per exceptionem pacti liberetur, quia tale pactum liberationis fideiussori prodesse non possit. Quamquam enim solemus dicere fideiussori dandam exceptionem pacti quae reo competit. *l. & heredi 21. §. vltim. D. de pact.* hoc tamen in proposita specie dici non potest: quia mens alia est legantis, alia paciscentis. Qui enim legat, eius duntaxat cui legat personam inspicio cum legata non nisi ob aliquod meritum relinqui soleat, & ne testator cum eorum qui de se bene meriti sunt iniuria decedere videatur ut Lucius ille Cuspidius in suo testamento dicebat. *l. nec adiecit. 9. D. pro socio.* Heres vero qui paciscitur de non petendo, quoniam ita facit ex testatoris potius quam sua voluntate, id tantum agere & velle videtur quod testator voluit, ideoque sicut liberationem a testatore relictam ita pactum hoc personale esse dicimus, nec fideiussori prodesse, quoniam ita actum esse videatur. *l. nisi hoc actum 22. de pact.* At paciscentium debitoris, & creditoris alia proculdubio voluntas est. Nam ad obligationem & rem ipsam magis quam ad personam obligatam respiciunt, & ut Paulus ait in *d. §. vlt. l. & heredi*, pactum de non petendo in re est, non in personam. Unde fit ut omnibus pro sit quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit maximè fideiussoribus. Et haec est sententia. *l. si quis reum 5. in princip. D. de liberat. legat.* satis quidem vt videtur aperta, sed quae tamen ab Accursio malè explicata est, in eo, maximè quod differentiam quam inter legantem & paciscentem Vlpianus ponit, ipse non agnoscit, aut potius non intelligit. Deceptus quantum coniectio, ex eo quod in illis verbis, *At qui solemus dicere*, quomodo in Pandect. Florent. & cæteris emendatis codicibus legitur, veteres libri habebant, *Alioquin solemus dicere*, quae lectio planè, mendosa est, & reiicienda. Sequitur verò apud Vlpianum si fideiussori liberatio legata sit, pacto eum liberandum esse, quia si per acceptilationem liberaretur, rei quoque obligatio veluti solutione tolleretur. Per pactum autem solus fideiussor liberatur, nec quæ ei competit pacti exceptio reo quoque competere poterit, siue quod fideiussoris personam duntaxat ab obligatione eximi, non ipsam obligationem tolli testator voluerit, siue quod principalem obligationem fideiussoria sublata remanere nihil vetet, ideoque difficilius pacta fideiussoris reo profint, quam rei pacta fideiussori. *l. fideiussoris 23. D. de pact.* Planè interdum contingit vt fideiussor cui liberatio legata est acceptilatione sit liberandus: scilicet quoties reo aduersus ipsum regressus dandus est quod contingit siue fideiussor ipse verus reus fuerit, fortè quod ad eum pecunia peruenerit, siue in eam rem socius reus extiterit. His enim casibus nisi reus liberaretur, fideiussor quoque liberatus non videretur.

Vera lectio & sententia *l. si quis dolo 51. §. 1. D. de re iudicat.*

CAPVT XIX.

**P**AULI verba hæc vulgò leguntur, *Si quis possessorem missum in possessionem rei seruanda causa non admisserit, si venditor præstiterit creditori quanti eius interfuerit, quaesitum est an debitor liberetur.* Et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi id duod accepit. At  
ex ve-

ex veteribus plerique in illis verbis, *si venditor præstiterit*, pro *venditor* leguntur *vetitor*. Græci *emptor*, Recentiores nonnulli *debitor*, & in illis sequentibus, *an debitor liberetur*, pro *debitor* reponunt *debitor*. Quæstio igitur est, quænam potius lectio sequenda sit, quidve sibi Paulus voluerit. Puto ego Pauli sententiam hanc esse, vt si is qui creditorem missum in possessionem rei seruanda causa non admisit, creditori præstiterit quanti eius interfuit, debitor liberetur, & ita Paulum scripsisse, *si præstiterit creditori*, nulla mentione facta aut *vetitoris*, aut *venditoris*, aut *emptoris*, aut *debitoris*, sed eam dictionem de qua contenditur ab interpretibus additam esse, indeque aliter atque aliter legi cepisse dum illa Pauli verba alij de venditore, alij de emptore, nonnulli etiam de debitore, plures verò de vetitore, hoc est, qui creditorem missum in possessionem non admisisset, interpretarentur. Nihil enim interest, creditor in possessionem missus à quo admitti prohibitus sit, ab extraneo, an ab eo qui à debitore emisisset ac fundi possessor factus fuisset. Omni siquidem casu si is qui possessionem prohibuit, præstiterit creditori quanti eius interfuit, dico debitorem liberari, nihilque amplius ab eo posse exigi. Ratione illa quam Paulus adfert, quod improbus videatur is qui id quod iam accepit iterum consequi velit. Nec quicquam est quod huic interpretationi obicere quis possit. Nam quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inusitatam esse, id ego facile admitto, neque Paulum ita scripsisse volo. Sed ea quoque dictione sublata dico verba illa, *si præstiterit creditori*, ad alium referri non posse quam ad eum qui creditorem missum in possessionem rei seruanda causa non admisserat, quæ veteres interpretes iidemque viri boni significatiore, licet minus latino vocabulo, *vetitorem* appellabant. Existimarunt verò necessariam esse hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *si præstiterit creditori*, cum apertius dicere potuisset & *præstiterit creditori*: quomodo si dixisset nulla sanè dubitandi, & tot modis textum corrumpendi occasio superesse potuisset. Quod enim secundo loco idem vir doctissimus obiicit falsam esse hanc sententiam vt creditor consecutus pœnam ab extraneo qui possessionem prohibuit, à debitore petere nihil possit, id planè nego. Quamuis enim pœnalis sit actio in factum quæ datur aduersus eum qui creditorem in decreto missum in possessionem prohibuit. *l. 1. §. hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est.* pœnalis autem actio perimere non solet rei persecutionem. Illud tamen obseruandum est quod Cuiacius non animaduertit, non esse hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales esse dicimus eas, quæ rei persecutionem non tollunt. Vt vel ex eo maximè colligi potest quod Vlpianus ait in *d. l. 1. §. hæc verba. D. illo tit.* hæc verba edicti, *Quanti ea res erit ob quæ in possessionem missus erit*, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius interest possessionem habere, tantum ei cõdemnetur is qui prohibuit. Proinde si ob falsum creditum vel si ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptione summoueri potuit, nihil ei prodesse hoc edictum, quia ob nullam causam in possessionem missus esse intelligatur. Facit *l. Fulcinius 7. §. si in diem. & l. pen. §. vlt. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales eæ sunt quæ non ad id quod reuera actoris interest competunt, sed ad rei de qua controuertitur æstimationem, licet actor calūniator sit, nihilque eius interfit. vt in *l. 1. §. vlt. D. si quis ius dicent. non obtemper. l. si per alium 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim. cum similib.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, me-

rè pœnalis non est, adeòque rei persecutionem continet. Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionem*, non respectu actoris, sed rei qui propter vim factam ei qui ex Prætoris decreto in possessionem missus erat, pœnam illam patitur, ut ad id quod ipsius interest condemnetur, licet nihil ipse debeat, creditorumque aduersus debitorem salua actio superfit, si debitum persequi potius quam ex edicto agere velit. Ex quo intelligimus neque verum esse quod Cuiacius ait eum cui possessionem ingredienti vis facta est, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo, qui vim fecit, cum ab utroque nihil petere possit præter id ipsum quod sibi debetur. Neque rectum esse argumentum quod ille sumit ex interdicto *De tabulis exhibendis. l. 3. §. condemnatio. D. de tabul. exhibend.* Nam actio quæ ex illo interdicto datur, licet ad id quod interest competat, ut eo loco Vlpianus ait, magis tamen pœnalis est quam hæc de qua disputamus: imò omnino pœnalis est, quoniam in ea id quod interest non ex veritate æstimator sed ex quantitate in iudicium deducta, id est, inspecto eo duntaxat quantum petatur, non an id quod petitur debeat. Quid enim si heres qui tabularum exhibitionem postulat, hereditatem petat quæ ad se non pertineat? Quid si legatarius petat legatum quod sub conditione relictum est & cuius conditio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum se eum qui tabulas non exhibet ac si hereditas ad actorem pertineret aut legatum ei purè relictum esset, adeò ut neque de restituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia ut Vlpianus ait, hæc pœna contumaciæ præstatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem suam persequitur, sed pœnam, hoc est pœnæ nomine rei quam petit æstimationem, quamvis nihil ei debeat. Inde verò fit, ut si à contumace pœnâ consecutus sit, nihilominus à debitore perinde petere possit quod sibi debetur ac si nihil ab alio consecutus fuisset, quia non rem sed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum est in interdicto, Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, quod, ut diximus, pœnale non est ratione actoris, sed eius duntaxat qui conuenitur. Et idèò rectissime ac verissime Paulus respòdit, si is qui vim fecit præstiterit actori quanti ipsius interfuit, debitorem liberari. Quod tamen ego sic intelligo, ut per doli exceptionem liberetur. Id enim apparet cum ex *d. l. 3. §. inde queritur. de tabul. exhib.* tum ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus sit is qui eandem rem bis cõsequi velit. Ipso iure non liberatur, quoniam ipse nihil soluit, & quod ab eo qui in possessionem missum non admisit solutum est, proprio ipsius non debitoris nomine solutum est. Ergo doli exceptio necessaria est. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod si eorum opinionem sequeremur qui Paulum sic intelligunt ut debitor ipse creditori præstiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non esset quin ipso iure, non exceptionis ope liberatio contingeret: soluto quippe eo ipso quod debebatur & petebatur. Sed & ea interpretatio faceret ut longè minus elegans esset Pauli sententia, & extra omnem omnino dubitationem. Cum, ut diximus, actio hæc in factum pœnalis non sit ratione actoris, sed ratione rei duntaxat qui missum in possessionem non admisit. Prætorique sufficiat quoquomodo rem seruari ab eo qui non nisi rei seruandæ causa in possessionem missus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quoniam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hic refellere operæpretium esse non arbitramur.

Nihil

Nihil emendandum esse in *l. sub conditione 16. D. de condict. indeb. & explicatio l. Iulianus 60. eod.*

## CAPVT XX.

**N**TER conditionem & diem incertum differentia nulla est, si de indebiti soluti conditione queratur. Nam sicut quod sub conditione ita quod sub die incerto tibi debeo si ante diem aut conditionem existentem facti errore soluam, repetere poterò, quia omnino indebitum est. Quod si post solutionem & ante repetitionem dies aut conditio extiterit, non repetam, quia debitum cœpit esse quod prius fuerat indebitum. Isque sensus est *l. sub conditione 16. D. de condict. indeb.* quam omnino malè explicant, qui à Pomponio differentiam constitui putant inter diem incertum & conditionem: cum tamen aperte lex dicat existente die aut conditione repetitioni locum non esse. Neque ea verba, *quod autem sub die incerto*, quibus mouentur, differentiæ notam aliquam præ se ferunt, ut illi aiunt, sed tantum de alia re loqui Pomponium demonstrant. Prius enim de debito sub conditione locutus fuerat, postèa de debito in diem subiicit. In utroque autem idem iuris constituit. Nec ratio vlla afferri potest cur in postremis illis verbis, *die existente*, addita negatione legamus *die non existente*. Falsum enim est nec vilo iuris loco comprobari possit id quod in diem incertum debetur, si ante diem per errorem solutum sit non posse intereà repeti. *l. sufficit 56. D. eod. tit.* Et illi ipsi qui addunt negationem, fatentur eo demum casu repetitionem impediri, quo certum sit diem illum incertum aliquando extitutum, puta si quid tibi promiserò, *cum moriar*. Cum enim certum sit debitum iri, quod nondum debetur, conditioni locus non est, quasi indebitum dici non possit, quod fieri non potest ut non aliquando debeat ut in *l. 17. Vlpianus ait*. Sed recta comparatio non est casualis, ut nostri vocant, conditionis, & incertæ diei quam exituram esse incertum sit. Nam & si quod sub necessaria conditione debebatur pendente conditione per errorem solutum sit, dubium non est quin intereà repeti non possit, ut idem Vlpianus ait in *l. quod si 18. D. eod.* Siue igitur conditionem omnino incertam cum die prorsus incerto compares, siue diem incertum, quem tamen euenturum esse certum sit cum conditione quæ non possit non existere, nulla inter conditionem & diem incertum differentia est, cum dies incertus pro conditione habeatur. *l. dies incertus 75. D. de condition. & demonstrat. & conditio appellatur. l. talis 30. §. sed et si. D. de legat. 1.* Neque opinioni nostræ illud obstat, quod ex Vlpiani verbis in *d. l. 17.* videtur posse colligi Pomponium in præcedenti lege de eo die locutum esse, qui sit omnimodo extitutus. Illud enim verius est in *d. l. 17.* non præcedentis legis exemplum sed confirmationem & rationem contineri, quam vix quisquam hæctenus rectè, ut arbitror, explicauit. Ego autem sic explico, ut cum Pomponius scripsisset id quod sub die incerto debetur, si ante diem soluatur, die existente non repeti, ratio hæc in *l. seq.* subiiciatur ex Vlpiano, quia si cum moriar dare promiserò, & anteà soluam, repetere non possum. Hoc est, si eo casu quo dies nondum venit quem venturum esse certum est, solutum repeti non potest. Multò magis dicendum est, id quod in diem prorsus incertum debebatur, si ante diem solutum sit, die existente condici non posse. Plus enim est diem venisse, quam necessariò venturum esse. Dubitandi autem ratio apud Pomponium illa erat, quod initio & solutionis tem-

n iij.



pore inspecto, in debitum per errorem solutum esset. Sed decidendi ratio est, quia cum de conditione quaeritur, conditionis tempus inspicendum est non solutionis. Ad eò autem sufficit debitum esse cum petitur id quod indebitè solutum erat, ut si modo debitum iri certum sit, licet nondum debeatur, perinde habendum sit, ac si purè non in diem vel sub conditione deberetur. *l. si pupillus 9. §. qui sub conditione. D. de nouat.* Nihil igitur emendandum est in *d. l. sub conditione*, & si quid emendari necesse esset, dicerem potius in illis verbis, *quod autem sub die incerto debetur*, pro autem legendum esse *item*: quamquam ne hoc quidem necesse est. His verò quæ diximus mirificè conueniunt quæ Paulus scribit in *l. Iulianus verum debitorem 60. D. eod. tit. de condict. indeb.* de cuius quoque sententia non inutile futurum est, si hic omnia quæ ad rem pertinere videbuntur breuiter exponamus. Illud primum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorem post litem contestatam manente iudicio soluentem repetere non posse, quia nec absolutus nec cõdemnatus repetere posset. Idemque dicendum esse si quis ita promiserit, Siue nauis ex Asia venerit, siue nõ venerit, quia ex vna causa alterutrius, origo solutionis proficiscitur. Tum subiicit, si quis id quod purè debebat sub conditione nouandi animo promiserit, magis dubitari posse, an pendente conditione solutum possit repeti. Plurimosque enim putare repetitioni locum esse, quoniam ex qua obligatione solutum sit dici non possit, ut contingit si plures eandem pecuniam alter purè, alter sub conditione nouandi animo promiserint. Verùm hoc dissimile esse Paulus ait, quia in stipulatione pura & conditionali eundem debiturum esse certum sit. Quemadmodum autem casus ille cum quis id quod pure debet sub conditione nouandi animo promisit, Paulo dubitabilior cæteris visus est, ita interpretum nostrorū opiniones in diuersas partes distraxi. Sunt enim qui repetitioni locum esse putent, quam sententiam Azo, Ioannes, Accursius, Bartolus cæteri que ferè omnes sequuntur. Alij contra iam olim ex veteribus interpretibus ut idem Accursius refert, negabant cum quibus & ego sentio. Id enim est meo iudicio, quod in fine legis Paulus ait stipulationem hanc dissimilem esse illi qua plures personæ eandem pecuniam purè & sub conditione nouandi animo promiserunt. Nam in priore stipulatione eundem debiturum esse certum est siue nouationis conditio extiterit, siue defecerit, & ideò cõdicere promissor non potest id quod omnimodo sit debiturus. In posteriore verò incertum est ex pluribus quis futurus sit debitor. Si enim conditio extiterit, secundus promissor: si defecerit, Primus debitor erit. Propter quam causam merito responsum est, eum qui pendente conditione soluerit repetiturum. Nec possum intelligere qua ratione moueantur, qui ut nouam opinionem inducerent: Paulum sic interpretati sunt, quasi senserit hoc casu repetitioni locum non esse. Quæ enim à Paulo affertur ratio in illis verbis, *In stipulatione enim pura & conditionali eundem debiturum esse certum est.* huic interpretationi non solum non conuenit, sed etiam omnino repugnat. Ineptum etiam est argumentum quo Accursius vtitur, ut ostendat eum qui quod purè debet sub conditione nouandi animo promisit, si pendente conditione soluat, repetere posse. Ait enim, creditorem puræ obligationi renuntiare videri, & promissorem conditionis dilationem inducere, quorum vtrumque falsum est. Cum neque creditor puræ obligationi renunciaret, nisi sub conditione, si eam postea accidere contingerit, neque debitor conditionem inducat obligationis: imo purè obligatus maneat nisi secundæ stipulationis conditio extiterit. *l. quoties 14. D. de*

*D. de nouat. l. in persona 30. §. fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum esse in illa specie, an perpetua an temporaria futura sit exceptionis defensio ex *d. l. sufficit 56. de condict. indeb.* multò minus verum est. Etenim cum vtroque casu siue conditio extiterit siue defecerit, futurum tamen sit ut debeatur id quod promissum est, fieri certè non potest ut perpetua sit exceptionis defensio, ac proinde vel ex ratione Papiniani in *d. l. sufficit.* conditioni locum non esse concludendum est. Et verò illi ipsi qui hanc nostrorum opinionem induxerunt, non alia ratione mouebantur, quam quòd incertum esset ex qua obligatione debitor soluisset, ut Paulus refert. Sed non inde fit quin certum sit, ex alterutra obligatione soluere eum debere, cum aut ex pura, aut ex conditionali obligatione eum debiturum esse certum sit, quod sufficit ad impediendam conditionem.

F I N I S L I B R I Q V A R T I.



# A. FABRI C. CON- I E C T V R A R V M

L I B E R V.



Explicatio §. vlt. l. vlt. D. de legat. 3.

CAPVT I.

**S**I PATER impuberem heredem scripserit, eique substitutum dederit, & alio filio emancipato præterito edictum committente pupillus contra tabulas patris bonorum possessionem acceperit, tum de legatis à substituto præstandis controuertatur, certissimum est distinguendum esse an ab ipso impubere data sint, an à substituto. Quamquam enim petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & vtilitas elicit, ut pupillare sustineatur, adeoque præstanda sint omnibus, id est extraneis quoque personis ea, quæ à substitutione pater relinquit, *Lex duobus 34. §. vlti D. de vulgar. & pupill. substit.* At quæ ab impubere instituto relicta sunt, ratio iuris, & æquitatis non patitur, ut à substituto aliis quam exceptis personis debeantur. Nam cum ex ipsius impubere defuncti persona præstentur, *l. in ratione 11. §. quod vulgo. D. ad leg. falcid. l. seruo alieno 113. §. sed si pater. de legat. 1.* consequens est ut aliis non præstentur, quam quibus ab ipso impubere præstari deberent, iis videlicet personis duntaxat quas speciali in eam rem edicto De legatis præstandis exceptas Prætor voluit. Ex quo intelligi potest, euidenter errare eos, qui putant Prætoris beneficio institutum filium duntaxat, non etiam substitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Prætoris edictum in filij institui gratiam, sed potius

legatariorum fauore comparatum est, quando certum sit per bonorum possessionem contra tabulas rumpi patris testamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodo posse. præter ea, quorum præstatio visa est Prætori habere naturalem æquitatem, vt Vlpianus ait in *l. 1. D. de legat. præstand.* vbi non ineleganter æquitatem edicti nouam appellat, quod valde nouum sit, ac contra communes iuris regulas vt qui patris iudicia rescindit, ex eius tamē iudicio & voluntate legata & fideicommissa quibusdam personis præstare compellatur. Ergo legata ab instituto filio extraneis relicta ne quidem substitutus præstabit: idq; disertè scriptum est in *l. filium 5. D. eod. tit. de legat. præstand.* Verùm sicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi causam illud præbuit, quod in *l. vlt. §. vlt. de legat. 3.* Scæuola respondit in eadem, vt videtur, specie substitutum legata ab instituto relicta non exceptis tantum, sed etiam extraneis personis debere, ita tamen vt his ex ea duntaxat portione præstet ex qua institutus fuit, exceptis verò ex reliquo, id est, etiam ex eo, quod per bonorum possessionem contra tabulas accessit. Proponebatur enim filius ex vncia tantum heres scriptus, ac Prætoris beneficio semissem consecutus. Scio placere viro doctissimo Iacobo Cuiacio corruptissimum esse Scæuolæ responsum, ac potius de legatis à substituto relictis accipiendum, quasi ea verba, *habeat & substitutum*, alieno loco posita sint, & reponenda post illa prima, *si filius ex vncia heres institutus sit.* Quod tamen vix est vt probabile videri possit, cum cætera quæ sequuntur, *deinde commisso edicto per alium filium accepit patris dimidia bonorum possessionem*, ad filium, non ad substitutum referantur: neque illud verè dici possit, substitutum legata à se relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo autem liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo patrimonij quod ad filium peruenit, perinde ac si id quod per bonorum possessionem filius habuit à patre accepisset. *d. l. 5. §. quod si impubes. de legat. præst. l. ab exhereditati 126 de legat. 1.* Quare delenda omnino erit tota illa Scæuolæ distinctio, *Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus:* quod si ita est, rectè profectò sentiunt, qui in libris nostris locum alium aded maculatum nullum esse aiunt. Quamquã minus maculatus videri poterit si his posterioribus verbis sublatis, nihil de præcedentibus immutetur. Verissimum enim est in ea specie quam Scæuola tractat, legata ab instituto relicta deberi à substituto vsque ad semissem, *l. et si contra tabulas 35. D. de vulgar. & pupill. substit.* neque tractandarum rerum ordine quem sibi pro arbitrio vir doctissimus comminiscitur, vulgata lectio, quæ rectum sensum habet mutari debuit. Sed ne sequentia illa, quæ inepti interpretis esse arbitratur, tollèda esse existimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola dissensisse admitterem, si commodius nihil dici aliud possit. At ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d. l. 5. de legat. præstand.* aut alio vllò iuris loco scriptum reperio, substitutum legata extraneis non præstare ex vncia, si per bonorum possessionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenerit. Improbè namque recusaret legata extraneis præstare eo colore, quod filius bonorum possessionem contra tabulas accepit, quæ scilicet substituto ipsi prodest, adeoq; ex testatoris voluntate. In quo deterius sanè est conditio substituti, quam filij instituti. Hic enim non solum quod possessionis commodo supra vnciam habet, sed & vnciam ipsam ex qua institutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris voluntatem habet, vt non sine causa recuset soluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiã parte ex qua institutus fuit. Substitutus verò, tamen si plus consequatur possessionis

possessionis beneficio, quàm ei testator reliquerat, hoc ipsum tamen ex testatoris voluntate habet, qui scilicet non haberet si à testatore substitutus non esset. Planè, improbius facerent legatarij extranei si rupto per bonorum possessionem testamento ampliora legata consequi vellent, quàm petere potuissent. si ruptum testamentum non fuisset, & ad substitutum vncia duntaxat peruenisset. Quæ ratio esse videtur propter quam Scæuola respondit substitutum non nisi ex vncia extraneis legata præstare. Aliud verò obseruandū est si nullum ex bonorum possessione commodum, ad filium & substitutum peruenerit. Cur enim hoc casu improbè faciat substitutus qui dicat nolle se ex instituti persona soluere legata. qui institutus ipse si viueret minimè præstaret? Idque satis apertè meo iudicio Scæuola voluit, qui in posteriore responsi specie, hoc est si ex dodrante institutus filius commisso edicto semissem tantum possessionem acceperit, substitutum ex semisse duntaxat legata debere dixit, nulla distinctione adiecta, vt intelligamus hoc casu nulla ex parte legata extraneis præstari. Quæ etiam species est *d. l. 5. de legat. præst.* in qua solus filius, ac proinde ex asse institutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum possessionem accepisse, concursu minus perceperit, quàm ex testamento habuisset. At eidem Scæuolæ responso illud etiam obtare videtur quod Africanus ait, in *d. l. et si contra 35. de vulgar. & pupill. substit.* legata ab instituto pupillo relicta cõiunctis personis (sic enim necessariò is locus intelligi debet) & à substituto præstanda augeri ex eo quod filius extraneis nihil debuerit. Nam si ita est, illud etiam consequens videtur vt neque substitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africani, & alia quærenda, cur legata à substituto personis exceptis præstanda augeantur. Verùm præter id quod Africanus secundū Scæuolæ distinctionem intelligi commodè potest, vt leges aliæ ex aliis sumunt interpretationem, illud etiam non malè quis fortasse dixerit, posse contingere vt legata cõiunctis personis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodū Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data sunt, præstentur pro ea parte ex qua filius fuit institutus. Finge eum qui mille & ducenta in bonis habebat, cum fortè sibi longè locupletior videretur, filium in potestate ex vncia duntaxat heredem scripsisse, id est in centum, & ab eo legasse extraneis ducenta, cõiunctis verò personis trecenta quinquaginta. Si postea filius commisso per emancipatum edicto bonorum possessionem petierit: & semissem cõsecutus sit, mox ante præstita legata decesserit, dicemus substitutum quamuis extraneis quoque legata præstet, non ideò tamen falcidiam deducturum ex ceteris, quæ cõiunctis personis præstanda sunt. Scilicet quoniã extraneis nihil debet nisi pro vncia, id est centū. Supra vnciam non debet: quia extraneis filius nihil debuit, atque ita sit, vt etiam integris solutis iis, quæ cõiunctis personis relicta sunt, adhuc centum & quinquaginta iure falcidiæ substitutus habeat, quæ citra detractionem non haberet si filius extraneis debuisset. Id enim est quod Africanus ait augeri legata quæ ab instituto cõiunctis personis data sunt, hoc est, sine falcidiæ diminutione præstari, quoniam quæ per legem falcidiã & ipso iure minuuntur, ea si integra præstentur, quodammodo augentur, *l. in quantitati 74. §. vlt. D. ad leg. falcid.* quod nos alio loco fusius explicauimus. Recta verò & interpretationi nostræ valde conueniēs est ratio illa Africani, propterea quod filius extraneis non debuerit. Cui alia subiicienda est quæ paulò post sequitur in iis verbis, *quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet.* Siue

enim de legatis ab instituto relictis & à substituto præstandis disputemus, siue de iis quæ ab ipso substituto data sunt, quæ Africanus crescere ait si ex bonorum possessione plus ad filium peruenerit, accommodatè dici potest, augeri ea, quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet: tametsi in legatis ab instituto relictis accommodatius id dici posse videatur. Præsertim cum minus recta sit hac parte comparatio filij & substituti. Legata enim ab instituto filio relictæ augentur, licet non plus ad eum per bonorum possessionem peruenerit, quoniam extraneis nihil præstat. Ea verò quæ à substituto data sunt, non aliter augentur, quàm si plus compendij & commodi ex bonorum possessione quàm ex testamento filius perceperit, cum extraneis quoque substitutus legatorum à se relictorum nomine obligetur. Hinc porrò intelligimus quàm parum acutè Accursius scripserit legata ab instituto data præstari à substituto, quasi ab ipso tacitè repetita. *ex l. licet Imperator 70. de legat. 1.* Nam vt taceamus illud De tacita repetitione legatorum Africani & Scauolæ temporibus certum non fuisse ante nouam Seueri & Antonini constitutionem: illud etiam me mouet, quòd si ea legata ab instituto relictæ substitutus præstaret tanquam à se repetita, vtique omnibus ea præstaret sicut cætera quæ à substitutione data sunt. At quæ ab instituto relictæ sunt, non nisi exceptis personis præstat, quia cum non testatori, sed pupillo heres existat, ad eorum præstationem tanquam ad æris alieni solutionem obstrictus est, *d. l. in ratione 11. §. quod vulgo. D. ad leg. falcid.* Aded autem verum est legata à filio instituto relictæ non videri à substituto repetita, vt nec si expressè repetita sint, alio tamen iure debeantur, quàm quòd substitutus pupillo heres extiterit. *d. l. seruo alieno 113. §. sed si pater. de legat. 1.* Generaliter igitur diffiniri potest constitutionem illam Seueri & Antonini quam Iurisconsultus refert *in d. l. licet*, ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarem substitutionem pertinere.

Emendatio l. legauit 25. D. de liberat. legat. CAPVT II.

**V**LG O ab interpretibus creditum est inutile & nullius momenti esse legatum, si tibi legauero centum aureos quos mihi debes, & nihil mihi debeas: quasi deficiente, vt illi aiunt, substantia & conditione legati, quemadmodum dici solet, in illa legati specie, Si tibi centum legauero, quæ mihi Titius debet, cum nihil ille debeat. *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat. 1.* Mihi verò aliud iudicium est, neque dubito quin vtile sit prius legatum, & quantitas peti possit, licet nihil mihi debeas, quasi falsa demonstratione adiecta, vt apertis verbis Paulus respondit *in l. legauit 25. D. de liberat. legat.* Quòd si nihil debeat, inquit, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta, etiam quod comprehensum est peti posse. Nec possis nisi valde ridiculè & ineptè sequentia illa, *Sed poterit hoc dici si ita legauit, Centum aureos quos mihi debet.* quæ affirmatiuè concepta sunt, legere cum interrogatione, vt negationè subintelligas, quemadmodum post Ioannem & Azonem vulgo interpretes tradiderunt: aut addita negatione scribere, *Sed non poterit hoc dici*, quomodo ex recentioribus Iacobus Cuiacius veterum errorem potius quàm emendationem secutus legendum esse arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiam sequentia. Quis namque casus esse potest, quo verum illud sit quod initio Paulus dixit, licet nihil legatarius debeat, posse tamen dici, quasi falsa demonstratione adiecta etiam quod comprehensum est peti posse, si neget valere huiusmodi legatū? *Lego Titio centum aureos quos*

*reos quos mihi debet.* Nullum siquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio potest. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuris veteris authoritas admittit, aptissimum sanè & optimum hac parte legandi genus illud fuit, quod per vindicationem dicebatur, vt faciliè perspicere quiuus potest. Deinde quod apud Paulum sequitur, *Quòd si sic dixit, Heres meus centum aureos quos mihi Titius debet damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, vt petere possit, quasi falsa demonstratione adiecta, quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit.* An non ostendit satis in præcedentibus tractasse Paulum de vtili legato? Alioqui si dixisset non valere legatum ita relictum, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*, cur dubitaret quin idem dici posset de legato per damnationem concepto his verbis, *damnas esto heres meus ei dare?* Dubitat tamen, & dubitandi causam significat, cum ait etiam hoc casu tentari posse vt legatum valeat quasi falsa demonstratione adiecta. Non ergo dubitabat, quin legatum de quo prius dixerat valeret, & falsæ demonstrationis adiectione non vitaretur. Idq; necessariò consequens est iuris regulæ quæ habet falsam legati demonstrationem legatario non nocere. *l. demonstratio 17. l. falsa 33. l. quibus diebus 40. §. qui dotalem. D. de condit. & demonstr.* Neque ad obiectionem hanc responderi potest, quod quidam respondent ex Vlpiano *in d. l. si sic legatum. §. 1. de legat. 1.* inter falsam demonstrationem & falsam causam siue conditionem legati multum interesse. Quamquam enim id verissimum est, ad aliam tamen, quàm ad eam de qua quaerimus legati speciem pertinet. Ad eam scilicet, quam illo loco Vlpianus tractat, si mihi legaueris centum aureos quos tibi Titius debet, cum nihil ille tibi deberet. Nam legato nomine certæ quantitatis, certum est non quantitatem ipsam sed nomen legatum intelligi, ac proinde ad aliud heredem teneri non posse quàm ad cedendas & præstandas actiones, quæ porrò nullæ sunt si nihil testatori debebatur. Vnde fit vt legatum sub ea conditione relictum videatur, si Titius tibi debeat, qua conditione deficiente substantia quoque legati deficit, & consequenter inutile ac nullius momenti est legatum. Sed si legauero tibi centum aureos quos mihi debes, manifestum est legatum esse quantitatem non liberationem, quamuis si debitor sis nihil nisi liberationem petere possis: & ideò si nihil debeas centum nihilominus petes, quia verum est centum fuisse legata, & falsam adiectam esse demonstrationem. Nec ratio vlla est cur ab Vlpiano contra responsum fuisse existimemus *in d. l. si sic legatum. §. 1.* vbi eum casum tractat sicut diximus quo mihi legatum est, à Sempronio id quod ei Titius debebat. In qua specie rectè ait non valere legatum si nihil Titius Sempronio debeat siue nullam siue certam quantitatem testator expresserit. Cum enim quantitas non est adiecta, nihil deberi potest, quia vt lex ait, non apparet quantum fuerit legatum. Que res facit, vt quamuis valeat legatum si cui legauero centum, quæ Titio debeo, licet nihil ei debeam, quòd hæc falsa demonstratio non perimat legatum, inutile tamen sit si simpliciter & nulla adiecta quantitate legauero id quod Titio debeo, nempe quia dici non possit quantum sit in legato. Quòd si in proposito casu testator addiderit certam quantitatem, & mihi legauerit centum quæ ei Titius debet, inutile etiam erit legatum, quòd ea quantitas non tam demonstrationis, quàm causæ & conditionis loco adiecta esse videatur. Solet quidem falsa causa, itemq; falsa conditio legati legatario non nocere, *l. cum tale 72. §. falsam causam. & §. falsam conditionem. D. de cond. & demonstr.* Sed

Vlpianus eo loco falsam causam & conditionem legati eam intelligit, quæ errantem testatorem impulit ut legaret, & sine qua legaturus non fuisset, quæque legato sic coheret, ut substantiam ipsam legati potius quam legandi rationem contineat. Concludit igitur Vlpianus in versic. Proinde. Et si Titio decem quæ mihi Seius debet, legauero, nullum esse legatum. Esse enim, inquit, debitor debet: cum etsi viuis exegissem extingueretur legatum, & si debitor maneret, actiones duntaxat aduersus eum præstare heres meus cogere. Neque probabilis est Bartoli & cæterorum interpretatio, qui putant in versic. *Quod si addiderit*, tractare Vlpianum de legato sic concepto, *Decem quæ mihi Titius debet, lego, eidem Titio*, cum certo certius sit, profequi Vlpianum propositam speciem de legato relicto alteri quam ei quem testator debitorem esse existimabat: ut probant ea ipsa verba, *Quod si addiderit*, quæ ad alium referri certe non possunt, quam ad testatorem, quem principio §. posuerat legasse mihi id quod ei Titius debebat, nulla addita quantitate. Nec video quid ex hac nostra interpretatione quam legis verba euincunt sequatur incommodi, nisi quod superuacuo & frustra adiecta videantur, quæ Vlpianus subiicit in versic. *Proinde*, quod tamen minus mirabitur is qui obseruauerit Vlpiano Asiaticum illud scribendi genus, placuisse potius quam Laconicum & Papinianeum. Vt ut sit, longè absurdius fore puto si falsam Vlpiani opinionem, præsertim quæ ex verbis colligi non possit inducamus, quam si fateamur id quod res est, eandem ab eo sententiam superuacuo repetitam esse. Sed illud præcipuè interpretes nostros meo iudicio fefellit, quod Paulus in *d.l. legauit*, ita scribit, quasi nihil intersit, an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto non petere. Cum tamen hoc posteriore casu nemo sit qui negare auit liberationem duntaxat certæ quantitatis legatam videri non ipsam quantitatem, siue quod per damnationem legatum relictum sit, siue quod testator non iusserit heredem tibi dare, sed tantum à te non petere. Idque manifestius sit ex eo quod Paulus subiicit non valere legatum, & liberationem duntaxat videri relictam, licet dandi verbum testator usurpauerit, quod tamen ad quantitatem legandam aptius est, quam verbum non petendi. Quod cum ita sit, puto interpretis esse non Pauli totam illam adiectionem, *vel Stichum quem Titius mihi debet, heres meus damnas esto non petere*. Interpretem verò imperitum illud mouisse aut potius fefellisse, quod putabat fortasse, in prioribus iis verbis, *Titio centum aureos, quos mihi debet*, deesse aliquid ad implendam & perficiendam orationem. Aut exemplo centum aureorum, quod Paulus attulerat aliud addendum fuisse de Sticho, ut ex eo omnes intelligerent verum esse, quod prius Paulus dixerat, nihil interesse an centum aureorum, an fundi debiti mentionem testator fecerit. Ac sanè si aliud exemplum addere Paulus voluisset, utique de fundo, non de Sticho addidisset, ut præcedentia cum sequentibus magis conuenirent. Deinde, quod dicimus nihil interesse an centum aureorum an fundi debiti mentionem testator fecerit, non aliter verum est quam si iisdem verbis legatum conceptum proponatur. Sed non inelegans dubitatio est cur inutile sit legatum hoc, *Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto ei dare*, potius quam illud, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*. Ratio enim illa Pauli cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit, difficilior est, quam ut commodè intelligi & explicari possit, quoniam ex præsumpta testatoris voluntate potius quam ex verbi vi & potestate desumpta esse vide-

esse videtur. Nisi dicamus, quod verum est, multum referre an certam quantitatem testator ipse dederit, an heredem suum dare damnauerit. Hoc enim casu illud testatorem animo agitasse verisimile est, ut si nihil heredi Titius deberet, nihil Titio heres daret, quod dare non possit eam quantitatem quæ sibi debetur, si nulla debeatur. Cum verò testator ipse dedit, non iam de illo quæritur quid heres dare possit, sed quantum testator dederit, & ad relicta quantitatis præstationem obligari heredem admittimus, quasi falsa duntaxat demonstratione adiecta. Atque hæc nostra interpretatio & emendatio, etsi noua est & à communi interpretum omnium opinione aliena, placuit tamen eruditissimo Iurisperito Ioanni Bacheto, qui propter eximiam qua excellit iuris scientiam, non solum Sebusianis nostris apud quos Iudicis appellationum dignitatem summa cum laude sustinet, sed exteris quoque omnibus ad quos prouinciæ nostræ fama peruenit, eam sui nominis admirationem excitauit, ut faciliè mihi persuadeam doctissimos quosque probaturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excellens comprobauerit.

*Veram esse receptam lectionem l. pen. D. de constitut. pecun.*

CAPVT III.

**A**IT lex, Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, stricto iure propria actione constituta pecunia manere eum tibi obligatum, quamuis Titio soluerit, sed tamen per exceptionem adiuuari. Quod sic accipiendum esse omnes consentiunt, si tibi antea obligatus esset is qui constituit, alio qui constitutum non valeret si debitum nullum præcessisset. *l. 1. §. debitum autem. l. eum qui §. §. quod exigimus. l. hæcenus 11. D. eod. tit.* Ego etiam sic intelligo, uti ne ex præcedenti obligatione Titio solui posset. Si enim cum tibi aut Titio stipulatus esses, promissor postea constituerit se tibi aut Titio soluturum, & Titio soluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab vtraque obligatione tam ex stipulatu, quam de constituta pecunia ipso iure liberetur. Nam & liberaretur etsi constituisset se tibi soluturum nulla in constituto facta Titij mentione. *l. si ita stipulatus 59. D. de solu.* vbi satis apertè Paulus docet liberationem hoc casu contingere non per exceptionem doli, ut minus cautè quidam scripserunt, sed ipso iure: præsertim cum dicat nihil interesse an stipulator iubeat promissorem Titio soluere, an ab initio ita concepta stipulatio sit, ut stipulatori vel Titio solueretur. Nemo enim dubitat quin si iussu stipulatoris promissor Titio soluerit, ipso iure liberetur. *l. vero procuratori 12. D. eod. tit. de solu. l. obligationum ferè 44. §. accessio. D. de obligat. & action.* Si igitur qui tibi centum ex stipulatione debebat constituerit ea se tibi aut Titio soluturum, deinde Titio soluerit, quæstio est apud Paulum in *d.l. penult.* an tibi nihilominus propria actione constituta pecuniæ maneat obligatus. De priori actione quæ ex stipulatu competeat Paulus nihil quærit, quoniam si posterior de constituta pecunia per solutionem Titio factam ipso iure perempta esset, utique & prior ipso iure subsistere non posset. Quamquam enim duplex actio est: altera civilis, altera Prætoriana. *§. de constituta. Instit. de action.* vtraque tamen vnus solutionis potestate tollitur, quia vnum debitum est, quod per constitutum sicut non nouatur, ita neque augetur. *l. item illa verba 18. §. vlt. cum l. seq. D. de constit. pecun.* In quo miserè errant qui existimant in proposita quæstione tolli ipso iure constitutoriam actionem, nec nisi de priore ex stipulatu

Paulum dubitare, & illud tandem concludere non tolli eam, nisi per exceptionem: indèque animum sumunt emendandæ legis, vt in illis verbis, *propria actione pecuniæ constituta non propria* legamus, sed *priori*. Cùm tamen & ex iuris ratione quam suprâ diximus, & ex sequentibus illis verbis, *pecuniæ constituta*, quæ ipsi non tollunt, appareat manifestè non nisi de constitutoria actione apud Paulum disputari. Neque enim prior obligatio erat constitutæ pecuniæ, sed verborum & ex stipulatione. Atque ita rectè veteres omnes interpretes ea verba exposuerunt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam rationem illud habeat, quod Paulus respondit, constituti actionem ipso iure & stricto non tolli si is, qui tibi aut Titio pecuniam soluturum se constituerat, Titio soluerit, cùm adiecto solutionis causa solui posse, & debitori soluenti liberationem ipso iure acquiri certissimum esse videatur. *d. l. 59. de solu. l. sed et si filiofamilias 7. §. 1. & l. 8. D. de constitut. pecun.* Ego, ne in recensendis & refellendis singulorum opinioibus frustrâ sim longior, sic statuo, Multum interesse an promissor tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex stipulatione solvere debuisset. Nam cùm Titius tam in stipulatione quàm in constituto solutionis causa adiectus fuit, proculdubio est rectè ei solui posse, & solutione obligationem omnem tam ex stipulatu, quàm de pecunia constituta ipso iure extinguere. *d. l. si ita stipulatus*. Et de hoc nimirum casu Paulus loquitur in *d. l. 8. de constitut. pecun.* cùm ait, si posteaquam promissor soli tibi soluturum se constituit, Titio soluerit, eum nihilominus teneri. Ita innuens liberatum iri eum, si tibi aut Titio constituisset, vel tibi, non adiecta dictione illa, *soli*. Idque constat satis ex *d. §. 1. l. 7. cui d. l. 8. coniungitur*. Quòd si tibi soli stipulatus fueras non adiecta Titij persona, dico etiam si tibi aut Titio soluturum se promissor constituerit, & Titio soluerit, nihilominus eum de constituta pecunia stricto iure manere obligatum, in eòque perelegantem stipulationis & constituti differentiam obseruari. In stipulatione cùm Titius solutionis gratia adiectus est, perinde haberi debet, ac si stipulator id quod sibi debetur Titio solui mandasset, vt Paulus ait in *d. l. 59. de solut.* & cùm promissor Titio soluit, non tam videtur alteri solvere, quàm electionem quæ sibi ex stipulatione acquisita est complere. *l. qui res suas 98. §. mihi Romæ in fin. D. eod.* Proinde iuris ratio facit vt si Titio soluat, ipso iure liberetur, quoniam ita obligationis conditioni satisfaciat. Cùm verò quis constituit se tibi aut Titio soluturum, quemadmodum tibi soli acquiritur actio de pecunia constituta. *d. l. 8.* ita soli tibi non etiam Titio soluendum est vt ipso iure liberatio contingat, quoniam constitutor Titio soluens alteri soluit, quàm cui debet, neque constituendo electionem sibi acquirere potuit vtri solueret, tibi an Titio, nec facto suo quæsitæ tibi obligationis qualitatem & conditionem immutare. Quòd si quis differentia huius rationem adhuc quærat, hanc ego puto afferri posse, quòd quæ ex constituto nascitur obligatio, tota ex constituentis fide: quæ verò ex stipulatu, ex stipulatoris interrogatione, & congrua interrogationi responsione æstimatur. Hinc enim fit vt cùm tibi aut Titio stipularis, id aperte declares velle te tuo nomine Titio solui, eaque voluntas pro iussu & mandato habeatur. At cùm soli tibi stipulatus es, & debitor constituit se tibi aut Titio soluturum, nihil est ex quo possit colligi voluntate tua solui Titio debere. Solus enim debitor constituit, tu nihil dicis. Sed tamen quoniam imputari tibi potest, quòd constitutum ita factum admiseris, equum est succurri debitori per exceptionem si à te de constituta pecunia contra constituti formam conueniatur, cùm si eum solvere Titio vetuisses, is tibi non Titio sol-

Titio soluisset. Et hæc sententia est *d. l. penul.* in qua Paulus propriam actionem dicit constitutæ pecuniæ: non quòd alia vlla sit communis tibi cum Titio, sed eodem sensu ac si dixisset, *ipsa actione constitutæ pecuniæ*, de qua idèd probabilius dubitari posse videbatur, quàm de priori obligatione, quòd in constituto Titij mentio facta fuisset. Verùm nõ idèd fit, vt quasi iussu & mandato tuo solutum Titio dici possit, alioqui etiam stricto iure tam constituti, quàm verborum obligationem sublatam esse necessariò fatèdum esset. Quod verò emendandi occasionem capiunt ex eo quod in Pand. Florétinis scriptum esse aiunt, *propria actione* leuius sanè est, quàm vt mouere eos debuerit. Nemo enim est qui nesciat librarij Florentini morem illum esse vt cùm postrema prioris dictionis litera eadem est quæ prima sequentis, illam prætermittat, hæc verò scribat maiusculo caractere, vt hîc factum est. Nec magis ferendus eorum error est, qui vt duos Pauli locos qui inter sese pugnare videntur, concilient, ita distinguunt vt promissor qui posteaquàm soli tibi soluturum se constituerat soluit Titio, quem tu in priori obligatione solutionis causa adieceras, nihilominus teneatur stricto iure ex *d. l. 8. de const. pec.* sed liberetur per exceptionem ex *d. l. si ita stipulatus. de sol.* Nam quod vno loco Paulus ait promissorem teneri, cum effectu sic accipiendum est, vt omnino & vtiliter teneatur, quia Titio solvere non debuerat, qui soli tibi soluturum se constituerat, quasi fidem constituti frangere videatur, qui cùm prius eligere posset vtri solueret tibi an Titio, postea soli tibi constituit, ac nihilominus Titio soluit: quemadmodum de illo scriptum est, qui cùm illud, aut illud deberet, alterum postea constituit. Hunc enim non esse audiendum Papinianus ait, si alterum quod prius in electione erat præstare malit. *l. illud aut illud 25. D. eod. tit. de constit. pec.* Quod autem alio loco idem Paulus dixit posse promissorem Titio solvere, licet tibi constituerit, sic omnino accipiendum est vt Titio soluens ipso iure liberetur, quemadmodum suprâ probauimus. Alia igitur conciliationis ratio quærenda non est, quàm quæ ab Accursio exponitur, vt vno loco Paulus eam speciem tractet, cùm promissor soli tibi constituit, altero verò, cùm tibi constituit simpliciter, non adiecta dictione illa *Soli*, quæ sola efficit vt electionem quam promissor habebat tibi aut Titio soluendi, sibi per constitutum ademisse intelligatur. At si tibi simpliciter constituerit, etiam Titio solvere poterit, quia, vt Paulus ait, tibi solui videtur, quod Titio soluitur, adèd vt si quid indebitum ei solutum sit, tibi quoque condici possit, ac si tibi non illi solutum esset.

Explicatur *l. cum societas 69. D. pro socio.*

CAPVT IIII.



BS CVRAM ac difficilem esse huius legis sententiam cùm ex ipsius contextu & veterum glossis cognosci facile potest, tum vel ex eo maximè quod acutissimus & ingeniosissimus iurium omnium interpres Iacobus Cuiacius, cui nihil difficile videri possit, sibi tamen in eius interpretatione minus satisfacit, & à quo tempore iuri civili operam dare cepit, nullo se loco diutius torrum fuisse scriptis suis restatur. Ego verò etsi tantum mihi non tribuo vt facilia esse putem, quæ ille difficilia arbitratur, illud tamen ausim dicere, posse quid excogitari quod & probabilius sit, & ad Vlpiani mentem accommodatus. Vlpianus ita scribit, *Cum societas ad emendū coiretur, & conueniret vt vnus reliquis nudinas,*

id est, epulas præstaret, eosque à negotio dimitteret, si eas eis non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est. Quamquam autem in quibusdam editionibus aliter legitur, ut vnus reliquis nundinarias epulas præstaret, potest tamen Florentina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas. Idem enim sensus esse videtur, ut de nundinariis epulis ab altero ex sociis præstandis conuenierit, & nundinas præstare Vlpianus dixerit, pro ea nundinarum impensa, quæ in epulis consistit. Sicut enim de mercatorum conuentione loquitur, ita mirum videri non debet si minus propriè locutus, ac mercatorum fortassis verbo usus sit. Eamque ob causam cum conuentione ita concepta esset, ut vnus reliquis nundinas præstaret, adiecit Vlpianus, id est epulas, ne cui ea insolens locutio difficilem faceret conuentionis interpretationem. Illa etiam, quæ sequuntur, eosque à negotio dimitteret, eodem ferè sensu sic intelligo, Conuenisse inter socios ut vnus reliquis præstaret omnia, quæ ad societatis negotium pertinerent, & eos à negotio dimitteret, hoc est efficeret ut à negotio recederent, nulla per eos impensa facta extra pecuniam communem emendis mercibus destinata. Quod si malis legere, quomodo quidam legunt, eosque ad negotium dimitteret, non valde repugnabo. Nam & bonum sensum habet hæc lectio, & sine dubio ponendum est in hac specie alios quibus epulas præstari conuenerat solos emisse: eum verò qui epulas præstare debuerat cum venditore non contraxisse, ut & Cuiacius fatetur. Tota igitur legis difficultas in eo consistit, quod Vlpianus subiicit, Si epulas socius iuxta conuentionem non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse. Illud enim difficile videtur, actionem ex vendito dari sociis qui nihil socio vendiderunt. At neque ex empto agere possunt, cum nihil à socio emerint, quicquid Accursius sentiat, qui verba illa ex vendito, ridiculè & perperam interpretatur ex empto. Quibus rationibus motus vir doctissimus scripsit socios quibus præstitæ non sunt epulæ, aduersus socium eo nomine actionem duntaxat pro socio habere, ex vendito autem agere non posse, sed eum tantum, qui vendidit, quasi & emisse videatur is qui hac de re contracta societate socios in negotium misit, & hanc Vlpiani sententiam esse in d. l. cum societas. Quod mihi probabile non videtur. Cum enim ex vendito actio sit in personam & ex contractu, fieri non potest ut aduersus eum competat, qui non contraxit. Neque verò ex eo solo, quod quis societatem ad emendum coierit, dici potest videri eum emisse ut ex empto obligetur: quia societas non efficit ut quod vnus ex sociis emit, omnibus acquisitum esse videatur. Iis enim solis acquiritur, qui emerunt, nec commune fit, ut Paulus ait in l. si quis societatem 74. D. eod. tit. Vnde illud etiam euenit, ut nec si velit aduersus venditorem ex empto agere possit is qui non contraxit, quamuis eorum qui contraxerunt socius sit, quia verum est cum eo neque contractum, neque negotium aliquod gestum fuisse. Sed & Vlpianus aperte scribit, socium non nisi propter epulas non præstitas actione ex vendito teneri, cum ait, Si socius epulas non præstet, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse. Atqui secundum Cuiacii interpretationem nihil interesset, quod pertinet ad actionem ex vendito an epulas socius præstitisset, necne. Vtroque enim casu putat teneri eum venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non videtur, quin ea Vlpiani sententia sit, ut socius qui epulas non præstitit, tam pro socio quam ex vendito sociis eo nomine teneatur. Sed qua ratione motus Vlpianus ita responderit, difficilis sanè est, & elegantis dubitationis. Puto autem eam potissimum rationem afferri posse, quam supra attigi

ex d. l. si quis

ex d. l. si quis societatem, quod cum plures societatem ad emendum contraxerunt, id quod emitur ipsius sit qui emit, nec cæteris sociis acquiritur, quamuis emptor eam rem societatis iudicio cogatur iis communicare. Ea verò communicatio certè alienatio est: quæ porrò alienationis species nisi quædam veluti venditio? Rem enim accipit socius, qui prius non emerat, & iis qui pretium soluerunt tantundem præstat, & cum pro pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio est. l. naturalis 5. §. 1. D. de præscript. verb. l. 1. D. de ver. permut. Quemadmodum igitur ad pretium consequendum non minus ex vendito, quam pro socio agi posset, ita & ad epulas, quarum impensa propter venditionem facta est, ac quasi pretij pars quædam videri potest. Et sicut per communicationem rei emptæ socius veluti emptor efficitur, ita socij venditores esse videntur, atque idèò æquū est habere eos ex vendito actionem, ut consequi possint omne id quod ad rem emendam impenderunt, perinde ac si aliā rem socio vendidissent. Habent igitur actionem pro socio, ut lex societati dicta seruetur. Habent etiam actionem ex vendito, quod eas epularum impensas fecerint ad emendum id, quod societatis iudicio communicare & quasi reuendere compelluntur. Cuiacii verò sententiam & emendationem minimè illud adiuuat, quod idem Vlpianus ex Papiniano scribit in l. Iulianus 13. §. si procurator. D. de action. empt. Si procurator vendiderit & emptori cauerit, cum domino ex empto agi posse vtili actione si is rem vendendam mandauerit, exemplo iustitiorum actionis, & per contrarium dicendum esse vtilem ei ex vendito actionem competere. Eo enim loco Vlpianus de procuratore loquitur, qui mandato, & nomine domini vendidit, quo casu à domino ipso facta venditio videtur. l. si procurator 13. D. de acquir. rer. domi. At in specie l. cum societas. de sociis agitur, qui sibi emerunt, & tam empti actionem quam dominium per traditionem iis factam sibi, non socio acquisuerunt. d. l. si quis societatem. l. si patruus 4. C. commun. vtrius. iudic. l. 2. C. pro socio. Illud verò obseruandum est in d. §. si procurator. erratum esse in iis verbis ergo & per contrarium dicendum est vtilem ex empto actionem domino competere, & legendum esse, ex vendito, non ex empto, quia domino qui rem suam vendi mandauit, ex vendito non ex empto actio competit. Et cum aduersus eum ex empto actionem dari Vlpianus scripserit, consequens est ut quam illi ex contrario competere subiicit ex vendito non ex empto actionem intellexerit, & scripserit.

Additur negatio in l. 3. D. de instruct. vel instrum. legat.

CAPVT V.

**V**NDVM instructū libertis patronus testamēto legauit. Post à codicillis petiit ut morientes superstitibus partes suas fundi restituerent. Papiniano placet, quamuis testator in fideicommissio instructi mentionem non habuerit, tamen in causam fideicommissi talem deductū videri fundum, qualis fuerat legatus, id est instructum, siue, quod hoc casu idem est, cum instrumento. In quo dubitationem illud faciebat, quod fideicommissum generalibus verbis relictum non fuerat. Sed legatarij de suis duntaxat partibus legati fundi, iis qui superstites essent restituendis rogati esse proponebantur, nulla instructi, aut instrumenti habita mentione. Verum coniectura voluntatis facit, ut qualem fundum testator legauit, talem in fideicommissum venire voluisse interpretemur, præsertim cum iis ipsis fideicommissum relictum sit, quibus antea fundi

o j.

instructi partes fuerant legata, indèq; videatur posse conici voluisse testatorẽ eum fundum talem in familia perpetuò remanere. Sed de iis quæ medio tempore, hoc est, ante diem fideicommissi cedentem & post mortem testatoris ac legatariis superstitibus fundo accesserunt, aut fato diminuta sunt, quæstio maior est, an fideicommissio contineatur. Quamquam enim Papinianus aperte scribit contineri, vix tamen est vt verè id dici possit, & probabilius arbitror vt addita negatione receptam lectionem emendemus, & medijs temporis augmenta vt foetuum & partuum, itèmq; detrimenta fatalium fideicommissio non contineri admittamus. Nam & in fideicommissum hereditatis, quod vniuersale est, eamque ob causam recipere facilius augmenta potest, responsum est non venire fructus ab herede perceptos pendente fideicommissi conditione aut die *l. in fideicommissaria 28. D. ad S. C. Trebell.* sicut nec detrimenta earum rerum, quæ fato aut quo alio modo sine lata heredis culpa perierunt. *l. mulier. 22. §. sed enim. D. eod. titu.* Quo loco et si partuum accessiones in fideicommissum venire Vlpianus ait, speciali tamen ratione id fieri subiicit, *quia in fructibus hi non habentur*, vt intelligamus cæteras accessiones quæ fructuum appellatione continentur vt foetus & cætera eiusmodi in fideicommissi restitutionem non venire. Quod qua ratione cõstitutum sit, idem Vlpianus docet *in d. l. in fideicommissaria.* Quoties enim, inquit ille, rogatur quis hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati sed rebus ipsis accepto feruntur. Neque tamen id ita accipi debet vt si certarum rerum fideicommissum relictum sit, facilius admittendum quis putet fructuum accessione fideicommissum augeri. Cum enim fructus qui pendente fideicommissi conditione percipiuntur, iudicio & voluntate testatoris ad eum pertineant qui fideicommissio oneratus est, quemadmodum Vlpianus ait *in d. §. sed enim.* nulla ratio est vt fideicommissario restituantur, præsertim cum fundi duntaxat & specialiter mentionem testator fecerit, & ex alijs iuris locis constet, nec si generaliter heres quicquid ad se ex hereditate bonisque testatoris peruenerit, id omne post mortem suam restituere rogatus sit, fructus tamen ante diem fideicommissi perceptos deberi. *l. scribit. 33. l. heredes mei 57. D. eod. tit. ad S. C. Trebell. l. si ita relictum 43. §. Pegasus. de legat. 2. l. quod his verbis 83. de legat. 3.* Sed & difficilius illud credi potest, in ea specie quæ Papinianus tractat detrimenta fatalium fideicommissio contineri, & legatarium cogi reddere id quod non habeat, si neque fideicommissio mora facta sit, neque lata legatarij culpa argui possit. *d. §. sed enim.* Ad rem verò non pertinet, nec ad receptæ lectionis confirmationem, quod ex alijs iuris locis nonnulli afferunt, ea quæ post testamentum rei legata accesserunt prærumque legato cedere, *l. grege 21. l. quod in rerum 24. §. si quis post testamentum. de legat. 1. l. si mancipia 29. D. de instruct. vel instrum. legat.* Non enim de iis loquimur, quæ viuo testatore, sed quæ post ipsius mortem viuis legatariis accesserunt, quorù longè disparem, & dissimilem rationem esse, nemo est qui nõ faciliè animaduertat. Atque huic nostræ emendationi & sententiæ illud valde conuenit, quod Papinianus iis verbis, *Sed medijs temporis augmenta diuersam constituere videtur rationem instrumenti fundi, & cæterarum rerum quæ medio tempore fundo legato accesserunt.* Cum igitur instrumentum fideicommissio contineri scripserit, & verum sit, probabile est, vt medijs temporis augmenta foetuum, & partuum, itèmq; detrimenta fatalium fideicommissio non contineri responderit. Idque et si iam olim ante nos Martinus docuit, vt Accursius refert,

fert, visum est tamen hoc capite pluribus confirmare, vt Martini opinionem, quam nec ipse constanter defendit, nec interpretes communiter sequuntur, verissimam esse omnes posthac intelligant.

*De sententia & emendatione §. vlt. l. si mulier 59. D. de iur. dot.*

CAPVT VI.



I eius mulieris nomine, quæ libera videbatur, decem in dotem dederis, Marcellus scribit *in §. vlt. l. si mulier 59. D. de iur. dot.* & extra dubitationem est posse te eo casu habere conditionem, quam habere potuisses si liberæ mulieris nomine dedisses, nec nuptiæ secutæ essent. Verum enim est non esse secutas nuptias, quæ scilicet cum ancilla contractæ non fuerunt. Quod si manumissa nupsit, ita deum doti futurum id quod dedisti, si ea mente dederis vt quandoque secutis nuptiis dos esset: alioquin non ideo impeditur conditio, quod postea secutæ sint nuptiæ, quæ contractus, & donationis tempore fieri non potuerunt. Igitur, inquit ille, si mulieri donaturus dedisti, dominus mulieris condicet, quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset, mulieri ipsi donare iussisset. Sic enim legendum arbitror, quemadmodum in plærisque libris legitur, non quomodo in Florentinis, *mulieri ipsam donare iussisset*, quæ nullius sensus lectio est, nec quomodo ex Græcorum interpretatione Cuiacius restituit, *mulier ipsa marito donare iussisset.* Hæc enim emendatio nõ solum minus probabilis est, sed etiam facit vt parum elegans Marcelli sententia esse videatur. Quis enim existimaret quicquam interesse an iussu an in iussu mulieris dos marito promissa esset? aut quid ancillæ iussus efficere posset? At neq; in præcedentibus Marcelli verbis quicquam est ex quo possit colligi tractare eum de dote marito iniussu mulieris data. Sed & si ponas iussisse mulierem id quod ei donaturus eras, marito suo donari, non putò acquiri domino conditionem. Cur non enim marito acquiratur, quod tu ei donaueris? Nisi fortè dicas, quod Cuiacius ait, in illis verbis, *marito donare iussisset*, dixisse Marcellum *donare pro dare*, quod etiam minus probabile, & à verbi proprietate satis alienum est. Sed si mulieri donaturus marito dedisti, casus hic longè alius & dubitabilior est, quàm si cum domino donare velles iussu eius ancillæ ipsi dederis. Etsi enim utroque casu domino conditio competit, facilius tamen hoc quàm illo, quia maior ratio est vt donatum videatur domino, quod iussu eius mulieri donatur, quàm quod mulieris nomine incio & ignorante domino, marito donatum est.

*Ad §. ex asse d. l. si mulier. de iur. dot.*

CAP. VII.



ON posse fideicommissum cedi, hoc est à fideicommissario in alium transferri ius perfequendi fideicommissi aperte traditum est *in l. si mulier 59. §. ex asse. D. de iur. dot.* vbi Marcellus scribit, si quis ex asse institutus rogatusque mulieri hereditatem restituere iussu eius id quod debet, doti marito promiserit, non esse eum obligatum, quoniam mulieri in hoc teneatur vt hereditatem restituendo transferat actiones, & quas habet, & quibus obstrictus est, quas porro transferre ad alium non possit, quàm cui debet fideicommissum: adè vt nec fideicommissi æstimationem incerti actione præstare debeat, quia non aliter obligari mulieris debitorẽ equum sit, quàm si accipere vir possit id ipsum

quod mulieri debetur. Quamquam autem his verbis ratio non obscure à Marcello redditur propter quam dicendum sit fideicommissum cedi non posse, ea tamen ab interpretibus percepta non est, quibus in difficili esse videtur cur ex iuris communi regula, quæ habet, iura omnia cedi posse, fideicommissi persequendi ius excipiatur. Ratio autem vera & aperta illa est, quod non nisi legis potestate fieri possit ut qui heres est hereditariis actionibus omnibus & actiuis, & passiuis, ut magistri nostri loquuntur, perpetuò obstrictus non remaneat. Illud enim certissimum est eum, qui semel heres fuit semper heredem manere. *l. ait Prator. 7. §. sed quod Papinianus. de minor. l. ei qui soluendo 88. D. de hered. instit.* eam verò qui heres sit, & iurium & actionum omnium successorem esse, quibus poterat defunctus vel experiri vel conueniri. Ut igitur heres qui hereditatem restituere rogatus est, & restituit, hereditariis actionibus post restitutionem non teneatur, constitui necesse fuit lege, hoc est Senatusconsulto Trebelliano, quod ius facit, & legis vim obtinet. *l. non ambigitur. 9. D. de legib.* Porro Senatusconsulti Trebelliani verba ad eum heredem accommodari non possunt qui hereditatem restituit ei cui fideicommissarius restitui voluit, quemadmodum nec ad eum cui cessa est fideicommissi actio ut in eius personam hereditariæ actiones transferantur. Nam de illo heredem diserte Senatusconsultum locutum est, qui fideicommissum sicuti rogatus est restituit, & in eos demum transferri actiones senatus voluit quibus fideicommissum ex testamento restitutum fuisset. Atqui non restituit fideicommissum sicuti rogatus est is qui alteri quam cui debet restituit, sicut nec videri potest ex testamento restitutum ei, cuius nulla in testamento facta mentio est, & de quo testator non cogitavit. Heredem verò qui hereditatem restituit nihilominus damnum sentire, ut ac si restituta hereditas non esset, à creditoribus conueniatur, iniquissimum sanè esset, neque alia res est, quæ Senatusconsulto Trebelliano causam dederit, quam quod huius periculi metu plerique heredes ab adeundis hereditatibus deterrentur, ut & Senatusconsulti verba illa indicant, *quò magis in reliquum confirmantur supremæ defunctorum voluntates, & Vlpianus scribit in l. quia poterat. 4. D. ad S. C. Trebell.* Id quod est quod supradicto loco Marcellus ait, non posse heredem transferre actiones ad alium, quam cui fideicommissum debeat, id est, cui testator hereditatem restitui iussit. Et hæc sanè nimia iuris subtilitas est, quemadmodum paulò post Marcellus subiicit, ut qui obligari voluit, obligari tamen non possit, licet neque contra leges, neque contra bonos mores conuentio facta sit. Mortuo enim testatore nihil fit contra Senatusconsultum si ex voluntate fideicommissarii hereditatem alteri, quam cui testator voluerit heres restituat. Sicut non fit contra legis falcidiæ autoritatem, si defuncto testatore heres de non deducenda falcidia cum legatariis paciscatur, aut si filius defuncto patre heredi scripto legitimæ portionis petitionem remittat, quia legi satisfactum est si heres falcidiam deducere, filius verò legitimam petere potuerit, quamuis viuo testatore petitiones huiusmodi non valerent, quod de eo tempore nulla adhuc sit legis potestas. *l. quod bonis 15. D. ad leg. falcid. l. si quando 35. §. illud. C. de inoffic. testam.* Sed quoniam sola cõtrahentium voluntate fieri non potest, ut actiones ab herede in alium transeant propter eam rationem quam diximus, quod necesse sit liberari iuris potestate eum, qui iuris vi & potestate sit obligatus, euenit necessariò ut conuentio illa, qua per delegationem fideicommissum alteri promittitur quam cui debeatur, quasi iure destituta minus sufficiens sit ad inducendam

dam obligationem, non tam quod contra Senatusconsultum facta sit, quam quod autoritate Senatusconsulti minimè confirmetur. Eamque ob causam cum ad nimiam iuris subtilitatem casus quoque necessitas accedat, dici hæc non potest quod aliis plerisque locis dicimus omissa iuris subtilitate tuendam esse ex bono & æquo conuentio. Nam sub æquitatis specie ea iniquitas subesset, quod heres etiam post factam marito fideicommissi restitutionem oneribus hereditariis implicitus remaneret contra mulieris & mariti voluntatem. Quemadmodum autem in proposita specie ad fideicommissum præstandum heres non obligatur, ita neque ad fideicommissi præstationem actione incerti tenetur, ut Marcellus subiicit. Quod tamen difficilius videbatur, quia cum in fideicommissi æstimatione id tantum esse possit, quod omni ære alieno, cæterisque oneribus hereditariis deductis reliquum sit, atque ita non tam hereditatem ipsam, quam id quod ex hereditate supererit heres restituere videatur, periculum hoc casu nullum est ne propter non translatas actiones damno heres afficiatur, quæ tamen sola ratio facit, ut diximus, ne alteri quam cui testator voluit fideicommissum restitui possit. At neque hoc Marcellus admitendum putauit, motus tamen alia ratione quam superiore. Illa scilicet quod mulieris debitorem ita demum marito obligari æquum sit, si accipere id ipsum quod mulieri debetur vir possit. Necesse enim est ut heres qui fideicommissum quod mulieri debebat, marito promissit, vel obligetur ad id ipsum præstandum quod debet, vel nullomodo. Nam si id ipsum quod promissit præstare non possit cum velit, idque propter mariti ipsius conditionem qui id quod stipulatus est accipere nequeat, iniquum esset cogi eum ad præstandam æstimationem, quoniam ita posito iure fieret ut aliud pro alio soluere teneretur. Verum ne indorata mulier esse videatur, quam sine dote uxorem maritus non duxisset, Marcellus ait mulieri ex Trebelliano restituendam hereditatem, ut eam marito suo in dotem præstet. Id verò non fit vi, & potestate delegationis, quæ nulla est, licet ex recentioribus quidam contra scripserit (iuris enim effectum nullum producere potest delegatio, quæ iure ipso non subsistit) sed quoniam sicut heres Senatusconsulti autoritate hereditatem restituere cogitur, sic mulier dicere non potest cur restitutam sibi hereditatem marito dare non debeat, quam ei ab herede dari voluerat. *argum. l. cum post mortem 43. §. vltim. D. de administr. & pericul. tutor.* An verò aliud hodie dicendum sit ut fideicommissi persequendi ius cedi possit, maioris est dubitationis. Et scio esse qui putent correctum hac parte ius vetus noua Iustiniani constitutione *De heredibus & falcidia*, cuius primo capite illud constitutum est, ut si hereditatem adire heres nolit, liceat adire fideicommissario, neque per heredis manus restitui eam necesse sit. Hinc enim fieri videtur ut vel omnino, vel saltem potissima ex parte sublatum putent Senatusconsultum Trebellianum, quod sicut diximus in id præcipuè factum erat ut ad hereditatis aditionem, deinde restitutionem cogi heres posset. Ego tamen contra puto. Eo namque casu quo hereditatem sponte heres adit, & restituit, nihil Iustinianus innouauit, nec quæ ratio eum impulit ut fideicommissario potestatem faceret hereditatis adeundæ repudiante aut cunctante herede, eadem facere potuit ut constitueret transferri actiones ab herede in eum cui fideicommissarius hereditatem restitui mandauit. Nam ad solam defunctorum voluntatem tuendam Iustinianus respexit, quæ intercideret non potest siue adita siue repudiata sit hereditas, si modo hereditatis emolumentum, iura quæ omnia in fideicommissarium transferantur.



quod cum fiat ipso iure & citra restitutionem, ut Iustinianus sanxit, & sancire legemque facere potuit, promptior & expeditior hæc conseruandæ defunctorum voluntatis ratio est, quam si heres ad adeundam, tum ad restituendam ex Trebelliano hereditatem cogere. Hoc enim modo fideicommissarius heres fit, & aditionis aut pro herede gestionis ius habet, ut ait Constitutio, quod Senatusconsulti autoritate fieri non potuerat. Quamquam enim sicut legem, ita heredem facere Senatus potuit. §. *quos autem. Instit. de bonor. possess.* Attamen adita per heredem scriptum hereditate, non potuit Senatus facere ut fideicommissarius quoque heres esset, quoniam eiusdem hereditatis duo in solidum heredes & domini esse non possunt. Ergo cum heres adit hereditatem, dicendum est ad conseruandam defuncti voluntatem non posse alteri fideicommissum restitui, quam cui testator voluit, neque hoc casu quicquam à Iustiniano constitutum fuisse, cum Senatusconsultum Trebellianum sufficeret.

Emendatio l. Neratius 11. D. de seruo corrupt.

CAPVT VIII.

**P**UTO corruptum esse textum l. Neratius 11. D. de seruo corrupt. & in illis verbis, *nam & verba edicti, Quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt*, pro *&* legendum esse *nec*. Id enim suadent & præcedentia, & sequentia. In principio legis Vlpianus ait veram se putare Neratij sententiam, ut si quis agat ex edicto illo Prætoris De seruo corrupto, furta postea facta in æstimationem non veniant. Et huius sententiæ rationem illam reddit, quod nec verba edicti, *quanti ea res erit*, omne detrimentum recipiant. At ratio repugnaret sententiæ si sic legeremus, *nam & verba edicti*. Si enim verba edicti omne detrimentum reciperent, etiam furta postea facta in æstimationem venirent, Sed neque verba edicti lectionem hanc patiuntur. Non enim sic concepta sunt simpliciter, *quanti res erit*, sed *quanti ea res erit*, id est, quanti ided intererit. Ided, inquam, id est, propter eam persuasionem, & corruptionem, ut ex totius edicti contextu intelligi potest. l. 1. D. eod. Eamque ob causam si, ut statim exempli causa Vlpianus subiicit, seruo tuo persuaserim ut chirographa debitorum corrumpat, utique tenebor, quia propter persuasionem meam id factum est. Sed si consuetudine peccandi postea & rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interlauerit, aut delauerit, dicendum erit me horum nomine non teneri. Non quod pro his rebus serui corrupti actio non competat, si in iis deterior seruus factus sit. d. l. 1. §. *ult.* sed quia in proposita specie non tam facto meo & persuasione quam peccandi consuetudine seruus ea delicta commississe videatur. Ac sanè si hæc quoque omnia in æstimationem venirent, cresceret penè in infinitum eius quod interesset æstimatio: quod ne fiat, prudens legislator cauere semper solet, quia cum in rebus omnibus, tum maximè in æstimando eo quod interest, honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda. l. ex damni 40. D. de damn. infect. l. Titius 43. §. *ult. cum l. seq.* D. de act. empt. Quæ verò ab Accursio affertur huius loci quem emendam interpretatio probabilis non est. Ait enim sic debere Vlpianum intelligi ut ea verba edicti *quanti ea res erit* omne detrimentum præsens recipiant, quod ad Neratij sententiã confirmandã minus sufficeret, nisi diceres *præsens duntaxat*, quo admissio tollenda esset vniuersalis illa dictio *omne*, quã utiq; Vlpianus malè addidisset si de præsentis duntaxat detrimento sensisset. Sed & cum Neratij sententiã, ut furta

ut furta postea facta in æstimationem non veniant, per negationem concepta sit, consequens est ut rationem quoque negatiuè Vlpianus subiecerit, quod nec verba edicti *quanti ea res erit*, omne detrimentum recipiant. Frequentem verò esse errorem hunc in libris nostris ut pro *&*, scriptum sit *nec*, vel contra, cum ex Cuiacij aliorumque recentiorum obseruationibus cognosci facillè potest, tum ex iis etiam quæ sequenti capite subiiciemus.

Ad l. res quæ 54. D. de iur. dot. & alias.

CAPVT IX.

**M**IRARI sæpe mihi contigit cur ei quod dici solet rem, quam suo nomine maritus ex dotali pecunia comparauit, ipsius fieri non vxoris. l. ex pecunia dotali 12. C. de iur. dot. l. *ult.* C. de seruo pignor. dat. manu. interpretes vulgò opponant quod ex Caio scriptum est in l. res quæ 54. D. de iur. dot. res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt dotales videri. Quid enim facilius, quam illud videre, non loqui Caium de rebus mariti nomine comparatis? Illud namque certissimum & verissimum est res quas ex pecunia dotali maritus suo nomine comparauit, ipsius fieri non vxoris, neque ab vxore aut directa aut vtili actione in rem vindicari posse, siue ipsius voluntate siue inscia & absente ea comparatæ sint, quia iuris ratio facit ut qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti quam dominium si ei tradita fuerit possessio adquirat, aded ut nec si velit vxori tamen acquirere possit. l. si ex ea pecunia 6. Cod. de rei vindicat. l. qui aliena 8. Cod. si quis alter. vel sibi. l. si patruus 4. Cod. communi. vtriusque iudic. l. 2. Cod. pro socio. aliisque innumeris. Neque certissimæ huic iuris regulæ exceptio aliqua subiici potest, nisi in re ex pecunia militis empta. l. si ut proponis 8. Cod. de rei vindicat. quæ cum ait obtentu & favore militiæ dari vtilem vindicationem militi ex cuius pecunia res empta est, apertè ostendit non idem alio vllò casu dici posse. Quod enim plerique tradunt idem minori priuilegium concessum esse si ex eius pecunia rem aliquam curator comparauerit, ex l. 3. Cod. arbitr. tutel. falsum mihi videtur, & illius legis responsum specialem sanè habet rationem, quod in ea specie decreto Præsidis deposita esset pecunia ad comparandam nomine minoris, ut lex ait, possessionem, quam tamen curator mala fide suo nomine comparauerat. Inde enim fit ut electio minori detur, utrum pecuniam suam cum legitimis vsuris à curatore iudicio tutelæ recipere, an verò negotium sibi à curatore in emptione gestum fuisse malit, inspecto scilicet eo, quod curator gerere debuit, potius quam quod mala fide & contra Prætoris decretum gessit. Quemadmodum & quod nonnulli obiiciunt ex l. ex facto 52. versic. planè. D. de pecul. ad rem omnino non pertinet. Ibi enim pupillo datur vindicatio nummorum quos tutor crediderat, aut si consumpti sunt, condictio, quia eos tutor non suo sed pupilli nomine crediderat, & quamuis suo nomine credidisset sibi tamè actionem quærere non potuisset, cum seruus esse ex facto proponeretur. Eam verò rem quæ ex dotali pecunia comparata sit à marito proprio suo nomine, dotalem fieri & vxori acquiri nusquam scriptum est & nusquam traditum. Caius enim in d. l. res quæ, loquitur de re vxoris non mariti nomine comparata, ut dictum est, & hanc tamen dotalem duntaxat videri scribit. Quod si obiicias ea dictione *videtur*, significari non esse eam verè dotalem, neque fuisse cur de illo Caius dubitaret, si vxoris nomine res comparata fuisset. Respondeo,

quod interpretes non animaduicerunt, differentia hæc esse, Rem ex dotali pecunia vxoris nomine comparatam vxori acquiri, & dotalem effici. Vxori acquiri certissimum est, atque ita certum ut à Iureconsulto doceri id necesse non fuerit. Sed quia non quicquid vxoris est continuo & dotale dici potest, dubitari poterat non ineleganter, an ea res dotalis esset. Videbatur enim dotalem eam non esse, quia post dotem constitutam acquisita fuisset, quamuis ex pecunia dotali: sicut nec pretium ex re furtiua redactum furtiuum dicimus. *l. qui vas 46. §. vltim. D. de furt.* nec rem pignoratam, quæ ex nummis pignoris empta est. *l. idemque 7. §. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant.* nec communem vsuram, quæ ex communi pecunia ab altero ex focis proprio nomine scenerata debetur. *l. si minus 67. §. 1. D. pro socio.* Ac sanè dotalis reuera non est res quæ ex dotali pecunia empta est, sed tamè videtur esse, ut perinde ac si in dotem data esset dotis iudicio peti possit. Idquæ siue maritus soluendo sit siue non, eiusque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti subrogata est, nec malè quis dixerit extare adhuc videri pecuniã, quæ in rem & corpus versa est, *arg. l. Imperator 70. cum seq. de legat. 2.* Quod si pacto inter virum, & vxorem conuenierit, ut dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, & transferretur in corpora, certum est non solum valere pactionem si mulieri proficit, sed etiam corpora effici verè dotalia. *l. ita constante 26. cum l. seq. D. de iur. dot. l. si mulier. 21. D. de pass. dotal.* scilicet si ex ea pecunia vxoris nomine empta sint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum *d. l. si ex ea pecunia.* & aliis supradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam non esse verè dotalem, siue maritus soluendo sit, siue non, ut eos refellam qui putant eo casu quo maritus soluendo non sit, posse rem quam ille suo nomine emerit, vindicari ab vxore utili in rem actione ex *l. vxor marito 55. in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* idquæ ad eò ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res est, si emptor soluendo non sit: quod tamen & sine lege dicunt & sine ratione. Tantum enim abest ut eo nomine utilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta est, ut nec Seruiana agere possit nisi specialiter vel generaliter de pignore conuenierit. *l. quamuis 17. C. de pignor.* Tamen si cum de pignore conuenit in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur. *l. licet. 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* Et ut breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ, sed si expressam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo illud concessum est ut ex eius pecunia empta res illi tacitè sit obligata. *d. l. idemque in princip. & l. 3. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt.* Ex quo magis intelligitur verum esse quod dicimus, rem ex pecunia minoris emptam ipsius non fieri sed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum esset, cum pupillus fauorabilior sit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem suam posset. *l. neque pignus 45. D. de regul. iur.* Quod autem obiicitur ex *d. l. vxor marito*, ad rem non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat: sed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritum locupletiore factum ex donatione si ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus soluendo non sit, quia hic non queramus quod ille deducto ære alieno liberum habeat. sed quid ex re mulieris possideat; & idè teneri eum condictione actione, si mulier donationem reuocet, quasi nihil intersit, an ei pecuniam, an rem ipsam vxor donauerit, nisi quod illo casu vindicare rem directò posset, quam isto non potest,

potest, quia maritus sibi non vxori re emisse proponitur. Nec erit, inquit Paulus, deterior conditio viri si ei pecunia quatenus res valet non ultra id tamè quod donatum est condicatur, quam si dotis iudicio conueniatur. Ita enim legendum est non ut vulgo legitur, & erit deterior. Nam certè deterior non est vno casu quam altero conditio mariti qui soluendo non est. Duplici autem ratione Paulus vitur ut probet condictionem maritum teneri. Prior illa est quod maritus qui ex pecunia sibi ab vxore donata rem emit, non malè comparandus videatur ei qui rem ipsam ex donatione accepit, quem reuocata donatione condictionem teneri certum esset. Altera, quod mariti nihil intersit utrum condictionem an dotis iudicio secum agatur, cum utroque casu par illius causa & conditio futura sit. Tum Paulus subiicit nihil prohibere quin etiam in rem utilis actio mulieri accommodetur, non illa solum ratione, quod eius pecunia res empta sit, (repugnant enim leges, quas supra diximus) sed quia nihil etiam interest an res ipsa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec ultra id quod sibi donatum est condicatur. Idque meo iudicio significant verba illa *nihil prohibet*, quæ ego sic intelligo, ut maritus ipse prohibere non possit. Nam si eam rem emptam maritus ante reuocatam donationem alteri vendiderit, non puto concedendam mulieri aduersus extraneum vindicationem aut directam aut utilem, quia cum à domino emerit, dominus ille factus est, quod ad elidendam mulieris actionem sufficit, maximè si bonæ fidei emptorem proponas, qui emptionis tempore rem illam ex pecunia ab vxore donata, à marito emptam ignorauerit. Cum enim nihil ei imputari possit, iniquum esset damnum eum sentire, & ei succurri æquius est, quam mulieri cui saltem hoc ipsum obiici potest, quod marito sponte donauerit, aut quod donationem citius non reuocauerit. Quamquam & illud fortasse dici potest, facilius dandam vxori utilem vindicationem in ea specie quam Paulus tractat, cum maritus ex pecunia sibi donata tanquam sua rem aliquam sibi acquisit, nec soluendo est. Quasi dici possit, non fuisse eum sibi acquisiturum, at vxori potius, si non suam, sed vxoris pecuniam esse existimasset.

Explicatio l. si ex pretio 6. C. si cert. petat.

CAPVT X.

**E**GIS verba hæc sunt, Si ex pretio debitæ quantitatis facta nouatione per stipulationem vsuras licitas ab eo contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa, cum obligationis substantia non defecerit, quominus vsque ad placitum modum vsuræ possint exigi, nihil nocet. Si verò citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est & eius præstari scænis conuenit, simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione. Apparet igitur legem hanc duabus sententiis & partibus contineri: quarum prior minus difficilis est, & ab omnibus ferè interpretibus rectè sic accipitur, ut si venditor cui pretium ex causa venditionis debebatur, animo nouandæ obligationis venditi pretium stipularus postea vsuras stipuletur tanquam mutuo datæ pecuniæ & scænis nomine (mutuæ namque pecuniæ duntaxat scænis proprie est, alterius verò pecuniæ vsura non scænis) vsuras ex stipulatu petere possit. Quamquam enim falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa est, cum pecunia ex stipulatione non ex mutuo debeatur, tamen ut promissæ vsuræ exigi possint, satis est non deficere substantiam obligationis, id est, ut

ego interpretor, stipulationem interuenisse, per quam certum est rectè contrahi fœnoris præstandi obligationem. *l. idemq; 10. §. si Titio. D. mandat. l. si pro patre 10. §. sed utrum. D. de in rem verso. l. Titius 24. D. de præscript. verb. l. 3. C. de vsur.* Obligationis enim substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum. *l. 3. D. de oblig. & action.* eamq; ob causam obligationem iuris vinculum esse diffinimus. Neq; eorum interpretatio recipi potest, qui hinc obligationis substantiam de pecunia debita dici arbitrantur. Sic enim fieret ut neque in posteriore legis parte obligationis substantiam deficere dici posset: quam tamen deficere, & ex solius stipulationis vinculo, & potestate æstimandam esse probant apertè verba illa, *Si verò citra vinculum stipulationis.* quæ ad posteriorem legis partem pertinent. Si igitur citra vinculum stipulationis, duntaxat mutuam pecuniam datam esse conscriptum sit, eiusq; præstari fœnus conuenit, maior dubitatio est an vsuræ peti possint. Obscurum enim videtur, quod ad quæstionem hanc Imperatores respondent simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutasse obligatione. Nam præcedentem obligationem interpretes omnes intelligunt obligationem venditi, cum ex pretio debitam fuisse quantitatem in legis principio scriptum sit. Indèque nimirum dubitandi causa nascitur, an vsuræ debeantur necne, quia obligationis venditi natura utramque interpretationem admittere videatur, cum actione ex vendito vsuræ quæ promissæ non sunt, non aliter peti possint, quam si in soluendo pretio mora facta sit. *l. ult. D. de pericul. & commod. rei vendit. l. qui per collusionem 49. §. ult. D. de action. empt. l. mora 32. §. in bonæ fidei. D. de vsur.* Debeantur verò etiam, quæ nudo pacto promissæ sunt, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. *l. Lucius 24. in fin. l. Publia 26. §. 1. D. de positi. l. qui negotia 34. D. mandat.* Communiter tamen & rectè creditum est eam esse Imperatorum sententiã ut in ea specie ad quam posterioribus verbis respondent, vsuræ non debeantur. Illud enim manifestum est non nisi de vsuris consultos eos fuisse: de iis verò aliter in posteriori quam in priori specie respondisse: in illa scilicet vsuras deberi, in hac non deberi, quod simulatis pro infectis habitis perinde sit ac si de ea re pactum nullum intercessisset. Sed non probo quod vulgo interpretes sentiunt, in ea facti specie de qua ab Imperatoribus responderi existimant, hoc est, cum venditor pecuniæ quæ sibi ex pretio & venditione debebatur, tanquam mutæ fœnus præstari citra stipulationem pactus est, promissas vsuras non deberi. Dico enim deberi eas, & actione ex vendito peti posse: exemplo & argumento eius quod in quæstione nõ dissimili Africanus respondet in *d. l. qui negotia 34. D. mandat.* vsuras promissas quasi ex pecunia credita, quæ tamè re vera non ex mutuo, sed mandati iudicio debebatur, eadè mandati actione peti nihilominus posse. Cur non igitur, & in ea specie de qua disputamus venditori ex vendito agenti præstabitur? Nam si pactum hoc pro infecto haberi dicas, quia simulatum sit, ut lex ait, nec simulationis rationem aliam adferas, quam quod pecunia ex mutuo non deberetur, dicam & in eo, pacto quod Africanus valere vult, idem præstari posse & in priore huius legis parte eandè rationem si recta esset, effecturã, ut neque ex stipulatione deberi vsuræ possint: quod ea quoque simulata, & pro infecta haberi debeat, cum in stipulatum deductæ sint vsuræ velut mutuo datæ pecuniæ, quæ tamen non fuit data. Nec enim possis respondere, maiorem vim esse stipulationis quam pacti quod post bonæ fidei contractum incontinenti factum est, quodq; ipsi contractui inesse dicitur, ut ex contractu actio

actio detur in id quod pacto est comprehensum. *l. iuris gentium 7. §. quinimo & §. aded. D. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* Neque rursus, simulatam stipulationem potius quam simulatum pactum tueri possis, cum in stipulationibus, cæterisque contractibus id perpetuum sit, ut quæ simulatè gesta sunt pro infectis habeantur, nec nisi rei veritas inspicatur. *l. 1. & tot. titul. C. plus valer. quod agit. quàm simulat. concip.* Ergo quemadmodum non eò minus utilis vsurarum stipulatio est, quod pecunia mutuo data non sit, cum verè non simulatè vsuras emptor promiserit, ita cum pacto nudo promissæ sunt vsuræ tanquam pecuniæ creditæ quæ credita non est, dicendum est promissionem hanc veram esse non simulatam, illud vero dūtaxat simulatum esse, mutuo datam pecuniam, quæ data non fuit, & fœnus promissum quod fœnus esse non potest, sed vsura. Ac proinde sicut quæ per stipulationem, sic quæ pacto nudo statim post venditionem adiecto promissæ sunt vsuræ licet falsa creditæ pecuniæ demonstratio præcesserit, debentur, & actione ex vendito peti possunt. Alia igitur legis huius interpretatio quærenda est, & illud obseruandum quod nondum quisquam fortassis obseruauit, in utraque specie de qua quæritur proponi factam nouationem obligationis venditi, totamque eam translata esse in verborum obligationem, ut probant verba illa, *nouatione facta*, quæ in principio legis posita in fine repetita intelligi debent. Non enim Imperatores distinguunt an quæ ex pretio debebatur pecunia per stipulationem facta nouatione promissa sit, necne: Sed an facta nouatione obligationis venditi vsuræ quasi mutuo datæ pecuniæ per stipulationem promissæ sint, an pacto nudo, ut ex stipulatione peti possint, ex pacto nudo non possint. Cum igitur nouatio facta esse proponatur, atque ita venditi obligatio perempta, quæri amplius non oportet cur vsuræ pacto venditioni adiecto promissæ actione ex vendito minimè debeantur. Sublata enim obligatione, quæ actionis veluti mater est, nulla aut ad pretiũ aut ad pretij vsuras ex vendito actio superesse potest. At neque ex stipulatione peti vsuræ poterunt, cum in eam rem nulla stipulatio interuenit. Restat ut nulla actione peti eas posse concludamus. Nam pactum quo promissæ sunt quia nudum est, nec stipulatione aut contractus coherentia confirmatum, utile & efficax esse non potest, præsertim ad inducendam obligationem, & actionem: ac simulatis pro infectis habitis, hoc est sublata causa pacti quo de fœnore præstando conuenerat ac si pecunia credita fuisset, quæ non fuerat credita quod superest scilicet nuda vsurarum promissio nihil de præcedenti mutare potuit obligatione, id est, efficere non potuit ut obligatio pretij quod iam non ex vendito, sed ex stipulatu debetur vsurarum accessione, & obligatione augeatur. Alioqui eueniret ut vsuræ nudo pacto & sine causa promissæ, atque obligationis substantia deficiente nihilominus deberentur, quod iuris ratio non admittit. Non ergo pactum ipsum vsurarum simulatum est, sicut nec in priore legis parte vsurarum stipulatio simulata, sed tantum causa pacti, quoniam nulla mutuo data fuerit pecunia: quæ res facit ut pactum prorsus nudum & inuile sit. Ex præcedenti autem obligatione hoc est ex stipulatu præstandæ non sint vsuræ, quæ in stipulationem non sunt deductæ. Sed hinc non inelegans dubitatio illa incurrit. Cur non ex stipulatione peti possint vsuræ vi & potestate pacti, quod incontinenti appositum est, cum dici soleat pacta incontinenti facta etiam stipulationibus inesse. *l. lecta 40. D. de reb. cred. l. si ita quis 13. §. Seia. D. de verb. oblig.* Nam de pacto incontinenti appposito rescriptum hoc intelligi debere verisimilius est, & so-

lent plerumque venditores qui pretium nouandi animo stipulantur ut sibi emptorem strictius obligent, de pretij quoque usuris eodem tempore pacisci, ne dum conditionem suam meliorem facere volunt, deteriore constent in eo quod ex stipulatu non nisi post litem contestatam usuras consequerentur. Verum responderi potest, pactum huiusmodi de præstando scenore stipulationi pretij non inesse, quoniam nec expressis verbis ita concipi stipulatio potuisset, ut pecunia ex pretio deberetur, scenus verò mutuo datæ pecuniæ præstaretur: at potius inepta esset ea stipulatio. *Centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes Cal. Ianuarijs proximis dare, & eius pecuniæ nomine quam tibi mutuâ dedi, scenoris nomine in singulos menses denarios tot dare spondes?* Solemus autem dicere ea demum pacta stipulationi inesse, quæ ipsis stipulationis verbis aptè comprehendere potuissent, ne alioqui plus pacto, quam stipulationi tribuamus. Vnde fit, ut quod in priore rescripti parte traditur falsam mutuo datæ quantitatis demonstrationem non nocere, quominus in stipulatum deductæ usuræ peti possint, ita accipiendum putem, si altera stipulatione promissæ sint non illa ipsa quæ actionem venditi in verborum obligationem facta nouatione transtulit. Idque legis verba non obscure demonstrant, quæ nouationem primùm factam, deinde usuras per stipulationem promissas esse ponunt. Non eadem ratio est pacti, quod statim post bonæ fidei contractum interuenit: hoc enim non ex verbis quibus conceptum est estimatur, sed ex natura contractus cui adiicitur, quæ conuentionem illam & promissionem usurarum quibuscumque verbis facta sit, facile admittit. Planè si quis proponeret in specie quam tractamus debitam fuisse ex mutuo pecuniam & nouatione debiti facta per stipulationem, incontinenti de usuris pacto nudo conuenisse tanquam de scenore pecuniæ creditæ, non dubitarem quin ex stipulatione usuræ peti possent, quia licet credita dici non possit amplius pecunia, quæ ex stipulatione non certi conditione propter nouationem debetur, falsum tamen aut simulatum dici in totum non posset quod veritatis primordio adiuuaretur, ut in simili specie Papinianus respondit in *l. cum filius 7.6. §. heres meus. de leg. 2.* neque hinc ratio vlla esset, cur non stipulationi pactum inesse dici posset. *d. l. lecta. & d. §. seia.* Cum enim pactum, & stipulatio verbis fiant, nec ferè in alio inter se differant nisi quod alius paciscendi, alius stipulandi animus est. *d. l. iuris gentium 7. §. quod ferè. D. de pact. l. 1. §. eum qui. D. de const. pec.* facile fit ut stipulationi insint pacta incontinenti facta, quasi animus ille stipulandi & voluntas, quæ stipulantium fuit in stipulando, in pacto quod statim secutum est subesse adhuc, & durare videatur. Idque fortassis non malè quis colligat ex illis verbis, *simulatis pro infectis habitis.* Simulatio enim nulla esset, si verè pecunia credita fuisset, ideoque illud de præcedenti obligatione pactum immutasset, quod ex stipulatione usuræ peti possent, quæ alioqui non potuissent. Sanè in certi conditione, quæ ex mutuo competit, aliud iuris est. Si enim pecunia mutuo data sit, & de præstando scenore tametsi statim, & incontinenti conuenierit, certi tamen cōdictio ad usuras minimè extendetur, quoniam re contrahi obligatio non potest, nisi quatenus datum est. *l. si tibi 17. D. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi. D. de reb. credit. l. cum ultra 9. C. de non numerat. pecun.* Hinc porro intelligimus, quàm magno in errore ij versentur, qui scripserunt hoc Imperatorum rescripto confirmatam esse Vlpiani opinionem in *l. singularia 15. D. hoc sit.* & hodie dici posse ex quacumque causa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ

niam, quæ antè credita non erat. Id enim à veritate, iurisque ratione adeò alienum est ut nec Vlpianus ipse ita dici posse crediderit, nisi duobus illis casibus, quos refert in *d. l. singularia*, hoc est, si debitorem meum tibi pecuniam dare iussero, & si quam à me ex causa mandati pecuniam habes, consentiam ut crediti nomine retineas. Quorum alterum Africanus in *d. l. qui negotia, mandat.* fatetur benignè receptum esse: alterum verò negat recipiendum: & ab absurdo sic arguatur ut facile sit intelligere nulli vnquam Iurisconsulto in mentem venisse ut diceret nuda pactione ex quacumque causa creditum fieri posse. Non enim nisi re contrahitur, ut omnia omnino iura testantur, nec vetera duntaxat, sed ea etiam quæ post hanc Diocletiani & Maximiani legem Iustinianus in Institutionibus aliisque locis cōscripsit. Et verò quid absurdius dici potest, quàm ab Imperatoribus confirmatum, aut inductum esse id, de quo ne per somnium quidem cogitauerunt? Neque enim de illo consulebantur, an mutuum contractum esset, sed an scenus promissum deberetur. Nec, si nuda pactione fieri creditum posset, rescripsissent falsam mutuo datæ quantitatis demonstrationem præmissam fuisse: neque item verba illa subiecissent *simulatis pro infectis habitis.* Siquidem in ea usurarum conuentione nihil erat, quod simulatum dici posset, nisi quod pecuniam creditam esse scriptum fuerat, quæ tamen credita non erat. Non possis in ea specie aliam simulationis rationem comminisci, quæ porro nulla esset si nuda conuentione creditum fieri potuisset. Illud certè Imperatores innuunt, nulla interueniente simulatione, si usura promissa fuisset non scenus, futurum fuisse ut deberetur, quia tale pactum incontinenti factum stipulationi inesset. At longè improbabilius est, ne dicam absurdius, quod eruditi quidam viri & benè alioquin de iure nostro meriti tradiderunt, ita constituendam esse huius legis speciem, ut Nicander ad quem Imperatores rescribunt maiorem summam à suo debitore stipulatus quàm ei mutuasset, paulò post ab eodem ex eadem summa licitas usuras esset stipulatus. In qua specie priorem contractum usurarium esse dicunt, secundum non item nisi pro ea parte pecuniæ quæ debitori verè numerata non fuit: at si usuræ pacto nudo promissæ sint, eas non deberi. Quorum omnium nihil est quod ad rescripti verba, & sententiam accommodatum videri possit. Lex ait debitam fuisse ex pretio quantitatem, & falsam mutuo datæ quantitatis demonstrationem præmissam esse. Isti contra ex mutuo debitam fuisse aiunt, de pretio tacent. Lex ponit factam fuisse nouationem, isti prætermittunt. Lex ait usuras in stipulationem deductas usque ad placitum modum peti posse, isti contra illicitas usuras fuisse promissas pro ea parte quam debitori numeratam non esse comminiscuntur. Lex ait obligationis substantiam non deficere, isti pro parte deficere interpretantur. Lex dicit simulatis pro infectis habitis usuras nudo pacto promissas non deberi, isti simulationem nullam agnoscunt nisi pro parte usurarum, neque tamen usuras aliquas ex pacto nudo deberi volunt. Denique apertissimum est, quod iam docuimus, non de illo quæsitum ab Imperatoribus fuisse an contractus usurarius esset, necne, sed an sub falsa mutue pecuniæ demonstratione promissæ usuræ ex stipulatione aut nudo pacto deberentur. Quod à summis viris acuti & perspicacis ingenij animaduersum non fuisse miror. Alias aliorum interpretationes æquè aut magis ineptas nec referre nec refellere operæ est.

Emendatio §. 7. l. l. cum essent 33. D. de seruit. rust. prædior.

## CAPVT XI.

**S**I per plurium prædia aquam ducis iure seruitutis constituta, quoquomodo ea seruitus imposita sit, neque eorum cuius neque alij vicino haustum ex riuo cedere poteris, nisi cum seruitus constitueretur pacto vel stipulatione conuenerit vt id tibi liceret, quemadmodum Africanus respondit in l. cum essent 33. §. 1. D. de seruitut. rust. prædior. vbi eius sententiæ duplicem esse rationem demonstrat. nempe quod neque prædium sibi ipsum seruire, neque seruitutis seruitus constitui possit. Nam siue alteri ex dominis per quorum prædia aquam ducis, siue alij vicino aquæ haustum cedas ex riuo per quem aqua ducitur, vtroque casu euenit, vt prædium ipsum quod aquæ ductus seruitutem debet sibi seruire, & seruitutis seruitus constitui videatur. In quo sanè errant Accursiani qui putant ex his duabus Africanis rationibus priorem ostendere, domino prædij in quo riuus est, non rectè haustum ex riuo concedi, posteriorem verò, nulli. Etenim illo etiam casu quo haustum ex riuo cedere vis alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis, vera & recta ratio illa est quæ cessionem hanc impediatur, quod ita fieret vt vicini prædium quod tuo seruitutem aquæ ductus debet ipsum sibi seruiret, quia licet haustus aquæ alteri fundo prosit, ipsum tamen prædium per quod aqua ducitur sibi ipsi ad haustum aquæ seruire necesse est, cum in eodem fundo aqua & ducitur & hauritur. Hoc verò à stricta, subtili, & vera iuris ratione omnino abhorret, quoniam fieri non potest, vt prædium vel domino suo, vel, quod adhuc absurdus est, sibi ipsi seruiat. Præter has rationes, illa quoque afferri potest, quod cum alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis haustum ex riuo concedis, seruitutis conditionem efficacis durior, quod tamen concedendum tibi non est, præsertim si ita facias ignorante aut contradicente eo cuius prædium illud est, quod seruitutem debet. Sed difficilior illud est, cur non ex bono & æquo valere admittamus conuentionem si illi ipsi per cuius prædium aqua ducitur, hauriendæ ex riuo aquæ ius concedatur. Plurisque enim aliis exemplis probari posset conuentiones multas in constituendis seruitutibus ipso iure non valere, quæ tamen æquitatis ratione & Prætoris auxilio defenduntur. Vt contingit si in diē, vel ad diem, aut sub conditione vel ad conditionem seruitus imposita sit. l. 4. D. de seru. Aut si conuenerit ne emptor fundi Geroniani contra fundum Botroianum quem venditor retinebat piscationem thynnariam exerceat. l. venditor 13. D. commu. præd. Responderi tamen meo iudicio potest, quod Papinianus ait in l. obligationes 27. D. de obligat. & action. obligationes quæ propriis viribus non consistunt, neque officio iudicis neque Prætoris imperio, neq; legis potestate confirmari. Hactenus enim æquas & iustas conuentiones Prætor tuetur, vt ex iis det exceptiones ad elidendam actionem, aut replicationes ad elidendam exceptionem: non autem vt inducere possint obligationem, & actionem, cum lex iurisque ratio resistit. Planè si in imponenda seruitute aquæ ductus conuenerit per pactum aut stipulationem vt tibi liceat haustum ex riuo cedere, siue illi ipsi per cuius prædium aquam ducis, siue alij vicino cuilibet, Africanus ait valere conuentionem, idq; vt ego interpretor, non ex æquitate duntaxat, sed stricto etiam iure, quia hoc casu dici non potest prædium ipsum sibi seruire, aut seruitutis seruitutem constitutam esse, aut prædij seruientis conditionem fieri duriorē. Vnica enim aquæ ductus seruitus est certa cōditiōe & lege constituta,

stituta, quam neque seruitutis natura, neque alia ratio vlla impedit. Et in eo etiam Accursius errauit, qui scripsit prædium in quo aqua nascitur hanc haustum seruitutem præstare, posseque eam constitui à domino prædij cui aquæ ductus deberet, licet fundi seruientis dominus non sit, quoniam ita faciat domini voluntate. Hoc enim si verè diceretur, negari certè non posset quin prædium seruiens sibi ipsi seruiret, & seruitutis seruitus constituta videretur, Aut alia ratio quærenda erit, cur eum aquæ haustum cedere non liceat, nisi constituta seruitutis tempore vt liceret conuenerit, maximè verò si cedatur ei per cuius prædium aqua ducitur: quod cum sit, eius voluntas requiri profectò non potest, cuius commodo & vtilitati cessione ipsa cederet si valeret. Neque tamen Africanus dubitat inuilem & nullius momenti esse cessionem, si ex intervallo post constitutam aquæ ductus seruitutem facta sit. Non igitur ad voluntatem domini fundi seruientis respicit, sed ad licitam conditionem & legem iure constituta seruitutis. vt in l. 2. D. de riuis. Hæc cum ita sint, apparet manifestè erratum esse in postremis illis Africanis verbis, neque seruitutis fructus constitui potest, & pro fructus potius legendum seruitus. Nā præter id quod ex vtriusq; dictionis affinitate facillè error nasci potuit, vt nemo non videt, illud etiam memouet, quod de seruitutis seruitute Africanus in ea quæstione disputat, neque de seruitutis fructu intelligi commodè potest. Si enim admitteres posse cedi haustum aquæ ex riuo per quem aqua ducitur, seruitutis seruitutem efficeres, nec tamen seruitutis fructum constitueres. Nisi fructum accipias pro cessione commoditatis quæ seruitus quædam esse videatur. Sic enim Paulus Castrensis interpretatur. Quæ tamen interpretatio ex eo refellitur, quod quamuis seruitutis vrsus fructus constitui non possit sicut nec alia seruitus l. 1. D. de vrsu. legat. de illo tamen fructu non loquimur, qui sit seruitus, nec possit quis rectè dicere cessionem commoditatis alicuius, vt ille loquitur, seruitutem esse, nisi cætera omnia concurrant, quæ ad seruitutis constitutionem requiruntur. Sed neque illud verum est seruitutis fructum constitui nō posse. Quid enim si fundi cui seruitus debetur, vrsus fructus sit constitutus? Aut quid si vicino meo inferiori potestatem fecerim ducendi in suum fundum partem aquæ quæ ex tuo fundo in meum seruitutis iure deriuabat? Vtique enim aquam, quæ fundum meum ingressa est possum alteri vicino concedere, in eamq; rem fundo meo seruitutem imponere, quæ tamen seruitutis seruitus non erit, sed duorum fundorum duæ erunt seruitutes, quarum quæ posterior à me constituitur, fructus sanè erit illius quæ fundo meo debetur. Rursus, quis nescit rusticarum seruitutum oppignorationem valere? l. sed an via 12. D. de pignor. fructum autem esse vel pignori dare licere. l. vlt. D. de vrsu. & fructib. Seruitutis ergo fructus constitui potest, sed seruitus non potest.

Nihil à Pandectarum compositioribus immutatum esse in l. ante tabulas 5. D. de iur. codicill.

## CAPVT XII.

**P**APINIANVS scribit in l. ante tabulas 5. D. de iur. codicill. codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quàm si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmetur, aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur. Quæ tamen sententia non obtinuit, & ipsis Papiniani temporibus abolita est rescripto Imperatorum Seueri & Antonini quo constitutum fuit, vt ex codicillis qui testamentum præcedunt fideicommissum peti possit, si modo appareat eū, qui testamētū fecit à voluntate quā in codicillis expresserat nō

recessisse, ut Iustinianus refert in §. *sed cum ante. Institut. eod. tit. de codicill.* Ex quo apparet Papiniani sententiam quæ adhuc extat in *d. l. ante tabulas*, ex diametro aduersari rescripto Seueri, duplicemque Francisci Duareni errorem esse qui à Pandectarum compositoribus immutatam esse eam scripsit, ne Seueri rescripto aduersaretur. Nam quod Iustinianus supradicto loco refert Papinianum existimasse codicillos ante testamentum factos, non aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmentur: idem prorsus, in *d. l. ante tabulas*. iisdem ferè verbis, sanè eodem sensu ex Papiniano traditur. Quid enim aliud est codicillos confirmari speciali postea voluntate, quàm confirmari testamento, quod postea factum sit aut codicillis postea etiam factis? Quod verò Papinianus adiicit, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*, non ita accipiendum est, ut codicilli ante testamentum facti ex eo solo confirmati intelligantur, quòd à priore voluntate testator non recesserit, sed ita potius, ut quamuis nec testamento nec codicillis testator eos postea confirmauerit, si tamen extra testamentum vel codicillos dixerit, nil velle se prius factis codicillis derogare, aut alio quouis indicio de ipsius voluntate appareat, perinde codicilli ante testamentum facti valeant, ac si specialiter testamento aut codicillis postea factis confirmati essent. Cæterum confirmationem specialem Papinianus omnimodo requirebat, siue ex testamento, siue ex codicillis, siue ex alio quocumque voluntatis indicio colligeretur. Ac Papinianum ea fortassis ratio mouebat, quòd is qui post factos codicillos testamentum aut alios codicillos facit, nec præcedentes vel confirmat, vel reuocat, eorum oblitus fuisse videatur, quorum si meminisset, voluntatis suæ indicium aliquod verisimiliter reliquisset, vtrum eos confirmatos vellet, an reuocatos. At cum post obliuionem prioris scripturæ codicillos quis facit, aut testamentum, priorem scripturam contemnimus, & posteriorem solam attendimus, quia in vltimis defunctorum voluntatibus, non quid aliquando testatores voluerint, sed quid eo tempore quo suprema ordinarunt, inspiciendum & considerandum est. *l. Scia 20. D. de instruct. & instrum. legat. l. quingenta 12. D. de probat.* Placuit tamen Seuero & Antonino requirendum non esse, ut priores codicilli testamento vel codicillis postea factis confirmentur, at illud duntaxat, ut testator à priore voluntate non recesserit, hoc est expressè prioribus codicillis non derogauerit. Quamquam autem huius rescripti, quòd à Papiniani sententia alienum est, vix ratio vlla reddi potest, illa tamen æquitatis & rationis species subesse videtur, quòd cum vtraque defuncti voluntas commodè seruari potest, nec altera alteri contraria est, vtramque seruari humanius, & vltimis testatorum voluntatibus fauorabilius esse videatur. Præsertim cum ea Seueri constitutio ad fideicommissorum duntaxat confirmationem pertineat, ut Iustiniani verba satis apertè demonstrant, & iuris ratio euincit, quæ non patitur ut ea quæ prioribus codicillis scripta sunt verbis directis, aliter valeant quàm si specialiter codicilli testamento confirmati sint, quemadmodum ante nos superioribus annis alter ætatis nostræ Papinianus Iacobus Cuiacius ingeniosè & eruditè, ut omnia solet, obseruauit. Fideicommissa autem ut relinquuntur, ita confirmantur facilius quàm cætera quæ nec in codicillis nudis relinqui possunt nec nisi verbis directis, cuiusmodi sunt legata, tutelæ, libertates, aliæque si quæ sunt id genus. Ad rem verò non pertinet Imperatorum Diocletiani & Maximiani rescriptum in *l. siue in initio 6. C. de codicill.* quo Accursius sic vtitur, quasi cum illa Seueri constitutione congruat, cum ta-

cum tamen Papiniani sententiam potius adiuuet, & confirmet. Eo namque loco illud tantum rescribitur, siue testator initio testamenti ea omnia generaliter quæ codicillis relicta fuerat, siue nouissimè relicta seruari mandauerit, confirmatione munitum legatarium non iustam gerere sollicitudinem an quæ sibi relicta sunt debeantur. Id enim est quod Papinianus dicebat tutum esse legatarium, aut fideicommissarium si confirmatione munitus sit. Ex quo inferri magis potest ex codicillis non confirmatis nihil peti posse. Et cum ea lex sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui post Seueri & Antonini tempora imperarunt, faciliè ex eo intelligimus ea Seueri constitutione quam diximus non fuisse inductum generaliter ut quæcumque codicillis ante testamentum factis relicta sunt, valeant citra confirmationem. Alioqui neque illud Diocletiani rescriptum dubitandi rationem aliquam haberet, neque fuisset cur id Tribonianus in Codice relinqueret. Debet igitur Seueri constitutio de fideicommissis tantum intelligi sicut diximus, non de cæteris quæ in testamento & directis verbis relinquuntur. Neque tamen satis peritè facere mihi videntur qui eius constitutionis rationem illam afferunt, quòd fideicommissa in codicillis relicta valeant, licet nullum postea testamentum factum sit. Maior enim ratio suadere videtur ut non valeant si post codicillos testamentum factum sit, & eo testamento codicilli non sint confirmati, quasi eorum oblitus omnino testator existimetur, quæ tota Papiniani sententiæ ratio est. Porro non illud Seueri & Antonini rescripto factum est, nec verò fieri potuit, ut codicilli ante testamentum facti ex eo solo confirmentur quòd postea testamentum vel alij codicilli facti sint, sed illud duntaxat ut quamuis confirmati non sint, perinde tamen fideicommissum ex iis peti possit, si appareat eum, qui testamentum vel codicillos fecit, à priori voluntate non recessisse, ac si confirmati essent, quomodo Iustinianus loquitur in *d. §. sed cum ante.* In eoque diuersa ratio est, codicillorum qui post testamentum facti sunt. Hi enim præcedentis testamenti potestate omnimodo confirmantur, quamuis testamenti tempore de iis testator non cogitauerit, quia neque eorum oblitus fuisse videri potest, quod & iam olim Accursius rectè tradidit ex *l. 3. §. vltim. D. de iure codicill.* Cui sententiæ non refragatur quòd Paulus ait in *l. ab intestato 16. D. eodem.* ad testamentum quod quoquo tempore quis fecisset, codicillos pertinere. Id enim ita accipi debet, ut codicilli qui valent, & testamento confirmati sunt, testamenti ius & conditionem sequantur siue ante siue post testamentum facti sint, non autem ita, ut ad codicillorum validitatem & confirmationem nihil intersit an testamentum subsequuti sint, an præcesserint.

De questione *l. si duo 16. D. de legat. præstand.*

C A P. X I I I.

**S**I duo proponantur esse, vnus in potestate præteritus, alius emancipatus institutus, constat, per eum, qui in potestate est commissum esse edictum, ut siue is bonorum possessionem petat, contra tabulas, siue non petat, emancipatus licet institutus agnoscere eam possit. Vtroque verò agnoscente, dubitatio nulla esse potest quod ad eum pertinet qui in potestate est, quin nec liberis, nec parètib; cæterisque exceptis personis legata præstet, quoniam rem ab intestato habere intelligitur: & quemadmodum Paulus ait in *l. si qui 15. D. de legat. præst.* absurdum esset idèd cogi eum legata præstare quòd bonorū posses-

tionem contra tabulas acceperit, quam etsi non accepisset, nihilominus hereditatem suo iure habiturus fuisset. Sed de emancipato maior dubitatio est, an post acceptam bonorum possessionem liberis & parentibus legata præstare debeat. Dubitandi verò causa illa est, quòd si omiſſa institutione bonorum quoque possessionem repudiaret, vniuersa hereditas ad suum pertineret, quem diximus nec parentibus nec liberis legata debere. Verius tamen esse Vlpianus ait in *l. si duo 16. D. de legat. præstand. vt saltem liberis parètibúſque præſtet, neque inter iuris authores controuerſum hoc fuit. Manifestam enim rationem habet, quòd emancipatus citra bonorum possessionem omiſſa institutione hereditatem suo iure obtinere non potuiſſet. Sed & si petita per eum, qui in potestate est bonorum possessione, emancipatus hereditatis partem quam rupto per bonorum possessionem testamento consequi potuerat ex institutione retinuerit, æquè dicendum est legata eum liberis parentibusque debere, vt ibidem Vlpianus ait, multòq; magis hoc casu, quàm superiore, quoniam æquius sit non omnino à legatorum præstatione liberari eum, qui ex testamento succedat. Eaq; ratio facit vt dubitari probabiliter possit, an non exceptis tantum, sed etiam extraneis & personis omnibus præstare debeat. Cùm enim plena fruatur testatoris voluntate, plenum etiam obsequium præstare testatoris iudicio pro sua parte debet. Atque ita tandem Vlpianus supradicto loco cõcludit, licet primùm addubitet. Magna autem dubitationis ratio videbatur, quia bonorum possessione contra tabulas per fratrem præteritum petita, Prætor non aliam ob causam emancipatum institutum in partem hereditatis tueatur quàm quòd ex liberis sit, qui contra tabulas petere potuerunt. Qua ratione motus Paulus in *d. l. is qui. §. sed si scriptus*, ait veriorẽ sibi videri cõpuriũ sententiam, qui putant emancipatum institutum certis & exceptis personis, in hac specie legata præstare debere. Quod ego sic intelligo vt iis duntaxat non etiam extraneis præstet. Nam, & dubitatio longè minor est, quin exceptis præstet quibus præstaret, etsi bonorum possessionem accepisset. Et ratio illa Pauli non tam eò pertinet, vt exceptis saltem personis legata ab emancipato præstentur, quàm vt ne extraneis præstentur. Hoc enim magis probatum esse idem Vlpianus testis est in *l. filium 5. §. vlt. D. eod. tit.* & Paulus in *d. §. sed si scriptus*, ait ita cõplures putare. Sed quod subiicit id sibi quoque verius videri, Vlpianus in *d. §. vlt.* non adiicit, nec quid sentiat exprimit, sed conuentionem aliorum opinionem duntaxat refert in Edicti interpretatione. Quam tamen improbat libris Disputationũ, in quibus nõ tam quid ab aliis probetur, quàm quid ipse sentiat, & sentiendum putet, diligentius exponit, in *d. l. si duo*, vbi suæ sententiæ rationem illam adfert, quòd æquum sit, eum qui plena testatoris voluntate fruatur, plenum quoque obsequium eiusdem iudicio pro sua parte præstare. Ac sanè ita ius est, vt qui à causa testamenti discedere potuit, si eam non omiserit, voluntati defuncti parere & obsequi habeat necesse. *l. Caij Casij 35. D. de fideic. libert.* Sed Pauli ratio cinatio hanc conuincere & refellere viderur: quia quòd institutus rupto per contra tabulas testamẽto nihilominus partem hereditatis ex testamento retinet, sit beneficio Prætoris qui testamẽti ius iis conseruat, quibus si id maluissent, bonorum possessionem cõtra tabulas dedisset. Proinde eodem iure censerì debent, ac si contra tabulas agnouissent: quemadmodum eadem ratio facit vt certis saltem personis legata præstent, quæ vtique præstarent si bonorum possessionem contra tabulas accepissent. Vlpiani tamen sententia Africani quoque fuit, qui in *l. si ex duobus 14. D. de bonor.**

*bonor. possess. contr. tabul.* apertè scribit, emancipatum institutum, qui contra tabulas petere potuit, si testatoris voluntatẽ retineat, hactenus conditionem suam deteriore facere, quòd extraneis quoque legata præstat. Frustrà itaque diutius quis laboret in iis conciliandis, qui vtrò & ex proposito dissentiunt, in ea præsertim quæſtione, de qua magnis vtrimque rationibus disputari probabiliter possit. Valeat ergo Accursius, qui Paulum loqui ait de suo herede instituto, aut de iis liberis, qui contra tabulas petere non possunt, cùm apertissimè & de emancipato loquatur, & sententiã suam ex eo confirmet, quòd is de quo loquitur sit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt. Valeant etiam, qui distinguunt inter eum, qui plena testatoris voluntate frui eũ, cuius portio concursu præteriti non minuatur: nec animaduertentes in specie ab Vlpiano tractata, concursu præteriti bonorum possessionem contra tabulas agnoscentis, minui portionem eius: quem tamen omnibus legata debere ait, quòd plena fruatur testatoris voluntate. Plena enim voluntate frui intelligi eũ, qui quicquid habet, ex testatoris iudicio, & voluntate habet, nõ qui id omne habet, quòd sibi testamẽto relictu est. His vero quæ diximus finitimũ illud est, quòd idem Vlpianus scribit in *l. si filius 23. D. si quis omiſſ. caus. test.* Si filius qui in patris potestate mansit heres institutus præterito fratre emancipato qui contra tabulas possessionem accipere potuit, vt intestati patris hereditatem agnouerit, legata omnibus eum præstare ex illo edicto. Si quis omiſſa causa testamenti: quòd tanquam scriptus & ex testamento hereditatem habere videatur. Nec est contrarium, quòd idem Vlpianus scribit in *l. quia autem 6. §. pen. eod.* ex illo edicto fieri, vt qui accipiendo contra tabulas bonorum possessionem liberis parentibusque legata præstaret, si eam bonorum possessionem omiserit, & ab intestato successerit, cogatur ea præstare, quæ præstaret si contra tabulas accepisset, ac proinde ea duntaxat, quæ exceptis personis legata sunt, non quæ extraneis. Alia enim ratio est eius qui in fraudem testamenti, alia verò eius qui in fraudem duntaxat edicti De bonorum possessione contra tabulas ab intestato succedit. Nam cum qui in fraudẽ testamẽti ab intestato succedere maluerit, æquissimum est obligari ad ea omnia, quæ ex testamento debuisset. Eum verò qui aliter quàm per bonorum possessionem contra tabulas aut ab intestato succedere nõ poterat, si in fraudem edicti possessionem omittat, & intestati successionem amplectatur, æquum non est plus debere quàm si bonorum possessionem contra tabulas agnouisset. Vterque igitur fraudis suæ poenas illas luit, vt tantum præstet, quantum si fraudem non fecisset.

*Emendatio l. cui res 29. D. de action. empt.*

CAPVT XIII.

**S**CVI res sub conditione legata erat, si pendente legati conditione imprudens eam ab herede emerit, deinde legati conditio extiterit, quæri potest vtrum habere rem videatur ex causa emptionis, an legati. Etsi enim prius legata fuit res, quàm empta, prius tamen emptionis, quàm legati iure acquisita est: quia eius legati, quòd sub conditione relictu est neque dies cedit, neque acquisitio vlla intelligitur prius quàm conditio extiterit. *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione D. de legat. 2. l. is cui 42. D. de obligat. & action. l. cedere diem 213. D. de verb. signific.* Sed verius est legati & priorem, & potiorẽ esse causam quàm

emptionis, quoniam existens conditio facit, ut perinde legatum debeatur ac si purè relictum fuisset, nec tã eius temporis, quo conditio extitit, quàm quo testator mortuus est ratio habeatur, *l. si fundum 105. D. de condict. & demonstr.* Unde fit, ut si fundo legato mihi sub conditione pendente legati conditione heres me heredem instituat, ac postea legati conditio existat, in falcidiæ ratione fundus non iure hereditario sed legati meus esse intelligatur. *l. fundo 4. D. ad leg. falcid.* Eum siquidem eram habiturus etiam alio herede existente, ideoque quo tempore mihi defertur heredis hereditas, extra causam bonorum eius computatur, *argu. l. sequens quaestio 68. de legat. 2.* Cùm igitur in proposita quaestione rem legatam emptor habeat ex causa legati non emptionis, dubitatio illa nascitur, Si pretium rei venditæ solutum sit qua actione repetatur, an ex empto, an ex testamento. Et placet posse utraq; actione emptorẽ experiri, ita ut utram volet eligat: diuersa tamen ratione. Nam actionẽ ex empto illud inducit, quod cùm eam rem existente legati conditione ex causa legati habere videatur, ut diximus, ex ea causa videtur illi euinci, quã scilicet nõ esset habiturus si alij legata fuisset. Euictionis autem nomine vel hoc saltem consequi debet ut ei pretium restituatur, quod iam penes venditorem sine causa esse incipit. Satisq; venditori in eo parcitur, quod cætera non præstat, quæ ratione euictionis præstari aliàs solent, quoniam scilicet emptori qui rem emptam possidet, licet ex alia quàm emptionis causa, nihil nisi pretium abesse videtur. Quam ob causam non de euictione, sed ex empto agendũ esse dicimus, quoniam res ipsa hoc casu non euincitur, imò sic emptori acquiritur ut euinci ei numquam possit, quomodo Paulus in illa specie respondit, si seruum Titij mihi vendideris, deinde Titius me heredem reliquerit, *in l. si vendideris 9. D. de euict.* Actionem verò ex testamento idè emptori accommodamus, quod cùm rem habet, eiusque pretium soluit, non prius habere eam videatur ex testamento, & testatoris iudicio satisfactum esse, quàm ei pretium sit restitutum. Itaque licet ex testamento ad pretium agi non possit: quia testamento legata res est non eius pretiũ, neque item ad rem ipsam, quam iam habeat, rectè tamen & vtiliter agetur ex testamento ut testatoris voluntati pareatur, neque prius absolui heredẽ oportebit quã si pretiũ restituerit, & hominem emptoris fecerit, ut Iulianus ait *in l. huiusmodi 84. §. qui seruum. D. de legat. 1.* Quod si rem illam legatam emptori venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit, duplici actione ad duplicem causam emptori tenebitur, nempe ex testamento ut rem præstet, & ex empto ut acceptum pretium restituat: neque enim hoc casu actione ex testamento pretij restitutionem consequi emptor potest cum testatoris iudicio satisfieri omnino possit rei ipsius, quæ legata est præstatione, ut idem Iulianus supradicto loco scribit. Ex quibus intelligi potest verum esse quod scriptum est *in l. cui res 29. D. de action. empt.* cum cui res sub conditione legata erat, si imprudens eam ab herede emerit, actione ex empto pretium consequi posse: sed tamen falsam & ineptam esse rationem quæ sequitur illis verbis, *quia non ex causa legati rem habet.* Imò verò existente conditione legati incipit ex causa legati rem habere, *d. l. 4. D. ad leg. falcid.* indeque nimirum euenit, ut ad pretium consequendum habeat emptor actionẽ ex empto quam utique non haberet si ex causa emptionis non legati rem possideret. Nec est, quod cum Ioanne & Accursio eam rationem sic interpretẽre, quasi Iuliani sententia sit non aliter videri emptorẽ ex causa legati re habere, quàm si pretiũ ei restituatur. Hoc enim supplere est, nõ interpretari, eaq;

inter-

interpretatio commentitia licet rectam habeat sententiam, ad id tamen de quo quaerimus non est accommodata. Nam quod dicimus non prius satisfactum videri voluntati testatoris, quàm si pretium emptori restituatur, actionem ex testamento duntaxat, non etiam ex empto inducit, ut scriptum est *in d. §. qui seruum.* Idque iam ante nos Paulus Castrensis disputauit, sed quomodo locus restituendus esset ignorauit, ita ut Iulianum potius, quàm Accursium aut Ioannem reprehendisse videatur. Puto autem legendum esse, *quia nunc ex causa legati rem habet.* Nunc, inquam, id est existente legati conditione: neque enim in præcedentibus verbum vllum est, ex quo possit colligi conditionem legati extitisse, quod tamen in illa quaestione necessariò ponendum est. Id verò neque breuius, neque elegatius exprimi potuit, quàm dictione illa *nunc*, quæ sic accipi debet, ac si pluribus verbis scriptum fuisset *existente legati conditione.* Similem errorem superiore libro obseruauimus, & emendauimus *in l. 2. D. ad S. C. Trebell.* Mirum verò videri possit, quod Iulianus ponit rem legatam emptam esse ab imprudente legatario pendente legati conditione, cùm etsi sciens emisisset, non idè tamen aliud iuris constitui deberet, quando nec volens legatarius relictum sub conditione legatum repudiare prius posset, quàm conditio existeret. *d. l. 45. §. si sub conditione, de legat. 2.* Atque ita interpretibus omnibus placet in illa Iuliani quaestione, nihil interesse an sciens an ignorans rem sibi sub conditione legatam legatarius pendente conditione emerit. Quod tamen mihi probabile non videtur, quia neque Iulianum frustra de imprudente locutum fuisse puto, neque dubito quin legatario qui sciens rem sibi legatam ante conditionis euentum emit, si postea conditio existat soluti pretij repetitio siue ex empto siue ex testamento actione denegetur. Quamuis enim traditum sit neminem posse rem suam emere, siue sciens, siue ignorans emerit, illud tamen certissimum est ei qui sciens emit non restitui pretium, quod ignorantem emptori restituitur, *l. sua rei 16. D. de contrah. empt.* Cuius namque per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est. *l. cuius per errorem 53. D. de regulis iur.* Quod si obicias non fuisse illicitam & inutilem venditionem quo tempore contracta est, quod tunc nondum legati conditio extitisset, respondebo fuisse quidem ab initio vtilem, sed prudentem & scientem emptorem iam illud præuidisse aut præuidere potuisse futurum ut quandocumque legati conditio existeret rem illam legati potius, quàm emptionis iure haberet: idèque si pretium lubens soluerit nec quicquam de eius repetitione sit protestatus, videtur id donasse & omnem repetendi spem abiiecisse. Quamquam autem verum est quod interpretes obiciunt, non potuisse eo tempore legatum conditionale repudiari, inde tamen non rectè inferas actionem ex testamento ad pretij repetitionem superesse. Iniquum enim esset non aliter absolui heredem ab actione ex testamento, quàm si emptori restitueret pretium quod sibi ab emptore ipso donatum fuisse intelligitur: neque enim de ea donatione testator quicquam cogitauit: & obseruandum est, etiam *in d. §. qui seruum*, de ignorante non de sciente emptore Iulianum loqui. Illud sanè facilius concedam etiam cùm sciens legatarius rem legatam emit, hætenus superesse ex testamento actionem, ut heres, idèque venditor rem illam emptoris facere teneatur, eiuque dominium in emptorem transferre, quam actione ex empto tradere duntaxat non dare debuisset.

p iij.



**EQVIMVR** libenter vt in cæteris ferè omnibus ita in titu-  
lorum ordine & inscriptione Pandectas Florentinorum : in  
quibus de priuilegijs creditorũ titulus nullus est, sed quæ in ve-  
teribus codicibus eius tituli prima lex erat, decimam sextam  
efficit tituli. *De reb. aucthor. iudic. possid.* Et est *l. cum bona*. cuius  
nouam explicationem pollicemur, ab Accursij, & veterum omnium interpreta-  
tionibus alienam. Sic autem Caius scribit, Cùm bona ueneunt debitoris, in  
comparationem extranei. & eius, qui creditor cognatusue sit, potior habetur  
creditor, cognatusue, magis tamen creditor quàm cognatus, & inter credito-  
res potior id, cui maior pecunia debebitur. Accursius duplicem interpreta-  
tionem afferri posse ait. Primam illam vt si bona debitoris contingat addici cre-  
ditoribus & ex creditoribus alij sint debitoris cognati, alij extranei, hoc est,  
creditores quidem, sed non cognati, potior causa sit eorum, qui & creditores  
sunt & cognati : inter eos verò qui creditores tantum sunt, non etiam co-  
gnati, præferantur cæteris ij quibus maior pecuniæ quantitas debetur. Alterã  
hanc vt si inter plures creditores disputetur an bona debitoris vendenda sint  
necne, eorũ creditorum sententia sequenda sit qui vel cognati quoq; sunt, vel  
maioris pecuniæ creditores. Vtramq; verò interpretationẽ illud refellit, quòd  
prima legis verba ostendunt manifestè, neq; de addicendis, neq; de uendendis,  
sed de ueditis debitoris bonis eo loco tractari: nec de illo stipulationẽ institui  
cui addicenda sint bona, aut quorũ voluntate vendenda, sed de hoc potius, cùm  
postulantibus creditoribus venduntur, quis in eorum emptione sit præferen-  
dus. Verba enim hæc sunt, *Cùm bona ueneunt debitoris*. quibus neutra Accursij  
interpretatio conuenire potest. Aliud enim est bona debitoris vendi, vt ex re-  
dacto pretio creditoribus satisfiat : aliud verò creditoribus ipsis addici, & ve-  
lut in solutum acquiri: quod non aliter fieri potest, quàm si nullum emptorẽ  
bona inueniant *l. ult. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit.* Quemadmodum & a-  
liud est bona debitoris vendi, aliud de iis vendendis aut non vendendis dis-  
putari. Sed & de illo ridiculum est dubitare, an bonorum debitoris venditio,  
per aliquos ex creditoribus quantumuis creditores cognatique sint impediri  
possit. Siue enim anterior sit creditor qui bonorum venditionem postulat, cu-  
iuscumque tandem summæ sit creditor, cæteri quominus is debitoris bona  
distrahat nisi debitum offerant, interpellare non possunt. *l. ult. & tot. tit. C. si  
antiq. credit. pign. vendider.* Siue posterior sit creditor, etiam aduersus anterior-  
es pignoratitios ius offerendi habet, neque anteriorum quicquam interesse  
videtur, at potius iis prodesse vt bona distrahantur, in quibus præter ius ipsum  
debiti nullum aliud habeant *d. l. ult. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit.* Illud quo-  
que apertum est, non de creditoribus duntaxat cognatisque loqui Iurecõsul-  
tum, sed etiam de extraneis, cùm ait, *in comparationẽ extranei, & eius qui cre-  
ditor. cognatusue sit.* Comparat enim creditorẽ aut cognatum cum eo qui ex-  
traneus sit, id est, neque creditor neque cognatus, vt valde ineptum sit quod  
Accursius extraneum interpretatur eum, qui & creditor sit, non tamen co-  
gnatus. Nam extraneum neq; rectè dicimus eum qui non sit cognatus, neque  
Caius comparat cum eo qui sit creditor cognatusq;, sed cum eo qui sit cre-  
ditor, vel cognatus, siue creditor tantum sit, siue cognatus tantum. Bartolus  
autem et si rectè animaduertit non de iis duntaxat intelligi legem debere, qui  
sunt

sunt creditores, in eo tamen labitur, quòd veteris cuiusdam interpretis senten-  
tiam secutus, putat eum legis sensum esse, vt in comparatione creditorũ inter  
se, præferatur is qui creditor cognatusque sit. Quasi verò iuri creditoris ius  
cognitionis aliquid possit addere, cùm de iure & priuilegio aut dispendio  
creditorum disputatur. Atqui non ita Caius loquitur, vt eum qui creditor, co-  
gnatusque sit præferendum dicat ei, qui non nisi creditor sit, sed ex contrario  
scribit, extraneo, id est, ei qui neque creditor neque cognatus sit præferri eum,  
qui sit creditor, aut cognatus, vt si cætera omnia sint paria, puta si uterque bo-  
norum, quæ venduntur par pretium offerat, is qui creditor est, non cognatus,  
aut cognatus non creditor ei qui neque creditor neque cognatus sit, omnino  
anteponatur. Prius enim habenda ratio est necessariarum personarum si ido-  
neæ sint. *l. Imperator 60. D. de pact.* Sed si inter eos quorum alter creditor alter  
cognatus debitoris est, de iure & priuilegio prælationis disputetur, id obser-  
uabimus, vt potiores faciamus causam creditoris quàm cognati. *Æquissimũ*  
enim est præferri in emptione creditores, quorum præcipuè negotium geri-  
tur, ac quibus postulantibus bona venduntur. Verum si inter creditores tan-  
tum res agatur, nec quisquam alius qui creditor non sit, ad emptionẽ accedat,  
magis placet præferri eum, qui maioris pecuniæ sit creditor, idq;, vt ego qui-  
dem arbitror, licet ex aliis creditoribus quidam sint etiam cognati debitoris:  
quoniam hac parte, vt dixi, ius crediti proculdubio potentius est quàm ius co-  
gnationis. In eoque cùm vel maximè eluceat creditorum priuilegium, inde  
fortassis sumpta est à veteribus interpretibus occasio distinguendi commenti-  
tiũ illum titulum De priuilegijs creditorum, ab eo qui præcedebat De rebus  
aucthoritate iudicis possidendis, vel venundandis. Denique nullum in tota ea  
lege verbum est, quo probari possit potiores esse causam eius qui creditor  
cognatusque sit, quàm eius qui sit creditor tantum: neq; enim de creditore, &  
cognato coniunctim Caius loquitur, sed disiunctim his verbis, *creditor cogna-  
tusue*. quod ab interpretibus non obseruatũ communi omnium errori causam  
dedit. Huic verò explicationi nostræ valde conuenit, quod Sabaudia statuto  
non dissimiliter cautum est, de priuilegio creditoris cuius nomine bona sub  
hasta venduntur, vt extraneo emptori si par pretium uterq; offerat, præferatur.  
Statuti verba quamuis minus elegãtia, quia tamen non omnibus sunt in prõ-  
pitu hæc quæ ad rẽ pertinere videntur, subiiciemus. Et in ipso tertio & ultimo  
foro seu sub vltima subhastatione, & crida lapsis dictis terminis plus offerenti  
vendantur & expediantur ipsa bona pro pretio maiori inde oblato soluendo  
victori, seu creditori, in cuius fauorem fuerit lata sententia. Et fiet huiusmodi  
executio, vel expedientur ipsa bona eidem creditori seu victori si maluerit, &  
ea retinere voluerit pro maiore pretio inde oblato. Ad rem verò non per-  
tinet si quis obiiciat, quod Accursium sefellisse videtur, non admitti credito-  
rem ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores inueniuntur.  
*l. 2. C. si in caus. iudicat. pignus capt. sit. l. 3. C. de excur. rei iudicat. l. vlti. §. sin verò  
nemo. C. de iure dominij interpretando.* Hæc enim differentia sunt, admitti credi-  
torem ad licitationem, & facta licitatione habere eum ius prælationis, aut,  
vt statutum nostrum loquitur, retentionis. Non admittitur ad licitatio-  
nem quandiu alij emptores inueniuntur, quoniam absurdum videretur  
constitui ab eo pretium rei alienæ quæ postulante ipso, & ipsius veluti no-  
mine vendatur. Sed facta licitatione habere eum ius prælationis, nec absur-  
dum, nec iniquum est, cùm neque debitoris quicquam intersit, ad quem res

sua perueniat, dummodo debiti liberationem, & si quid prætereà ex pretio supererit consequatur: neque extranei emptoris, cui nihil deperit, liberumq; est si velit maius pretium offerre, vt creditor qui tantundem offerre nolit, licitatione superetur. Idq; debitoris commodo plerumque cedit, cum extraneus emptor vt creditori retentionis, & prælationis ius auferat, pluris rem licetur, quàm quanti reuera sit. Hoc verò nec Bartolus ipse animaduertit: certe non explicauit.

*Ad §. sed cum emptor. l. à Diuo Pio 15. D. de re iudicat.*

CAPVT XVI.



**A**T quid si in iudicati executione debitoris condemnati bona pignori capta sint, tum distracta, & extraneo emptori addicta, neque tamen emptor pretium soluat? qua tandem actione aut ratione creditori consulatur? Hæc quæstio pertinet ad ea, quæ Vlpianus tractat in *l. à Diuo Pio 15. D. de re iudicat.* in qua cum multa perobscura sunt, & difficilia, tum illud meo iudicio pessimè ab interpretibus omnibus acceptum est, quod scribitur in *§. sed si emptor*, iudices qui sententiam exequantur, non debere aduersus emptorem qui pretium non soluit, manus porrigere, & vltra procedere, ne vel lōgè res abeat, si fortè emptor neget se emisse, aut exsoluisse contendat, vel nimis propere iudicetur ac contra solitum iuris ordinem si in dicta causa statim emptor condemnatur & pro iudicato habeatur, *maximè*, inquit Vlpian. *cum nec habeat actionem aduersus eum is, cui iudicatum fieri desideratur.* Sic enim ab interpretibus omnibus verba hæc sumpta sunt, quasi Vlpiani sententia sit, victorem creditorem qui sententiam obtinuit, nullam habere actionem aduersus emptorem, quod scilicet emptor non ab eo emerit, sed ab executore. Quod si verè diceretur, non video quo sensu possit ea ratio ad id quod Vlpianus tractat accommodari. Nam rationē reddere Vlpianus voluit, cur iudicati executores melius faciant si se non interponant, & manus nō porrigant aduersus emptorem qui pretiū non soluit. Quid verò commune cum eo habet quod aiunt interpretes, nullā creditori contra emptorem actionem dari? Imò potius ea ratio facere deberet vt executores emptorem ad pretij solutionem compellerent, si nulla creditori ad pretium recipiendum actio competere potest. Alioqui iniuria proculdubio afficietur is, qui creditor est & iudicatum fieri desiderat, si neque aduersus emptorē agere possit, neque ab executore petere, vt ex officio suo emptorem condēnet. Atquin Vlpianus apertè scribit nullā ex eo fieri iniuriam creditori. Deinde non puto verum, quod illi sine lege comminiscuntur venditionem ab executore factam nullum creditori aduersus emptorem ius acquirere. Parum enim videtur interessè an creditor ipse pignus vendat, an eo postulante magistratus, qui sententiā exequitur vendi iubeat: & hoc casu, vt aliis plerisq; nostri tradunt, factum iudicis est factum partis, aut potius vt scriptum est in *l. C. si in caus. iudicat. pig. cap. sit.* in vicem iustæ obligationis succedit ex causa contractus autoritas iubentis. Et eo sanè iure vtimur, vt si pretiū non soluat, actio creditori aduersus emptorem eo nomine detur, neque alius iuris locus quærendus est qui id apertius probet, quam hîc de quo disputamus. Ea enim haud dubiè Vlpiani sententia est, creditori qui iudicatum fieri desiderat, nullam competere actionem aduersus executorem, nec videri executorem fecisse litem suam, licet is emptorem pignoris ad pretij solutionē non

non coegerit, neque tamen idè iniuria affici creditorem, cui scilicet propta & parata sit actio contra emptorem, qui nihil possit dicere, cur non ad pretiū condemnari debeat, quandoquidem ea est publicarum venditionum conditio, vt res pignori captas & distractas præsentem pecunia distrahi oporteat, non sic vt post tempus pecunia soluat. Neque enim ea mente venditio fit vt debitoris persona mutetur, sed vt debitor liberetur, & vt vetus obligatio perimatur, non noua contrahatur. Emptor igitur, qui ad publicam venditionem accessit, eius leges & conditiones vel ignorauit, vel certè ignorare non debuit, idèoque recusare non potest, quominus agenti creditori pretium soluat. Actio autem dabitur, vt opinor, in factum, quæ & ex iudicato datur. *l. actori. 8. C. de reb. cred.* neque enim vlla alia actio competit quæ nomen habeat, quod cum accidit, subsidiaria in factum necessaria est, *l. quia actionum. 11. D. de præscript. verb.* Fefellit verò Accursium, cæterosque omnes interpretes, quod in libris quibus utebantur scriptum erat, vt in plerisque etiamnum scriptum legimus, *melius igitur erit si non se interponant.* Ea enim lectio faciebat vt verba quæ sequuntur, *aduersus eum*, ad executorem referre non possent de quo non in singulari sed in plurali numero dictum fuisset. Sed in Florentinis, aliisque emendatioribus, non *interponant* legitur, sed *interponat*, mutato plurali casu in singulari, vt aliàs plerumque fieri adsolet, & in præcedente eodèmq; sita ab Vlpiano vsurpatum & factum esse animaduertimus. Nostram verò interpretationem illud quoque omnino confirmat, quod ea Vlpiani ratio, quæ sequitur, *oportet enim res pignori captas, & distractas præsentem pecunia distrahi non sic vt post tempus pecunia soluat* alium sensum recipere non potest, quàm vt propter eam causam, creditori aduersus emptorem actio competat, quæ competere non posset si res pignori captas & distractas præsentem pecunia distrahi necesse non esset. Facilius autem est, quod Vlpianus subiicit si iudices qui sententiā exequantur, velint se interponere in coercenda mora emptoris qui pretium nolit soluere, hæc tamen debere interuenire vt ipsam rē addictā capiant, & distrahant, quasi nō vinculo pignoris liberatā. Neque enim ad inducendā liberationem sola venditio sufficit, nisi pretium creditori soluat, cui ea res prius erat obligata. Verum illud magis mirari quis possit, cur iudices qui sententiā exequantur aduersus emptorem, porrigere manus non debeant. Cum enim à Diuo Pio rescriptum sit, magistratus populi Romani iudicium à se datorū sententias exequi debere, magistratuum verò plenissima esset potestas, dici sanè vix potest, cur non in executione facere poterint ea omnia, quæ ex ratione & æquitate facienda viderentur. Nisi fortè quis dicat, eo Diui Pij rescripto sublatam potius fuisse iudicibus qui de facto cognouissent, & sententiam tulissent, exequendi potestatem, quàm impositā magistratibus qui iudices dederant, eorū sententias exequendi necessitatem. Et magistratus non per seipfos sed per alios iudices datos sententias exequi solitos fuisse, & verisimilius est, & ex ipsis verbis Vlpiani in *d. l. à Diuo Pio.* cognosci faciliè potest, præsertim ex *§. vlt.* vbi scriptum est pupillarem pecuniā, licet in arcam reposita sit, ad comparisonem prædiorū, & citra permissum prætoris ab eo qui exequitur iudicatum solere capi, & in iudicati causam conuerti. Frustrà enim de Prætoris permissu quæreretur, si Prætor ipse sententiam iudicis à se dati exqueretur. Iudex igitur à Prætore datus neque pro iudicato habere poterat emptorem qui non erat condemnatus, neque condemnare statim & in dicta causa eum qui aut nō emisse aut pretium exsoluisse se cōten-

diffet, nec denique de facto cognoscere qui non ad cognoscendum, sed ad exequendum datus fuisset. Quamquam & in magistratu si quis volet idem ferè dici potest: quia nec pro iudicato habere nec condènare potest prius quàm perspecta sit rei & facti veritas: neque itè de facto cognoscere & iudicare, quòd id à maiorum magistratum imperio & dignitate alienius videretur in id vsque tempus quo ius illud veteris posteriorum Imperatorum constitutione abrogatum est in *l. 2. C. de pedan. iudic.* Vnde illud est quod Cicero ad Quintum fratrem scribit, *Pratorem non solere iudicare deberi.*

## Varia emendationes.

## CAPVT XVII.



**S**I nauis tua impacta in meam scapham damnum mihi dederit, quæsitum est, quænam mihi actio competat. Et placet Vlpiano ex Proculi sententia in *l. quemadmodum 29. §. si nauis tua. D. ad leg. Aquil.* ita distinguendum esse, vt si in potestate nauarum fuerit ne id accideret, & culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agatur, quòd parùm referat an nauem immittendo aut seruaculum ad nauem ducendo, an tua manu damnum mihi dederis: quia his omnibus modis per te damno adficior. Sed si fune rupto, aut cum à nullo regeretur nauis, incurisset, quia his casibus cum nautis agi non potest, quorum scilicet culpa nulla argui possit, cum domino agendum esse videatur. Sic enim locus ille sublata negatione, quæ in postremis verbis est, legendus videtur. & explicandus. Nam cum ruptis funibus, aut quòd à nullo nauis regeretur damnum datum est, imputari certè domino potest, qui non prospexerit vt & ab aliquo nauis regeretur, & bonis funibus esset instructa: ideòq; à domino nauis factum damnum videtur, quod ipsius culpa contigit. Ex quo responderi potest ad id, quod Accursius obiicit, pro rebus inanimatis neque noxaliter, neque Aquilia lege agi posse. Est enim nauis inanimata res est, vsùm tamè & utilitatè nullam præstat, nisi ab homine regatur & gubernetur: vnde fit vt generaliter diffiniri possit, quoties nauis damnū facit dari eo nomine actionem vel aduersus nauas, si eorum culpa factum sit, vel aduersus dominum, si nihil sit quod nautis imputetur. Nec video quis casus excipi debeat, nisi cum tanta vis naui facta est, vt temperari non potuerit, quomodo idem Vlpianus in eadem lege scribit *§. si nauis alteram*, vbi & Accursius ipse sui, vt videtur immemor, notat, teneri dominum de damno, quod nauis dedit, nisi casu fortuito id contigerit. An autem dici potest casu fortuito fieri vt fune rupto, aut cum à nullo regitur nauis incurrat & damnum faciat? An non potius culpa domini est, qui præuidere potuit, & debuit futurum vt si non bonis funibus instructa esset nauis, aut à nullo regeretur, facilè in aliam nauim incurrare, damnumque afferre posset? Sed & contextus ipse verborum si propiùs inspicias, id plane demonstrat. Distinguit enim Vlpianus an nauarum culpa damnum factum sit, necne: & cum illo casu dicat cum nautis agendum esse, cõsequens est vt altero scripserit, non generaliter actionem nullam superesse, sed cum ipsis agi non posse, at cum domino agendum esse, alioqui ita scribere debuerat, *Sed & si fune rupto*, non ita vt scriptum est aduersatiuè. *Sed si & c.* Quas verò leges Accursius ad receptæ lectionis confirmationem adducit, tam apertum est ad rem non facere, vt in eo plaribus demonstrando operam ponere nil sit necesse.

In *l. si quis cum 39. D. de condi. indeb.* abundant & tollenda sunt verba illa, *plus debito*, vt pote quæ ex interpretis alicuius glossa & interpretatione ad præcedentia

dentia illa, *quasi indebitum*, in textum irrepserint. Sensus enim est heredem qui poterat sibi cauere à fideicommissario, si non cauerit, & totam hereditatem sine cautione restituerit, posse fideicommissum repetere conditione indebiti, tanquam indebitum solutum. Non enim tantum plus debito solutum videri potest ex eo quòd cautio prætermissa est, *l. 3. §. ultim. D. si cui plus quàm per leg. falcid.* Sed & totum ipsum fideicommissum indebitum fuit: quoniam quibus casibus cautionem præstare fideicommissarius debet, puta cum periculum est ne heres qui ante restitutionem multa administravit, iudiciis quibus conuentus est, aut stipulationibus quibus necesse habuit promittere, obstrictus remaneat, non prius fideicommissum debere videtur, neque id restituere cogitur, quàm si ei caueatur. *l. cum hereditas 36. D. ad S. C. Trebell.* Quamquam & si malit, ipsam duntaxat cautionem, quam omisit, condicet, incerti conditione. *argum. l. hoc Senatusconsultum 5. §. 1. D. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.*

In *l. cum hic status 32. §. si nurus 18. in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* malè & corruptè nunc in omnibus libris legitur *ratione noua*. Legendum enim est; *oratione*, quomodo veteres interpretes legisse Accursij glossa testatur, & ita legendum esse quæstio ipsa quæ in eo §. tractatur, ostendit. Quærit enim Vlpianus an si nurus socero donauerit, & focer superstite filio, nuruque decesserit donatio confirmetur, an extinguatur & finiatur oratione noua Seueri & Antonini, cuius tota ea lege interpretationem facit. Nam quemadmodum ante eam orationem ita ius erat, & adhuc est, vt non solum inter coniuges prohibita sint quæ inter viuos fiunt donationes, sed inter eos etiam omnes, in quorum coniuges sunt potestate, vt neque focer nurui, neque nurus socero donare possit. Ita factum est ea Seueri oratione, vt donatoris aut donatricis morte, hoc est, perseverante ad mortem vsque voluntate confirmetur sicut, ceteræ donationes, quæ fiunt inter virum & vxorem, sicut quæ focer in nurum aut nurus in focerum contulerit, & vt Papinianus dicebat eleganter, quæ ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum implorauit. Sed tamen multum interest, an nurus socero, an marito suo inter viuos donauerit. Etenim si in maritum collata donatio sit, & vxor constante matrimonio & durante voluntate decesserit, donatio omnimodo confirmatur. At cum socero hoc est patri mariti donatum est, non aliter confirmatur donatio, quàm si nurus ante maritum & focerum decesserit non mutata donationis voluntate: quemadmodum ex contrario si focer nurui donauerit, tum donatoris filius decesserit, non ideò confirmatur donatio, sed illud præterea exigimus, vt focer ante nurum durante voluntate decedat. *l. cum hic status 32. §. oratio 16.* vbi eam Papiniani sententiam Vlpianus refert, & probat. Verum quod dicimus donationem à nuru in focerum collatam non aliter confirmari quàm si nurus ante maritum, focerumq; decesserit, perpetuum nõ est. Quid enim si focer ante nurum quidem decesserit, sed filium heredem ex asse scripserit, quo superstite nec reuocata donatione nurus postea moriatur? Placet Vlpiano valere donationem, sed ita tamen vt non iam illa ipsa donatio videatur, quæ in focerum collata fuerat, sed noua potius quam in mariti personam contulisse videtur vxor, quæ cum sciret aut scire deberet extinctam morte foceris priorem donationem, passa tamen est res donatas à socero ad filium eundemq; heredem peruenire, neque donationem reuocauit quam iam olim in focerum mariti sui contemplatione & favore, vt lex præsumit contulerat. Ergo si maritus non sit à socero institutus, sed extraneus, neque prior donatio valebit, neq; noua facta esse intel-

ligeretur, quoniam nec sola maritalis affectio sufficit ad inducendam mariti favore donationem nisi ad eum donatæ res perueniant, nec eas res donatas ad extraneum peruenisse sufficit, ut donatum ei videatur, id quod non ipsius sed mariti causa donatum fuerat prius. Idque est, quod Ulpianus ait si filius heres patri non sit, finitam id est extinctam esse, & non confirmatam donationem oratione noua Seueri, & Antonini. Quod si ex parte tantum filius sit à parte institutus, non nisi pro parte donatio valebit, ut rectè Accursius admittit. Quo exemplo illud quoque dici potest, si filio pater res sibi à nuru donatas legauerit aut quo alio titulo reliquerit, nouam videri in eum collatam donationem, licet nulla ex parte patris heres sit: quia non ex institutionis titulo donationem inducimus, sed ex eo duntaxat, quod donatæ res ad maritum perueniunt, volente & sciente uxore, quæ iam eius intuitu & favore donasse eas socrero videbatur. Illam autem Seueri, & Antonini constitutionem & orationem Ulpianus nouam appellat, quod suis temporibus facta esset, & ius vetus correxisset. Sic nouam clausulam Marcellus dixit in l. 3. D. de coniung. cum emancip. liber. eius. & idem Ulp. nouum edictum in l. 1. §. si pater 13. D. de ventr. in possess. mittend. In l. r. D. de in lit. iurand. puto sic legendum esse in fine, non enim res pluris fit per hoc, sed contumacia æstimatur ultra rei pretium expuncta particula ex: quæ si retineretur, ineptam efficeret adeoque falsam legis sententiam. Quamuis enim crescere possit condemnatio per iurandum in litem ex contumacia non restituentis, non idè tamen dicendum est pluris esse rem, quæ in iudicium deducta est, & cuius nomine iurandum defertur: quia, inquit Ulpianus, non pluris res fit per hoc, sed contumacia æstimatur ultra rei pretium. Atqui hæc omnino contraria sunt, rem ex contumacia æstimari ultra verum rei pretium. Et rem non fieri pluris per contumaciam. Deinde quis sic loquitur, rem ex contumacia æstimari ultra rei pretium? Quare & in quibusdam libris pro rei scriptum vidi eius, quod ab aliquo Grammatico correctum esse videtur, eoque imperito. Debuerat enim scribere suum non eius. Confirmat etiam emendationem & opinionem nostram, quod scriptum est in l. inter hæc verba 179. de verbor. significat. quam cum hac coniungendam esse vtriusque inscriptis demonstrat. Est autem sic coniungenda, ut iuramento in litem æstimetur primum quanti res est, id est verum rei pretium, deinde & ultra pretium, contumacia non restituentis. Cæterum fieri numquam potest ut res pluris quam quanti re vera est æstimetur, idque Ulpianus docere voluit in d. l. 1. de in lit. iurand. In l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulgar. & pupill. substitut. scio esse qui putent traiecta esse verba illa, utrum pro ea parte pro qua scriptus fuit veniat, an verò pro ea, quam cepit, & ita reponenda, utrum pro ea parte quam cepit, veniat, an pro ea parte pro qua scriptus fuit. Sequitur enim, ita ut augeatur eius pars in substitutione. Tractat verò eo loco Paulus de patre qui plures sibi heredes instituerat, eosque filio ita substituerat, quisquis sibi heres esset. Cum autem vnus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem testatori accommodauerat, ut non capienti partem ex eo quod acceperat daret, deinde ad substitutionem impuberis admissus esset, querit Paulus utrum ex substitutione admitendus sit, pro qua parte scriptus fuit & institutus, an verò pro ea parte, quam cepit. Neque enim omnem eam partem accepit, ex qua scriptus erat, quia quod ei datū fuerat, ut fraus legi fieret, ab eo tanquam indigno ablatū est. Itaque augebitur pars eius in substitutione si ad substitutionem admittatur, pro ea parte ex qua scriptus fuit, non pro ea duntaxat, quam cepit. Vnde moueor ut illa receptæ

lectionis

lectionis emendationem facile adprobem, nisi quis probabilius existimet addendam esse negationem in illis verbis, ita ut augeatur, & legendum non augeatur, quomodo Melchiori de Fillion Viennensi ornatissimo & acutissimo Iuriconsulto mecum ea de re aliquando disputanti videbatur. Alterutram enim emendationem non solum probabilem, sed etiam necessariam & omnino comprobendam esse puto. Respondet verò Paulus augeat partem in substitutione, quoniam is qui in fraudem legum fidem accommodat, heres efficitur, nec idè definit heres esse, quod res, quæ ita relictae sunt ab eo auferantur. Sed etsi defineret heres esse, idem nihilominus iuris constitueretur fortè si post aditam hereditatem, in seruitutem redactus esset, deinde libertate donatus. Sufficit enim ex verbis substitutionis heredem fuisse patri eum qui ad substitutionem vocatus est, satisque is qui tacitam fidem accommodauit punitur in eo quod contra leges fecit.

Alia emendationes.

CAPVT XVIII.



**N**OTA est iuris regula, quæ habet testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. l. illa institutio 32. D. de hered. instit. Ea res facit ne testamento rogari heres possit, ut aliquem heredem instituat. l. filius familias 114. §. ut quis heredem. D. de legat. 1. vbi tamen Marcianus monet perinde esse id habendum atque si testator hereditatem restituui rogasset: idque Senatim censuisse. Neque enim verba spectamus fideicommissi sed sententiam quibuscumque verbis conceptam, dum testator senserit, ut hereditas restitueretur. l. vbi pure 19. §. 1. D. ad S. C. Trebell. & in fideicommissis vtrumque precaria voluntas queratur, coniectura potest admitti. l. cum proponebatur. 64. de legat. 2. Quid ergo si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? Nam vti que permixtum est testatori ab herede legatum vel fideicommissum de ipsius heredis rebus relinquere. l. vnum ex familia 67. §. si rem tuam. eod. l. heredum 25. C. de fideicommiss. neque hoc casu de testatoris hereditate restituenda rogatus heres videri potest quem suam propriam restituere rogatum proponimus. Sed verius esse Marcianus existimat, quod & Scæuolæ, & Papirio Frontoni placuisse scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda testator rogasset. Ac cur valeat fideicommissum, dubitari certè propter ea, quæ diximus, minus potest. Sed cur de testatoris potius, quam de sua hereditate restituenda rogatus heres videatur, id verò maiorem habet atque elegantem dubitationem. Dicit tamen possit hereditatem testatoris ab herede aditam ita confundi cum patrimonio heredis, ut cum heredis hereditatem eo mortuo dicimus, non minus eam, quam à testatore accepit, quam cætera omnia quæ aliunde quæsitæ moriens reliquit, intelligamus. Vnde fit ut herede rogato restituere quartam partem hereditatis suæ, eam interpretationem accipiamus quæ & verbis non repugnat, & heredi fauorabilior est, eumque de illa duntaxat hereditate quam à testatore habuit non de reliqua restituenda rogatum interpretemur. Nulla enim ratio est, ut fideicommissi nomine plus præstet, quam ad eum à testatore peruenierit, l. 1. §. si is qui quadringenta. D. ad S. C. Trebell. §. hoc solum obseruandum est. Instit. de singul. reb. per fideic. relic. præsertim cum ea aperta non est testatoris voluntas. l. Imperator 70. §. cum quidam de legat. 2. Cum igitur heredem rogatum

post mortem suam hereditatis suæ quartam partem restituere videatur testator de sua duraxat hereditate restituenda rogasse: sit, ut eatenus restitutio fieri debeat, quatenus hereditas testatoris patitur, nec de suo præstare heres debeat quicquam. Imò & hereditatis quadrantem Senatusconsulti autoritate retinebit. Id enim est quod Marcianus ait, eatenus faciendam esse restitutionem, quatenus hereditas patitur, secundum vulgarem formam iuris. Vulgaris namque forma iuris est ut hereditas ex causa fideicommissi retenta quarta restituatur. Hoc verò Accursius non intellexit, qui cum mendoso codice vteretur, ea verba secundum vulgarem formam iuris, retulit ad principium §. sequentis, in quo tractatur de patre, qui filios suos emancipare rogatus est, & ac si ea inter sese commune aliquid haberent, vulgarem formam iuris ridiculè interpretatur, strictam, nec quis eorum verborum sensus sit explicat, qui tamen ex interpretatione nostra & Florentina emendatiorique lectione facillimus est. Verùm in eo §. quem explicamus, miror neminem hætenus emendasse verba illa, *valere fideicommissum atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*, cum manifestissimum sit pro his postremis verbis legendum esse *rogasset*. Quis enim sensus esse potest, cum dicis heredem qui post mortem suam rogatus est hereditatis suæ quartam partem restituere, videri de hereditate sua restituenda rogatum esse? An non ea locutio absurda & inepta est? Quare & Accursius ipse Iuriconsulti sententiam, magis quam vim verborum intelligens, verba illa, *atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*, de rogantis hereditate interpretatur, quod à dictionis illius *sua*, proprietate aded abhorret, & à latini sermonis ratione, ut nihil dici possit alienius. Si cui verò duriusculum videatur quod emendamus, *rogasset*, cum in præcedentibus verbis nulla testatoris mentio facta sit, cogitare is debet non dissimili locutione usum esse Marcianum in principio §. iis verbis *perinde habendum atque si rogasset hereditatem restituere*: quæ ad alium, quam testatorem referri non possunt, ut & ipsa legis sententia probat, & quod Vlpianus de eadem questione eodémque sensu pluribus verbis scribit in *l. ex facto 17. in princ. D. ad S. C. Trebell. In l. si quis instituatur 23. §. item si conditioni. D. de hered. instit. erratum etiam est in postremis §. verbis, & legendum *curatores non procuratores*. Tractat enim eo loco Pomponius de herede instituto sub cõditione cui parere non possit, quòd in alterius fortè factum, aut in quendam casum collata sit. Et ait tunc postulantibus creditoribus constituere Prætorem, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditæque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere iussum, & interim, id est, quamdiu bona possidebuntur, necdum vendentur, ea, quæ urgebunt per curatores distrahi curaturum. Solet enim hoc casu curator bonis dari, non procurator, cum nemo dominus sit, qui procuratorem constituere possit. *l. 1. §. 2. D. de curat. bon. dand.* aliisque locis quos in hanc rem Accursius citat, ut facilè ex eo appareat legisse illum *curatores*: quomodo & in §. seq. cum in quibusdam libris scriptum sit *per procuratorem soluendum as alienum* in aliis emendatioribus legimus *curatorem*: nato fortassis errore ex particula illa *per*, quam breui nota scriptam cum quidam existimarent significare *pro*, ceperunt legere *procuratores*: deinde, ut ea lectio sensum aliquem haberet scripserunt *per procuratores*. In *l. si seruus 108. §. pen. de leg. 1.* puto in illis verbis, *parum quidè aptè scribi*, legendum esse, *apertè non aptè*. Nam & sic quidam codices habent, & Africani sententia est, cum in testamèto ita scribitur, *Te Titi rogo, ut accipis centum, illum seruum manumittas, vel Sempronio quid præstes*, intelli-*

intelligendum esse heredis fideicommissum ut pecuniã Titio præstet, quamuis id parum apertè scriptum sit. Aptè quidè id scriptum est, sed nõ satis apertè: quia propositis verbis heres pecuniam Titio dare neq; iussus neq; rogatus est. Erroris autem causa eadè fuit quæ in *d. l. si quis instituatur*, quod in dictione illa *aperte*, syllaba *per*, notata esset vnica litera *p*, & breuiter scripta. In *l. cum centum 9. D. de adim. legat.* manifestum est in illis verbis *siquidem voluit esse hæc quinquaginta*, legendum esse, *centum quinquaginta*. sequitur enim *centum quinquaginta debebuntur*. Et mox *sin verò quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur*. Id enim Vlp. agit ut doceat tantum deberi quantum testator voluerit. In *l. 1. versic. planè. D. de diuers. temporal. præscriptio.* non dubito quin addita negatione legendum sit, *Planè is, qui valetudine impeditur ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi non habeat potestatem*. Mouet me, quod paulò antè lex ait experiundi potestatem non habere eum, qui neq; experiri ipse potest, neq; alteri mandare ut experiatur. At qui valetudine impeditur, ut mādare possit, is neq; ipse experiri, neq; alteri mandare potest. Necessariò igitur consequens est, ut experiendi non habeat potestatem. Idq; aded apertum est ut facilè appareat ab imperito aliquo interprete detractā esse negationem, quam restitimus, cum fortè homo ille minimè malus, sed parum benè loquendi peritus, iis verbis, *qui valetudine impeditur, ut mandare possit*, eum significari crederet, qui valetudine quidem impediatur, sed ea tamen ut mandare possit. At cõtrà dixit Vlp. *ut pro ne modo loquēdi Latinis omnibus, sed Ciceroni maximè familiari, quemadmodū pluribus locis qui omnibus in promptu sunt cõfirmari facilè posset. Scio factū postea esse, à politiori aliquo interprete, ut legi ceperit, Is qui ea valetudine impeditur ut mandare possit*: quæ lectio receptæ lectionis sententiam sic immutat ut negationem quā deesse dicimus non patiatur. Sed præter id quod locū hūc ab interpretibus corruptum esse vel ex eo intelligere possumus, quòd in plerisque libris scriptum legimus, *in ea causa est ut experiundi non habeat potestatem*, pro eo quod nūc antè dict. versic. planè in Pand. Flor. legitur, *experiundi potestatem non habet*. Illud etiam me mouet, quod in d. versic. planè, probabilius videatur tractare Vlpianum de eo qui experiundi non habeat potestatem, de quo & in præcedentibus loquitur, & in sequentibus. Denique tota ea lex est de eo qui experiundi potestatem non habet, ac cui proinde viles dies, de quibus eo loco disputatio instituitur, cedere non possunt. Progreditur autè Vlpianus à facilibus ad faciliora, hoc modo: Is, inquit, experiundi potestatem non habet, qui vel apud hostes, vel in vinculis, vel Reipubl. causa abest, vel tempestate in aliquo loco detineretur, ut neque experiri, neq; mandare possit. Illud verò apertius est eum, qui valetudine impeditur ut mandare possit, experiri non posse. Hoc autem cur apertius est? Nimirum, quia difficilior credatur eum, qui Reipublicæ causa abest, mandare non potuisse, quàm eum, qui valetudine impeditus est ut id faceret. Verùm illud vtiq; neminem fugit, hoc est, omnium apertissimum est, experiundi potestatem non habere eum, qui Prætoris copiam non habeat, quoniam experiri de iure suo nisi apud Prætorem non potest. In *l. solidum 85. D. de solut.* iam pridem obseruari restituendum esse receptæ lectionis inuersum ordinem, & sic legendum, *Solidum non soluitur non minus die, quàm quantitate*. Nam certè minus soluit, qui tardius soluit, & rempore sicut quantitate minus soluit. *l. ut si cui 12. §. ut. D. de verb. signific.* Ridicula verò esset sententia & indigna omnino elegantia Callistati, si quis diceret solidum non solui, nõ minus quātitate,

quàm die. Quis enim de hoc dubitet? Sed postea cõperi Petrũ Fabrum singularis eruditionis & existimationis virum, iuris scientia & clarissimorum honorum gloria præfulgentem, locũ hunc iam ante nos eadem omnino felicitate, & ratione emẽdasse. Quo nomine tantũ abest, vt obseruati erroris, & elegãtis emendationis laudem nobis præreptã esse doleamus, quin potius gloriemur, idem nobis hac in re, quod tanto viro iudicium extitisse: idque his nostris scriptis publicè testatum facere voluimus, vt debuimus, ne in plagij crimen quod benè natis omnibus maximè fugiendum putamus, vtrò incidisse videremur.

*Indicantur Triboniani additiones quibusdam Digestorum locis.*

CAPVT XIX.

**R**E C T E ac verè doctissimi plerique ætatis nostræ Iurisconsulti obseruarunt multos iuris veteris locos à Triboniano pro arbitrio interpolatos esse, & immutatos, quibusdam verbis, atque interdum sententiis integris vel additis, vel detractis, vel deniq; intermixtis. Quod quamquam permultis aut parum aut nihil curandum videtur, quorum imperitia & negligentia cæterorum eruditioni atque diligentia fortassis velit inuidere, ego tamen non solum ad diligentia laudem, sed etiam ad ipsam iuris in quo versamur cognitionem assequendam valde referre arbitror. vt sciamus quid quoque loco ab ipsis iuris authoribus scriptum sit. quidve in eorum responsis à Triboniano immutatum. Atque huius quidem rei exemplum elegans & vt mihi videtur, non obscurum indicam superiore libro, in interpretatione *l. actio 47. D. de negot. gest.* Sed ad hanc capite alia pleraque, nec obscuriora, meo iudicio, nec obseruatione indigniora, quæ à nemine adhuc animaduersa fuisse non minus mirandum sit, quàm mihi, quòd ea primus obseruauerim gratulandum. In *l. si cum dotem 22. D. solut. matrim.* manifestum est, Vlpianum cuius ea lex est, nihil aliud agere quàm vt tractet & doceat à principio vsque ad *§. transgrediamur*, cui competat profectitiæ dotis restituendæ exactio, patrince, an filia iis casibus vtriusque voluntas, & consensus concurrere non potest. Etsi enim dici solet communem esse patris, & filia dotis profectitiæ repetitionem, tamen id perpetuum non est. Quid enim si cum dotem daret pater, in vnum duntaxat casum pepigerit sibi reddi, puta in diuortium vel in mortem? Nemo dubitat quin in alium casum in quem non pepigit, mulieris non patris sit actio. Aut quid si post solutum matrimonium, ac citra patris voluntatem maritus dotem soluerit filia familias, non perdituræ sed ex iustis causis, fortè vt liberis aut fratribus egentibus consuleret, vel eos ab hostibus redimeret, in easque res dos consumpta sit, quis dicat patri aut eius heredibus vllam dotis nomine actionem superesse? Quid item si pater filia absente de dote egerit, ommissa satisfactione quæ interponi debuerat de rato, deinde filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit quantum dotis nomine satis esset, an non æquissimum sit compensari ei in dotem quod à patre accepit, vt si aduersus maritum agere velit doli mali exceptione repellatur? At ex contrario si patri propter condemnationem Romæ, vbi dos petatur, esse non liceat, cur non admittamus filia dotis nomine satisfieri oportere, si modo caueat ratam rem patrem habiturum? Quid item si patris persona tam turpis sit, vt vereri debeat iudex ne acceptam dotem malè consumat, atque ideò filia latitet ne tali patri consentire cogatur, atque vt potius per absentiam ei verecundè contradicere videatur?

Quis eo

Quis eo casu putet patri agere permittendum citra filia voluntatem? Rursus quid si constante matrimonio filia furere cœperit, ac diuortij causa pater nuntium miserit? At non ei concedendum est, vt soluto per diuortium matrimonio sibi filiae suæ dotem reddi intendere possit? Quid contra si pater ipse furiosus existat, nec curatoris sit copia? (sic enim legendum est, non culpa) Cur non filia liceat agere, ita vt caueat de rato, quemadmodum si ab hostibus pater captus esset? Hi omnes casus sunt quos in *d. l. si cum dotem*. Vlpianus sigillatim & recto ordine prosequitur, breuibusque ac elegãtib; verbis & sententiis quid iuris in singulis statuendum sit explicat, & demonstrat. Neque aliud quicquam ab eo tota illa lege traditum arbitror vsque ad *d. §. transgrediamur*, nisi quod in *§. eo tempore*, apertissimè monuit, eo tempore patri cõsentire filiam oportere quo lis contestatur: atque ideò si quæ prius dixerat se consentire ante litis contestationem voluntatem mutauerit, aut emancipata sit, frustra patrem acturum, nisi nouus filia consensus accedat. Nam intermixtè illæ quaestiones, An propter superuenientem furorem alterutrius coniugum, aut ex eo quod à marito vxor negligatur, vel dotem maritus dissipet, dotis repetitioni locus esse possit, & cætera huiusmodi quæ tractantur à *§. si maritus. vsque ad §. item pater furiosus*. Ea inquam, omnia tam apertè Tribonianum redolent, & ab Vlpiani elegãtia abhorrent, vt nihil mihi videatur dici posse apertius. Etenim præter id quòd ex disputationes à præcedentibus & sequentibus omnibus prorsus alienæ sunt, & discrepantes ipsa quoque orationis structura longis verborum inuisitatorum ambagibus, nouisq; & parum elegantibus loquedi formulis referta & inuoluta se prodit satis. Neque, puto, de illo quicquam dubitabit, qui eum textum cũ Iustiniani Constitutionibus à Triboniano compositis conferre velit, & illud etiam animaduertere, Imperatoris noui ius constituentis, potius quàm Iurisconsulti de iure respondētis videri verba illa, *licentia erit compoti mentis personæ*, itemq; illa sequentia *tunc licentiã habeat*. quæ imprudenti Triboniano neque ad id quod agebat satis attendenti excidisse videtur. Sumpsit verò ille occasionem hæc intermiscendi ex eo quod in *d. §. item pater*. Vlpianus de patre filia furiosæ loquitur, quem nuntium mittere posse, & filia nomine diuortium facere breuiter, & quasi extra rem docet quoniam, vt diximus, tota ea lege tractat de dote soluto matrimonio, repetenda, solui vero matrimonium non posset nisi patri furiosæ filia nuntium mittere liceret, cùm filia quæ propter furorem sensu carere intelligitur, mittere ipsa non possit. Sed cogitare Tribonianus debebat, planè diuersum esse tractatum, si quis quærat, cùm maritus, vel vxor constante matrimonio furere cœperint, quid faciendum sit, & an ea iusta diuortij causa esse videatur. De quo tamen nec dubitandi causa vlla erat Vlpiani temporibus, quibus libera erant diuortia, adeo vt furiosæ quoque vxori maritus, & contra furioso marito vxor repudium mittere posset, vt idem Vlpianus ex Iuliano sine distinctione scribit in *l. Iulianus 4. D. de diuort.* Quamquam ea Triboniani distinctio non est sine ratione, in eamq; rem certum ac speciale ius constitui non erat inutile, si accommodatiore loco id Tribonianus fecisset. Sed & in præcedere *§. nec non illud quoque*, valde suspecta mihi sunt verba illa *ideòque officium iudicis interponendum est quatenus & filia & patri competenter consulatur*. neq; possum mihi persuadere ita locutum esse Vlpianum, sed potius Tribonianum cui familiare est eas dictiones *quatenus, & competenter* in Constitutionibus frequentissimè vsurpare, quas vix ac ne vix quidem eo sensu in Iureconsultorum

scriptis ad eoque priorum Imperatorum responsis reperias, Idemque fere mihi iudicium est de cæteris, quæ in eo §. sequuntur, aut si quid est quod Vlpiani elegantiam sapiat, id ego Triboniani additionibus, & distinctionibus sic conspurcatum & immutatum esse arbitror, ut vix dignosci possit. In *l. in tempus 62. §. 1. D. de hered. instit.* imperitè etiam adiecta est à Triboniano ea exceptio nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatū pro qua persona testator senserit. Nam & verba ipsa Tribonianum sapiunt, & ad regulam quam eo loco Modestinus tradit, quoties non apparet quis heres institutus sit, institutionem non valere, puta si testator complures habens eodem nomine amicos ad designationem vnius singulari nomine utatur, non potuit exceptio illa adici, nisi eodem sensu acti scriptum esset, non valere institutionem quoties non apparet quis heres institutus sit, nisi appareat quis sit institutus: quod quæ ineptum & ridiculū sit, nemo non videt. Præsertim cum in apertissima voluntate testatoris nullus dubitationi locus reliquus esse possit. Nec valde dissimile est, quod idem Tribonianus, ut arbitror, adiecit *ad l. si quis priore 29 D. ad S. C. Trebell.* iis verbis, *Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter cōtrarium in secundo testamento fuerit scriptum.* Quod fiet manifestius si tota eius legis sententia breuiter enarretur. Scribit Marcianus, Si quis priore facto testamento posterius aliud fecerit, in eoque ex certis dūtaxat rebus heredes instituerit, superius testamentum rumpi & tolli, nempe quod instituti in certis rebus videantur ex toto asse instituti *l. coheredi 41. §. ult. D. de vulg. & pupill. substit. l. 1. §. si ex fundo. D. de hered. instit.* Sed tamen si posteriore testamento fideicommissi verbis testator expresserit velle se prius valere, teneri heredem scriptū ad hoc ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege falcidia hereditatem restituat his qui priore testamento fuerant instituti. Quod Imperatorum Seueri & Antonini ad Cocceium Campanum rescripto confirmatum est, cuius verba eo loco Marcianus refert, itemque Iustinianus in §. *sed & si quis. Instit. quib. mod. testam. infirmant*, ubi cum Imperator scribat iussisse se inferi verba cōstitutionis, neque tamen exceptionē illam adiciat, quæ in Marciani lege extat, facile ex eo intelligitur, non esse verba illa quæ tollimus, Imperatorum Seueri & Antonini, adeoque malè & perperā adiecta esse, quoniam cum secundo testamento incerta sunt fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, fieri non potest ut aliquid specialiter cōtrarium eodem testamento scriptum sit. Nisi fortè stultum & ridiculum proponas, testatorem qui sibi non constet, ac cui proinde interdicenda potius testamenti factio, quàm repugnantes, & ineptas voluntates dictandi potestas danda esse videatur.

*De sententia, & emendatione litem quod Sabinus 17. §. ult. & l. ex facto. D. de hered. instit.*

CAPVT XX.

**E**RTISSIMI iuris est si testator primo asse expleto alium sine parte heredē scripserit, vocari eum, qui secundo loco scriptus est in secundum assem, ac duobus assibus iuris potestate ad vnum reuocatis fieri duos semisses, quorum vnum primus heres ferat, alterum secundus. Idque Vlpianus docet in *litem quod Sabinus 17. §. sed si asse expleto. D. de hered. instit.* nec vllam res habet dubitationem. Sed si testator dupondium distribuerit, & tertium sine parte heredem scripserit, quæstio difficilior est quam in partem venire debeat, vtrumne

in trientem

in trientem, an in semissem, ut tantundem habeat solus, quantum vteruis, an quantum vterque eorum, qui ex duobus primis assibus sunt instituti. Quamquam enim Vlpianus aperte scribit hunc, qui tertio loco scriptus est, non in alium assem venire, sed in trientem, eamque fuisse probabilem Labeonis, Aristonis & Auli Cascellij sententiam, sunt tamen eruditi quidam viri, nec insubtiles quibus id falsum videatur, quique probabilius putent non in alium assem venire eum, sed in tressem, hoc est ut illi interpretantur, in summā triū assiu coniuكتورorum, ita ut huius summæ dimidiam partem solus ille habeat, altera dimidia reliquis duobus attribuat. In quam sententiam ex eo præcipuè mouentur, quod quemadmodum asse completo is qui sine parte nominatus est in alterum assem vocatur, & que ad vnum assem reuocata semissem aufert, ita, eodemque modo completo dupondio qui sine parte institutus est re ad assem vnum reuocata semissem quoque debeat obrinere. Indèque occasionem sumunt emendandæ vulgaris lectionis, & pro *trientem* reponunt *tressem*. Quod etsi doctissimis quibusdam viris probari scio, mihi tamè neque verum, neque probabile vnquam visum est. Cum enim pluribus assibus à testatore inter heredes distributis tota hereditas iuris potestate in vnum assem resoluitur, id semper ac diligenter obseruandum est, ut quæ ratio diuidendorum inter coheredes plurium assium à testatore præscripta est, eadem in asse iuris (sic enim appellare placet) diuidèdo seruetur. Alioqui fieret contra testatoris voluntatem si iuris assem aliter diuidèremus, quàm si de omnibus iis assibus, qui à testatore facti sunt, diuidendis, ageretur. Inde verò fit, ut cum primo asse expleto testator transit, ad dupondium, & secundum sine parte instituit heredem, duobus illis testatoris assibus ad vnum iuris assem reuocatis, semisses fiant, quia eadem sit proportio semissis ad semissem, quæ est assis ad assem: ac vtroque casu tantundem habeat secundus heres, quantum primus. Nam quemadmodum qui in primo asse instituitur sine parte ex toto asse institutus intelligitur: ita posteaquam placuit posse testatorem, in quot velit asses hereditatem suam distribuere, qui expleto primo asse sine parte heres scribitur in toto secundo asse scriptus videtur, ut eadem ratio sit in secundo asse, quæ in primo: atque idè sicut vniqueque assem integrum testator dederat, ita singulis semissem præstamus, ne inæquales assis partes demus iis quibus æquales hereditatis suæ portiones testator dedit. Et verò, quænam obsecro ei qui post completum primum assem sine parte scriptus est portio dari posset, nisi semis daretur? At si expleto dupondio Tertius sine parte instituitur, nulla ratio est, ut ei semissem demus, quem testator non in duobus assibus sed in vno duntaxat hoc est in tertio heredem instituit. Alioqui eueniret ut contra mentem ac sententiam testatoris tantundem haberet ille, solus, quantum primus & secundus simul quibus tamen dimidio plus testator dedit. nempe duos asses, Tertio verò non nisi vnum. Alia igitur ratio est eius qui sine parte in secundo asse heres scribitur, alia eius qui in tertio. Illi enim testator tantundem dat quantum ei què ex primo asse scripserat, huic verò tantundem duntaxat quantum primo aut secundo, non quantum duobus simul. Neque enim sicut in dupondio duplex as inest, ita in tertio asse duplex dupondium inesse dici potest. Et qui expleto dupondio heredē sine parte instituit, non transit ad quartum assem, sed ad tertium tantum, quem expleri quoque necesse est priusquam quarti ratio vlla habeatur. Sic fit ut qui ex verbis testatoris tertium assem habiturus erat, ex eiusdem voluntate vnius assis ad quem tres illi reuocandi

q ij.

sunt trientem solum habeat, hoc est totius hereditatis quam in tres quoque partes ipse testator diuiserat, partem tertiā. Nec ad rem pertinet, quod Vlpianus in *d.litem quod Sabinus. §. vltim.* negat hunc qui expleto dupondio sine parte scriptus est, vocari in alium assem. Id enim non ita accipi debet vt non vocetur in tertium assem, sed sic potius vt dupondio in quo Primus & Secundus instituti fuerant ad vnum assem reuocato, & in semisses diuiso, Tertius non admittatur in alium assem, vt tantundem solum habeat quantum ex duobus primis assibus instituti, sed trientem duntaxat. Quæ enim ratio ac proportio est tertij assis ad tres asses, eadem proculdubio est trientis ad assem: scilicet partis tertie ad totam hereditatem. At difficilior quæstio esse videtur, quam Vlpianus subnectit in *l. ex facto 19. D. eod. tit. de hered. instit.* Si quis vacua parte relicta, puta instituto Titio ex semisse, & Mænio ex quadrante duntaxat nullo iis coherede dato heredem ita instituerit, *Si mihi Seius heres non erit* (quem non instituerat) *Sempronius heres esto.* An hic occupare possit vacantem portionem, hoc est an Sempronius ad eum quadrantem in quo nemo est institutus admittendus videatur. Neque enim dubito quin de Sempronio, non de Seio accipienda quæstio sit, vt quæ sequuntur apud Vlpianum explicant, & probant. Sed tamen interpretibus nostris post Accursium vulgo contra visum est, aded vt in proposita specie si de Sempronio quæreretur, eum putent ad vacantem portionem admitti debere, quoniam institutus sit sub ea conditione, *Si mihi Seius heres non erit.* quæ haud dubiè, videtur extitisse, cum heres esse non possit Seius qui non est institutus. Atque hic error aded communis est & inueteratus vt ex interpretum glossis in textum irrepserit, & in plerisque libris legi cœperit *an hic Seius occupare possit vacantem portionem*, ac si de Seio Vlpianus quæsisset, qui certè non nisi de Sempronio dubitauit. Et quod magis mirandum puto, imposuit ea res doctissimo, & magni nominis Iurisconsulto Antonino Augustino, qui cum nullius dubitationis quæstionem esse videret si sic conciperetur, An Seius heres esse posset, qui nullomodo esset institutus, putauit tollendam negationem ex primis illis institutionis verbis, *si mihi Seius heres non erit.* quod ea sublata probabilius dubitari possit, an ex ea conditione delata Seio hereditas, eiusque adeundæ potestas data esse intelligatur. Quasi verò tam imperitus iuris fuerit Pegasus, quem Vlpianus refert existimasse eum de quo quæritur ad vacantem portionem admitti debere, vt crediderit ex ea conditione, *Si mihi Seius heres erit*, induci Seij institutionem. Cum tamen certissimum sit non nisi ciuilibus, directis, imperatiuis, & vt nostri loquuntur, dispositiuis verbis institui heredem posse. *l. Gallus 29. §. in omnibus. D. de liber. & posthu. l. si quis eum 16. §. vltim. D. de vulgar. & pupill. substit. l. si quis sub conditione 8. D. si quis omiff. caus. testam.* Verum tamen est multò minorem, adeoque absurdior fore dubitationem, si quis ab Vlpiano quæri putet an ex iis verbis, *Si mihi Seius heres non erit*, Seius heres scriptus videatur. Ac proinde multòque magis facias deridiculum Pegasus si putes ex eius sententia admittendum esse Seium ad vacantem portionem tãquam institutum. Vt vel ex eo maximè intelligi debeat non de Seio, sed de Sempronio apud Vlpianum disputari, ac dubitationis plenam esse quæstionem, de qua diuersæ & discrepantes fuerint nobiliorum iuris authorum sententiæ. Nam quæ ratio ab interpretibus affertur vt probent in specie de qua quærimus, Sempronium admitti ad vacantem portionem, ea iam olim mouisse Pegasus videtur, neque omnino improbabilis est, neque, quod illa conditio, *Si mihi Seius heres non erit.* existat,

existat, cum Seius non est institutus, videaturque esse ex eo genere conditionum, quæ necessaria dicuntur, nec possunt non existere, cum fieri non possit vt heres sit extraneus, qui scriptus non est. Sed Aristonem, Iauolenum, Pomponium, Arrianum, & Vlpianum, elegantior ratio mouit vt Pegasi sententiam probare non potuerint. Illa nimirum, quod huic Sempronio ea pars data videatur, quæ nulla est, ac si scriptum fuisset, *Ex qua parte Seium heredem scripsi, si ille heres non erit, Sempronius heres esto*, quo casu nemo dubitaret quin si ex nulla parte Seius heres scriptus esset, nec Sempronius quoque institutus videretur. *l. 2. D. de hered. instit.* Ea namque pars Sempronio data est, quæ Seio data fuerat, proindeque nulla, cum Seio nulla data esset. Caue tamen ne Vlpiani rationem sic explices, vt Sempronius ideò non admittatur, quod substitutus sit in ea parte in qua nemo erat institutus. Neque enim substitutum eum, sed institutum fuisse Vlpianus ait, & si substitutus proponeretur, minus elegans esset quæstio, minorisque difficultatis, cum substitutus dici nemo possit nisi qui secundo gradu sit institutus, ac cui secundo loco hereditas deferatur: quod hic in persona Seij manifestè non contingeret, ante quem nemo esset institutus. At quoniam institutus non substitutus proponebatur, eò facilius sustinenda institutio videbatur, neque ex eo solo infirmenda quod Seius heres scriptus non fuisset. Quod verò dici solet eam vulgaris substitutionis formulam esse, *Si mihi Seius heres non erit.* ita verum est, si Seius sit institutus. Alioqui certo certius est ei qui institutus non sit vulgariter substitui non posse. Quod à doctissimis viris in huius loci interpretatione obseruatum non fuisse miror. Caue etiam ne Sempronium hunc de quo quærimus, similem esse dicas ei, qui asse iam expleto & distributo ex reliqua parte scriptus est, quem ex nulla parte heredem esse Vlpianus ait in *d.litem quod Sabinus. §. aliter atque si ita scripsisset.* Et si enim neutro casu institutio valet, diuersa tamen huius & illius ratio est. Qui namque asse iam expleto ex reliqua parte scriptus est, ideò heres esse nequit, quod reliquum nihil sit vt Vlpianus eo loco scribit. At in proposita quæstione hereditatis partem à testatore vacuam relictam fuisse ponimus, in qua proculdubio vtiliter institui Sempronius potuisset, nisi institutionem ea ratio nullam faceret, quod ex testamenti verbis illa testatoris voluntas fuisse videatur, vt non aliam hereditatis partem Sempronius haberet, quàm quæ data esset Seio, cui tamen nulla data esse proponitur. Atque ita locum hunc fati alioquin obscurum contra interpretum omnium opiniones explicandum arbitramur.

FINIS LIBRI QVINTI.





A. FABRICI CON-  
I E C T V R A R V M  
L I B E R V I.

*De legatis ex veteri & nouo iure elegantia quadam necdum  
ab interpretibus rectè explicata.*

CAPVT I.

**V**ARIAS olim fuisse legatorum formulas ac differen-  
tias, easque omnes Constantini & Iustiniani legibus  
sublatas esse vt hodie legatorum omnium vna eadè-  
que sit vis & substantia, nemo est qui ex Vlpiani titu-  
lis, Pauli sententiis, Caij & Triboniani Institutionibus  
non didicerit. Sed & quæ & quales fuerint eæ differen-  
tiae, quæ ab Imperatoribus natura legis omnibus  
tributa sit, nescio an rectè & diligenter ab vllò inter-  
prete hæcenus explicatum sit: ob eamque rem operæ pretium visum est si  
illo à nobis disputatio hoc capite instituat. Quamquam autem quatuor le-  
gatorum genera fuisse traditum est. Vindicationis, Damnationis, Sinèdi mo-  
do, & Præceptionis, mihi tamen attentius intuenti duo tantum probantur.  
Eorum scilicet quæ per vindicationem & per damnationem dicebantur. Cæ-  
tera verò quæ sinendi & perceptionis modo fiebant, priorum species fuisse  
arbitror & differentias, potius quàm distincta genera & separata. Constat e-  
nim vindicationis verbis concipi solitum fuisse præceptionis legatum, neque  
à legato vindicationis differentiam aliam habuisse, quàm quòd per vindica-  
tionem legari cuilibet poterat, per præceptionem verò non nisi vni ex heredi-  
bus. Formulam autem quæ in legatis per sinendi modum vsurpabatur, eandem  
fuisse quæ in legatis per damnationem, nisi quòd sinendi verbum adiceretur,  
cuius vis ea esset vt hoc legati modo eæ duntaxat res legari possent quæ testa-  
toris propriæ essent aut heredis, nempe quòd non nisi frustra & ineptè dan-  
naretur heres sinere vt alienam rem legatam legatarius haberet, quàm ne ha-  
beret prohibere non potuisset: Cùm tamen si sinendi verbum adiectum non  
fuisset, heres alienam rem dare damnatus eam redimere, aut si voluntate do-  
mini vel iusto pretio id facere non posset eius pretium, & æstimationem præ-  
stare cogere. Dicemus igitur tantum de legatorum Per vindicationem &  
Per damnationem differentiis, quæ obscuriores erunt, & difficiliore. Eas ve-  
rò quatuor præcipuas fuisse animaduerti, quarum prima illa erat quòd per vin-  
dicationem legari duntaxat poterant testatoris res, quæ in rerum natura essent.  
Per damnationem verò res omnes, atque aded eæ quas nondum natura præ-  
didisset, si modo sperarentur, puta *Quod ex illa ancilla natum erit, aut fructus,  
qui ex illo fundo nascuntur.*

Secunda

Secunda, quòd per vindicationem legata res statim & ipso iure fiebant le-  
gatarij mortuo testatore, ita vt non expectato herede rem legatam propria  
authoritate vindicare & occupare ei liceret. Cùm tamen is cui per damnatio-  
nem legatum erat per manus heredis legatum accipere cogere, neque le-  
gatario vlla in rem ipsam actio, sed ex testamento tantum in heredis personam  
competeret. Tertia, quòd eadem re pluribus per vindicationem legata distin-  
guebatur, an coniunctim, an disiunctim seu separatim, hoc est an vna pluri-  
busne orationibus legata esset, vt posteriore casu solidum legatariis debere-  
tur, altero verò concursu partes fierent quemadmodum Vlpianus scribit. At  
si per damnationem eadem res pluribus legata esset. Si coniunctim quidem  
partes duntaxat viriles præstarentur, si verò disiunctim & separatim concursus  
nullus fieret, sed heres vni rem, alteri æstimationem deberet. Quarta denique,  
quòd si cui generaliter homo aut alia res per vindicationem legaretur, lega-  
tarij erat electio vtram petere & vindicare vellet. Si verò hominem aut genus  
aliud heres dare damnatus fuisset, optionem habebat vtram ex pluribus spe-  
ciebus præstare mallet. Atque hæc omnes differentiae, & si quæ aliæ fuerunt, li-  
cet ex verbis potissimum descendere videbantur, non tamen ex nudis verbo-  
rum differentiis, sed ex ipsa etiam testatoris voluntate proculdubio dimanab-  
ant, cum vt plurimum id quisque demum voluisse videatur, quòd verbis ex-  
presserit. Nam, vt primam repetamus, ex illis verbis quibus legatum per vin-  
dicationem concipi solebat *Do, lego, capito, sumito, habeto, vindicato*, apparet  
sanè testatoris ita legantis voluntatem eam esse vt post eius mortem legatarius cõ-  
fessim legati dominium & possessionem consequatur, eoque nomine vindicatio-  
nem habeat, quæ non nisi domino ad auferendam possessionem datur, adeo vt  
in eam rem nullo heredis facto opus sit, cum quo scilicet testator non est locu-  
tus. Atqui ratio iuris minime patitur vt eius rei dominium à testatore in lega-  
tarium transferatur, cuius testator ipse dominus non erat ne alioqui plus in  
alium iuris transfuisse eum dicamus, quàm ipse habuisset. Summa igitur ra-  
tione fiebat vt neque aliena res, quæ neque ea, neque nõdum in rerum natura  
existeret hoc legati genere relinqui posset, quia nec in alienam rem, nec in eam,  
quæ non sit, cadere possint solemnia illa vindicationis verba, *Hanc rem ex iu-  
re Quiritium meam esse aio*. Cùm verò per damnationem legatum est, nullum  
testator legatario ius tribuit in re aut ad rem ipsam quam legat, nec cum le-  
gatario loquitur, sed tantum obligat & damnat heredem ad quem verba diri-  
git vt ex testamento eam rem præstet quæ legatur. Vnde fit vt tam aliena res,  
quàm ea quæ nondum in rerum natura sit, & aliæ id genus quarum dominium  
tam cito legatarius nancisci non potest, quæque idem per vindicationem legari  
non possent, hoc tamen legati genere vtiliter relinquuntur, quoniam aliud est  
præstari quid ab herede, aliud à legatario vindicari: hoc difficilius illud faci-  
lius est. Et si quando contingit rem ipsam quæ legata est ab herede præstari  
non posse, ad æstimationis præstationem quæ numquam difficilis est, recurri-  
mus, vt vice rei cedat. Hinc porro cæteræ etiam differentiae fluxerunt, quas  
supra retulimus. Fieret enim contra testatoris voluntatem si legatarium vin-  
dicationis per manus heredis legatum accipere cogere cui testator nulla  
heredis facta mentione vindicandi facultatem iusque concessit. Nec miretur  
quis dominium hoc casu sine traditione ac nuda quodammodo testatoris volun-  
tate in legatarium transferri. Non enim nuda voluntas dici potest, quæ legis  
authoritate confirmatur. Eadem verò lex, quæ supremas defunctorum volun-  
tatem

q. iij.

tates confirmat ac cuius potestas tanta est quantam esse publicè expedit, sicut cætera omnia, ita dominium transferre sola potest & inter sex illos veteris iure Quiritium dominij acquirendi modos ab Vlpiano in Titulis enumeratur. Nec rursus obiici possit, non esse permittendum legatario propria auctoritate legatum capere, ac sibi ipsi quodammodo ius dicere. Frustra namque heredis voluntatem requirat legatarius, cui potestas à testatore facta est fierique potuit legatum sine aliquo heredis facto occupandi: Ac tum demùm inciuile esse dicimus rem legatam sine traditione, & voluntate heredis ad legatarium peruenire, cum ea testatoris voluntas fuit, ut ab herede præstaretur, quemadmodum in legatis per damnationem contingit. Quod autem ex Caio diximus non esse expectandum heredem, ut quod per vindicationem legatum est legatario acquiratur, non sic accipiendum est, quasi huius generis legata valeant, quamuis postea ex testamento hereditas adita non sit. (Certissimum enim est non valere: & irrito facto testamento irrita quoque fieri omnia quæ in eo relicta sunt.) Sed id significare volumus. Si quando contingat ab herede scripto adiri hereditatem ex testamento, legati vindicationem quam ante legatarius fecerit perinde valere ac si post hereditatis aditionem facta esset: quia eam fuisse testatoris voluntatem ex legati verbis dignoscimus. Eademque testatoris voluntas facit ut multum referat an pluribus eadem res per vindicationem an per damnationem relicta, & coniunctim disunctimne legata sit. Qui enim per vindicationem disunctim legat, is unicuique ex legatariis dominium rei legatæ in solidum tribuit, ut non malè Vlpianus scripserit singulis legatariis solidum deberi, scilicet ex testamenti verbis, & iudicio testatoris. Sed quoniam fieri non potest ut eiusdem rei dominium duobus in solidum acquiratur, duplex hoc legatum ita interpretatur, ut quibus singulis testator totum fundum dedit, iis iam inde ab initio semisses tantum dedisse videatur. Et quemadmodum cum expleto primo asse testator transit ad dupondium, vnumquemque ex heredibus in toto asse instituisse intelligitur, ita tamè ut iuris potestate duo asses ad vnum reuocentur, & singuli in semisses resoluantur. *l. interdum 13. §. paterfamilias. l. item quod Sabinus. 17. §. sed si asse expleto. D. de hered. instit.* Sic eum, qui toto fundo iam vni legato eundem alteri solidum legat, veluti duplicis fundi rationem habere dicimus, ut si rerum natura pateretur singuli legatarij solidum fundum perciperent ex eius voluntate quæ tamen cum effectu sortiri nequeat propter difficultatem aut potius, si dicere liceat, impossibilitatem præstationis, inde nimirum fit ut iuris potestate duo illa eiusdem fundi legata ad vnum reuoluantur, & non iam singulos fundos singulis legatariis, sed unicuique dimidiam duntaxat datâ interpretemur. Rationi namque apprimè consentaneum est, ut defunctorum voluntates quæ sine legis auctoritate valere non possent, in id scilicet tempus collatæ quo rerum suarum dominus amplius nemo est, iuris potestate ac veluti temperamento ad eum modum redigantur, quo effectum sortiri possint. Quod igitur Caius scribit eadem re pluribus per vindicationem disunctim legata, partes duntaxat sumi à legatariis, contrarium non est ei quod ex Vlpiano retulimus solidum singulis deberi. Longè siquidem differentia hæc sunt, Deberi, & Sumi. Nam deberi singulis fundum integrum cum dicimus, ad testatoris iudicium & voluntatem respicimus. Sumi verò tantum partes adiicimus, ut eum effectum significemus, quem sortiri testatoris voluntas potest. Ex quo intelligere licet, quanta inter coniunctos legatarios differentia sit, si aut re tantum, aut

verbis

verbis duntaxat, aut re & verbo coniuncti proponantur. Si enim re tantum coniuncti sint, ea locum habent quæ diximus, ut legatarij qui ex testamenti verbis singuli totum fundum haberent, si fieri id posset partes duntaxat viriles sumant, non ab ipso testatore sed à iure ex necessitate confectas. Quod si non nisi verbis eos testator coniunxerit, necesse est iam inde ab initio partes iis testamento factas esse, quoniam ut ingeniosissimè ante nos Goueanus obseruauit, verbis tantum coniungi non possunt nisi quibus testator æquas partes adscripsit hoc modo, *Titio & Seio fundum pro æquis partibus do, lego. l. pen. D. de usufr. accresc. l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Nisi forte proponas cõmuni plurium seruo legatum esse, quod cum sit sicut legatum dominis acquiratur, ita cõiuncti domini videntur non re sed verbo tantum, nec pro æquis, sed pro dominicis & inæquis portionibus. *lege & Proculo 20. de legat. 2.* At si re & verbo coniuncti sint legatarij, siue per vindicationem siue per damnationem, dici non potest partes eos ab initio habere quibus testator totum legauit, ac quorum singulorum ratione testatoris voluntas effectum sortiri potest, quousque alter alteri concurrat: neque enim hoc casu separatim singulis solidum fundum præstari testator voluit, cui voluntati ipsa rerum natura, ac consequenter lex quoque resistit: sed duobus simul eundem fundum legauit: in quo nihil est absurdi aut incommodi prius quàm legatarius quisque fundum solidum vindicare, aut ex testamento petere velit. Quare nec ratio aut necessitas vlla est propter quam ius se interponere debeat, ut quibus testator totum fundum dedit, iis partes duntaxat adiudicet. Alioqui ne à testamenti verbis recederetur, dicendum esset vi & potestate iuris in id reduci legatum, ac si Titio & Seio fundi semis legatus esset, vnde fieret ut ex iis quisque dimidia parte minus perciperet quàm ei legatum esset. Non enim possis dicere ita interpretandum legatum ac si Titio & Seio fundi semisses legati essent. Nam cum testator in eo legato fundi mentionem semel duntaxat fecerit, certè vel nullomodo vel in vnum duntaxat semissem fundi legatum resolui necesse est. Quid enim inter fundum & duos fundi semisses interesset? Neque sane vnquam reperias resolui assem vnum in duos semisses, sed ita demum duos semisses fieri si in duos asses testator hereditatem distribuerit: nec proinde fundum vnum semel legatum in duas dimidias reduci, sed tunc tantum cum duobus duplici legato idem fundus datus est. Quo casu non ut vulgo creditur partes per concursum fieri possunt, sed iam inde ab initio testatoris voluntatem lex adiuvat, & partes facit ut legatum valeat, quod alioqui propter legatariorum concursum qui in ipsa datione fit non valeret. Idquæ est quod Vlpianus docere voluit in *Tit. De legatis* multum interesse an coniunctim an disunctim pluribus per vindicationem eadem res relicta sit, & vno casu solidum cuique deberi, id est ut explicamus, singulis ab initio iuris potestate partes fieri: altero verò partes fieri duntaxat per concursum. Quam differentiam non agnoscunt neque explicant, qui utroque casu partes concursu fieri arbitrantur: neque animaduertunt in genere legatorum per damnationem idem contingere, ut si quid pluribus coniunctim relictum sit, singulis legatariis pro parte virili duntaxat legatum debeat, quibus tamen singulis tota res hoc est vni res ipsa alteri æstimatio præstanda esset si disunctim & separatim legatum fuisset. *l. duos 14. D. de usufruct. legat.* Nempe aliud est legatum esse rem duobus simul, aliud verò legatam singulis separatim. Et si autem in legato per vindicationem illud iuris est, ut siue coniunctim siue dis-

iunctim legatum sit, ius accrescendi locum habeat, quia neutro casu partes testator fecit, quæ verò iuris potestate factæ sunt, eæ voluntatem testatoris ex qua ius accrescendi æstimandum ac metiendum est non impediunt. Attamen eius differentiæ quam Ulpianus tradit effectus ille erit, vt legatarius quisque partem tantum rei legatæ vindicare possit ac si non nisi semis legatus esset quibus eadem res tota separatim legata est. Cùm si coniunctim legatum esset solidam quisque rem vindicaret, nec nisi concurrente altero legatario parte contentus esse cogeretur. Quod satis apertè Caius docet cum legatorum Per vindicationem & Per damnationem similitudinem illam esse dicit quòd eadem re pluribus legata partes tantum sumunt legatarij. Nemo autem dixerit quemque ex iis quibus eadem res per damnationem coniunctim legata est, totam rem ex testamento petere posse. Alioqui cùm prius agenti data esset, alteri eiusdem rei æstimatione præstari deberet, vt sit re disiunctim legata: quod tamen fecus est. Vnde etiam moueor vt putem in legato damnationis coniunctim relicto, non minus quàm in legato vindicationis iuri accrescendi locum esse si fortè vnus ex legatariis legatum repudiauerit, aut ante diem eius cedentem decesserit. Perpetuò enim verum est quod recentiores iuris magistri tradiderunt toties inter legatarios iuri accrescendi locum esse, quoties ab initio qui primus egit minus percepit aut agendo minus percepisset quàm ei à testatore relictum esset. Illa verò cautio duntaxat diligenter adhiberi debet, ne ipso testatore liberaliores simus, hoc est ne totum demus ei cui testator partem tantum dedit, neue partem augeamus eius, qui ex testamenti verbis & defuncti iudicio minorem consequi debeat. Quæ ratio facit vt inter eos qui verbis tantum coniuncti sunt, accrescendi locus esse numquam possit. Ita enim fieret contra voluntatem, quod ex voluntate proficiscitur, & ineptus esset qui totum daret ei, cui testator disertis verbis non nisi partem dedit: cùm vt supra diximus verbis coniuncti dicantur non etiam re, quibus testator eiusdem rei partes æquas adscripsit. *d. l. re coniuncti*. Atque in eo differunt qui verbis duntaxat ab iis qui re tantum coniuncti sunt, quòd quamquam omnes ab initio partes habent non expectatò concursu, hi tamen eas habent quas iuris potestas fecit: illi verò non à iure sed à testatore factas petunt, vnde illa etiam manat differentia, quæ pertinet ad ius accrescendi. Ergo quod Ulpianus scribit in *l. planè 34. §. si coniunctim de legat. 1. si coniunctim legetur partes ab initio fieri, nec solù eos partem facere in quorù persona legatù constitit, sed eos quoque in quorum persona non constitit, puta si quis Titio, & seruo proprio sine libertate legauerit, de iis legatariis proculdubio accipiendum est qui verbis tantum coniuncti sunt, quos diximus partes habere ab initio datas, ob eamque causam nullo vnquam casu inter eos accretioni locum esse. Nec me mouet quod in contrariam, vt videtur, sententiam, Celsus scribit in *l. coniunctim 80. de legat. 3. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc esse, totam hereditatem, & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Non enim de verbo tantum coniunctis id accipiendum est, quibus ab initio semper partes datur, neque rursus de iis quibus disiunctim eadem res legata est. Sunt enim hæc planè differentia Legari quid coniunctim, & legari disiunctim. §. si eadem res Instit. de legat. Ac tamen si iis quibus disiunctim eadem res legatur singulis tota res datur, disiunctim tamen non coniunctim datur, atque idè non concursu sed statim partes fiunt ne alioqui concurrere necesse esset eos, quibus testator ne concurrerent disiunctim, & separatim legauit. Superest igitur**

igitur vt ad eos legatarios ea Celsi sententia referatur qui re & verbo coniuncti sint. De quibus etiam accipiendum est, quod Paulus respondit in *l. duobus 85. de legat. 1. fundo duobus coniunctim legato, si alter ex iis partis æstimationem per actionem personalem abstulerit, alterum si totum fundum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repelli. Id enim probat ratio quæ sequitur quia defunctus semel ad eos legatum peruenire voluit. quæ ad eos legatarios accommodari non potest quos testator verbis disiunxit, ac quibus eandem quidem rem sed tamen duplici legato reliquit. Videbatur autem in ea specie totum fundum peti posse ab eo cuius legatum cõkursu collegatarij qui nullam fundi partem sed partis æstimationem abstulerat, minui amplius non posset. Sed tamen cùm partem ipsam habere videatur is cui partis æstimatione præstita est, fieret contra voluntatem, si tota res daretur vni quam duobus simul, & tantum semel per vindicationem testator dedit, ac præterea partis æstimatione alteri præstaretur. Nam de legato vindicationis non damnationis loqui eo loco Paulum apparet ex iis verbis *si fundum totum vindicare velit*. At neque eorum opinio placet qui Ulpianum in *d. §. si coniunctim*. de legato per damnationem intelligunt: quia quod ad ius accrescendi attinet, nulla inter ea legata differentia est nisi cùm eadem res pluribus disiunctim & separatim fuit legata: quo casu vni rem, alteri pretium rei præstandum esse iam supra ex Caio & Ulpiano diximus, si per damnationem legatum sit, partes verò ab initio iuris potestate fieri, si per vindicationem, idèque posteriore hoc casu iuri accrescendi locum esse, illo non esse. Non est etiam sententiæ nostræ contrarium, quod in *d. §. si coniunctim*, Ulpianus ex Iuliano subiicit, Si quis in pupillari testamento alij eandem rem legauerit quam mihi in suo testamento dederat, concursu partes nos habere. Quamquam enim de legatariis re tantum coniunctis Ulpianum loqui aperitissimum est, in ea tamen specie verum esse non potest quod volumus partes ab initio inter eos fieri, cùm vni purè, alteri sub conditione pupillaris substitutionis legatum esse proponatur, & ad faciendas partes legatariorum concursum expectari necesse est, qui si vtrumque legatum purum esset, expectari minimè posset. Quæ tota eius loci sententia, & elegantia est. Cui consequens est quod apud Ulpianum sequitur, interim igitur hoc est pendente conditione pupillaris substitutionis, & viuo pupillo partem habere me, cui paterno testamento legatum est. Eam, inquam, partem de qua quæstio est, id est, quæ existente pupillaris substitutionis conditione ad collegatarium esset peruentura. Nam de alia parte quis dubitaret? vt proinde necesse non sit textum emendari, quod à quibusdam factum video, qui pro eo quod Ulpianus scripsit *partem*, legunt *totum*. Idem enim vtriusque lectionis sensus est, quandiu non concurrat is cui in testamento pupillari legatum est, eius partem habere me cui totum legatum est. Quod tamen protrahendum non esse ad eos quibus duplici legato eadem res purè legata fuit, ipsa Ulpiani verba non obscure demonstrant, sicut & Goucani ad eum locum interpretationem omnino refellunt. Putat enim ille Iurisconsulti sententiam hanc esse vt re coniuncti partes ab initio sibi faciant, seque mutuò impediunt ne vnus fundum totum petere possit quandiu alter petere potest. quod quamquam in re tantum coniunctis verè dicitur, tamen ab eius loci quæstione & interpretatione omnino alienum est: cùm Ulpianus scribat partem fieri etià ab eo, qui nūquā possit concurrere hoc est à seruo proprio, cui sine libertate legatù est. At qui re & verbis coniuncti sunt, mutuò sese non impediunt, quominus qui primus*

agit totum legatum consequatur quandiu alter non concurrat, licet concurrere possit. *d. l. coniunctim 80. de legat. 3. l. vnic. §. vbi autem. C. de caduc. tollend.* Et quod scriptum est à Paulo in *l. si ex pluribus 33. de legat. 1.* Si pluribus eadem res coniunctim legata sit, etiam si alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habiturum eum, qui ex testamento agat: de concurrentibus legatariis, & de ipso concursus effectu omnino accipiendum est. Sanè quæ in eadem lege distinctio subiicitur in legato pluribus disiunctim relicto, an testator adimendi animo Secundo legauerit, an verò vni rem, alteri æstimationem præstari manifestissimè voluerit, ut si ea non appareat voluntas, viriles duntaxat portiones cuique præstentur. Mihi non placet, neque verò ex iuris veteris ratione ita distinguere Paulus potuisset, sed tantum vindicationis legatum ab eo quod per damnationem relicto esset secernere, quemadmodum Ulpianus & Caius supradictis locis distinguunt. Neque dubitari oportet locum illum, Tribonianum arbitrio & iudicio immutatum esse ex Iustiniani Constitutione in *d. l. vnic. §. in autem disiunctim*, vbi eadem distinctio ex nouo iure contra veteris auctoritatem proponitur, ut eo loco Iustinianus ipse gloriatur: quod etiam si non moneremus, tamen Tribonianum styli agnoscere difficile non esset. Apparet igitur ex ea Iustiniani lege ita sublatas esse hac parte legatorum differentias ut hodie siue per vindicationis siue per damnationis verba legatum sit, idem iuris obseruetur quod olim constitutum erat in legatis per vindicationem: ac proinde distinctionem illam Ulpiani quæ in vindicationis legato obtinebat, etiam hodie superesse, an scilicet coniunctim an disiunctim legatum proponatur. Sed quod ad priores duas differentias pertinet à nobis supra explicatas, data ex contrario est legatis omnibus ea vis & natura quæ iure vetere fuerat legatorum tantum Per damnationem. Etenim res omnes tam alienæ, quam quæ nondum in rerum natura existunt, ac quarum dominium tam citò in legatarium transferri non potest quibuscum que verbis legari possunt, ut non voluntatem ex verbis sed verba ex voluntate æstimemus. *§. non solum & §. ea quoque res. Institut. de legat.* Sic enim puto, tradere eo loco Tribonianum ius illud quod hodie legatis omnibus commune est, non quod olim singulare & proprium erat singulorum generum. Ac quemadmodum iure Digestorum legata, quæ per damnationem relicta essent per manus heredis præstari necesse erat, ita Iustiniano placuit idem in legatis per vindicationem constituendum esse: ut verè dici possit legatis omnibus conuenire definitionem illam quæ ponitur in princip. tit. De legatis, qua legatum diffinitur donatio quædam à defuncto relicta ab herede præstanda. Nec iis assentior qui postrema hæc verba respuunt, moti ex eo quod non sint addita in *l. legatum 36. de legat. 2.* ex qua ille Institutionum locus desumptus videtur. Nam quod Modestinus addere non potuit propter veteres illas quæ suis temporibus obtinebant legatorum differentias, id Tribonianum addere necesse fuit ut ex legati diffinitione quænam hodie legatorum omnium hac parte natura esset intelligeretur. Neque rursus contrarium est, quod Papinianus scribit in *l. legatum 80. eod. tit.* legatum ita dominium rei legatæ legatarij facere, ut hereditatem heredis res singulas. Idque eò pertinere ut si purè legatum sit, nec legatarius repudiauert defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat quasi numquam factum heredis: quod & traditum est in *l. à Titio 64. in fi. D. de furt.* Nā de vindicationis tantum legato quod magis propriè legatum dicitur, locus ille intelligi debet. Aut si de omni genere legatorum

legatorum accipere malis, admittendum est, aliam rationem esse dominij, aliam possessionis. Certum enim est non licuisse legatario rei legatæ cuius dominus esset possessionem propria autoritate occupare nisi cui per vindicationem legatum fuisset. Eum verò cui per damnationem legatum erat per manus heredis possessionem accipere debuisse contendo. Alioqui euenturum fuisse ut in edictum Prætoris incidere quod propositum est interdictum Quod legatorum, adipiscendæ per heredem possessionis gratia, & reuocandæ à legatariis qui eam propria autoritate, non ex voluntate heredis occupassent. Non enim verum esse potest, quod quibusdam placet, eo tantum casu interdicto locum esse, quo legata per legem falcidiam minui necesse sit, ut eam retinere possit heres, qui vindicare non posset. Nam & legatorum falcidiam vindicari posse non dubito. *l. lineam 26. D. ad leg. falcid. l. penult. C. eod.* & alia ratio edicti querenda non est quam quæ ab Ulpiano traditur in *l. i. ill. tit.* Quod legat nempe quòd æquissimum Prætori visum sit vnumquemque non sibi ipsi ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere: quæ ratio non minus recta est si legi falcidiæ locus non sit quam si de ea retinenda disceptetur. Eamque ob causam eleganter meo iudicio, Caius in Institutionibus dicebat eum cui per vindicationem legatum esset, posse rem legatam statim post mortem testatoris non expectato herede sibi præsumere: quod si fecerit non posse eum pro præsumpto legato calumniâ ab herede sustinere, hoc est ut ego interpretor, non posse eum teneri interdicto Quod legatorum: ut intelligamus in alio genere legati quod Per damnationem dicebatur, calumniæ heredis obnoxium fuisse legatarij, si non expectato herede legatum occupasset. Nā certè per calumniâ facere heres videtur qui rei legatæ à legatario occupatæ possessionem sibi restitui postulat, quâ mox eidem legatario restituere teneatur, *l. dolo facit. D. de dol. mal. excep.* Quis verò calumniâ esse diceret, si ea res ad falcidiæ quâ heres iure publico habere debet retentionem necessaria esset? At etiam cum heredis nihil interest, visum est Prætori facilius ferendam eam calumniam, quam legatario permitendum ut propria autoritate legatum occupet quod ex testatoris voluntate ab herede præstandum fuit: illud enim ad priuatam legatarij, hoc verò ad Reipublicæ iniuriam pertinet, cui periculosissimum futurum sit si singulis concedatur ea facere quæ per magistratum publicè fieri oporteat. *l. non est singulis 176. de regul. iur.* Quæ tamen ratio in vindicationis legato heredi prodesse non poterat, cuius voluntatem frustra legatarius expectasset, cui scilicet nulla heredis mentione facta legatæ rei vindicandæ, & occupandæ potestatem testator fecisset, ut iam supra explicauimus. Idque apertius ex Edicti verbis intelligeretur, si extarent, quæ ab Ulpiano non fuisse prætermissa apparet cum ex præcedentibus, & sequentibus edictis quorum verba idem Ulpianus refert & explicat, tum ex *§. quod ait Prætor, aut dolo desit possidere.* & ex *§. quod ait Prætor voluntate eius ad quem ea res pertinet.* & rursus ex *§. quod ait Prætor nisi satisfidatum sit. d. l. i. ill. tit.* quibus locis quædam Edicti verba ac veluti fragmenta proponuntur. Sed à Triboniano Edicti contextum sublatum esse verisimile est, ut facilius ei esset quod in legatis per damnationem duntaxat a ut etiam sinendi modo Prætor constituerat ad cætera quoque legatorum genera protrahere, & hac parte ius idem in legatis omnibus constituere. Quod apertius ab eo factum est in *§. qui verò ex causa præceptionis*, vbi cum Ulpianus scripsisset, quantum ex aliis eius scriptis & certissima iuris veteris ratione cõiectura assequi possumus. Illo interdicto non teneri eum qui ex causa præce-

ptionis, & legati per vindicationem relictæ rem legatam occupavit, Tribonianus contra sic emendavit Eum qui ex causa præceptionis rem possidet, utique teneri eo interdicto, sed pro ea scilicet parte quam iure legati habet, non pro ea quam quasi heres à semetipso percipit. Idemque dicendum esse et si alio genere legati vni ex heredibus legatum sit, ut hoc etiam casu pro ea parte qua heres est cesset interdictum. Quasi verò eam distinctionem scire multum interesset, de qua ne anus quidem dubitaret. Quid enim apertius, quam re aliqua vni ex heredibus legata, non contineri legato eam partem quam capit à seipso, atque idè non posse pro ea parte interdicto locum esse? Planè Vlpiani temporibus interdicto Quod legatorum, locum non fuisse aduersus eum cui per præceptionem legatum esset manifestè probatur ex eo, quod idè Vlpianus in Titulis scribit, & nos iam supra retulimus in hoc legati genere, vindicationis verba usurpata fuisse, ac proinde non alio iure legatum hoc quam quod per vindicationem relictum erat censeari potuisse. Sed illud magis mirari quis possit cur aliud iuris constitutum sit in mortis causa donationibus quam in legatis. De quo tamen in sequenti capite dicemus. Superest ut subiiciamus de postrema legatorum differentia, quæ in eo elucebat, ut si cui homo aut genus aliud vel duæ res disunctim per vindicationem legaretur, legatarij electio esset, quam ex contrario heres habebat si per damnationem ab eo legatū fuisset. *l. legato 37. l. si à substituto 45. §. 1. l. planè 34. §. penult. de lega. 1. l. si is cui 19. l. Lucio 23. l. si ita relictum 43. §. ult. de legat. 2.* Et hanc differentiam hodie sublatam non esse docti plerique viri existimant, cum quibus & ego sentio, non ea tantum ratione quòd ex testatoris voluntate potius quam ex verbis deducatur (idem enim de ceteris dici posse, nec ad eò iuris authores verbis hæsisse ut voluntatis rationem semper præcipuam non habuerint apertissimū est) sed quòd apertioribus verbis non potuerit testator exprimere vtri electionem datam vellet, heredine an legatario, quam cum vel legatarium vindicare iussit, vel heredem dare damnauit. Idque est quod Iustinianus scribit in §. *si generaliter 22. Institut. de legat.* Si generaliter seruus vel alia res legetur electione esse legatarij, nisi aliud testator dixerit, hoc est nisi ab ipso herede legatū dari testator iusserit. Plerumque enim legata relinquuntur hoc verbo, lego, quomodo per vindicationem olim legabatur. At quid si testator ita legauerit, deinde ab herede legatum præstari iusserit? ut hodie in testamētis ferè omnibus fieri solet. Mihi magis placet eo casu electionem esse legatarij quòd primùm vindicationis verbis legatum sit, quamuis de præstando ab herede legato postea cautum sit. Quando iam eo iure utimur, ut etiam quæ per vindicationem relictæ sunt, ab herede præstari debeant ut diximus. Denique in dubio id sequendum esse nemo negauerit quòd à Iustiniano traditum est in d. §. *si generaliter*. Legato enim generis tacite inesse videtur legatum optionis, ut eleganter Vlpianus scripsit in tit. De legatis. Quamquam multum intererat antacite an expresse legata optio esset. Hoc enim casu conditionem habere legatum videbatur, si legatarius viuus elegerit, eamque ob causam defuncto ante electionem legatario, in eius heredem legatum non transmittatur, sicuti Iustinianus refert in §. *optionis. cod. tit.* Legatum, inquam optionis, ita ut legatarij heres optare possit. Sed rei legatæ petitionem vtram testatoris heres præstare vellet, in heredem legatarij trāsmittere potuisse non arbitror dubitandum. Cum enim testator optionem legauit hoc modo, *heres meus Stichum aut Paphilum dato Titio vtrum ille elegerit.* duo sunt legata, vnum quod purū est Stichum aut Paphili,

phili, alterum conditionale, optionis. Primi dies cedit statim à morte testatoris, secundi verò non nisi conditione existente, id est facta per legatarium optione. Igitur si legatarius post diem primi legati cedentem id est defuncto testatore decessisset, priusquam tamen legatæ optionis dies cederet, hoc est nulla electione facta, iuris veteris ratio faciebat ut legatum purum ad heredem legatarij transmittatur, conditionale verò deficeret. Idque est, meo iudicio, quod Paulus respondit in *l. illud aut illud 19. D. de optione legat.* si legatum ita relictum sit. *Illud aut illud vtrum legatarius elegerit,* nullo à legatario electo, & eo decedente post diem legati cedentem ad heredem legatum transmitti. Neque enim transmitti ait legatum optionis, cuius dies cum conditionale sit ante factam electionem cedere non potuisset, sed legatum illud quod erat purum, ac cuius dies viuò legatario cesserat, hoc est legatum earum rerum quæ disunctim legatæ fuerunt. Quod si Accursius & qui Accursium secuti sunt ad nostram vsque ætatem interpretes intellexissent, non scripsissent corruptum esse eum locum, & deinde negationem à Triboniano propter Iustiniani Constitutionem qua factum est, quemadmodum ille refert in d. §. *optionis*, ut eligendi potestas legatario data ad eius heredem transmittatur. Nihil enim est quod hac parte Triboniano imputari possit, aut Paulo obiici qui certè non de optione ipsa sed de legato cuius optionem testator legatario dederat respondit. Nisi forte quis malit ea verba ad heredem transmitti, de testatoris non de legatarij herede intelligere: ac si scriptum esset, electionem quam legatarius prius quam optaret mortuus amisit, transferri ad heredem testatoris ut quam rem volet ex pluribus quæ disunctim legatæ sunt heredi legatarij præstet. Quod etsi verum est, & ad rem satis accommodatum, mihi tamen duriusculum videtur, & prior nostra interpretatio magis placet. Nam si de ipsius optionis legato Paulus tractaret, verum esse non posset quod lex ait legatarium post diem legati cedentem, nec dum tamen electione facta decessisse. Tametsi ut liberè dicam quod sentio, valde mihi suspectum est quod Iustinianus refert ius vetus ita fuisse comparatum ut optionis legatum conditionale esset, nec ad heredem transmittatur. Primum quia in Digestis & Codice nulla eius rei argumēta aut vestigia extant. Deinde quoniam à ratione profusus alienum id videtur ut deterior conditio sit legatarij cui expressis & disertis verbis optionem testator legauit, quam cui tacite ea data est. Quæ enim tollendæ dubitationis causa, & legatarij fauore addita sunt, ei nocere & heredi prodesse æquum non est *l. in ratione 30. §. tamen si. D. ad leg. falcid.* Postremò idem Iustinianus in princip. *l. ult. C. commun. de legat.* refert dubitarum fuisse apud veteres an si vni legatario optio serui vel alterius rei relictæ esset, & is ante factam electionem moriens plures heredes reliquisset qui postea in eligendo dissentirent, quid iuris constitui deberet. Cui quæstioni non video quomodo locus esse potuerit si ponas optionis legatum iure Digesti conditionale fuisse, & ad legatarij heredes transmitti non potuisse. Ex his porro quæ diximus, ut tandem concludamus, manifestum est ad quæstionem illam Quænam hodie legatorum omnium natura & conditio sit, absolute & indistinctè responderi non posse: sed eas distinctiones probandas esse, quas retulimus & explicauimus.

*Ad §. si quis ex mortis l. 1. D. quod legator.*

CAPVT II.



CRIBIT Vlpianus in l. 1. §. *si quis ex mortis D. quod legat.* Eum qui ex mortis causa donatione possideat non teneri interdicto Quod legatorum, quia portio legis falcidiae ipso iure apud heredem

remaneat, tametsi rerum possessio in donarium corporaliter translata sit. An igitur legata, pro quibus interdictum illud competere certum est, per legem falcidiam non imminui dicemus? Imò verò ipso iure, hoc est sola iuris & legis potestate minuuntur. *l. l. in quantitate 74. §. vlt. D. ad leg. falcid.* Neque enim lex Falcidia liberam testandi & legandi facultatem quam leges Furia & Voconia sustulisse videbantur cui Romano restituit nisi hæcenus, ut hereditatis quadrantem integrum & illibatam heres haberet. An potius credendum est falcidiæ duntaxat retinendæ gratia interdictum dari? Ita sanè plerique docti viri putant: quorum sententia numquam mihi probata est. Alioquin admittendum esset nec legatorum nomine interdicto locum esse posse: quorum scilicet falcidia ut diximus, ipso iure penes heredem remaneat quemadmodum & donationum causa mortis. Et cum propositi interdicti rationem Ulpianus reddit, non illam aufert quòd falcidiam habere heres debeat, sed quòd rem legatam ex heredis voluntate accipere legatarium æquius ac ciuilius sit, ut proinde dubitari minimè oporteat quin siue legi falcidiæ locus sit, siue non sit, interdicto teneatur legatarius qui propria autoritate legatum accepit. Sic ergo Ulpianum explicandum arbitror, ut in eo dissimilis sit conditio legati, & donationis causa mortis, de qua ille tractat, hoc est quæ per traditionem perfecta est, quòd legati possessio cuius solius eo interdicto ratio habetur (est enim recuperandæ possessionis, ut lex ait) neque per testatorem neque per heredem in legatarium translata dici possit: indeque fiat ut à legatario sine heredis voluntate occupari eam inciuile durumque videatur. At donatio causa mortis ita demùm rei donatæ corpus in donarium transferat si rem ipsam donator tradiderit: quod cum factum est, illa reuocandæ à donatario possessionis ratio locum habere nequit quòd propria autoritate rem donatam occupauerit, aut quòd per heredis manus eam accipere debuerit, quam scilicet per ipsius donatoris manus iam acceperit. Ea igitur heredi ad calumniandum ratio sola superest ut dicat restituendam sibi rei donatæ possessionem, si lex falcidia locum habeat. Verùm neque hoc possit dicere cum etiam in mortis causa donationibus legis falcidiæ potestas & autoritas Seueri Constitutione inducta sit *l. 2. C. de don. caus. mort. l. si mortis 5. C. ad leg. falcid.* Ex quo inferri posse arbitror si cui per stipulationem duntaxat citra traditionem mortis causa donatum sit, isque post donatoris mortem sine heredis voluntate rem donatam occupauerit, teneri eum interdicto, exemplo legatarij, cuius hac parte recta comparatio videri possit, ne scilicet sibi in causa propria ius dixisse videatur. Quemadmodum & Ulpiani temporibus non dissimilis ratio videri poterat donationum causa mortis traditione perfectarum, & legatorum quæ per vindicationem, aut per præceptionem data essent, quòd sicut ex donatoris voluntate donatarius rem haberet, ita ex testatoris iudicio huiusmodi legata sine villo heredis facto occupare legatariis liceret. De quo superiori capite fusius scripsimus.

*Deprauatissimum esse textum §. tametsi l. in ratione 30. D. ad leg. falcid. & quomodo emendandus sit.*

CAP. III.



**M**ERVM est quod vulgo ab interpretibus iactatur, eam quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, cum in aliis plerisque multum differre ab ea quæ ex fideicommissaria hereditate restituenda Senatusconsulti autoritate retinetur, tum in eo præcipue

præcipue quòd in illam non imputantur quæ implendæ conditionis causa heredi dantur, in hæc verò imputantur. *l. ad veterani 40. l. id autem 76. l. in quartam 91. D. ad leg. falcid.* Differentiæ autem ratio illa esse videtur, quòd in falcidiam ea tantum imputari possint quæ iure hereditario capiuntur. In quorum numero non sunt, quæ conditionis implendæ causa heres accepit, cum mortis causa potius, quam testatoris iudicio & testamenti iure percipi videantur. *l. l. id autem. l. si quis sub conditione 8. D. si quis amiss. caus. testam. l. Mauius. 55. D. de condit. & demonstrat.* In Trebellianicam verò imputantur non ea tantum quæ iure hereditario heres habet, sed cætera quoque omnia quæ legati fideicommissi, præceptionis, deductionis, retentionis, atque adeò mortis causa ad eum peruenierunt, quemadmodum apertissimis verbis Marcianus tradit *in d. l. in quartam*, licet aliam eius loci interpretationem planèque contrariam magis subtiliter quàm verò Iacobus Cuiacius obseruationum libris proposuerit, quàm nos sequenti capite refellemus. Quòd si quis huius quoque dissimilitudinis rationem perquirere, hanc ego afferri posse arbitror, quòd ex legis falcidiæ verbis quæ extant *in l. 1. D. ad leg. falcid.* satis appareat, liberam illam legandi facultatem, quæ cui Romano lege duodecim tabularum concessa primùm, deinde legibus Furia & Voconia sublata aut certè imminuta fuerat, non aliter lege falcidia restitutam esse quàm hæcenus ut de solo dodrante testator legat, quadrantem verò nullis legatis diminutum heredi relinquat. Unde fieri necesse est ut si quid heredi ipsi vel à coherede legatū, vel fideicommissum relictum sit, vel alio quàm hereditatis iure ab eo acceptum, id in quartam falcidiam imputari nequeat, quæ scilicet iam ei confecta fuit ipso iure & sola legis potestate prius quàm testator vel ipsi heredi vel alij vlli legatū quàmue alia re relinqueret. Neque sanè fieri potest ut ex legatis, aut fideicommissis, aliisque huiusmodi rebus quadrans heredi conficiatur quem lex falcidia ià inde ab eo tempore quo institutio facta est separat à dodrante, nò aliam ob causam quàm ut ne legatis diminuatur, & ne quæstioni postea locus esse possit, ex quibus rebus deduci, ac confici eum oporteat. At Senatusconsulti Pegasiani non eadem quæ legis falcidiæ verba fuerunt. Etenim si Iustiniano credimus, cuius tantum testimonio hac in re uti possumus, scribit ille *in tit. De fideicommiss. heredit. §. sed quia heredes*, hoc Senatusconsulto duntaxat factum & constitutum fuisse, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Ergo retinendi tantum quadrantis ex hereditate restituenda potestatem heredi Senatus fecit, testatori verò fideicommittendæ totius hereditatis facultatem non eripuit. Hæc autè iudicio meo longè differentia sunt an quis dicat Rogatū heredem de vniuersa hereditate restituenda quartam deducere aut retinere posse, quòd verum est, an quis neget heredem de tota hereditate restituenda rogari posse, quòd falsissimū est. Alioqui dicendum esset etiam post Senatusconsultum Pegasianum, & ante Iustiniani tempora numquàm ex eo Senatusconsulto restitutionem fieri potuisse: sed tantum ex Trebelliano, quemadmodum contingebat si non plus, quàm dodrantem hereditatis restituere heres rogatus esset, ut idem Iustinianus *in §. ergo siquidem, eod. tit.* scribit. Multum igitur intererat an de totius hereditatis, an de dodrantis duntaxat restitutione heredem testator rogasset, sicut & valde referebat an ex Trebelliano an ex Pegasiano Senatusconsulto hereditas restitueretur, propter actionum translationem, & stipulationum partis & pro parte aut emptæ, & venditæ here-

ditatis interpositionem. Cum tamē nihil vnquā interfuerit an de tota hereditate, an de dodrante tantū testator legauerit, quoniā licet totius hereditatis & patrimonij æstimatio legatis exhausta sit, tamē de solo dodrante legatū intelligitur, de quadrante verò nihil, quia nec de eo quicquā legari posset, lege scilicet resistentē ac repugnāte. Propter quā causam diuimus legata per legē falcidiam ipso iure minui *l. lineam. 26. l. in quantitate 73. §. vlt. l. quoties. 67. D. ad leg. falcid. l. in imponēda 6. C. eod. & si per errorem facti integra soluta sint, quartæ repetitionē esse. l. error. 9. l. pen. 6. eod. id est vindicationem d. l. lineam. Atqui fideicommissum vniuersale hereditatis per Senatusconsultum ipso iure minui & soluto eo per errorem sine quadrantis deductione vindicationi repetitioni quartæ locum esse nusquam scriptum reperias. Imò verò fideicommissarium posse totam hereditatē petere, nec nisi per doli exceptionem quartam ab herede retineri, atq; idē si per errorem totum fideicommissum restitutum sit non solum quartæ sed vniuersæ hereditatis repetitioni locū esse Pomponius scribit, *in l. heres 21. D. ad S. C. Trebell.* quod in Falcidia legatorum omnino diuersum est, quæ non aliam ob causam dicitur capi iure testamenti. *l. qui duos 42. D. de vulgar. & pupill. substit.* hoc est iure hereditario. *l. pater 14. D. ad leg. falcid.* quā quod heredi ea testamēto relinquēda sit priusquam à testatore quicquam legetur, vt proinde ad eius retentionem doli exceptio necessaria nō sit, quemadmodum libri quarti capite sexto explicauimus. Hinc illud etiam fortasse descendit, quod Vlpianus ex Celso scribit, *in l. 5. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* si maritus rogatus sit præcepta certa quantitate vxori suæ hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, magis videri functum eum pleniore officio præstandæ fidei, quā donationem in vxorem contulisse, quia donare quis nequeat eam rem quam nondum adquisierit, licet in eo sit vt si velit, possit acquirere. *§. si maritus 13. ea. leg.* Quarta autem quæ ex fideicommissio hereditatis restituendæ retinetur, dici non potest heredi acquisita priusquam retineatur, quam scilicet Senatusconsultum non dat, sed eius tantum retinendæ potestatem heredi facit. At si maritus heres institutus legatis in vxorem collatis supra dodrantem grauatus sit, eaq; integra soluerit, vereor ne dici possit non tantum plenius obsequiū testatoris iudicio præstitū, sed etiam vxori donationem factam videri, cum marito heredi instituto non quadrantis deducendi potestas, sed quadrans ipse iam per legem deductus & confectus esset acquisitus. *arg. l. cuius per errorem. de regul. iur. & l. si patronus 20. §. de illo. D. de donat.* qui tamen locus nisi me fallo, Tribonianum potius quā Marcellum redolet, ac fortassis immutatus est propter *l. vlt. C. ad leg. falcid.* Verum vtut sit, non alia ratione pertinet quæstio illius *§. ad tit. de donationibus*, quā quod donare videatur is qui quod per legē falcidiam retinere poterat, non retinuit. Denique non potuit saluo Senatusconsulto Trebelliano fieri vt per Pegasianum legis falcidiæ potestas ad fideicommissa vniuersalia produceretur. Nam Trebelliano non prohibebatur testator heredem rogare vt vniuersam hereditatem restitueret, quod potius in id tantum factum esset vt hoc casu actiones omnes hereditariæ in fideicommissariū transferrentur. Pegasianum verò Trebelliani vim non sustulit, sed tantum addidit ea quæ Trebelliano deesse videbantur. Non igitur Senatus sanxit ne testatori supra dodrantem fideicommittere liceret, sed si supra dodrantem hereditatis restituendæ fideicommissum esset, quadrantis retentionē heredi permisit. Ex quo intelligi potest quomodo accipiendum sit quod Iustinianus supra-*

dicto

dicto loco scribit Pegasiano cautum esse vt heredi rogato hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere, atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Neq; enim illud dicere Iustinianus voluit nullam inter legatorum & fideicommissorum falcidias differentiam esse, sed tam ex fideicommissis vniuersalibus de quibus eo loco tractat quā ex legatis quadrantem retineri, quamuis non eadem omnino ratione retineatur. Lex namque falcidia ad heredum fauorem respexit qui cum iuris, successores sint, proculdubio legatariis longè sunt fauorabiliores. Senatusconsultum verò Pegasianum non heredibus consulum voluit, quibus iam Trebelliano satis consultum videbatur, sed fideicommissariis quæ repudiatis heredibus ad quos nullum ex hereditate lucrum perueniret, fideicommissorum iacturam faciebant, quorū tamen causa fauorabilior quā heredum esse deberet, vel eo maxime nomine quod totius hereditatis ius fructūque in eos transferatur, indeoque effectu ipso heredes sint, nec nisi nudū heredis nomen penes heredē remaneat. Cum verò non aliam ob causam vt diximus, Senatusconsultum Pegasianum factum sit quā vt aliquo præmio heredes ad adeundam hereditatem inuitarentur, dici non potest cur in eum quadrantem quem heres retinet, ea tantum imputari debeant, quæ ab eo iure hereditario capiuntur, qui si minore aut nullo lucro qua alia ratione ad aditionē inuitari potuisset, nulla certè quadrantis retinendi potestas ei facta fuisset. Etsi enim non magis bonorum quā hereditatis quartam partem habere heres debet, non tamen rectè ex eo inferas in eam imputanda esse quæ hereditario tantum iure apud heredem manent, cum non quicquid capitur ex hereditate, aut propter hereditatem idem confestim dici possit capi iure hereditario nisi præterea ex testatoris iudicio ac voluntate, & heredis iure capiatur. Nam & legatum delibari dicitur ex hereditate, & propter hereditatem capiuntur quæ conditionis implendæ causa heres à legatariis aut fideicommissariis accipit, neque tamen legata aut mortis causa capiones iure hereditario capi existimantur. Verissimum igitur est quod Marcianus scribit in d. l. in quartam. Quod implendæ conditionis causa fideicommissi heredi datur (sic enim legendum puto) in quartam quam Trebellianicam dicimus imputari. Si verò quid heres implendæ conditionis causa accipiat à legatariis in falcidiæ computationem id nō procedere, quoniam id extra hereditatem habeatur, quæ mortis tempore fuit, ac cuius quadrans iam à tempore testamenti per legem falcidiam heredi confectus & relictus esse intelligatur. Neque in toto iure vllus locus est qui aduersus ea quæ diximus pugnare videatur, nisi quod ex Mæciani libro octauo Fideicommissorum scriptum legimus *in l. in ratione 30. §. tametsi. D. ad leg. Falcidiam.* Tametsi in ratione legis falcidiæ quæ conditionis implendæ causa heredi dantur, in quartam non computantur, tamen id quod non figura conditionis heres accipere iussus est ab eo qui hereditatem restituere rogatus est, Celso & Iuliano placere computari quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non conditionis implendæ causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi. Hæc enim Mæciani verba sunt, ex quibus apparet loqui eum de falcidia quæ ex fideicommissio vniuersali hereditatis restituendæ retinetur, neque tamen admittere vt quæ conditionis implendæ causa heredi dantur in quartam aliter computentur quā si figura conditionis nō expressa heres accipere iussus sit. Quod si ita esset, dici profectò nō posset, quid inter legis Falcidiæ & Senatusconsulti Pegasiani, quadrantē hac parte in-

r ij.

teresset. Nam quæ conditionis implendæ causa hæredi sic data sunt, vt tamen conditionis figuram testator nõ expresserit, ea certum est in legatorum quoque falcidiam imputari propter rationem illam quam Marcianus reddit, quod non tam conditionis implendæ causa quam veluti pro pretio pecunia præstari videatur ac si eas res quæ legatæ sunt illa summa certoque pretio vendere heres iussus esset. Quod enim pro rei pretio heredi præstatur, id non minus iure hereditario capi dicitur, quam res ipsa hereditaria caperetur si eam vendere heres iussus non fuisset: vt eadem l. in §. *vendere*, Marcianus scribit, & Iulianus in l. *qui fundum* 78. D. eod. Sed non possum mihi persuadere loqui Marcianum in d. §. *tametsi*, de falcidia quæ Senatusconsulti autoritate retinetur. Nam tractari potius de illa ipsa Falcidia de qua in præcedentibus tractatum fuerat ostendunt prima ea verba *tametsi autem* quæ non tam nouam disputationem institui, quam institutam & inchoatam absolui præ se ferunt. Deinde quæ sequuntur in *legis falcidiæ ratione*. Quamquam enim eam quoque quartam quæ ex Pegasiano retinetur Falcidiam aliquando appellari scio, quod vtræque quarta sit, & quadrantis potius quam maioris aut minoris portionis retinendæ exemplum lex Falcidia dederit. Nusquam tamen reperio legem Falcidiam dici à Iurisconsultis pro Senatusconsulto Pegasiano nisi præcedentia aliqua, de restituenda hereditate tractari demonstrant, & si verum est quod iam probauimus non eandem legis, & Senatusconsulti potestatem fuisse, confundi certè vtriusque iura & nomina non potuerunt. Sed & me illud maximè mouet quòd illa Marciani verba in d. §. *tametsi. quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non conditionis implendæ causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi*, tantum abest vt commodè explicari possint, vt nec Grammaticam constructionem recipere posse videantur. Quò enim referas *eas res*, cum de nullis rebus ac de sola hereditate restituenda rogatum esse heredem in præcedentibus proponatur? Nam si dicas *earum rerum* appellatione hereditatem significari, obiciam hereditatem ab ipsis rebus hereditariis toto genere differre. Res enim corporales esse, hereditatem verò non in rebus & corporibus sed in iure consistere, atq; ideò si testator res suas omnes ab herede restitui fideicommissario iusserit, non aliter ex Trebelliano restitutionem fieri vt actiones in fideicommissarium transferantur, aut cogi posse heredem vt adeat quam si de ipsa hereditate & successione restituenda testator senserit. l. *nam quod* 14. §. *vlt. l. 15. & 16. in princip. D. ad S. C. Trebellian.* Deinde vix est vt *eas res* Iurisconsultus scripserit, si de omnibus rebus hereditariis sensisset. Rursus, ad quas personas referri possint verba illa *inferre sunt iussi*, nisi ad illos ipsos quibus vicissim heres quid præstare iussus est? Atqui nõ plures eos fuisse sed vnum duntaxat Marcianus scripserat iis verbis, *ab eo cui hereditatem restituere rogatus est*. Scribendum igitur fuerat in singulari numero *inferre est iussus*. si Grammaticarum præceptionum obseruationes amamus, & curamus. Denique iuris ratio non patitur vt regula aut sententia quæ initio §. ponitur, Ea quæ conditionis implendæ causa heredi dantur, in quartam computari, ad quartam Trebellianicam referatur de qua in præcedentibus ne verbum quidem Marcianus fecerat. Ergo exceptio quæ ad regulam illam subicitur ad aliam quam legatorum falcidiam pertinere potest. Quibus rationibus victus cogor dicere, quod à tot tantisque Iurisconsultis qui de eius loci sententia disputarunt hætenus obseruatum non fuisse & miror, & doleo, corruptissimum esse Marciani textum tam in eo §. quam in præcedentibus, &

peri-

peritissimi artificis manum requirere vt pristinæ sanitati & integritati restituatur. Etsi autem iudicio meo minus tribuo, quam vt tam ancipitis curationis periculum fide mea esse velim, coniecturam tamen meam dum amplius delibero proponam, vt quomodo mendum tollendum sit, si non omnino dixisse & docuisse, saltem eruditioribus & diligentioribus videat indicasse. Puto igitur erratum esse in illis verbis *ab eo cui hereditatem restituere rogatus est*, & legendum potius *ab eis quibus certas res restituere rogatus est*, tum in versic. quo loco, tollenda verba illa & *recipere hereditatem* & in glossam imperiti interpretis vnde emanarunt reicienda. Sic enim fiet vt rectissimè omnia, & inter se & cum præcedentibus conueniant in quibus iam de certarum, & incertarum rerum legato tractatum legimus in §. *certis verò corporibus*, & §. *incertæ res*. Facilis porro & lubricus error fuit si fortè scriptum fuisse ponas quomodo in Florentinis Pandectis scribi solet, *ab eis Cuius certas RESTituere*. Fieri enim potuit, vt qui hanc scribendi rationem non intelligeret, scriptum putaret *Cui hereditatem restituere*, aut in hanc sententiam locum, qui corruptus videbatur restitueret, deinde in illis sequentibus *an fideicommissarius quoque inuitus cogatur dare eam summam*, adiceret ea verba & *reciperet hereditatem*, quæ tamen palam est nisi ineptè & superuacuo adici non potuisse. Neque enim quaestio est an fideicommissarius inuitus hereditatem recipere cogatur, sed an cogi possit dare heredi eam summam, pro qua veluti certo pretio certas res fideicommissario præstare heres rogatus est. Ita verò si legas quomodo restitimus, efficies longè aliam planeq; diuersam: sed verissimam Marciani sententiam, quæ non de quarta Pegasiana, sed de Falcidia intelligetur. Quamquam enim de fideicommissis singularibus nõ de legato Marcianum disputare admittimus, neq; negamus retentione ex fideicommissis singularibus Senatusconsulto Pegasiano inductam esse, sicuti Iustinianus, & Theophilus scribunt, attamè longè alia ratione de singularibus, quam de vniuersalibus fideicommissis Senatusconsulto cautum & constitutum esse contendimus. Nã legis falcidiæ potestatem ad fideicommissa singularia Senatusconsulto tractam esse, ita vt quemadmodum legare sic fideicommittere res singulas supra dodrantem non liceat, & quæ ex fideicommissis singularibus Falcidia retinetur eam non Trebellianicam sed Falcidiam dicimus, vnde fit vt legatorum & fideicommissorum singularium iura promiscuè tractata sint in titulis Digestorum & Codicis De legatis, & ad legem Falcidiam, De vniuersalibus verò disputatum separatim in tit. *Ad S. C. Trebell.* Quò etiam pertinere arbitror, quod ex Vlpiano scriptum est in l. 1. de *legat. 1.* Per omnia esse exæquata legata fideicommissis nempe singularibus & in falcidiæ retentione, quomodo ex legis inscriptione à Iacobo Cuiacio rectissimè obseruatum est, quamquam in eo ille labitur quòd fideicommissa vniuersalia à singularibus non distinguit. Cum tamen neque eo titulo neque in tractatu De lege Falcidia, mentio ex proposito vlla fiat vniuersalium fideicommissorum. Et ipso Senatusconsulto Pegasiano aliam vniuersalium aliam singularium rationem habitam fuisse vel ex eo maximè appareat, quòd pro singularibus fideicommissis conseruandis non magis cogi possit heres ad adeundam hereditatem, quam pro legatis. Sicut enim legatarij, ita fideicommissarij singulares non sunt iuris successores. Et vt breuius dicam, non nisi verbis legata differant à fideicommissis singularibus, effectu autem ipso præsertim cum de lege Falcidia quaeritur omnino conueniunt. Cumque lex Falcidia sufficere posset cui fraus alioqui parata fuisset si post inducta & confirmata fideicom-



missa ea in singularibus fideicommissis sibi locum non vindicasset, satis fuit legis potestatem interpretatione & auctoritate Senatusconsulti ad singularia fideicommissa extendi: neque de iis ius nouum constitui necesse fuit, quod aliud diuersimque constitui non potuisset. Quamquam nec illud nouum est, ut priores leges ad posteriores trahantur. *l. 26. & 27. D. de legib. scilicet per interpretationem eadem iuris & æquitatis ratione subnixam.* Itaque quamuis Senatusconsulti Pegasiani verbis nullam legis Falcidiae mentionem factam fuisse admitterem, sed inductam duntaxat quartam ex fideicommissis singularibus retentionem, fieri tamen potuit Iurisconsultorum interpretatione ut ad eius retentionem eadem iura, eademque regulæ traherentur, quæ ex lege Falcidia in retentione quartæ ex legatis obtinebant, propter maximam illam per omnia, & in omnibus legatorum, & fideicommissorum singularium similitudinem. Ergo cum quaeretur Quam res in falcidiam imputari debeant, non distinguemus an ab herede legata an fideicommissa singularia testator reliquerit, sed id semper obseruabimus, ut siue ex legatis siue ex fideicommissis singularibus quarta deducenda sit, in eam non imputentur nisi quæ hereditario iure capiuntur. In neutram igitur imputabuntur, quæ conditionis implendæ causa heredi data sunt ab eis quibus certas res aut per legatum aut per fideicommissum præstare iussus est: neque enim hæc testamenti aut hereditario iure capiuntur. Sed huic sententiæ subiicienda exceptio est quam Mæcianus tradit, nisi figura conditionis non expressa heres pecuniam accipere iussus sit, puta si testator non ita dixerit *Accipis centum à Sempronio fundum Cornelianum ei dato aut restituito*, sed sic potius *Heres meus accipito centum à Sempronio. & fundum ei restituito.* Hoc enim casu, inquit ille, non tam conditionis implendæ causa, quam quodammodo pro pretio fundi Sempronius centum dare iussus videtur parumque interest an fundum eo pretio vendere iussus sit heres, an centum accipere & fundum restituere. Iam autem supra diximus si heredem certo pretio vendere rem hereditariam testator voluerit pretium in falcidiam imputari, tanquam iure hereditario perceptum. *d. l. in ratione. §. vendere.* At si figura conditionis expressa sit hoc modo, *Heres meus Sempronio fundum dato si tibi centum dederit.* negari certe non potest quin ea centum mortis causa, & implendæ conditionis nomine capiuntur. Idemque iuris constituendum puto, licet testator dixerit *Accipis centum à Sempronio fundum ei dato*, non expressa quidem figura conditionis sed demonstrata dantis persona. Nam & hæc centum mortis causa capi Papinianus scribit *in l. accipis 93. D. ad leg. falcid.* Et si verò Papinianus eo loco distinguendum ait an persona dantis demonstrata sit necne, cum heres de restituenda hereditate rogatus est, mihi tamē in proposita questione hoc est cum singulare fideicommissum heres præstat, distinctio hæc non probatur. Quod enim ille ait non demonstrata dantis persona, quasi perceptam & retentam pecuniam videri, id dici nequit si singularis aliqua res legata sit, aut per fideicommissum relicta. Nimirum quoniam pecunia facile ex hereditate retineri potest, ex singulis verò corporibus nullomodo potest: ac proinde semper necesse est capi eam extra hereditatem & mortis causa, nisi cum testator heredem eam pecuniam accipere iussit, & pro ea vicissim quasi venditionis iure legatario aut fideicommissario fundum præstare. Ex illa autem Papiniani lege magis intelligimus verum esse quod volumus in Trebellianicam imputari ea etiam quæ mortis causa capiuntur ex Diui Pij Constitutione, si modo penes heredem remaneant: atque idem in §. Tametsi de Trebellianica Mæcianum

Mæcianum intelligi non posse ubi generaliter & indistinctè tradit in quartam non imputari quæ conditionis implendæ & mortis causa accipiuntur, sed eam tantum pecuniam quæ à legatario aut fideicommissario ad heredem pro pretio rei hereditariæ & hereditario iure peruenit. Quod cum ita sit, parum etiam acutè faciunt qui quod à Marciano contra scriptum est generaliter in d. l. in quartam, Ea quæ conditionis implendæ causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, de iis duntaxat accipi volunt quæ sine figura conditionis relicta sunt, & ab herede veluti pro pretio accepta. Quasi vero fieri possit ut eadem pecunia & pro pretio & conditionis implendæ mortisque causa accipiatur, quæ tamen ex diametro aduersari ostendunt satis illa Mæciani verba *non conditionis implendæ causa, sed quodammodo pro pretio.* Denique perpetuo verum est ea quæ conditionis implendæ causa capiuntur nunquam in falcidiam legatorum aut fideicommissorum singularium imputari. In quartam vero fideicommissorum vniuersalium semper imputari, præterquam in casu *d. l. acceptis.* Sed non perpetuo verum est ea, quæ extra hereditatem à legatario aut fideicommissario singulari percipiuntur, implendæ conditionis, mortisque causa capi: nempe si quasi pro rei hereditariæ pretio capiuntur. Dixi *Fideicommissario singulari*, quia quod à fideicommissario vniuersali heres accipere iussus esset his verbis, *Accipito centum à Sempronio & ei restituito hereditatem* non tam pro pretio hereditatis quam pro quartæ commodo acciperetur *l. si heres 90. D. ad leg. falcid. d. l. acceptis in fine.* Alioqui retento ab herede pretio hereditatis, ipsa hereditas restitui non videretur. Nec quicquam refert an heres accepta certa quantitate vniuersam hereditatem restituere iussus sit, an verò quantitatem accipere, & hereditatem restituere, quia neutro casu de vendenda sed tantum de restituenda hereditate cogitasse testatorem dici potest, cum tamen in legatis & fideicommissis singularibus ea distinctio necessaria sit secundum Mæciani sententiam. Ferè enim est ut videatur heres iussus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommissario accipere iussus est pro ea re quam etiā iussus est dare, & ea necessitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi coniecturam iniunctæ venditionis inducit *arg. l. 5. §. 1. D. de præscr. verb.* Quod verò apud Mæcianum sequitur fideicommissarios in proposita specie cogi non posse ut eam pecuniam, & quantitatem præstent, optimam rationem habet, quod talis oratio ipsorum causa non contra ipsos posita videatur. Nec contrarium est quod Ulpianus in eadem ut videtur specie respondit duplex fideicommissum esse *in l. fideicommissa 11. §. cum esset. D. de legat. 3.* Nam ut rectissimè Accursius animaduertit, multum interest, utrum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis restituere rogatus sit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommissum nihil aliud ex testamento acceperit. Priore casu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniæ quantitatem cogitasse testator videtur, neque minus grauare potuit fideicommissarium eundemque coheredem ut pecuniam daret, quam alterum ut portionem restitueret. Posteriore verò dici non potest testatorem obligare voluisse aut potuisse eum, cum testamento nihil aliud dederit quam illud ipsum legatum aut fideicommissum cuius nomine quantitatem ab eo vicissim præstari voluit. Quis enim legatum vel fideicommissum sibi relictum agnoscere, aut propter defuncti voluntatem quam agnouerit quicquam præstare compelleretur? Atque hoc rectè, ut dixi, Accursius explicauit. Sed cætera de quibus hoc capite disputauimus, & quæ in se-

quenti subiciemus, non reperi adhuc ex interpretibus qui benè explicuerit.

*Emendatio l. in quartam 91. & explicatio l. Titia 86. D. ad leg. Falcid.*

CAPVT IIIII.

**P**OSTVLANT quæ superiore capite diximus vt cætera quæ pertinent ad institutam disputationem De iis quæ in legatorum & fideicommissorum falcidias imputantur explicemus. Quæ quæstio pertinet ad interpretationem *l. in quartam 91. D. ad leg. Falcid. l. Titia. 86. D. eod. l. filium. C. famil. erciscund.* quibus vix aliæ vllæ sunt in toto iure difficiliore, & variis interpretum nostrorum Commentariis factæ obscuriores: atque idè nobis diligentius elaborandum erit, vt non magis in aliorum opinionibus refellendis quàm in nostris proponendis, & confirmandis ingeniosi videamur. Sed cum aduersus omnes omnino interpretes dimicandum nobis est, tum præcipuè aduersus Doctorem ætatis nostræ sine controuersia Principem Iacobum Cuiacium, qui primus docuit, quod nemini vnquam antea in mentem venerat, eandem omnino vtriusque falcidiæ rationem esse, nec plura imputari in eam quartam, quæ ex restituenda hereditatis fideicommissio retinetur, quàm in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam sententiam præcipitem eum egit quod à Marciano scriptum credidit in *l. in ratione 30. §. tametsi. D. ad leg. Falcid.* ea quæ conditionis implendæ causa heredi data sunt in quartam fideicommissorum vniuersalium non imputari. Quod tamen quàm sit à veritate alienum & ab illius loci sententia, superiore capite, vt nobis videtur, apertè demonstrauimus, & pluribus argumentis probauimus verum esse quod Marcianus contra scribit in *d. l. in quartam.* Ea quæ implendæ conditionis causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, vt proinde Basilicorum auctoritas qua vir doctissimus potissimum nititur, neque tot librorum authoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino constat anteposenda videatur. Si quid enim in iure certum, sanè illud certissimū est in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quas iure hereditario capit non quas iure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi siue præcipere, vel deducere, vel retinere iustus est in quartam id ei imputari, quemadmodum disertis verbis Marcianus scribit in *d. l. in quartam.* Neque possis dicere cum Goucano in illo loco *Sed in fideicommissaria* legendum esse *Sed &* aut cum Cuiacio, totum eum versiculum generalis prioris sententiæ explicandæ non restringendæ causa subiectum esse. Verba enim omnino repugnant nisi in illis sequentibus *in quartam id ei imputatur* negationem addas quæ in libris omnibus deest. At neque verum est priorem legis sententiam generalem esse, quæ non nisi de ea quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia est inter legem Falcidiam & Senatusconsultum Pegasianum, tantam in eas quartas differentiam esse necesse est. Sed cum differentiæ rationem satis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea res vt sublata dissimilitudinem illi voluerint qui dissimilitudinis causam non intellexerunt. Docuimus autem in superioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priusquam à testatore aliquid legetur vel fideicommittatur, idèoque non posse confici eum ex legatis fideicom-

missis

missis & aliis huiusmodi si qua sunt quæ ad eum alio quàm hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cum accedant quadrantem iam confecto, extra & supra quadrantem esse debere. Pegasiano verò Senatusconsulto non confici quartam heredi sed permitti duntaxat vt illam sibi is conficiat ne omnino infructuosa hereditatis aditio videatur, & potius spe alicuius lucri, & commodi ad adeundum inuitetur: eamque ob causam Senatusconsulto satisfactum esse, si quartam heres habeat vndeunque tadem sibi illam confecerit. Inde igitur fit, vt si accepta pecunia hereditatem restituere heres rogatus sit, eam pecuniã illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius constituerit, quamuis non iure hereditario sed mortis causa capi Papinianus scribat in *l. acceptis 93. eod.* ad quam nescio certè qua ratione responderi possit. In eadem causa sunt quæ heres retinere, deducere & præcipere iustus est. Hæc enim etsi ex hereditate capiuntur, non tamen iure hereditario quoniam heres ea percipit non hereditatis, sed retentionis, deductionis & præceptionis iure & vt cum Iustiniano loquar quasi ex legato. *§. si quis vna Instit. de fideic. heredit.* Ea enim testatoris voluntas est vt quasi extra hereditatem hæc accipiantur, ipsa autem hereditas restituatur. Ac sanè si subtilius inspicias, tantum abest vt quæ hereditario tantum iure capiuntur in quartam imputari debeant, vt nec si maximè heres velit, imputare, tamen ea possit: quia quæcunque ab herede hereditario iure capiuntur, ea cum sint hereditatis in restitutionem venire necesse est. *l. in fideicommissaria 18. §. 1. & vltim. D. ad S. C. Trebell.* Quamquam enim non quicquid fuit hereditatis id statim hereditario iure percipitur, sed ita demum si heredis iure & ex testatoris voluntate heres capiat, fieri tamen non potest vt quicquam capiatur iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditariæ locum successerit. Heres autem qui rogatus est hereditatē restituere id omne restituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Necesse igitur est vel quadrantem nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quæ iure hereditario non capiuntur, si modo ad quartam conficiendam sufficiant. Si quid enim heres iure heredis retineret, eueniret vt ex Trebelliano restitui hereditas non posset, hoc est vt partem aliquã iuriū & actionū hereditariarū penes eum remanere necesse esset, quemadmodum accidit si retenta quarta hereditatem restituere sit rogatus, quod tamen Iustinianus apertè negat in *d. §. si quis vna*, eo colore quod illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iustus est non tam hereditario quàm legati iure hoc est extra hereditatem, ac quasi à fideicommissario præstita percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iustinianus ait, ita vt si quartæ sufficiant, restitutio facienda sit ex Trebelliano sine vlla quartæ deductione. Verū igitur nõ est in Trebellianicam non imputari nisi quæ hereditario iure capiuntur. Rursus quæro, si Cuiacij sententia recta est quomodo explicari possit quod Marcianus scribit & vir doctissimus non negat siue legatū siue fideicommissum heredi datum sit id in restituendæ hereditatis quartam imputari? Dices fortasse, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario non pro ea quæ accipitur à coherede vt sequentia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obseruandum est de fideicommissio id dici non posse, cuius siquidem nulla pars capitur iure hereditario. Cum in eo differant legata quæ coheredi relinquuntur à fideicommissis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, nisi pro ea parte quam ex coheredis portione lex sumit. Hæc verò non nisi ex portione eius, qui rogatus est possunt detrahi, quoniã frustra coheredis fi-

dei testator committat ut fundum hereditarium præstet coheredi supra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid si vnus tantum heres institutus sit, & alicuius legatarij aut ipsius fideicommissarij fidei testator commiserit ut heredi aliquid præstet? Quis dixerit accipi hoc casu partem aliquam fideicommissi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani sententia quæ generalis est, fideicommissum huiusmodi in quartam imputari? Postremo cum certi iuris sit legatum quod vni ex heredibus relinquitur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à semetipso capit. *l. & quidem 18. de leg. 1.* An non absurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam sententiam, si quod ille scripsit in Trebellianicam imputari quicquid heredi legatum est, de ea tantum legati parte accipiamus quæ non nisi inutiliter legata est, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, iniquis, cogunt ea quæ sequuntur, apud Marcianum, ut hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, *Pro ea verò parte, quam accepit à coherede, extra quartam, id est quod à coherede accipitur.* Hic verò versiculus est, qui totius legis interpretationem adedò difficilem fecit ut si quis receptam lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio superesse possit. Nullus namque in toto iure locus est qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tamen si vir doctissimus id probari putet ex *l. filium 24. C. famil. eriscun.* De cuius quoque sententia ob eam causam nobis sequenti capite tractandum erit. Sed probabilius quis moueatur ex *l. Titia 86. D. ad leg. falcid.* quæ cum per se difficillima & obscurissima est, tum maximè opinioni nostræ aduersari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cum Titia testamento suo Titium fratrem ex parte tertia heredem instituisset, fideique eius commississet ut hereditatem retenta quarta parte restitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegasset. An Titius illa quæ prælegata sunt etiam pro ea parte hereditatis quam restituere rogatus est, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum est non *an integra.* Respondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed si non esset adiectum ut pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputandum esse, quoniam contra sententiam matris familiaris lex falcidia induceretur. Illa igitur Iuliani sententia est, in quartam hereditariæ portionis restituendæ non imputari tota prædia quorum scilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, sed eam duntaxat portionem quæ ad eum iure hereditario peruenit, hoc est trientem: At ne quidem totum trientem, sed duodecimam tantum partem si retenta aut quod idem est deducta quarta hereditatem restituere iussus sit. Quæ omnia quam rationem habeant, difficilius est dicere, quam ut omnibus hac in re satisfieri posse videatur. Primum enim illud à iuris ratione alienum videtur legata integra ab herede retineri. Cum certi iuris sit eam legati partem quam heres à seipso capit non tam legati quam hereditario iure percipi, *l. heredes 25. §. vltim. cum l. seq. D. famil. eriscund. l. miles ad sororem 75. §. vltim. de legat. 2. l. eum qui 18. §. vlt. D. de his que ut indign. aufer.* atque idedò in fideicommissi restitutionem venire. *l. in fideicommissariam 18. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* Nec placet Goueani distinctio inter legata & prælegata, quasi nulla prælegati pars in restitutionem venire debeat quod nihil tam contrarium sit restitutioni quam retentio. Nam & prælegata venire in restitutionem constat, si heres portionem restituere iussus sit. *l. 3. §. vlt. D. eod. tit.* aut quicquid ad eum ex hereditate peruenerit. *l. cum vi-*

rum. 16. Cod. de fideic. Quod si hereditatis tantum mentio facta sit, fateor eam prælegati partem quæ legati iure capitur in restitutionem non venire, quoniam scilicet hereditatis appellatione legata non continentur. *l. si Titius ex parte 96. de legat. 3.* Sed eam partem quæ iure hereditario capitur siue legatum siue prælegatum sit, restituendam esse non dubito: quoniam pro ea parte nec legatum valeat, nec prælegatum. Quam ob causam Iulianus in *d. l. Titia*, ea prædia quæ prius prælegata dixerat, postea legata vocat, ut intelligamus nihil hac parte legata differre à prælegatis. Sanè si heres ex parte institutus portionem suam repudiauerit, multum intererit an legatum ei sit an prælegatum. Nam legatum totum ad eum nihilominus pertinebit, prælegatum verò non nisi pro parte coheredis. *d. l. & quidem totum. de legat. 1. d. l. miles. §. vlt. de legat. 2. d. l. eum qui. §. vlt. de his que ut indign. aufer.* Cuius dissimilitudinis illa fortassis ratio est quod iis etiam qui heredes non sunt legamus, solis autem heredibus prælegamus: adedò ut quicquid heredi legatur id si hereditas quandocumque adeatur, promiscuè legatum & prælegatum dici possit. Nam & quod heredi legatur id ille præcipuum habet ac præter portionem hereditatis, non minus quam si esset prælegatum, & ex contrario prælegati non minus quam legati pars ex hereditate capitur, & iure hereditario. At in quæstione *d. l. Titia*, non puto quicquam interesse vtrum Titio heredi ex tertia parte scripto legata essent prædia an prælegata. Et utroque casu puto responsurum fuisse Iulianum legata integra retineri, nec vllam eorum partem venire in restitutionem. Nempe quia ut rectissime iam olim veteres omnes interpretes animaduertent, quoties de hereditate restituenda heres rogatus est priusquam ei quicquam legatum, aut prælegatum sit, non potest videri testator voluisse ut quod post iniunctum fideicommissum heredi reliquit fideicommissario restitueretur, sed potius ut præstito fideicommissio ea res legata aut prælegata ab herede retineretur. Etsi enim dici solet parum aut nihil curandum esse ordinem scripturæ, accidit tamen aliquando ut ex ordine scripturæ coniectura diuersæ voluntatis iudicatur. *l. cum pater 77. §. à te peto. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* & in eo de quo quærimus fieri non potest ut heres rogatus videatur id restituere quod nondum acceperit. Quamquam & alia ratione moueri Iulianus potuit. Nimirum quod verisimile esset testatricem quæ retinendæ ex portione restituenda quartæ potestatem heredi fecisset, multo magis voluisse integra ab eo retineri legata quæ scilicet ex hereditate delibata essent non aliam ob causam quam ut extra hereditatem, & restituendi necessitatem constituerentur. Sed illud difficilius est, quod Iulianus subiicit in partem quartam imputari oportere duodecimam duntaxat partem prædiorum. Nemo enim dubitat quin tam in Falcidiam, quam in Trebellianicam ea saltem imputentur, quæ iure hereditario capiuntur: Atqui prædiorum quæ prælegata proponuntur non tantum duodecima sed tertia pars iure hereditario percipitur, cum ex parte tertia Titius institutus esset. Cur non igitur saltem tertia prædiorum pars imputabitur? Etsi verò Iuliani verba ostendunt satis rationem aliam quærendam non esse, quam quod ex testatricis iudicio, & voluntate quarta deduceretur, hoc ipsum tamen obscurum est, cur non & hoc casu in quartam imputentur ea omnia, quæ iure hereditario capiuntur, quemadmodum contingeret si de dodrante tantum hereditatis restituendo heres rogatus esset. Quod si quis dicat testatoris hereditatem suam restitui iubētis retenta quarta, voluntatem illam videri ut ex iis tantum rebus quarta detrahatur

quæ restituentur prælegatum autem non restitui. Inde igitur fieri, vt quæ pars hereditatis capitur iure hereditario non ideò in quartam imputetur. Quæro, Cur ergo pars aliqua prælegati imputetur cum nulla restituatur? Aut si pars aliqua imputanda est, cur duodecima potius quàm alia portio? Scio Goueanum, cuius extant præclari & eruditi in hunc titulum Commentarij, in ea esse opinionem vt putet illam duntaxat partem imputari sine qua heres quartam non retineret. Sed quid ille sibi velit tam obscuris verbis, ego planè non intelligo. Nam & non imputata illa parte duodecima nonne Titius quartam ex illa ipsa hereditate quæ restituatur retinere posset, atque ita plus quàm totius hereditatis quartam haberet? Aut si quis absurdum putet plus quàm quartam eum retinere, An non & imputata illa duodecima præcipuum & supra quartam habet quadrantem qui in prædiis prælegatis hereditario iure capitur, quique nec restituatur, nec imputatur? Dicendum igitur est eam partem imputari quæ imputaretur, si prædiorum portio quæ iure hereditario capitur, in restitutionem veniret. Voluit enim testatrix retineri quartam ex hereditate, hoc est ex iis omnibus quæ hereditatis iure ad Titium fratrem peruenirent, in quorum numero triens ille est quem in fundis prælegatis à semetipso Titius accipit. Trientis igitur quartam hoc est prædiorum duodecimam imputare eum necesse est. Nec ad rem pertinet quod nulla prædiorum pars fideicommissario restituatur. Non enim restitutionis & imputationis iura confundi debent, nec quæ ratio restitutionem impedit, eadem impedire potest imputationem. Nulla pars restituatur, quia, vt diximus, post iniunctum hereditatis fideicommissum, prædia sunt prælegata, atque eorum ratione imminutum fideicommissum, ex verisimili testantis voluntate. Imputatur tamen duodecima, quoniam illa testamenti verba *retenta quarta* non minus ad quartam trientis pertinent qui in prædiis prælegatis iure hereditario capitur, quàm ad quartam reliquæ totius hereditatis, neque ex eo quod prius fideicommissum relictum est quàm prælegata essent prædia, voluntatis coniectura capi potest, quasi alia ratione imputationem fieri testatrix voluerit quàm si primum prælegasset deinde fideicommissum hereditatis reliquisset. Illud ergo duntaxat mirandum sit quod Iulianus ait, Si non esset adiectum vt quarta deduceretur, futurum vt totus ille triens in quartam imputaretur. Cur non enim totum pretium prædiorum imputatur, si verum est quod nos defendimus in fideicommissaria hereditate restituenda non ea tantum heredi in quartam imputari, quæ iure hereditario capitur, sed illa etiam quæ iure legati aut fideicommissi? Atque ob eam causam putabam aliquando corruptum esse Iuliani textum in iis verbis *totum trientem prædiorum*, & pro *trientem* legendum potius esse *pretium*. Sed mihi nunc probabilius videtur vt distinguamus quomodo in prima legis quæstione distinximus, An prius heredi fideicommissum iniunctum quàm prælegatum relictum sit, an ex contrario prius prælegatum sit, quàm fideicommissum. Priore siquidem casu puto testatoris voluntatem efficere vt ea tantum prælegati pars in quartam imputari debeat, quæ iure hereditario capitur, non quæ à cohærede. Illa fortassis ratione, quod videatur testator voluisse, vt etiam restituta hereditate nihilominus prælegatum heres haberet, quod tamen habere non videretur prælegati iure, si totum id in falcidiam imputaret: Nec Senatusconsulti beneficiū implorare heres prohibetur, vt ex restituenda hereditate quartam deducat, licet ea deducta futurum sit vt ex bonis testatoris plus quàm quartam habeat, quia sicut fideicommissio oneratus est prius quàm ei prælegatum esset,

ita quartæ

ita quartæ retentionem ei permitti necesse est, ante quàm de prælegato disputetur. Quod tamen similiter dici non posset, si prius heredi prælegatum esset, quàm eius fideicommissum, vt hereditatem restitueret. Tunc enim licere non deberet heredi quartam ex fideicommissaria hereditate restituenda retinere quam ei testator ipse iam dedisset, & ante iniunctum onus fideicommissi conficisset. *argum. l. cum quo 56. §. vltim. D. ad leg. falcid.* Denique si ea legati aut prælegati pars, quæ à cohærede accipitur in quartam hereditatis restituendæ non imputaretur, nulla hac parte differentia esset inter Falcidiam & Trebellianicam, quæ tamen apertissimè ponitur in *d. l. in quartam.* vt qui apertioribus verbis concipere eam vellet planè nesciam quomodo id facere posset. Nec ratio vlla satis recta reddi potest eius distinctionis quàm interpretes nostri verbis legis potius quàm iuris ratione coacti induxisse videntur. An legatum quod heredi relinquatur tale sit quod totum à cohærede accipiatur, puta si legata sit pecunia quæ tota ex cohæredis portione confici potest. *l. cum pater 77. de legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis ad S. C. Trebell.* An verò pars hereditario iure capiatur, pars à cohærede, vt si hereditatis prædium legatum proponatur. Nam quod dicunt posteriore hoc casu non imputari eam partem quæ capitur à cohærede, ne alioqui eueniat vt vna eademque res diuerso iure censeatur, ad rem sanè non pertinet. An non enim id etiam multò magis contingat, si dicas eiusdem rei partem in quartam imputari, partem aliam non imputari? Aut quæ ratio est cur ea pars quæ à cohærede legati iure capitur in quartam non imputetur, ea verò quæ nec hereditario nec legati nec testamenti iure sed tantum mortis causa capiuntur imputentur, *d. l. in quartam, & l. acceptis.* Sed interpretes omnes præcipites egit vnicus ille versiculus *pro ea verò parte quam accepit à cohærede extra quartam, id est quod à cohærede accipitur*, quem tamen cum in Pandectis Florentinis asterisco notetur, vel omnino tollendum vel saltem emendandum esse suspicari licet: eoque magis quod ex illis ipsis qui receptam opinionem, & interpretationem amplectuntur, quidam non negant locum corruptum esse, & ita emendant *non pro ea parte quam accepit à cohærede: extra quartam enim est quod à cohærede accipitur.* Ego verò neque dubito quin recepta lectio emendari debeat, neque video quomodo probabilius emendari possit, quàm si vel totum eum versiculum tollamus, vel sic legamus *pro ea etiam parte quam à cohærede accipit*, mutata dictione *verò* in hanc quam reponimus *etiam*: deinde sequentia illa omnia deleamus *extra quartam id est quod à cohærede accipitur.* Coniecturam inuat quod Goueanus testatur vidisse se in libris manuscriptis articulum *verò* scriptum hac nota *ñ.* quæ facillè corrumpi potuit cum fortè scriptum esset *etiam* his literis *ēt*, quomodo in veteribus libris dicitio *etiam* breuiter scribebatur. Cum autem corruptè legi cœpisset *verò* pro *etiam*, factum postea est ab imperito interprete, qui mancam & imperfectam loci sententiam esse existimabat, vt addita sint illa, quæ sequuntur *extra quartam, id est, quod à cohærede accipitur.* Nam articulus *verò* differentia alicuius notam, & significationem habet. Differentia autem non aliter explicari potest, quàm si admittas extra quartam esse eam legati partem, quæ à cohærede accipitur. Verùm cogitare debebat quisquis fuit ille interpres, non potuisse fieri vt ita Marcianus scriberet, qui ex contrario dixerat in præcedentibus, siue legatum siue fideicommissum heredi relictum sit in quartam id illi imputari. Neque enim possis dicere imputari quidem sed pro ea parte quam heres capit à semetipso, & iure hereditario: Cum pro ea parte ne quidē legatum quicquā vi-

deatur, quia, vt diximus, heredi à semetipso legari non potest. *d. l. & quidem totum. de legat. i.* Perinde igitur esset, ac si Marcianus scripsisset. Si heredi legatum sit in quartam imputari quatenus legatum non valet. Siue quod idem est imputari in quartam legatum, quod legatum non est, quo quid absurdius aut ineptius dici posset? Præterea si cætera inspicias quæ in ea lege sequuntur, satis videas Marcianum nihil aliud agere quàm vt doceat omnia omnino quæ heres accipit, quocumque tandem titulo & iure acceperit in Trebellianicam imputari. Ac sanè si quid esset quod non imputaretur ea maximè extra quartam essent, quæ conditionis implendæ & mortis causa capiuntur. Hæc enim non solum hereditario iure non capiuntur, sed neque ex hereditate, neque ex testamento, nec denique ex iudicio & voluntate testatoris. Arqui hæc imputantur vt apertissimè Papinianus scribit in *d. l. acceptis 93. ad leg. falcid.* Quid igitur esse potest, quod imputari non debeat? Idque etsi apertius erit si versiculum, *Sed & quod implendæ* retineamus, tamen & eo sublato non alia Marciani sententia futura sit. Nam & quod scriptum est in §. *sed etsi accepta.* si heres accepta pecunia hereditatem restituere rogatus fuerit, in quartam id imputari ex Hadriani Pij Constitutione non tantum ad eam pecuniam pertinet quæ ex hereditate & bonis testatoris accipitur, ac quasi retinetur: sed de illa etiam intelligi debet quæ ab ipso fideicommissario conditionis implendæ causa præstatur & ab herede mortis causa accipitur, vt probat supradictus Papiniani locus. Quæ ratio facit vt post eum versiculum, *Sed etsi accepta* accommodatè subiici potuerit quod sequitur in §. si quid verò implendæ, Nec enim necesse erat, vt apertioribus verbis Marcianus scriberet ea quæ conditionis implendæ causa capiuntur in quartam imputari, quàm quomodo scripsit in *d. §. sed etsi accepta.* Quod tamen ab ignaro interprete non intellectum fecit fortassis, vt addendum ille existimauerit versic. *Sed & quod implendæ.* Quem si velis prorsus tollere, non tanquam falsum, sed potius quasi superfluum, facile id concedam: vt admittas non defuisse interpretes, qui textum legis corrumpere & deprauare ausi sint: indeque etiam colligas verba illa quæ tollimus *extra quartam, id est, quod à coherede accipitur,* quæ asterisco notantur quæque absurdam efficiant legis sententiam & orationis constructionem ab eodem interprete addita fuisse, & vt rectè omnia inter se cohæreant, tollenda esse.

*Ad l. filium 24. C. famil. ercisc.* CAPVT V.

**I**N huius legis explicatione, refutanda primum nobis est eorum sententia qui fundum de quo agitur, prælegatum fuisse interpretantur, itémque aliorum, qui filium de restituenda sua hereditatis portione rogatum fundum ex ea retinere iussum esse ponunt. Nam & verba illa *habentem fundum* nescio quid aliud præ se ferunt: Et si fundus aut prælegatus, aut retineri iussum proponeretur, falsum esset quod lex ait eas partes fundi, quæ à coheredibus percipiuntur, quibus nihil vicissim filius præstat, restituendas esse. Siue enim ita intelligas, vt pro iis partibus fundus veniat in restitutionem hereditatis, falsum est illam prælegati partem quæ iure legati capitur, in restitutionem venire. §. *ultim. l. in fideicommissariam 38. D. ad S. C. Trebellian.* Siue quod probabilius est, eam legis sententiam esse putes vt iudicio familiæ erciscundæ partes illæ restituantur, Certum est ad arbitri familiæ erciscundæ officium pertinere vt ex voluntate defuncti

functi prælegata & retentiones integras ei adiudicet seruetque præcipuas cui testator dedit. *l. heredes 25. §. ult. cum l. seq. & l. si ita 42. D. famil. ercisc. l. cum pater 77. in princip. de legat. 2.* Verius igitur est quod iam olim plerique ex interpretibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte restituenda rogatus proponitur, neque prælegati, neque retentionis iure, sed in peculio habuisse fundum, de quo disputamus. Quicquid enim viuo patre filius habet, id si aliud non appareat ex causa peculij habere eum necesse est. Certum autem est peculia liberorum post mortem patris in hereditatem diuidendam ad communionem esse reuocanda. *l. certum. C. famil. ercisc.* De illo igitur Imperatores consulti sunt, qua ratione fundus ille peculiaris post patris mortem factus hereditarius inter coheredes diuidendus esset, ac quomodo falcidiæ ratio poni deberet à filio quem pater portionem hereditariam restituere rogasset. Septem verò coheredes institutos fuisse, quod ante nos Arnaldus Ferrerius obseruauit, ipsa legis verba demonstrant, atque vnum ex iis filium scilicet qui fundum in peculio habebat rogatum vt partem ex qua institutus erat fratribus suis ac præterea quibusdam aliis duobus puta extraneis restitueret. Quare speciem & causæ constitutionem sic ponendam existimo. Testator cum septingentos aureos in bonis haberet, ac inter cætera bona fundum octo & viginti aureis dignum quem vni ex filiis suis in peculium viuis concesserat, testamento septem heredes instituit, tres filios Titium, Lucium, & Sempronium, & quatuor extraneos, Caium puta Mæuium, Seium, & Cornelium. Titium rogauit vt portionem hereditatis fratribus Lucio & Sempronio, itémque extraneis Caio & Mæuio coheredibus restitueret sub ea conditione, Si nauis ex Asia veniret. De fundo nihil dixit, ideoque in diuisionem hereditatis venire eum sicut cæteras quoque res hereditarias ambigi non potest. Rursus quin fideicommissum valeat, restituendæ portionis hereditariæ, cum conditio extiterit, postquam placuit in singulis heredibus legi falcidiæ locum esse nemo dubitat. Itaque cum falcidiæ nomine Titius ex portione sua, quæ centum aureorū est viginti quinque retinere debeat, eam conficiendæ quartæ rationem inibimus, vt septimam partem prædij quæ iure hereditario ad eum pertinet, id est, quatuor aureos imputet. Eas verò portiones, quæ hereditatis iure in eo fundo ad Lucium, & Sempronium fratres, itémque ad Caium & Mæuium extraneos pertinent quibus portionem suam restituere rogatus est compenset cum pari quantitate quam ex portione restituenda retinere alioquin posset. Sic fiet vt quatuor septimas fundi partes, quæ sexdecim aureos efficiunt cum falcidia compenset, & tam ex sua, quàm ex coheredum portionibus in eo fundo viginti sibi conficiat: quæ quoniam ad quartam integram non sufficiunt, cum ea quinque & viginti aureorum esse debeat, id quod quartæ deest, nepe quinque aureos in supplementum deducet ex ipsa portione hereditaria restituenda. Atq; ita confecto quadrantate partim retentione, partim cōpensatione, partim etiam deductione cogetur id, quod à cæteris coheredibus Seio & Cornelio, quibus restituere rogatus non est, in eo fundo soluitur, id est duas septimas quas iam supra quartam habet, iis restituere, non quidem ex causa fideicommissi quod Seio & Cornelio nullū relictū proponitur, sed iudicio familiæ erciscundæ, de quo titulus ille est. Neq; enim cum falcidia cōpensare Titius potest eas partes fundi quæ ad Seium & Cornelium pertinent, quibus nihil ipse vicissim præstat. Quæ sanè verissima & facillima est, licet noua, necdū tradita huius legis sententia, ex qua intelligimus nihil eam pertinere ad id de quo præcedenti capite

quærebamus, An prælegati aut retentionis pars quæ à coherede accipitur in Trebellianicam imputetur. Et toto cælo errare eos, qui legis sententiam illam esse putant, vt Titius de fundo restituendo rogatus quartam ex eo retineat, in quam imputet quod à fideicommissariis accepit si tantum acceperit, quantum ad quartam satis sit, sin minus, ex ipso fundo fideicommissario deducat quod ad quartam deest. Quod si plus acciperit, reddere id compellatur. Nam de portionis hereditariæ non de fundi restitutione rogatus Titius proponitur. Neque rursus paria sunt, vt illi putant, an in falcidiam imputetur, an eum quarta compensetur, quod à coheredibus percipitur. Quæ enim à coherede accipiuntur, ea in legatorum falcidiam minimè imputantur, quia iure hereditario non capiuntur, nec tamen idè minus compensantur. *l. qui non militabat 78. D. de hered. insti. l. Neseinius 22. D. ad leg. falcid.*

*Emendatio l. ob hæc verba 20. D. de his qui notant, infam. & l. fundum 20. D. de euictio.*



CAPVT VI.  
 CVRRVNT pleraque in libris nostris librariorum errata ex transpositione literarum aut verborum, quæ nisi diligentius attendenti non facile est animaduertere, vt ex iis quæ hoc capite docebinus intelligetur. In *l. ob hæc verba 20. D. de his qui not. infam.* Papinianus scribit, Ob hæc verba sententiæ Præsidis prouinciæ *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*, pudorem potius oneratum quàm ignominiam irrogatam videri. Tum rationem subiicit, *Non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur.* Quæ ratio quomodo accipienda sit, & quo sensu ad Papiniani responsum accommodari debeat, Accursius & alij interpretes non explicant. Illud tantum notant, eum qui exhortatur non mandare atque in eam rem similia pleraque congerunt, quæ à Papiniani sententia certè omnino sunt aliena. Cur enim Præses prouinciæ mandatoris opera fungeretur? Aut cur eum in quem prolata sunt verba illa sententiæ Præsidis exhortatorem duntaxat, non etiam mandatorum accusationis fuisse diuinamus? Imò instigatorem dixit Præses prouinciæ non exhortatorem aut mandatorem. Indè que nimirum dubitandi causa nascebatur, propter quam non pudor tantum oneratus, sed infamia quoque irrogata videretur, quod certè iuris sit non esse hac parte dissimilem calumniantis instigatoris, & accusatoris rationem *ex l. i. §. incidit. D. ad S. C. Turpill.* Qui locus apertissimè conuincit sententiam existimantium eos qui falsò & per calumniam accusationem instigant, non fieri infames. Tam enim infames fiunt, nec minus in Senatusconsultum Turpillianum incidunt si ab instigatione, desistant, quàm qui per calumniam accusationem instituerunt aut institutam accusationem prosequi destiterunt. Omnes namque calumniatores Prætoris edictum infames facit, *l. i. D. de calumniat.* Nec possis Papiniani responsum quod contrarium videtur ex eo defendere, quod Bartolus diuinat verba illa sententiæ Præsidis, quæ Papinianus refert, prolata fuisse prius quàm de causa cognosceretur. Vnde infert ille verba iudicis vituperiosa (sic enim loquitur) si non prolata sint causa cognita infamiam non irrogare. Quis enim Bartolum admonuit in ea specie, quæ Papiniano ex facto proponebatur, nullam causæ cognitionem præcessisse, & Præsidem prouinciæ ad sententiam de accusatione ferendam sine vlla causæ cognitione contra omnem omnium iudiciorum exercendorum ordinem ac ritum prolixisse? Aut cur sententiæ appellatione Præsidis interlocutionem

tionem intelligere volumus, quæ propriè sententia dici non potest. *l. quod iussit 14. D. de re iudicat. & tit. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Probabilius ergo est loqui Papinianum de sententia Præsidis diffinitiuam lata super accusatione per calumniam instituta, & in eum qui accusationis instigator dicebatur direxisse Præsidem verba illa, *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*, quibus ignominia ei, tanquam calumniatori irrogata videbatur. Sed hanc non irrogatæ ignominia rationem Papinianus adfert, quod is, qui exhortatur damnatoris opera non fungatur. Lego enim *damnatoris pro mandatoris*, prioribus duntaxat literis quæ inuersæ & transpositæ erant, in pristinum suum locum restitutis. Sensus verò est & perelegas & apertus, Præsidem prouinciæ iis verbis quæ proponuntur, nõ tam id egisse vt instigatorem de calumnia condemnaret, quàm vt eum exhortaretur ne in posterum callidis eiusmodi commetis ad instigandas accusationes abuteretur. Infamia igitur, & ignominia irrogata non est cum nulla condemnatione secuta sit. Nam vt calumniator infamia notetur, non sufficit calumniatum esse eum, sed illud præterea requiritur, vt calumnia causa sit condemnatus, *l. athletas 4. §. calumniator. l. non alia 19. D. de his qui not. infam.* Sicut & in cæteris criminibus siue priuatis siue publicis accidit, vt numquam ex ipso crimine, sed ex sententia tantum quæ de crimine lata est infamia irrogetur. *l. quid ergo 13. §. ult. D. eod. l. infamè. 7. D. de pub. iud.* Ita fit vt multum interesse dicendum sit an Præses prouinciæ sic pronunciauerit, *Per calumniam accusationis instigator fuisti*, an quomodo Papinianus ponit, *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*. Illa enim verba, sententiæ & condemnationis, hæc verò exhortationis potius speciem præ se ferunt. Deniq; ad boni iudicis officium pertinet non tantum vt absoluat, aut condēnet, sed etiam vt interdum exhortetur, præsertim si quando probationes minus plenas esse videat, quàm vt iis moueri possit ad condemnandum eum, quem tamè aliqua delicti suspitione non omnino vacare ex litis iudiciis & argumentis intelligit. Hæc ad Papinianum, nunc ad Pomponium. Is in *l. fundum 20. D. de euictio* ita scribit, Fundum meum obligavi, deinde alienavi tibi, vt eo nomine non obligeris. Si eum postea abs te emam, & satis pro euictione mihi des, excipiendum cautione, quod pro me obligatus sit: quia etiam non excepto eo agendo, eo nomine contra te, doli mali exceptione possim sum moueri. Dico tollenda esse verba illa, *vt eo nomine non obligeris*, & in sequentibus sic legendum, *excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quod pro me obligatus sit.* Nam conuentione fieri non potest vt fundum quem obligavi tibi alienem hac lege, ne tu eo nomine obligeris. Pignoris siquidem obligatio rem ipsam obligatam, non personam obligantis afficit: & alienatio cum fit, eam necesse est fieri cum sua causa, ne alioqui eueniat, vt sit in potestate debitoris pignus alienando soluere obligationem, in eoque deteriorem facere creditoris conditionem. Rursus quamuis in fundi obligati venditione dictum non sit vt tu eo nomine non obligeris, nemo tamen dubitat quin creditore fundum iure pignoris euincere siu obligatus aut ex stipulatione duplæ si intercesserit, aut ex empto propter naturam contractus bonæ fidei ex quo vacuam possessionem tradere tibi debeo, & præstare vt eam rem quam vendidi habere tibi liceat. Ergo inutilis & nullius momenti est ea venditionis conditio vt tu pignoris nomine non sis obligatus. Aut potius inepta & ridicula est conuentio, cum fieri nõ possit vt pignoris nomine emptor obligetur. Quamquam enim pignoris obligatio rei obligatæ alienatione non extinguatur, ipsa tamen emptoris per-

fona non idè obligatur, vt nulla càusa fit paciscendi nè emptor pignoris nomine obligetur. Sed neq; rectum sensum habet quod sequitur *excipiendum cautione quòd pro me sit obligatus*, nisi cum Accursio suppleas quæ nos addèda esse contendimus: & sic legas, *excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quòd pro me sit obligatus*. Id enim apertè sibi vult Pomponius. Si fundus obligatum què tibi vendidi postea abs te emam & tu euictionis causa satisfides, excipiendum esse cautione & promissione ne tu ex stipulatione aut venditione obligeris eo nomine q̄ pro me fundus sit obligatus, si quando cōtingat eū pignoris iure per creditore euinci. Equum autem esse vt cautione id excipiat probat Pōponius hac ratione, quòd etiā nō excepto eo agēdo hoc nomine cōtrate, doli mali exceptione possem summoueri. Quories enim facto meo res quam abs te emi euincitur, nullam ob eam rem aduersus te actionem habere possum. *l. hoc iure 27. D. eod. tit.* Propter quam causam mihi videbatur aliquando corruptum esse Pomponij textum & addita negatione legendum *non excipiendum cautione* quasi mōnere is voluisset non esse excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quandoquidem & non excepto eo si ex stipulatione agere vellem doli exceptio mihi noceret. Frustrà enim excipi videtur quod quibus exceptum non sit pro excepto tamen habeatur. Sed me nunc in contrariam sententiā illud vocat, quòd expressæ exceptionis utilitas illa futura sit vt ipso iure nulla mihi actio ex stipulatione competat quæ tamen ex verbis competeret, si cautione & promissione nihil exceptum esset. Alioqui doli exceptio obici non posset si actio nulla competeret, quæ per exceptionē elideretur. At qui longè cōmodius & vtilius est ipso iure tutum esse, quàm per doli exceptionē, quod post actionem propositam multa accidere possint quæ exceptionis vim & potestatem, vel impediant, vel remouentur, vt non tantum Iuriconsultis, sed pragmaticis quoque notum est.

De purgatione moræ. CAP. VII.

**M**ORAM contrahi certum est vel ex persona, vel ex re ipsa, vel ex die. Ex persona contrahitur si interpellatus quis opportuno loco & tempore non soluerit quod debet, vel non acceperit quod sibi debetur. In quo genere contrahendæ moræ si quando disputetur an ea contracta sit, facti plerumque quæstio est, potius quam iuris, ita vt neque constitutione vlla, neque iuris authorum quæstionibus decidi id posse videatur, quemadmodum Marcianus scribit, in *l. mora. 32. D. de usur.* vbi illud etiam adiecit non sufficere ad probationem contractæ moræ vt debitori, vel creditori suo quis denunciauerit sed illud præterea requiri, vt non omittatur debiti repetendi aut offerendi instantia si sui potestatem facere cœperit is, cui denunciatum est. Non quòd ad contrahendam moram sæpius interpellatum quem esse necesse sit, vt vulgo plerique existimant (vnica namque interpellatio sufficit, si modo solenniter hoc est restatò facta sit. *l. Titia Seio 87. §. usuras. de legat. 2. l. qui Roma 122. in princip. D. de verbor. obligat.*) sed vt intelligamus, moram, quæ ex persona eius, qui interpellatus est contracta fuit facile ex persona eius qui interpellauit purgati si is debiti repetendi aut offerendi instantiam remittat. Ex re ipsa moram fieri dicimus. Si quis fortè insulam ædificare promiserit, neque tamen ædificauerit intra id tempus quod ad ædificandam insulam sufficere potuisset. Quemadmodum enim stipulatio illa *Insulam ædificari*, quæ verbis pura est, ex re ipsa dilacionem

tionem capit vt non prius actio incipiat, quàm tempus transierit intra quod ædificari insula potuerit. *l. interdum 73. D. de verb. obligat.* Ita fit vt si promissor intra id tempus insulam non ædificauerit re ipsa moram contraxisse intelligatur, licet interpellatio nulla præcesserit. *l. stipulationes 72. §. vltim. D. eod.* Quamquam dissensisse videntur Iureconsulti in quæstione illa, An ex huiusmodi stipulatione agi possit priusquam temporis tantum præterierit quanto insula fabricari potuerit, cum Pomponius & Marcellus scribant non prius agi posse. *l. si ira stipulatus essem 14. l. exilimo 98. §. vltim. D. eod.* Vlpianus vero contra in *l. stipulationes* magis esse putet, vt statim atque mora faciendæ insulæ fieri cœperit stipulationis dies cedat, agiq; ex ea possit. Quod tamè quomodo accipiendum sit, quoniam variis Doctorum nostrorum contentionibus valde agitatum & controuersum est, neque ad institutam disputationem omnino pertinet alio loco explicabimus. Postremo ex die mora contrahitur si quis ad certam diem datum esse facturumve aliquid promiserit, neque dederit vel fecerit intra diem præstiturum. Hoc enim casu sicut & superiore nulla interpellatio requiritur, sed solo temporis cursu & diei aduentu mora contrahitur. *l. pecuniæ 9. §. usurarum. D. de usur. l. magnam. C. de contr. & committ. stipulat.* Ad eò vt Paulus scripserit ad diem sub pœna promissa pecunia, & ante diem mortuo promissore pœnam committi, proindeque moram contrahi licet adita non sit eius hereditas. *l. ad diem 77. D. de verb. obligat. l. vlt. D. de nautic. fenor. l. traiecitia. 23. D. de oblig. & actio.* Et, quod magis mirū videri debeat, si ante diem creditor moriatur, nec existente die quisquam sit cui pecunia solui possit, ea diei adiectæ vis & potestas est vt moram nihilominus contrahere promissor videatur, quamuis totius eius temporis quo solui non potest mora sit inculpa, & non damnosa. *l. §. usurarum.* Sicut autem variis rationibus mora contrahitur, ita si contracta sit aliter atque aliter purgatur. Nam si ex persona id est per interpellationem contracta fuerit, constat debitorem quandocumque offerentem ante litis contestationem liberari, atq; ita moram purgari ac si contracta non fuisset. *l. interdum 73. §. vlt. l. si seruum 91. §. sequitur D. de verbor. obligat. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. D. de solut.* Neque distinguemus an in stipulationem pœna deducta sit, aut an creditoris cœperit interesse, necne. Omnimodo namque mora purgabitur, & sibi imputare creditor debet quòd citius litem contestatus non fuerit. Idemque iuris erit si ex re ipsa moram debitor contraxerit, quòd fortè insulam non ædificauerit intra id tempus quod ædificandæ insulæ sufficere potuisset. Sufficit enim si ante litem contestatam ædificauerit, aut ædificare cœperit. *l. si insulam. 84. D. de verbor. obligat.* Atque huius iuris ratio & aperta est, & elegans. Nimirum, quòd debitor qui non nisi ad dandum vel faciendum aliquid obstrictus erat, obligationi satisfecerit quocumque tandem tempore dederit vel fecerit quòd debebatur. Verum enim est datum vel factum fuisse quòd dari vel fieri debuerat. Cur non igitur liberatio continget? At si mora ex die contracta sit, verius est vt postea purgari numquam possit, nec aliter debitor liberetur, quàm si ea omnia præstet, quæ post litem contestatam præstanda essent. Perpetuò enim verum est intra diem obligationi adiectum datum aut factum non fuisse id quòd vt intra diem illum daretur, vel fieret, conuenerat. *l. Celsus ait 23. D. de recept. arbitr.* Nihil igitur debitori proderit, si post diem dare vel facere velit quòd intra diem iam datum vel factum esse oportuerat. Neque probò sententiam distinguendum an stipulationi pœna aliqua adiecta

fit an nulla, Quasi maior & feuerior sit stipulatio pœnæ quàm eius, quod interest, illa cõmittatur sui natura statim ipso iure ex solo die tardæ solutionis, hæc neque ex die committatur, neque ex interpellatione qualibet facta extra iudicium, sed tantum ex lite mota vel contestata. Nisi ex mora, inquit, ius actoris deterius factum sit. An non enim obligationi dies frustra præscriberetur, si post diem purgare moram liceret? An non semper verum est intra diem præscriptum satisfactum non esse? Deinde cum stipulatio *Quanti res est* non nisi eius quod interest obligationem contineat. *l. vlti. D. de prætor. stipulat.* nec proinde possit eiusmodi stipulatio committi nisi stipulatoris interesse cœperit. An non absurda est exceptio illa? *nisi ex mora ius actoris deterius factum sit.* Perinde enim est, ac si diceres stipulationem ex qua debetur id, quod interest non committi, nisi stipulatoris cœperit interesse, quod etsi verum est, tamen ad propositâ dispositionem non pertinet. Quærimus enim an mora ex die contracta, oblatione post diem purgetur. Mora autem contrahi non potest ex stipulatione ex qua agi numquam potuerit. *l. si pupillus 127. D. de verbor. obligat. l. nulla 88. de regul. iuris.* nec rursus agi ex stipulatione *Quanti res est* priusquam intersit. Et si admittas, quod omnino admittendum est, moram contractam ex stipulatione *Quanti res est* non posse purgari posteaquam cœperit interesse stipulatoris, fateri te necesse est numquam purgari posse quia nec antequam intersit contracta videri potest. Ac quemadmodum de bonorum possessione decretali scriptum est in *l. i. §. decretalis. D. de success. edict.* non posse eam repudiari priusquam decreta sit quia nec dū delata est, postea verò quàm decreta est seram esse repudiationem quia iam est acquisita: Ita de stipulatione *Quanti res est* dici potest nō posse ex ea moram contrahi ante quàm stipulatoris intersit quia nec prius commissa est stipulatio. Postquam autem cœpit interesse nimis seram esse obligationem, cum stipulatoris ius ex mora iam deterius factum sit. Quod tamen ita verum est, si diem stipulationi adiectum esse proponas. Nam si dies adiectus nō sit benigna interpretatione placuit non prius commissam videri stipulationem quàm si ex ea lis contestata sit, *l. cum querebatur 13. §. proinde D. iudicat. solui. l. nuda 5. C. de contrah. & committ. stipulat.* quemadmodum contingeret si in obligationem factum duntaxat deductum esset non subiecta stipulatione *Quanti res est* ut in *d. l. si infulam 84. de verbor. obligat.* Parum enim refert an disertis verbis promissum sit. *Quanti stipulatoris intererit, an verò in locum obligationis faciendi succedat obligatio eius quod interest. l. quoties 81. D. eo. l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudicat.* Et utroque casu si dies adiecta non sit, debitorem ad purgandam moram vsque ad litis contestationem audiri admittimus. Die verò adiecta nullum post diem oblationi locum superesse contendimus si iam stipulatoris interfuerit, ne aliò qui fatendum sit inutilem esse diei adiectionem, quod à contrahentium voluntate & contractus verbis omnino alienū esset. Nec sententiæ nostræ aduersatur quod à Scævola responsum legimus in *l. si ita quis 135. §. Seia. de verbor. obligat.* etiam die stipulationi adiecta moram purgari posse si non multò post diem offeratur, nec stipulatoris propter moram quicquā intersit. Non enim de stipulatione pœnali aut *Quanti res est* apud Scævolam tractatur, sed de pacto incontinenti post stipulationem adiecto ut intra Calendas Apriles primas vniuersam summā mandator numeraret & hortos acciperet. In qua specie meritò responsum est paucorum dierū moram nocere non debere ut in *l. si in lege 24. §. colonus. D. locat.* cum neque stipulatoris quicquam intersit

intersit, neque ob eam causam dies adiecta sit, ut si intra eam diem promissio non satisficeret pœnam aliquam eo nomine promissor pateretur, sed ideò duntaxat ut ad dictam diem satisfaceret: Satisfecisse porrò videtur si non multò post tempore satisfecerit, cum nihil dum stipulatoris interesset. Neque possis dicere inutilem hoc casu videri diei adiectionem, quando neque litis contestata tempus, neque longum interuallum expectandum erit ut moræ purgatio impediatur, quod tamen expectari esset necesse, si dies adiecta non fuisset. At magis obstare videtur quod Caius scribit in *l. etsi post tres 8. D. si quis caution. in iudic. sistend. caus. fact. non obtemp.* Etsi post tres aut quinque pluresve dies quàm iudicio sisti se reus promissit secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit consequens esse dici debere eum per exceptionem defendi. Non enim probò quod obiectionis tollendæ aut vitandæ causa, vir doctissimus Iacobus Cuiacius admonuit eam legem de stipulatione *Quanti res est*, non de pœnali accipiendam esse. Nam quamuis pœnæ in stipulationem deductæ mentio non fiat, attamen ut rectissimè Accursius animaduertit, non nisi de pœnali stipulatione intelligi Caius potest, cum ut supradictum est pœnæ nulla adiecta stipulatio *Quanti res est* quæ in Prætoris præcipue stipulationibus, eius duntaxat quod interest promissionem continet. *l. vlt. D. de Prætor. stipula. & d. l. quoties 81. de verbor. oblig.* prius committi non possit quàm stipulatoris intersit, nec si dies stipulationi adiecta iam venerit. Quomodo enim aut qua fronte id quod sua interest petere possit is, cuius nihil intersit? Pœnam igitur promissam fuisse ponendum est, quæ & subiici plerumque solet stipulationibus in iudicio sistendi causa factis, ut in *l. 2. l. si duo 5. §. 1. l. si seruus 9. §. 1. l. si eum 10. §. 1. l. pen. D. eod. tit. si quis caution. idq; ex consilio Iurisconsulti in *d. l. vlt. de Prætor. stipulat.* ne stipulatori necesse sit probare interesse sua, & quanti intersit, quæ probatio ut plurimum perdifficilis est. At cum dici soleat adiecta pœna non esse quærendum an & quatenus stipulatoris intersit, sed illud tantum inspiciendum, quænam sit quantitas & conditio stipulationis. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. D. de verbor. obligat.* quid illud est quod Caius ait stipulatori post diem agenti obstaturam doli exceptionem si post tres aut quinque pluresve dies promissor secum agendi potestatem fecerit, necdum stipulatoris quicquam intersit? An quod huiusmodi stipulatio sit ex numero cautionalium stipulationum quæ priorum actionum quas nouant & perimunt, naturam tamen induunt & vicem repræsentant, sicut primo libri tertij capite explicauimus? ut proinde nō prius agi possit ex stipulatione quàm stipulatoris intersit, quia & nulla stipulatione interposita non nisi a d id quod actoris interesset agi posset. Sed non ita est. Id enim tum demum verè dicitur cum in stipulationem deductum fuit duntaxat *Quanti res est* nulla pœna adiecta. Pœnæ adiectio efficit ut amplius quærendum non sit an aut quantum intersit stipulatoris, neque item stipulationis pœnalis natura patitur ut vllò casu nouet præcedentem obligationem. Ratio igitur alia afferri non potest, quàm quod hæc stipulatio non tam in promissoris odium interponatur, aut in vtilitatem stipulatoris, quàm propter necessitatem iudicij. Iudicium namque nullum datur nisi post litem contestatam, nec rursus litis contestatio fieri potest, quin aduersarius in ius vocatus sit & venerit. *§. omnium inst. de pœn. temer. litigant.* Propter quam causam scriptum est in *l. 1. D. de Prætor. stipulat.* stipulationes iudicio sisti communes esse, hoc est non tantum cautionales, sed etiam iudiciales quia propter iudicium ut ratum fiat interponuntur. Cui conse-*



quens est ut is qui à reo nisi stiterit pœnam stipulatus est, non tam, id solum animo agitaſſe videatur ut reus iudicio ſiſteret certa die, quàm ut ſibi poteſtas fieret ea die experiendi, & agēdi. Quid verò refert an ea ipſa die, an poſt triūm, pluriūmve dierum moram reus ſecum agendi poteſtatem faciat, ſi modò actoris ius ex mora deterius factum non ſit? Nam eſi reus iudicio ſtitiffet ad dictam diem, non idèò actor lucrum aut commodum aliud obtiniffet, quàm ut citius egiffè videretur. Iudicio igitur duntaxat moram facit, qui ad diem non ſiſtit: fieri verò poteſt ut iudicio mora fiat neque tamen ſtipulatoris ius lædatur: quod cum accidit æquum eſt actionem quæ ex pœnali ſtipulatione commiſſa ſtrictò iure naſcitur elidi per exceptionem, ſi poſt modicum tempus, quod arbitrio & religioni iudicantis æſtimandum relinquatur, promiſſioni ſuæ reus ſatisfaciat. Siquidem & iudicium omne, ex ſe moram habet & tractum temporis. Idque eò æquius eſt quòd in Prætoriis omnibus ſtipulationibus cum pœna promittitur non tam ad coërcendam ſeqerius promiſſoris moram, quàm ad taxationem eius quod intereſt promiſſa intelligitur. *d. l. ult. de Prætor. ſtipulat.* Et ea quoque ſoluta non idèò minus iudicio ſiſtere reus debet ut iudicium exerceatur, & Prætoris imperio contumacia promiſſoris cedat. Unde fit ut eò facilius elidi poſſit pœnæ petitio quòd valde durum & iniquum videatur pœnam omnimodo deberi ab eo qui non niſi paucorum dierum moram contraxerit, quique pœna ſoluta nihilominus iudicio ſiſtere adhuc debeat, & promiſſioni ſatisfacere. Non idem eſt ſi quis traiectitiæ pecuniæ nomine ſi ad diem ſoluta non eſſet pœnam ob operas eius, qui eam pecuniam peteret in ſtipulationem deduxerit. Aut ſi arbiter ex compromiſſo pœnam certo die dari iuſſerit, quibus exemplis Africanus utitur in *l. traiectitiæ 23. D. de obligat. & action.* His enim caſibus pœna omnino in odium promiſſoris & moræ tantum coërcendæ gratia promittitur, & cum ea ſoluta erit, promiſſor neque ob operas ſervi qui ad petendam ſua die pecuniam miſſus eſt, neque ex arbitri ſententia quicquam præſtare compellitur: ac proinde aut minor certè, aut nulla potius æquitas ſubeſt, quæ faciat ut pœnæ petitio quæ ſtrictò iure competit elidi debeat per exceptionem. Id namque citra ſtipulatoris iniuriam fieri non poſſet, qui nihil niſi pœnam in ſtipulationem deduxit, ac cui nec ſi eius intereſſet alia vlla ratione conſultum eſſet. Obſervanda verò eſt exceptio quæ ponitur in *d. l. eſi poſt tres. ſi actoris ius ex mora deterius factum non ſit*, quam ego ſic explico, Si actoris nondum intereſſe cœperit, non quomodo Accuſſus, ſi actionis ius deterius factum non ſit. Aliud enim eſt actoris ius deterius fieri, aliud actionis. Actoris ius deterius factum videtur cum eius iam interfuit. *l. vti que 22. D. de recept. arbitr.* licet ipſius actionis ius tale ſit, quale antea fuerat. Cum verò cœpit intereſſe, nulla ratio eſt ut contractæ moræ purgatio admittatur, quæ nec ſi pœna adiecta non eſſet, poſt diem tamen hoc caſu admitteretur. *d. l. ſi ita quis 135. §. ſeia. D. de verbor. oblig.* Multò igitur minus cum pœna adiecta eſt ad taxationem eius quod intereſt, quemadmodum ſuprà diximus. Quamvis enim maior quantitas in ſtipulationem deducta ſit quàm quanti re vera intereſt, non idèò tamen minus præſtari tota debet, ſicut & ex contrario ſi pluris intereſſet, maior quantitas peti non poſſet, quàm quæ pœnæ nomine promiſſa eſſet. Nò probo etiã quòd Barzulus tradiſit, conſtituendam eſſe hac parte differentiã inter ſtipulationes Prætorias & conuentionales, quòd in Prætoriis facilius admittat Prætor purgationem moræ ex æquitate quàm in cõuentionalibus quas non ex mente ſua, &

pro ar-

pro arbitrio ut Prætorias, ſed ex contrahentium verbis & voluntate interpretatur. Eſi enim verum eſt in conuentionalibus ſtipulationibus contractui formam dare contrahentes. Prætorias verò legem accipere de mente Prætoris qui eas propoſuit. *l. in conuentionalibus 52. D. de verbor. obligat.* pœnæ tamen adiectio in Prætoriis quoque ſtipulationibus ſicut non ſit Prætoris imperio ſed ſtipulantium voluntate, ita ex ſtipulationis verbis, & contrahentium mente interpretanda eſt, neque aliam Prætoris quàm contrahentium mentem eſſe dici poteſt. Sanè probabilius erit ſi quis dicat ſtipulationes Prætorias ſic eſſe comparatas, ut ex iis ſi non ſatisfiat agatur in id quod ſtipulatoris intereſt, atque idèò facilius admitti purgationem moræ etiam poſt diem, & pœna adiecta, ſi nihil dum ſtipulatoris interſit. Quasi in huiusmodi ſtipulationibus pœna adijciatur, non tam ut peti poſſit quàmuis nihil interſit, quàm ut ne ſtipulator cogatur probare quanti ſua intereſt, ſi modò vel aliquantulum intereſſe cœperit.

Triboniani error in §. ſi cui fundus alienus. Inſtitutis de legat.

CAPVT VIII.

**N**ON rectè à Triboniano accepta aut explicata mihi videtur Iuliani ſententia, quæ extat in *l. non quocumque 82. §. fundus. de legat. 2.* Eo loco Iulianus ſcribit, Si fundi alieni quem mihi teſtator legauerat proprietatem emero detractò vſufructu, ac poſteà fructuario capite minuto aut defuncto vſufructus ad me pertinere cœperit, tum ex teſtamento egero, iudicem tanti litem æſtimare debere, quantum mihi aberit, Tribonianus verò in *§. ſi cui fundus alienus. Inſtit. de legat.* Iulianum ſcripſiſſe refert in propoſita ſpecie rectè me agere & fundum petere, quia vſufructus in petitione ſeruitutis locum obtineat: ſed officio iudicis contineri ut deducto vſufructu, ac proinde nudæ proprietatis præſtari iubeat æſtimationem. Quod ſanè à Iuliani ſupraſcriptis verbis & mente omnino alienum eſt. Neque enim ille eo loco qui vnus in hanc rem extat ita loquitur, ut dicat me rectè agere ſi fundum petam, aut vſufructum quali ſeruitutis iure petere, ſed illud duntaxat ait, agere me ex teſtamento poſſe. Id verò ego ſic intelligo, ut tamen neque fundum poſſim petere, neque fundum detractò vſufructu. Illo namque caſu in petitione contineretur id quod iam ex lucratiua cauſa haberem, id eſt vſufructus, qui ad proprietatem meam reuerſus morte aut capitis minutione fructuarij mihi vltro & gratis acquiſitus eſt, atque ita obſtaret iuris regula, quæ negat duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & eundem hominem poſſe concurrere. *l. Manius 66. §. duorum. D. eod. l. omnes 17. l. ex promiſſione 19. D. de obligat. & action.* At ſi nudam proprietatem peterem, id ipſum quoque peterem quod iam haberem, quòdque poſteà quàm meum factum eſt licet ex cauſa emptionis, quæ oneroſa eſt, mihi tamen amplius præſtari, magiſque meum fieri non poteſt. Quare nec vltro iuris loco ſcriptum reperias eum cui res aliena legata eſt, ſi viuo teſtatore eius rei dominus ex cauſa emptionis factus ſit, legatam rem nihilominus ex teſtamento petere poſſe: ſed ſi ex teſtamento agat, poſſe pretium conſequi. *§. ſi res aliena. Inſtitut. de legat.* Sed nec in propoſita ſpecie pretium poſſe me petere nudæ proprietatis palam eſt, quoniam ita fieret ut neque rem ipſam peterem, quæ mihi legata eſſet, cum legato fundo pecunia legata non intelligatur. *l. debitor 82. de legat. 2.* neque ipſius rei quæ legata eſt, ſed alterius cuius-

f iij.

dam æstimationem. Fundum enim cum dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ex diametro aduersatur. Multoque minus verum esse potest quod Tribonianus ait & Triboniani errorem secuti interpretes omnes existimant vsum fructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Quomodo enim fieri possit ut is, qui nihil nisi fundum petit eum vsum fructum petere videatur qui sit seruitus, cum fundi appellatione alius vsum fructum contineri non possit quam qui cum proprietate coniunctus est, plenamque proprietatem efficit: is verò qui seruitus est non alius intelligatur, quam qui à proprietate se iunctus sit, & separatus? *l. v. usufrui 5. D. si usufru. petet.* Ergo in ea specie de qua disputamus, alia petendi ratio mihi nulla superest, quam ut ex testamento agam, & heredem in id quod mihi ex testamento præstare debet condemnari postulem. Fieri siquidem non potest ut male ex testamento agam, si nihil aliud petam, quam quod mihi ex testamento debetur. Quemadmodum & in alio casu contingit, de quo idem Iulianus tractat in *l. huiusmodi 84. §. qui seruum. de legat. 1.* cum ignorans legatarius sibi legatam rem testatoris emit ab herede. Non enim Iulianus ait posse rem ipsam ex testamento peti, sed si legatarius ex testamento agat, non aliter absolui heredem oportere, quam si pretium restituat, & rem emptoris faciat. His itaque casibus, & cæteris si qui sunt similes, officio iudicis continetur, ut quoniam certa res non petitur, æstimet ille quid deducendum sit in condemnationem, ut in *§. curare. Instit. de actio.* Verum igitur non est quod Tribonianus refert, Iulianum scripsisse rectè me agere si fundum petam, & vsum fructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Sed cum Tribonianus ea Iuliani verba, *si ex testamento egero, sic accepisset, ac si Iulianus scripsisset, si ex testamento fundum pettero,* & tamen ea petitione vsum fructum quoque contineri videret, qui iam legatario esset acquisitus, comminisci eum necesse fuit quod ille de suo adiecit, in huiusmodi petitionem vsum fructum deduci iure seruitutis, non proprietatis. Neque defendi hic error potest eo argumento, quod à nonnullis adduci video, qui sic ratiocinatur, ut petere fundum possim quia eum vsum fructum, qui seruitutis sit, & à proprietate distinctus non habeam: eum verò qui non sit separatus habere non possim ex alia causa, quam ex qua habeo proprietatem, id est ex causa emptionis, quæ cum onerosa sit, non impedit quominus eundem ex causa lucratiua rursus consequi mihi liceat. Nam ut illud taceam, posteriorè huius dilemmatis partem aperte falsam esse, quia vsum fructum qui cum proprietate coniunctus sit, habeo gratis non ex causa emptionis, cum post emptionem mihi accesserit, ut & Tribonianus fatetur, cur non ex contrario rectius & verius argumentari quis possit, Non esse mihi permittendum ut fundum petam, quia iam habeam vsum fructum cum proprietate coniunctum, eum verò qui sit separatus petere non possim, quia non sit mihi legatus? Et verò qua ratione peti possit seruitutis iure is vsum fructum qui petitionis tempore à proprietate separatus non est? Deinde an non prorsus absurdum est si quis dicat legato fundo eum vsum fructum videri legatum qui sit seruitus, aut me qui fundi proprietatem habeo vsum fructum petere posse iure seruitutis, cum proprietarius eum vsum fructum, qui seruitus est, habere numquam possit? Sanè si quis fundum suum, cuius tamen vsum fructum alienus est, mihi legauerit, Papiniano placet posse nihilominus vsum fructum ab herede peti. *d. l. Manius 66. §. fundo. de legat. 2.* Quod sic accipiendum videtur, ut neque petatur tanquam seruitus, neque tanquam pars fundi sed tanquam emolumentum legati. Itaque si fundum ex testamento petam qui

qui legatus est, non aliter heres liberabitur, nec prius testatoris voluntati satisfecisse videbitur, quam si præstet ut fundo mihi frui liceat, quoniam vsum fructum tamen in iure potius quam in parte consistat atque idè nulla fundi pars abesse videatur mihi cui vsum fructus abest, rei tamen emolumentum continet, neque sufficit ad liberationem heredis ut legata res præstita sit, nisi præstetur etiam omne rei emolumentum, quod ex legato consequi legatarius possit. Hanc verò nostram ad Iulianum interpretationem mirificè illud adiuvat, quod ad eum Marcellus notat, Si fundi alieni, qui mihi legatus est partem emerero, & pars alia mihi donata aut legata sit, non posse me nisi partem petere. Ita innuens, satis, ut mihi videtur, aperte nec in Iuliani specie fundum totum peti posse: Alioquin dissimile exemplum esset, quod Marcellus tanquam simile proponit.

*Ad l. 1. D. de rer. permutat.*

CAPVT IX.

**D**ISPVTARVNT veteres iuris authores an permutatione rerum emptio & venditio contrahi posset quemadmodum Iustinianus scribit in *§. 1. Instit. de loca. & conduet.* Disputationi verò causam illud dedisse videtur, quod origo emendi vendendique à permutationibus cœperit. Nam ut Paulus ait in *l. 1. D. de contrah. empt.* cum præcis temporibus nondum esset nummus, fieri non poterat ut cum vicissim quid alter alteri præstabat, aliud merx, aliud pretium vocaretur, sed vnusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, vtilibus inutilia permutabat, quando plerumque euenit ut quod vni superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut cum tu haberes quod ego desiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica aut perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret: nec amplius vtrumque merx, sed alterum pretium vocatur. Neque tamen desitum est dubitari an sine nummis venditio dici hodie possit, veluti si ego togam dederim ut tunicam acciperem. Sabinus enim & Cassius emptionem & venditionem esse putabant. Nerva autem & Proculus magis probabant, ut hoc casu permutatio rerum non emptio contraheretur. Quorum sententia post multas contentiones tandem obtinuit, atque adè Sabiniensis ipsis placuit, teste Paulo qui Sabiniensis fuit in *d. l. 1. de contrah. empt. l. naturalis 5. §. 1. D. de præscript. verb.* Contra enim Sabini sententiam idè Paulus multis verbis disputat in *l. 1. D. de rer. permut.* sed ita tamen ut in re non difficili perobscurus merito plerisque videatur. Quam ob causam operæ pretium visum est singula eius verba Accursiano more, sed tamen longè aliter quam Accursius, & alij hæcenus fecerint, explicare. Primum autem scribit aliud esse vendere, aliud emere, alium emptorem alium venditorem, aliud quoque pretium aliud mercedem. Et si enim veteres in emptione venditioneque appellationibus huiusmodi promiscuè vfos fuisse, itè in locatione & conductione Caius refert in *l. veteres 19. & seq. D. de actio. empt.* hoc est ut eum qui emisset venditorem, plerumque dicerent, & eum qui locasset conductorem & contra, Certum tamen est venditionem eamdem dici quæ à venditore contrahitur, emptionem verò quæ ab emptore. Rursus venditorem eum esse qui rem alienat certo pretio: emptorem verò eum qui ad pretij solutionem se obligat. Pretium denique illud esse quod pro merce datur, mercedem autem eam rem, quæ pretio æstimatur. At in permutatione, inquit, discerni non

potest, vter emptor vel vter venditor sit, vt ex eo inferamus, permutationem igitur nec emptionem esse, nec venditionem. Sed priusquam probet non posse in permutatione discerni vter sit emptor vel vter venditor, monet iis verbis *multumque differunt præstationes* non sine causa quæri vter sit emptor aut venditor, quia venditoris alia, emptoris longè alia obligatio sit, & quamuis mutuo vtriusque consensu concurrente, vtrimque obligatio nascatur, alias tamen esse venditoris, alias emptoris præstationes. Emptor enim nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito: At venditori sufficit ob euictionem se obligare possessionem tradere & purgari dolo malo, ita vt si res aliena vendita, & tradita sit necdum euicta, nihil eo nomine venditor debeat. Quod & scriptum est in *l. ex empto ii. D. de action. empt.* aliisque pluribus locis. Huius verò differentia quæ inter emptorem & venditorem constituitur, ratio à partibus inuestigata, nondum ab vilo cuius scripta legere mihi contigerit rectè tradita & explicata est. Quod enim ab Accursio scriptum & à Bartolo probatum video, emptorem non nisi generis debitorem esse, venditorem verò speciei, & cum in eo durior sit venditoris conditio, debere in alio meliorem esse, in eo scilicet vt speciem tradere duntaxat non etiam dare teneatur, mihi totum id ineptum & nugatorium videtur. Neque enim ex æquitate tantum vt illi sentiant, sed ex vera ac necessaria iuris ratione differentiam hanc proficisci dubitandum est. Deinde quisnam hac parte venditoris fauor esse potest cum si rem alienam tradiderit quæ postea euicta sit, obligetur in id omne quod emptoris interest? quod prærumque non tantum pretium conuentum egreditur, sed & veram rei ipsius æstimationem. *l. i. D. de action. empt. l. in interdicto 6. D. de vi & vi armat.* Non igitur venditoris fauore vilo id constitutum est, sed quia vis ipsum non patitur vt venditor rei vendita dominium in emptorem transferre teneatur, aut vt emptor ex alienis nummis soluere pretium possit. Venditor tradere duntaxat, non dare cogitur, quia inter emptorem & venditorem non id agitur præcipue, vt dominium transferatur, sed ita demum si dominus sit is qui vendit. Qui enim rem emit, non tam de dominio quam de venditoris iure acquirendo cogitat, quem scit futurum sibi satis abundeque obligatum si aliena res vendatur, tum euincatur. Nec inutilis dici potest rei alienæ emptio, ex qua & vsucapiendi causa acquiritur, & indemnitati emptoris præstione eius quod interest omnino consulitur. Emptor verò nummos venditoris facere tenetur, non tam quod inter emptorem & venditorem id maximè agi videatur, quam quod si aliter ius constitutum esset; ita fieret vt euersta pecunia quæ pretij nomine soluta esset quasi decepto, & illuso venditore, emptor ad id quod venditoris interesset teneretur, quemadmodum si vendita & tradita sit res aliena venditor ex contrario ad omne id quod emptoris interest obligatur. Atqui cum pretium semper in pecunia numerata consistere debeat, sic veniret vt ratione nummorum ageretur ad id quod interesset, quod tamen vix vilo casu ciuilibus legislator admittit, nisi cum obligationi dies; aut locus adiectus est, *l. nummis 3. D. de in lit. iurand.* Credo, quod si ex obligatione pecuniæ ad id quod interesset agereliceter, facile in infinitum quantitas condemnationis excurreret, nisi diei aut loci alicuius adiectione concludatur, fac. veluti coercetur. Est enim pecuniæ rerum omnium mensura, præterquam sui ipsius, si eam æstimationem quæ publico populi consensu, aut principis placito certa statuta est egrediatur. Quam ob causam constitutum necesse fuit, vt creditori pecuniæ non id quod interest sed vsura præstetur. Ne igitur emptor

emptor: qui pretij & pecuniæ numeratæ debitor est, vel soluendo ex nummis alienis omnino liberaretur, vel ad id quod venditoris interesset, contra iuris rationem obligaretur; non aliter ius comparari potuit, quam vt nummos venditoris facere cogeretur, vt si alienos soluerit, quorum dominium proinde in venditorem non transtulerit, non minus teneatur actione ex vendito, quam si nihil præstitisset. Sequitur apud Paulum, *In permutatione verò si vtrumque pretium est, vtriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius.* Quæ verba omnino malè explicant, qui putant secundam à Paulo constitui differentiam inter emptionem & permutationem, quod in emptione venditor rem tradere, emptor pretium dare teneatur. In permutatione verò eo iure vtamur, vt si vtrimque pretium datum sit, vtriusque rem fieri oporteat: si merx, neutrius. Quomodo enim fieri possit vt vtrimque pretium detur, nisi admittas quod Paulus mox negat dici posse, vnam eandemque rem & mercem, & sui ipsius pretium videri? Deinde quis nescit permutationem non aliter contrahi posse, quam si vtraque ex parte rerum quæ permutantur dominium transferatur? sed neque minus errant, qui putant Paulum his verbis illud agere, vt probet permutationem neque emptionem esse, neque locationem. Emptionem non esse, quia si emptio esset vtrimque dominium transferri oporteret, quod illi absurdum esse aiunt. Locationem non esse, quia in permutatione non id agatur, vt vtraque res detur loco mercedis: mercedem enim ita dari vt in eius vicem res accipiatur: at in permutatione ab vtroque rem dari. Nam quod absurdum esse aiunt in permutatione vtriusque rem fieri oportere, non modò non absurdum sed etiam verissimum & certissimum est, cum Paulo cæterisque Iureconsultis placeat Pedij sententia existimantis alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. Quod verò subiiciunt de locatione omnino ridiculum & ineptum est. Neque enim locationis aut mercedis vlla apud Paulum mentio fit, nisi fortè illi mercedem pro merce vel intelligunt vel legunt. Pauli ergo sententia est, vel in eo maximè dignosci emptionis & permutationis differentiam, quod cum in emptione merx tradatur, & pretium detur, in permutatione vtrimque rem dari oporteat: quod tamen falsum esset, si permutatio emptionis iure censeretur. Dicendum namque esset si merx vtrimque permutaretur nulla ex parte dominium transferri, sed eo tantum casu quo pretium vtrimque daretur, quemadmodum in emptione & venditione cõtingit vt qui mercem debet, non nisi ad tradendum qui verò pretium etiam ad dandum sit obligatus. Probat autem Paulus fieri non posse, vt in permutatione vtrumque quod permutatur pretium sit, vt ex eo inferat, Nullo igitur casu dominium in permutatione transferri posse secundum eorum sententiam qui putant emptionem esse permutationem, cum tamen fateri eos necesse sit in permutatione vtrimque rem dari, & dominium transferri oportere. Argumentum quo Paulus vtitur est in illis verbis. *Sed cum debeat & res & pretium esse, non potest inueniri quid eorum merx & quid pretium sit, nec ratio patitur vt vna eademque res & veneat, & pretium sit emptionis.* Sensus est, non aliter emptionem contrahi posse quam si ex vna parte res, ex altera pretium præstetur. Id enim nec Sabinus ipse negabat, sed pretium non solum in pecunia numerata, at in alia qualibet etiam re constitui posse contendebat. Cum igitur, inquit Paulus, debeat & res & pretium esse in emptione scilicet & venditione, non potest inueniri in permutatione cum res pro re datur, vtra res mercis, vtrave pretij locum obtineat. Ratio autè nõ patitur vt vna eademque res & veneat & pretium sit em-

ptionis, neque rursus ut res vna potius quam altera alterius pretium dici possit. Concludendum ergo est, in rerum permutatione sicut non constat qua in re pretium consistat, ita dici non posse cuiusnam rei dominium alienetur, ac proinde huius incertitudinis ratione neutram rem dari sed vtramque duntaxat tradi. Quod si ita est, sequitur sanè permutatione rerum nullam contrahi emptionem: quando certum sit in emptione dominium transferri ex altera parte, nempe emptoris qui pretium dare tenetur. *Vnde si ea res quam acceperim vel dederim postea euiecta sit, actionem in factum dandam respondetur.* At qui si emptio & venditio esset, non in factum sed ex empto euictionis nomine agi oporteret. *d. l. ex empto. & l. si in venditione 61. & pass. D. de euiect.* Emptio igitur rerum permutatione constitui non potest. Sanè quoniam permutatio vicem emptionis obtinet, idem ferè effectus est actionis illius in factum, qui actionis ex empto. Nimirum ut qui permutationis titulo tradidit rem alienam quæ postea euiecta sit, in id omne quod alterius interest teneatur quemadmodum ex empto teneretur. *l. si permutationis 29. C. de euiect.* Cui contrarium non est quod in *l. C. de rer. permut.* rescriptum est, distinguendum esse an venalis res fuerit quæ tradita & euiecta est, & is qui venalem habebat velut pretij nomine aliam rem, licet non taxata pretij quantitate acceperit. An cum venalis non esset permutationis nomine tradita sit ab eo, qui dominus non erat. Non enim distinctionis huius effectus ille est ut vno potius quam altero casu euictionis nomine in id quod interest agatur, sed ille potius, ut siquidem venalis possessio fuerit, non nisi ad id quod sua intererit agere possit is cui res euiecta est. Si verò cum venalis non esset permutatio facta sit electionem actor habeat, an in id quod sua interest agere, an potius rem à se datam cōdicere malit quasi re, & causa dandi non secuta. Sic enim verba illa interpretor, *Si hoc elegeris*, id est, nisi malis in id quod tua interest experiri. Differentiæ autem ratio est, quod quamuis vtroque casu permutatio sit non emptio, cum de certo pretio in pecunia numerata non conuenerit: Illa tamen permutatio ad emptionem propius accedit, quæ facta est ab eo qui rem venalem habebat, quiq; pretij nomine rem aliam accepit, licet non taxata pretij quantitate. Vnde fit, ut quemadmodum in venditione, si euiectio rei venditæ facta sit, non ad pretij dati restitutionem emptor agit, sed ad hoc ut sibi quod sua interest præstetur. Ita in hoc permutationis exemplo ius idem obseruetur, & à natura actionis, quæ ex permutatione oritur non nihil recedatur. Euiecta enim re quæ permutata fuerat, duplici ratione cōsulere sibi potest is à quo euiecta est, nimirum actione in factum ad id quod interest, & conditione dati ob causam causa non secuta. Quarum actionum electio ex conuentionis interpretatione & æquitate deneganda videtur ei qui permutationem sic contraxit, ut pro re quæ venalis erat rem suam pretij nomine dederit. Illud namq; inter contrahentes actum videtur, ut res pretij nomine data condici numquam posset, quemadmodum nec si pretium verè esset villo casu condiceretur. Secundam emptionis & permutationis differentiã Paulus hanc subiicit, quod emptio ac venditio nuda consentientiũ voluntate contrahitur: permutatio autem non nisi ex re tradita initium obligationi præbeat. Alioquin, inquit, si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui diceremus, quod in his duntaxat negotiis receptum est, quæ nomē suum habent. Et si enim non omnes contractus qui nomen suum habent, consensu perficiuntur, omnes tamen qui consensu perficiuntur suum & proprium nomen habent. Facilius namq; fuit legislatori negotia omnia præuidere quæ consensu so-

sensu solo contrahuntur, quàm ea quæ rei traditione perficiuntur. Nèpe quod non nisi certis modis & perpauca nasci possit iure civili actio ex nudo consensu, postquam placuit nudorum pactorum nullam omnino rationem haberi. At vix vllus casus est, quo res aliqua tradatur, quin ex traditione confestim obligatio nascatur, vel eam maximè ob causam, quod æquum non sit ex re alterius alium locupletari. Causæ autem tradendi sunt penè innumeræ & infinitæ. Contractus igitur innominatos pleròsque admitti necesse fuit. At dubitari video, cur permutatio quæ tam elegans nomen habet nullum habere existimetur. An quod minus generale nomen sit, ut emptionem quoque locationem ac cæteros ferè omnes contractus complectatur? Minimè verò. Neque enim vlllo iuris loco videas permutationis verbo sic abuti Iurisconsultos, ut contractus nominatos ea appellatione significari velint. An potius quod ipsum nomen permutationis non tam contractum significet quàm causam ex qua contractus constituitur? Neque enim permutationis contractus vllus est: sed rerum permutatione contractus fit, qui nomen nullum habet. Atque ita mihi sanè videtur, ut rerum permutatio perinde sit causa eius contractus, quem innominatum dicimus, atque consensus in constituendo certo rei venditæ pretio causa est emptionis. Itaque si ex vna tantum parte traditio facta sit, quia nondum permutatio est, non poterit is qui tradidit agere ex causa permutationis in id quod sua interest illam rem accepisse de qua conuenit, sed tantum ut res data reddatur conditioni locus est, quasi re non secuta, ut apertis verbis Paulus scribit in *d. l. i. in fine. de rer. permutat.* Nec possum cōcoquere interpretationem Accursij, qui ad verba illa *non in hoc agemus* adiecit *tantum*, quasi in potestate & electione sit eius, qui ex placito permutationis rem tradidit an agere velit præscriptis verbis ad id quod interest, an potius eam rem quam dedit condicere. Imò verò in electione est eius qui rem accepit vtrum ex parte sua contractum implere velit, an verò quod accepit restituere. Sanè alterutrum facere compellitur. *l. cum precibus 4. C. eod.* At si traditione facta ex vna parte, nasceretur actio ad id quod interest, non daretur reo potestas eligendi an quod accepisset restituere mallet. Quemadmodum in venditione contingit ut venditor qui pretium accepit nec rem tradit, pretij restitutione non liberetur, sed omnimodo ad id, quod emptoris interest teneatur. *l. i. D. de action. emp.* Et hæc tertia inter emptionem & permutationem differentia est. Accursium autem, cæterosque interpretes illud fefellit, quod ab eodem Paulo scriptum est in *l. naturalis 5. §. i. de præscript. verb.* Si rem tibi dederim ut rem accipiam nasci obligationem civilem, & in actionem id venire non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo conuenit accipere. Et si enim de contractu *Do ut des* locus ille est, tamen recepta est interpretum sententia contractum illum à permutatione vel omnino non differre, vel in eo duntaxat quod contractus *Do ut des* velut genus sit, permutatio autem species. Secundum quam sententiam dicendum est omnia quæ in contractu *Do ut des* locum habent, etiam in permutatione obtinere. Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu *Do ut des*, quod permutatio non est priusquam res quæ permutantur vicissim dentur. At contractus *Do ut des* fit ex eo solo quod ego tibi do ea lege, ut vicissim mihi des. Itaque quamuis non dederis, tamen accepisse te sufficit ut ex contractu tanquam perfectio sis obligatus, ut proinde mirum non sit teneri te in id quod mea interest si ex parte tua dare

nolis. Præsertim cum rem ipsam dare præcisè cogi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu permutationis fieri non potest ut obligeris priusquam permutatio facta sit: neque rursus ut permutatio facta videatur antequam res vtriusque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit rei suæ dominium in accipientem transiit, conditioni locum esse necesse est, ut quod datum fuit repetatur. Quam ob causam traditio quæ ex vna tantum parte facta est obligationi initium præbere dicitur, non quod agi in id possit, ut vicissim res detur, vel ut quod interest præstetur, sed quod obligatus esse incipiat, is qui accepit ut quod sibi datum est restituat, nisi permutationem implere malit. Contractus igitur Do ut des, non permutatio est, sed principium permutationis, quæ tum demum perficietur cum postquam ego dederò tu vicissim dederis. Denique permutatio non est cum Do ut des, sed cum do: quia tu dedisti. Vterque quidem contractus innominatus est, sed ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendam: permutatio ab utroque factam, demonstrat. In contractu Do ut des negotium contrahitur inter dantem & accipientem. Neque enim potest quis dare ut sibi detur, quin is qui accepit, accipiat ea lege ut det vicissim. Permutatio autem non requirit datum esse ab vno ut ab altero daretur: Sed si permutationis placitum præcesserit, deinde alter ex contrahentibus dederit purè, hoc est nulla dationi lege adiecta, permutatio erit si quod ab eo qui accepit dari conuenit, postea detur. Neque præcessisse videbitur contractus Do ut des, quia dationi non proponatur adiecta ea lex ut vicissim accipiens quicquam daret. Aliud enim est permutationis placitum præcedere, quod ex traditione quæ postea vtriusque fiat vires sumit. Aliud verò dari quid à me ut alia res mihi detur. Denique permutatio non fit sine præcedente pacto permutandi, ut dignosci possit an ea contrahentium voluntas fuerit, ut permutationem potius quam aliud negotium contraherent. At contractus Do ut des præcedentem conuentionem nullam desiderat. Satis enim quid agatur demonstrat is qui dicit se rem dare ut rem accipiat. Et qui accipit ea lege id ipsum velle se, si non verbis certè factò testatur. Hinc verò fit ut quamuis ex utroque contractu permutationis & Do ut des, sicut ex cæteris innominatis nascatur actio præscriptis verbis: ea tamen quæ ex permutatione oritur bonæ fidei sit, illa verò quæ ex contractu Do ut des sicut cæteræ omnes præter æstimatoriam, sit stricti iuris. §. *actio. Instit. de action. l. 2. C. de rer. permutat. l. 2. D. eod.* Nempe quod contractus permutationis non tantum ex traditione sed etiam ex placito permutandi quamuis non nudo æstimetur: quod placitum si bonam fidem spectes & contrahentium voluntatem vix differt à placito emptionis in alio quam quod in permutatione pretium nullum sit, sine quo tamen emptio esse non potest. Contractus autem Do ut des non ex voluntate contrahentium verbis, & consensu mutuo declarata, sed ex sola dationis lege & ex acceptance constituitur, longèque minus quam permutatio ad emptionem accedit: Nec superioribus contrarium est quod in *l. quoniam 5. & l. emptionem 7. Cod. de rer. permut.* scriptum est eum qui ex contractu Do ut des conuenitur vel contractum implere vel quod accepit restituere debere: quasi in ipsius potestate sit, ut eligat vtrum præstare malit: quam tamen electionem Paulus non dat in *d. l. naturalis §. 1. D. de præscript. verb.* & nos supra monuimus dandam non esse nisi permutationis placitum præcesserit. Obseruandum enim est iis legibus consultos fuisse Imperatores, an ei qui rem suam dedisset si vicissim nihil daretur condicere liceret, non

liceret, non autem, an ad id quod sua interesset agere is posset, ut probant verba illa *Sicut postulas & pro desiderio tuo.* Respondent verò actione præscriptis verbis posse agi ut quod datum est restituatur, nisi reus ex parte sua contractum implere velit. Sed non negant præstandum esse omnimodo actori quicquid eius interest, si in eam rem actio præscriptis verbis instituitur. Id enim aperte Paulus sentit. *d. l. naturalis §. 1.* Superest ut versiculum illum *l. 1. de rer. permut.* explicemus. *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Quem ego existimo transpositum esse, & post illa præcedentia verba reponendum, *in factum dandam actionem responderetur.* Voluit enim Paulus Pedij auctoritate confirmare quod dixerat de emptionis & permutationis differentia quæ vel in eo maxime elucet, quod qui vendit, non nisi tradere: qui permutat etiam dare tenetur. At cum eo quod postea subiicitur, In permutatione ex re tantum tradita initium obligationis constitui, illa Pedij sententia nihil omnino commune habet, quicquid Accursius causetur, & in contrarium labore. Cur verò is qui alienam rem dat nullam contrahat permutationem, ratio quæ obscura plerisque videtur, aperta meo iudicio est, quod natura & verbum ipsum permutationis, rei ac proinde proprietatis & dominij mutationem præferat: quæ porro nulla fieri potest, si is qui permutat dominus non sit. Quod enim alterius est dominium, ei ignoranti aut invito auferri non potest, neque ab eo qui dominus non sit in alium transferri: ob idque dominij permutatio hoc casu nulla contrahitur: sed in factum actio duntaxat nascitur si aliena res permutata ante completam vsucapionem euincatur: Aut si ante euictionem is qui accepit alienam esse resciat, quasi permutatio nulla interuenit, quod à se datum erit condicere poterit, ac si nihil ei traditum fuisset: quia non sufficiat traditum esse id quod dari oportuit, *l. vlt. D. de condit. caus. dat.* de cuius quoque sententia quoniam & satis obscura est, & ad ea quæ hoc capite diximus valde pertinet, dicendum est, quid nobis videatur.

*Ad l. vlt. D. de condit. caus. data.* CAPVT X.

**D**E D I tibi pecuniam ut mihi Stichum dares. Quærit Celsus vtrum id genus contractus pro portione emptionis & venditionis sit, an nulla alia obligatio nascatur, quam ob rem dari re non secuta? Non disputat an contractus ille emptio sit, sed an sit emptioni similis. Contractum esse certum est, quia negotium geritur inter dantem & accipientem, ac proinde *συνάλλαγμα* fit, quemadmodum eidem Celso Aristonem eleganter respondisse Paulus refert in *l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact.* Emptionem verò esse nemo dixerit, quia licet ego pecuniam dederim ut tu mihi Stichum dares, emptio tamen esse non potest si pretium nullum sit, ut superiore capite disputauimus: Non autem pecunia omnis quæ sic datur, ut vicissim res detur pretium est, sed ea demum quæ pro rei pretio datur. Pretium porro illud tantum est, de quo ut pretium esset inter emptorem & venditorem conuenit. Et ut apertius dicam, pretium non ex pecuniæ quæ datur qualitate, neque ex ipsius dantis voluntate, verum ex vtriusque contrahentium conuentione, & consensu, qui quidem dationem præcesserit, æstimatur. Neque quisquam dubitat quia ita accipiendum sit, quod scriptum est in *l. naturalis §. 1. D. de præscript. verb. & in fact. act.* si pecuniam dem ut rem accipiam, emptionem esse: nempe si de pretio conuenit, tunc pecunia pretij nomine datur. Omne pretium in pecunia numerata con-

sistit: sed non omnis pecunia numerata pretium est. Videbatur autē illud contractus genus, de quo Celsus disputat, simile esse emptioni & venditioni, siue quod pecunia pro re data esset, siue quod permutatio saltem contracta videretur. Est enim permutatio similis emptioni, *l. 2. D. de ver. permut. l. 2. C. eod.* Negat tamen Celsus contractum illum, qui proponitur esse pro portione emptionis & venditionis. Negat igitur esse permutationem: & in id procliuor est, ut nulla alia obligatio sit, quam ob rem dati re non secuta. Permutatio enim esse non potest prius quam utrinque datum sit, præsertim si permutationis placitum nullum præcesserit, an igitur contractus erit do ut des? Ita sanè est. Idque Celsus non obscure significat, cum ait nullam hinc aliam obligationem nasci, quam ob rem dati re non secuta. Non ait nasci duntaxat conditionem; sed obligationem, ex qua scilicet agi poterit, non tantum ut quod datum est restituatur, sed etiam ut præstetur quod mea interest accepisse eam rem, de qua conuenit, *d. l. naturalis. §. 1.* Si contractus est do ut des, ergo permutatio non est, si vera sunt quæ superiore capite in hanc rem diximus. Subiicit verò Paulus differentias tres inter hoc contractus genus, & emptionem, ut planè ridiculi videantur qui scribunt, aliqua ex parte simile illud esse emptioni. Prima differentia est in illis verbis, *Et ideò si mortuus est Stichus repetere possum, quod ideò tibi dedi ut mihi Stichum dares.* Nam si contracta venditio esset ac soluto pretio Stichus periisset, neque ad Stichum petendum, neque ad pretium repetendum actio vlla superesset. Ad emptorem enim rei venditæ periculum pertinet statim atque contracta venditio est, quamuis ante traditionem pretii que solutionem aut satisfactionem dominus factus non sit. *§. cum aut em. Instit. de empt. & vendit.* Idque secundo Coniecturarum libro pluribus iuris locis ac rationibus comprobauimus aduersus eorum sententiam, qui contra omnes omnium prudentum & interpretum opiniones nouam inducere voluerunt, decepti falsa interpretatione, *l. si fundus. D. locat.* ut hinc repetere nihil sit necesse. At in eo contractus genere, de quo disputamus, Celsus ait periculo tuo esse Stichum quem dare mihi debeas, ita ut si mortuus sit priusquam dederis tibi pereat, & pretium quod accepisti restituere tenearis: quod sanè secus esset si periculo meo Stichus fuisset: eaque contractus huius innominati natura esse videtur, ut si ex vna parte datum sit, rei quæ ex altera dari debet periculum eius sit qui non dedit. Non solum quia regulare ac ferè perpetuum illud sit ut casus fortuiti ad dominos pertineant, sed etiam quod neque iuris neque equitatis ratio vlla patiatur, ut factum eius, qui dedit, quod ad inducendam pro eo obligationem profuit, eidem noceat, & damni quod in re nondum data contingere poterit periculum adferat. Præsertim cum ad petendam rem ipsam, quæ dari debet actionem nullam habeat, quam emptor habet aduersus venditorem. Denique quod ego tibi dedi ut mihi Stichum dares, fieri non potest ut restituere non debeas, nisi contractum ex parte tua impleueris & Stichum mihi dederis. Atqui contra sentire Paulus videtur, in *d. l. naturalis. §. 1. vbi ait,* Si scyphos tibi dederim ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichum esse, nisi ad eum casum Pauli sententiam coarctes, si quod ego tibi dedi tale sit, quod facile amitti possit. Ne alioqui accidat ut vtriusque rei, eius scilicet quam accepisti, & alterius quam dare debeas periculo præstando onereris. Quod sanè iniquum videatur, maximè si culpa tua nulla intercedat. Finge dedisse me tibi Romæ scyphos, ut tu Stichum mihi dares qui tum erat in prouincia. An non iniquum esset præstare te periculum Stichi, si fortè paucis post diebus in prouincia

uincia decesserit, cum accidere facile potuerit ut eodem tempore scyphos quoque quos tibi Romæ dedi amitteres? At si pecuniam tibi dederim, quæ cum in genere & quantitate consistat, non in specie perire numquam potest, aut rem aliquam immobilē, quæ non ita facile peritura sit ut tu mihi Stichum dares, nulla ratio est ut periculo meo Stichus viuat priusquam mihi detur: ne melior conditio sit eius qui contractum implere vel recusat vel differt, quam eius qui in implendo diligentior fuit. Atque huius dissimilitudinis argumentum non obscurum illud præbet quod Paulus posteaquam scripsit posse me si velim repetere quod dedi si tu dare cesses, ac proinde eius rei quam tu dare debeas periculum ad me non pertinere. (nam si pertineret, utique repetitioni dari in distincte locus esse non posset) subiicit quasi diuersum quid, obscure tamen suo more, *Sed si scyphos tibi dederim, &c.* ne quis putaret condici id quod datum est perpetuo posse. Igitur si rei quam ego dedi, & eius quam tu vicissim dare debes pericula æquale periculum sit, neque culpa tua vlla interueniat æquius est quod Paulo placet, sicut rei quæ tibi à me data, tuæque facta est periculum tuum est, ita eius quam vicissim mihi dare debeas periculum ad me pertinere. Cum verò Celsus hanc sententiæ suæ rationem adferat, quod ideò tibi pecuniam dederim ut mihi Stichum dares, intelligimus non fuisse eum aliud responsurum, si quis proposuisset dedisse me tibi pecuniam ut mihi Stichum traderes. Nam & hoc casu verum est me tibi pecuniam dedisse ob rem quæ non est secuta; qua ratione sola Celsus mouetur ut dicat condici posse pecuniam si Stichus antequam detur, moriatur. Et errant meo iudicio qui interrogati, Cur in hac specie quam Celsus tractat emptio non sit, nihil aliud habent quod respondeant, quam quod inter nos conuenerit ut tu mihi Stichum dares quem ex natura venditionis tradere duntaxat deberes. Non enim tam ad dandi verbum Celsus respicit, quam ad contractus inueniendi rationem quæ hinc talis esse proponitur, ut neque conuenticio vlla & contrahenda emptionis consensus pecuniæ dationem præcesserit, neque de pretio conuenerit, ex quo tamen præcipua emptionis substantia consistit. *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Siue igitur de danda, siue de tradenda re conuenerit emptio non erit, sed vel contractus Do ut des, si ut res detur: vel Do ut facias, si ut tradatur tantum conuenerit. Quo posteriore casu non magis locatio erit licet pecunia interueniat, quam priore, emptio. Nimirum quia mercedis nomine pecunia data esse non proponitur: quod ad contrahendam locationem non minus requiritur, quam pretij conuenticio ad contrahendam emptionem. Sanè quod Celsus subiicit iis verbis, *Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse, repetere à te pecuniam potero,* aliam rationem non habet, quam quod de dādo, non de tradendo Sticho inter nos actum sit: ut ille probat ratione quæ sequitur, *quia hominem accipientis non feceris.* Dare enim nihil aliud est, quam sic tradere ut facias accipientis. *l. vbi aut em 75. §. vlt. D. de verb. oblig. l. ex empto. ii. §. 1. de act. empt.* Et hæc secunda differentia est inter emptionem, & id contractus genus de quo disputamus: cum venditor non nisi ad rem tradendam dolūque malū præstandum teneatur. *d. l. ex empto.* Tertia sequitur apud Celsum cum ait, *Et rursus si tuus est Stichus & pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis quo minus pecuniam à te repetere possim.* Quamuis enim reuera hominē meum feceris, quia tamen contractus tempore nesciri potest an quisquā alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortasse, non immeritò euictionis periculum timere videor si tu ob eam rem nolis promittere: nec videris re

omnimodo dedisse nisi caueas etiam de euictione. Verum nonne & ob eam rem cum emptio contracta est competit ex empto actio? ita ut si duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli sit condemnandus? Sic sane Paulus scribit in l. 2. D. de euict. Sed differentia que a Celso hac parte constituitur inter emptionem & hoc contractus genus, sic explicanda est, quod si tibi pecuniam dederim ut mihi Stichum dares, & Stichum dederis neque; tamen pro euictione eius promittere velis non possim in id agere ut de euictione caueas: sed tantum liceat mihi pecuniam qua data est condicere, quasi nondum dederis quod dare debeas. At si emptio contracta esset pretium condici certe non posset: sed ex empto actio mihi ad hoc competeret, ut tu pro euictione promitteres, & si promittere nolles eo nomine condemnareris. Perpetuo enim verum est, pretium quod semel solutum fuit, condici numquam posse, quia scilicet non datur ob rem, que sequi debeat, sed potius ob rem que precessit, neque ad inducendam obligationem, sed ad tollendam eam qua ex parte emptoris solo consensu & pretij conuentione contracta est: quemadmodum & cum emptor contra venditorem in id agit, ut venditam rem tradat, non ideo agit, quod pretium soluerit, sed quod venditor ad rem tradendam ex ipso venditionis contractu ac priusquam pretium solueretur iam esset obligatus.

*De sententia §. si sub conditione l. facta. 63. D. ad S. C. Trebell. & obseruata Triboniani additio in l. si cui 31. §. vlt. eod.*

CAPVT XI.

**S**I heres sub conditione institutus & hereditatem alij restituere rogatus, suspectam hereditatem dicat, atque ideo conditionem implere nolit, quaestio est: qua ratione fideicommissario restitutionem hereditatis postulanti consultum, & succursum esse oporteat. Et si quidem dandi conditio adscripta sit, facile expediri res potest. Offerri enim fideicommissarius heredi poterit id quod testator dari iussit, atque ita fiet ut commodo & incommodo fideicommissarij ab herede conditio impleatur, nullumque ex ea re damnum heres alieni lucri & compendij causa sentiat. *l. sed sciendum 7. l. apud Iulianum 11. l. si cui 31. §. vlt. l. facta 63. §. si danda. D. ad S. C. Trebell.* Sed si institutionis conditio in faciendo consistat, non ita commodè videtur res explicari posse. Neque enim sicut pecuniam ita factum heredi fideicommissarius offerre potest. Heredem verò cogi ad faciendum ut ex eo facto fideicommissarius lucrum accipiat, durum quodammodo & inciuile videatur. Verum placuit iuris authoribus distinguendum esse qualem conditionem heredi testator adscripserit. Nam si impossibilis conditio sit, quaestioni locus non erit, posteaquam placuit & obtinuit conditiones impossibiles in testamentis adiectas pro non scriptis habendas esse. *l. 1. D. de condic. instit. l. obtinuit. 3. D. de condic. & demonstrat.* At si ex contrario facile ac sine impendio & incommodo vllò impleri conditio possit, malitia heredis indulgendum non est, ut si conditionem implere recuset, audiatur: at potius Prætoris qui de fideicommissis cognoscet imperio cogendus erit, ut id faciat ex quo nullum ille damnum aut incommodum: magnum verò fideicommissarius lucrum sentire possit. *d. l. si cui §. vlt. & l. facta. §. si sub conditione.* Ergo quaestioni eo tantum casu locus est, quo turpis, aut difficilis conditio adscripta est. Quod cum euenit, non sine causa heres conditionem alterius gratia.

gratia implere recusat, & aperte iniquum esse cogi eum ut impleat, quemadmodum Caius scribit in *d. §. si sub conditione*. Quid igitur? An cogi heres poterit ut sprete conditione & perinde ac si nulla adiecta esset hereditatem adeat, tum fideicommissario restituat? Minime verò. Plus enim à Prætoris tribni ei qui fideicommissum petit quam testator voluerit absurdum esset. Vtique autem testator nisi expleta conditione, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per eum fideicommissario restitui voluit hereditatem. & ob eam nimirum causam huiusmodi conditiones remitti ab initio visum est: & ad Prætoris fideicommissarij iurisdictionem atque officium pertinet ut eas, si implementum heredi turpe aut difficile futurum esse videat, statim ab initio remittat, hoc est prius quam heres adimplere recuset. Si enim adimplere primum heres iuberetur deinde recusaret: alterutrum Prætoris facere necesse esset, nempe ut vel inuitum heredem ad conditionis turpis aut difficilis implementum fideicommissarij gratia compelleret, vel ut conditionem quam primum implendam iudicasset, & verò impleri iussisset, quasi per errorem & imperitiam id factum esset postea remitteret: quorum alterum à Prætoris æquitate, alterum ab eiusdem imperio & auctoritate alienum videretur. Non igitur ita ius constitutum est ut huiusmodi conditiones non aliter remittantur, quam si adimplere eas heres recuset, sed ut ab initio remittantur: & heres ad adendam hereditatem statim atque fideicommissarius id postulat quasi nulla conditione adiecta compellatur. Id verò cum fit non plus à Prætoris tribuitur fideicommissario, quam testator voluerit. Conditio enim que à Prætoris remittitur perinde habetur ac si adiecta non esset: atque ideo quemadmodum si pure heres institutus esset, pure hereditatem adire cogitur: neque in eo quicquam fieri intelligitur contra testatoris voluntatem. Fieret sane, si conditio neque remitteretur, neque impleretur: sed que remittitur implenda non est, alioqui inutilis esset remissio que non ob aliam causam fit quam uti ne conditionem impleri necesse sit: & remitti conditionem nihil aliud est, quam, quod ad conditionem pertinet negligi voluntatem testatoris. Rectè igitur & verè Caius scripsit remitti ab initio conditionem ne si aliter ius constitueretur, accideret ut Prætor liberalior esset testatore. Aut si quis rationem hanc minus rectam esse putet fateri eum necesse est numquam permittendum esse Prætori ut conditionem que in testamento adiecta est remittat: quandoquidem id facere nequeat quin à testatoris voluntate recedat. Que cum ita sint, absurdè meo iudicio faciunt qui in illis verbis *& remitti eam ab initio visum est*, erratum esse putant & legendum *absurdum non ab initio*. Nam absurdum potius esset huiusmodi conditiones que heredi turpes aut difficiles futuræ sunt ab initio non remitti. Sic enim fieret ut vel fideicommissum intercideret, vel conditionem alterius causa suoque damno implere heres cogeretur. Neque dici potest quod illi aiunt implendam esse per fideicommissarium conditionem. Nullo siquidem casu permittitur fideicommissario implere conditionem que ipsius heredis personæ adscripta est. At ideo ut quamuis in dando consistat si forte heres ita scriptus sit, Si Titio decem dederit, non tamen liceat fideicommissario implere conditionem; sed eum necesse sit heredi offerre primum, ut ille postea Titio dando conditioni & testatoris voluntati satisfaciat. *d. §. si danda*. Illud enim perpetuè verum est implendas esse conditiones eo ipso modo quo testator iussit, & ut nostri interpretes loquuntur, in forma specifica: nec heredis & fideicommissarij personæ sic confundi possunt ut quod ab herede

vel heredi dandum est id à fideicommissario vel ipsi detur. *l. qui heredi 44. in princip. & §. i. D. de condic. & demonstr.* Multò igitur minus permittetur fideicommissario implenda conditionis causa id facere, quod testator ab ipso herede fieri voluit. Quæ enim faciendi sunt conditiones eæ magis personam eius, cui adscriptæ sunt afficiunt, quàm quæ in dando consistunt *arg. l. quod dicitur 130. D. de verbor. obligat.* Verùm supradictæ emendationi quam refellimus causam illud dedisse videtur, quòd à Marciano scriptum legimus in *d. l. si cui §. vlt. Recusante autem herede factum implere licentia dabitur fideicommissario secundum imitationem dationis factum implere, & tunc necessitas imponitur adire hereditatem.* Ego verò non dubito, quin ea omnia Triboniani sint, potius quàm Iurisperiti. Nam & verba ipsa parum elegantia Triboniani manum produnt satis, & nullo alio iuris loco scriptum reperias conditionem quæ heredi adscripta sit per fideicommissarium impleri posse, siue in dando, siue in faciendo consistat. Verùm contra sæpius traditum est per heredem implendam esse, præsertim in *d. §. si danda*, ubi hac de re Caius eleganter & accuratè tractat, & proinde inepta & falsa sit ratio illa Triboniani, *Secundum imitationem dationis*. Sed & in ipso *§. vltimo d. l. si cui*, an non apertissimè Marcianus scribit, Si facti conditio sit debere heredem parère, & adire & restituere? Heredem verò parère debere quid aliud est quàm ab illo ipso implendam esse conditionem? Quod si ita est cur eum recusantem audiet Prætor quem inuitum vt pareat iurisdictione sua possit compellere? Aut si qua recusandi iusta causa est propter conditionis fortasse turpitudinem. An nõ absurdum & iniquum sit cogi fideicommissarium à Prætorè vt rem turpem faciat? Ita sanè est: & eo saltem casu nemo negauerit, Prætorè ab initio remittere conditionem debere *d. §. si sub conditione*: ubi tamen cum eandem turpis & difficilis conditionis rationem Caius constituat, eo ipso probat manifestè, difficilem conditionem à fideicommissario impleri non posse: quæ si possit, vtique heredi non remitteretur. Comparatur hac parte difficilis conditio ei quæ turpis est quòd vtraque per Prætorè remittatur: & vel ex eo maxime intelligimus malè interpretes nostros turpem conditionem ab impossibili nõ distinguere, cuius tamen longè dispar, diuersaque ratio est. Impossibilis enim pro non scripta habetur, ideoque nec remitti potest, Turpis verò non pro nõ scripta habetur, sed pro non implenda: atque iccirco remitti eam à Prætorè necesse est. *l. conditiones 9. l. conditiones 14. D. de condic. institur.* Sed & distinguendæ & separandæ sunt eæ conditiones quæ ipso Prætoris edicto remittuntur, cuiusmodi est conditio iurifurandi. *l. quæ sub conditione 8. D. eod.* ab aliis quarum nulla mentio edicto facta est. Non enim omnes turpes conditiones edicto Prætoris remittuntur, sed quæ edicto non remittuntur, eæ decreto remittendæ sunt. Idque est: quod Caius disputat in *d. §. si danda versic. Quòd si conditio adscripta ea est quam Prætor remittit, sufficere edictum Iulianus ait.* Loquitur enim de conditionibus quæ ipso edicto remittuntur, & ait sufficere edictum Prætoris, hoc est esse necessarium decretum Prætoris fideicommissarij, quod prius necessarium esse dixerat si difficilis conditio heredi adscripta sit, aut si turpis quæ edicto non remittatur. His igitur omnibus casibus quoniam conditio non à iure ciuili, sed Prætoris tantum vel edicto vel decreto remittitur, adiri iure ciuili hereditas non potest, & hæcenus duntaxat iubendus & cogendus est heres vt constituat Prætoris actionibus vt, aut petat bonorum possessionem secundum tabulas vt ita nactus actiones, tum resti-

tuta

tuta hereditate transferat eas ex Senatusconsulto. Et valde probo quod communi interpretum nostrorum voce iactatur, etiam hodie post tot Iustiniani Constitutiones quibus correctæ aut potius sublatae sunt vetera ferè omnia iura, quæ extabant De bonorum possessionibus, necessariam esse hoc casu bonorum possessionem secundum tabulas. Idemque iuris esse Caius subiicit si heredi adscripta conditio sit ferendi nominis siue honesti illud sit, siue turpe. Etsi enim inter conditiones honesti, & turpis nominis ferendi hoc interest, quòd hanc statim ab initio Prætor remittit, illam verò non aliter quàm si heres nomen ferre recuset, propterea quòd nihil mali est honesti hominis nomen adsumere, neque ideo vel pauperior vel ignobilior fit qui adsumit. Recusante tamen herede nomen sumere nulla iure ciuili ad eundem hereditatis ratio superest, sed necessariò recurrendum est ad remedium & beneficium bonorum possessionis secundum tabulas. Multum ergo interest an honesti nominis ferendi, an rei difficilis conditio adscripta sit. Nam cum difficultatem & impendium aliquod habet conditio, non interrogat heredem Prætor an conditionem implere velit, necne: sed quoniam iniquum esse videt impleri eam alterius gratia statim ab initio remittit. At quia neque iniquum neque malum est honesti hominis nomen adsumere, conditionem hanc non statim ab initio remittit, sed prius heredem interrogat vtum conditionem explere velit, & si recuset tunc demum Prætor eam remittit. Rectè igitur & non sine causa Caius in præcedentibus scripsit *remitti eam ab initio visum est*, vt intelligamus non eandem omnium conditionum remittendarum rationem esse: & alias edicto Prætoris remitti alias decreto & ab initio, alias decreto & ex postfacto, post heredis scilicet recusationem. Non possum mihi temperare quin subscribam eandem me Triboniani manum & orationem agnoscere in *d. l. facta §. si heres ante*, ab illis verbis *& hoc est fatendum* vsque ad finem *§.* neque id obseruare difficile est si ea verba conferas cum præcedentibus & sequentibus, quæ longè sunt elegantiora, & ornatiore contextu scripta.

## Ad l. 4. §. i. D. de statulib. CAPVT XII.

**Q**UAM inter vltimas voluntates & contractus differentia multæ sunt, tum illa maxime quòd in contractibus impossibilis conditio actum vitiat, *l. non solum 31. D. de obligat. & action.* In vltimis verò voluntatibus reiicitur, nec heredum impedit institutiones, aut legata, aut fideicommissa, aut libertates. *l. i. D. de condit. instit. l. 3. D. de condit. & demonstr. §. impossibilis. Institut. de hered. instit.* Cuius dissimilitudinis ratio non obscura illa est, quòd in contractibus obligatio nasci non potest, nisi ex vtriusque contrahentium consensu, & in ea re, quæ ex duorum pluriùve consensu agitur, omnium voluntas spectanda est. Porro contrahentium talis cogitatio esse videtur, vt nihil agi existiment apposta ea conditione, quam impossibilem esse sciunt, *d. l. non solum*. At in testamentis cæterisque vltimis voluntatibus nihil nisi voluntatem testatoris intuemur, quem certè verisimile non est frustra & inutiliter testari voluisse, vt proinde longè vtilius & humanius sit impossibilem conditionem reiici, quàm suprema defuncti hominis indicia, quæ amplius reformari non possunt interciderè: quæ ex contrario exitum habere, non testatorum tantum causa, sed publicè quoque expedit, *l. vel negare 6. D. testament. quemad. aper.* Præsertim cum nemini id fraudi esse possit, quando ex alterius testamento nemo

t iij.



nisi volens & sponte obligatur. Quæ cum ita sint, non abs re quis miretur quod Paulus scribit in l. cum heres 4. §. i. D. de statuliber. non esse statuliberum eum cui libertas in tam longum tempus data est; ut eo tempore viuere non possit: aut si tam difficilem; imo penè impossibilem conditionem testator adiecerit, ut aliunde libertas obtingere non possit, Veluti, inquit, si heredi milles dederit, aut si testator seruum cum moreretur liberum esse iussisset. Difficilis verò est quod ille rationis loco ex Iuliani sententia subiicit, *quia his casibus nec animus sit danda libertatis*. Cur non enim eadem ratione quis contendat, quoties impossibile conditio testamento adiecta sit testatori animum non esse vel heredis instituendi, vel legata aut libertates relinquendi? Sed tamen apertè Paulus docet non idem de difficili quod de impossibili conditione dici posse, illis verbis *si tam difficilem imò penè impossibilem conditionem adiecerit*. Et verò quavis difficillima, impossibile tamè non est conditio illa, *si heredi milles dederit*. Respicit enim ad facultatem dandi, & recedit multum ab impedimento naturali, ut Venuleius loquitur, in l. continuus 137. §. illud. D. de verb. obligatio. Impossibilis autem conditio ea demum habetur, cui natura ipsa impedimento est quominus existat, §. impossibilis. Inst. de inut. stipul. At fingè relictam seruo libertatem post mille annos, in quod vsque tempus certum est per rerum naturam viuere eum non posse, an non impossibilis rei adiectio illa est, *Post mille annos*: & cum impossibilis sit, cur non æquè reicitur, atque si seruo libertas data esset sub illa conditione, si digito cælum tangeret? Nec enim per rerum naturam magis possibile est ad millesimum vsque annū viuere, quàm digito cælum tangere. Neque Accursij distinctio placere potest existimantis conditiones, quæ per rerum naturam impossibiles sunt ab iis quæ de facto, ut ille loquitur, impleri non possunt separandas esse, ut illæ reiciantur, hæ non reiciantur. Nam generaliter traditum est, impossibiles conditiones pro non scriptis haberi: & conditio illa, *si ad millesimum annum peruenierit* non tantum de facto, sed etiam per rerum & hominum naturam impossibilis est: quemadmodum ex contrario illa, *si heredi milles dederit*, neque natura, neque facto impossibilis, sed difficilis duntaxat est. Videamus igitur ne dici possit, non videri sub impossibili conditione datam libertatem ei cui in tam longum tempus collata est, ut eo tempore viuere non possit his verbis, *Stichus post mille annos liber esto*: multumque interesse an ita libertas data sit, an hoc modo, *Stichus si digito cælum tetigerit, liber esto*. Hac enim formula datur libertas sub conditione impossibili, illa verò datur in diem certum, qui tamen viuente Sticho venire non possit. Si libertas sub conditione impossibili data sit, dico valere dationem, & statuliberum quidem non esse eum cui sic data libertas est, sed statim liberum ac si purè data esset, reiecta scilicet conditione, quæ impossibilis est. At si post mille annos libertas data sit, conditio nulla est, sed certus dies: ac quamuis fieri nequeat ut post mille annos liber sit is, qui in id vsque tempus viuere non possit: testatoris tamen voluntas non patitur, ut libertatè quæ post mille annos data est, purè datam esse dicamus: cum omnino contraria hæc sint, dari libertatem purè, & dari in diem. Quod si quis obiciat, puræ dationi libertatis non minùs contrariam esse eam, quæ sub conditione, quam quæ in diem est, Respondebo, diei & conditionis differentiam illam esse quod in conditione siue possibilis ea sit, siue impossibilis, alia conditio nulla continetur. In tempore verò, tempus aliud quod breuius sit comprehenditur, ita ut qui post mille annos liber esse iussus est, idem non nisi

possi

post tres, quinque, decem, viginti, pluresque annos liber esse iussus videatur. Nam in mille annis tres, quinque, decem, viginti, pluresque anni expressè insunt. Vnde fit ut si ex ea datione libertatis, *Stichus si digito cælum tetigerit, liber esto*, tollas id quod impossibile est, conditionem omnino tollas, nihilque superfit præter puram libertatis dationem. Sed si Stichus post mille annos liber esse iussus sit, non possis tollere tempus illud in quod vsque impossibile fit Stichum viuere, quin tempus aliud superfit, in quod vtiliter dari libertas potuerit. Nam si non post mille, falsum post tres, quinque, decem, pluresve annos libertas vtiliter dari potest. Quis verò possit dicere in quod vsque tempus data videatur libertas, cum eius temporis quod testator ipse præscripsit, ratio nulla habetur? Consequens igitur est non competere libertatem propter incertum temporis quod ex testatoris voluntate, neque omnino reici, neque cuiusmodi sit ab alio quàm ab ipso testatore diffiniri possit: ut non malè Iulianus dixerit, libertatis danda animum habere non videri eum, qui in tam longum tempus libertatis dationem confert, ut eo tempore in hominum natura esse nequeat is cui data libertas est. Longèq; alia ratio est testatoris, qui Stichum post annos liberum esse iussit, nullo annorum numero adiecto. Hinc enim libertatem post biennium dedisse videri, idem Iulianus scripsit in l. libertas 17. §. ult. de manum. testam. non illa tantum ratione quod fauor libertatis id exigat, sed etiam quod eam interpretationem testatoris verba patiantur. Quam tamen non patiuntur illa, *post mille annos liber esto*, quoniam in mille annis non magis biennium, quàm quinquennium, aut decennium continetur. At conditionum alia ratio est. Neque enim iis aliæ conditiones insunt, atque id eò sublata, si dicere liceat, impossibilitate, quod superest quemadmodum possibile est, ita commodè ex testatoris voluntate impleri potest.

Emendatio l. 3. D. qui potior in pign. habeant.

CAPVT XIII.



QVOD Papinianus respondit in l. 2. D. qui pot. in pign. habeant. eum qui generaliter bona debitoris pignori accepit, potiorè esse illo cui postea prædium aliquod ex iis bonis obligatum est, quamuis ex cæteris pecuniam suam redigere possit, pugnare omnino videtur cum rescripto Imperatorum Severi & Antonini in l. 2. C. de pignor. quo continetur ut priori creditori qui in omnibus debitoris bonis æquale ius habet, denegetur tamen pignoris persecutio in iis quæ secundo creditori specialiter obligata sunt, si cætera debito exoluen-do sufficiant. Nec dici potest quod Accursius primum tentat Papinianum de stricto iure, Imperatores verò de æquitate respondisse. Quamquam enim æquitatis potius quam stricti iuris rationem Imperatores habuisse vel ex eo maxime constat quod lex ait creditorem qui prior generalem hypothecam accepit æquale ius in omnibus bonis habere, sed iurisdictionem temperandam esse: mihi tamen probabile fieri non potest, Papinianum de stricto iure aduersus æquitatem respondisse: cuius cætera responsa omnia rationis & æquitatis plenissima fidem faciunt præcipuam eum vtilitatis & æquitatis causam habuisse: & strictum ius si quando ab æquitate dissideret semper neglexisse. Quare nec Accursius conciliationem hanc probat, sed subiicit quod verius est, Papiniani sententiam ad eum creditorem referri, qui debitoris bona omnia generaliter pignori acceperat: specialiter vero nulla. At Imperatores de

t. 111

eo creditore cōsultos fuisse cui generaliter bona omnia, ac præterea specialiter quædam obligata esse proponerentur, quemadmodum aperte legis verba demonstrant. Hunc, qui specialiter quædam bona pignori accepit, videri quodammodo ac sub tacita conditione à generali obligatione recessisse, & conuenisse vt non prius ea, quæ generaliter obligata essent pignoris iure vindicaret, quam si specialiter obligata pecuniæ debitæ solutioni non sufficere appareret. Illū verò, cui generaliter duntaxat bona omnia pignori data sunt, nihil fecisse ex quo conici possit ab eo iure quod in bonis omnibus æquale habere cœperit, recedere eum voluisse, *l. si generaliter 6. C. qui potior in pignore habeant*. Neque sanè aut verior aut elegantior earum legum conciliatio aut afferri aut requiri potest. Sed difficilius est quod apud Papinianum sequitur in illis verbis, *Quod si ea conuentio prioris fuit, vt ita demùm cætera bona pignori habeantur si pecunia de his quæ generaliter accepit seruari non potuisset, deficiente secunda conuentione, secundus creditor in pignore postea dato nō tam potior quam solus inuenietur*. Hic verò Accursius casum mutari scribit, & incipere Papinianum loqui de eo creditore, qui ex generali conuentione pignoris bona quædam excepit, quæ obligata noluerit nisi sub ea conditione si ex iis quæ generaliter obligata essent, pecunia seruari non posset. Quod quamquā verissimū videtur, Papiniani tamen verbis nullomodo conuenit, qui *cætera bona* paulò antè dixit ea quæ generaliter obligata sunt vt & in *l. 1. D. de distract. pignor.* Et cum in præcedentibus non posuerit bona aliqua specialiter aut excepta aut obligata fuisse ei, qui generalem hypothecam acceperat, vix est vt *Cætera* commode interpretari possimus ea quæ specialiter excepta sunt, nisi antè generalem hypothecam specialem aliquam constitutam esse comminiscamur. At rursus si Accursij interpretationem reiiciamus, fatendum erit ineptam esse conuentionem illam, vt ita demùm generali hypothecæ locus esset, si pecunia de bonis generaliter obligatis seruari non posset. Quomodo enim seruari possit quin prius admittas generali hypothecæ locum esse? Quam ob causam placuit viro doctissimo Iac. Cuiacio emendari debere Papiniani contextum in illis verbis, *si pecunia de his quæ generaliter accepit seruari non potuisset*, & pro eo quod scriptum est, *generaliter* legendū esse *specialiter*, quomodo in quibusdam exemplaribus scriptum esse testatur. Quod si ita est, prioris creditis conuentionem illam fuisse dicemus, vt ita demùm generali hypothecæ locus esset si ex bonis specialiter obligatis pecunia seruari minimè posset. At iam suprā diximus, obligatis generaliter bonis omnibus & specialiter quibusdam potiorem esse secundum creditorem cui ex bonis generaliter obligatis pignus datum est. *d. l. 2. C. de pignor.* quasi tacite facta ea conuentione inter debitorem & priorem creditorem, quam tamen expresse fieri Papinianus requirit. Dissidentem igitur omnino faciamus Papinianum ab Imperatoribus, nec conciliationis ratio vlla recta afferri potuerit nisi ad eā confugiamus, quā supra ex Accursio priore loco retulimus & refutauimus. Quamobrem non puto dubitandum, quin aliter emendanda sint Papiniani verba & illo loco *Cætera bona* non *cætera* legendum, sed *Certa*. Hoc enim & probabilius est, & ad superiores omnes obiectiones diluendas accommodatius. Papiniani verò sententia & apertissima & verissima hæc erit, Obligatis generaliter bonis omnibus, si ex iis postea prædium aliquod secundo creditori in pignus datum sit, multum interest an prioris creditoris conuentio generalis pura fuerit, an verò conditionem hanc habuerit vt ita demùm certa bona pignori essent si pecunia de

his

his quæ generaliter accepisset seruari non posset. Priore casu omnimodo potiorem esse causam prioris creditoris in re postea obligata, licet ex cæteris bonis tantum redigi possit quantum ad eius quod debetur solutionem sit satis: posteriore non item. Secundum namque creditorem in pignore sibi dato nō tam potiorem, quam solum inueniri, deficiente secunda conuentione, hoc est si ex bonis generaliter obligatis debitum seruari posse appareat. Ponimus enim secundo creditori pignus datum esse ex iis bonis quæ non nisi sub conditione quæ defecit fuerant obligata. Et secundam conuentionem Papinianus intelligit conditionalem, ad differentiam eius qua cætera bona omnia generaliter & purè obligata sunt. Obseruandum autem est multum interesse an quis bona sua omnia generaliter obligauerit, & quædam specialiter. An verò ex generali bonorum obligatione pura quædam exceperit quæ obligari noluerit nisi sub ea conditione, si cætera non sufficerent. Priore casu si ex bonis specialiter obligatis secundo creditori pignus datum sit, & ex iis quæ generaliter obligata sunt prioris creditoris pecunia redigi possit, secundo creditor in suo pignore non solus sed potior inuenietur, posteriore verò, nō potior sed solus, vt Papinianus ait: quod tamen non satis animaduersum videtur ab iis qui Imperatorum Diocletiani & Maximiani rescriptum Papiniani sententiæ omnino congruere scripserunt: cum neque congruat, neque repugnet, sed ad aliam facti speciem & quæstionem pertineat, si emendationem nostram non improbabilem ad tuendam Accursij interpretationem, quæ verissima est, amplectare.

Emendatio §. vlt. l. 2. D. de suis & legit. hered. CAPVT XIII.



CRIPSERAT Vlpianus in §. proximum. l. 2. D. de suis & legit. hered. proximum agnatum cum de intestati successione agitur, non eum dici qui tunc fuit cum paterfamilias moreretur, sed eum qui tunc fuit cum intestatum decessisse certū est. Indèque fieri vt interdum etiam vltior agnatus admittatur. puta si quis forè testamentum fecerit, cum patruum & patru filium haberet, quo exemplo vtitur Vlpianus in §. præcedenti. Nam si deliberante herede scripto patruus decesserit, mox heres scriptus hereditatem repudiauerit, patru filius admittetur. Et generaliter si mortis tēpore suus aut alius erat, qui præcedebat, nec tamen quisquam eorum viuit cum repudiatur hereditas, proximū eum accipiemus qui eo tempore quo hereditas repudiatur primus erit. Tum subiicit Vlpianus in §. vlt. bellè quæri posse, An etiā post repudiationē adhuc demus inter agnatos successionem. Difficilius enim est vt post repudiationem quā vt post mortem successio detur, quod inter tempora mortis & aditæ hereditatis, aut repudiatæ ab herede scripto nullū ius quæsitū dici possit iis quos ad intestati hereditatem lex vocat, cum successioni ab intestato locus esse nequeat quandiu ex testamento acquiri hereditas potest. At statim atque hereditatem scriptus heres repudiat, lege duodecim tabularum ex causa intestati proximioribus ea deferretur, nec videtur fieri posse vt non deferatur ei qui eo repudiationis tempore proximior reperitur. Ac sanè plerumque ita seres habet. Sed tamen aliquando contingit vt repudiante scripto herede non idè locus fiat successioni ab intestato. Finge rogatum esse heredem scriptum vt Titio hereditatem restitueret. Certum est repudiantem eum cogi posse per Prætorem hereditatem adeat deinde restituat: idque tam authori-

tate Senatufconfulti Pegafiani, quàm refcripti quod à Diuo Pio post Senatusconfultum factum est: cuius & mentio fit in *l. nam quod 14. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* Cùm verò is quoque qui inuitus & compulsus hereditatem adit, heres nihilominus ex testamento fiat vt restitui etiam ex testamento hereditas possit. Apparet non posse hoc casu per solam heredis repudiationem testamentum irritum fieri, nisi fideicommissarius quoque fideicommissum repudiet: ac proinde quandiu cogi heres potest vt hereditatem adeat, tandiu querendum non esse quis agnatus proximior sit, sed eo demum tempore quo acquirende ex testamento hereditatis nulla spes supererit. Pone igitur heredem scriptum post repudiationem supervixisse centum diebus, & interim proximum decessisse, mox & cum qui restituere rogatus erat. Dicendum est, inquit Vlpianus, posteriorem admitti, id est eum qui eo tempore quo heres scriptus mortem obiit proximus fuit, licet repudiationis tempore ab alio antenereretur. Nempe quia non nisi moriente herede certum esse cœpit successioni intestati locum factum esse, cum is quandiu vixit, cogi potuerit adire ex testamento hereditatem. Sanè quin eius morte præcisa & sublata sit spes quævis testamentariæ successionis sani iudicij nemo, vt opinor, negauerit. Quæmadmodum enim veteris nouique iuris, regula est hereditatem non aditam non transmitti. *l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.* ita verum est heredis heredem cogi non posse vt hereditatem fideicommissariam adeat, præsertim quæ à defuncto repudiata est. *l. ille à quo 13. §. quid ergo. D. ad S. C. Trebell.* Fateor hereditatem à scripto herede aditam, necdum fideicommissario restitutam posse per heredem heredem restitui, adeoque cogi eum debere vt restituat. *l. quænis 40. §. persona. l. si eius 64. §. si quis rogatus. D. eod.* Sed aditionis & restitutionis iura distincta sunt propterea quod heredis heres hereditatem quæ sibi delata non est adire non potest: At eam hereditatem quæ sibi ex causa successionis & ex persona defuncti acquisita est cum onere fideicommissi, restituere omnino debet, ne meliore conditione sit quàm defunctus qui ad restitutionem tenebatur ex Senatufconsulto Trebelliano. Coactio adeudi fit ex Pegafiano, restitutio ex Trebelliano. Et ridiculus est Accursius cùm plerisque locis disputat an heredis heres ad adeundam hereditatem cogi possit. Nullus enim omnino iuris locus, est quo moueri quis possit, vt putet Senatufconsultum Pegafianum, quod de cogendo herede factum est, ad heredis heredem portigi debere. Iustiniani namque constitutio in *l. vlt. §. cum autem. C. ad Trebell.* qua in eam rem Accursius vitur, non de aditione sed de restitutione hereditatis loquitur, & præterea singulare ius inducit sola Iustiniani voluntate contra omnem iuris veteris rationem constitutum. Sed neque dici potest quod à viro doctissimo scriptum aliquando legere puduit, repudiante herede scripto in fraudem fideicommissarij, & gratiæ legitimi heredis, nihilominus fideicommissum ab herede legitimo præstandum esse quod ab instituto disertis verbis relictum fuerat. Iuris enim certissima regula est fideicommissum ab herede scripto datum hereditate ex testamento non adita sic intercidere vt à succedentibus ab intestato peti non possit, nisi vel ab iis nominatim repetitum sit, vel simpliciter, hoc est nulla heredis mentione facta relictum. *l. ea quam 14. C. de fideic. l. 1. C. de fideic. libert.* Et verò si ita ius esset vt hereditate ex testamento non adita legitimus heres fideicommissum præstare teneretur, quid causæ esset cur ex Pegafiano hereditatem adire scriptus heres cogeretur? Aut quo iure cogi possit is qui ab intestato, & præter voluntatē testatoris succedit vt quicquam

præstet

præstet ex testamento quod irritum factum est? Denique an non absurdum est repudiationem scripti heredis efficere vt fideicommissarij melior conditio sit quàm si scriptus heres nec adita nec repudiata hereditate decessisset? Aut si repudiatione heredis fideicommissarij ius augeri & legitimi heredis minui contra iuris rationem admittere volumus, quid illud est quod Vlpianus ait in *d. §. vlt. l. 2. de suis & legit. hered.* cogi nihilominus heredem posse vt ex testamento hereditatem adeat tum restituat ex rescripto Diui Pij? An non heredi scripto iniuria fieret si repudiatam hereditatem adire cogeretur, cum fideicommissarij nihil interesset, & à legitimo quoque herede fideicommissum præstandum esset? Sed neque Vlpianus ponit repudiatam esse hereditatem ab herede instituto in fraudem fideicommissarij & gratiam legitimi heredis: neque verò de eo legitimo herede intelligi potest, qui cum scripto herede fraudem participauerit. Pone enim decessisse eum cui repudiationis tempore deferi potuit hereditas, & ad intestati successionem vocari ait eum, qui repudiationis tempore proximus non erat. His itaque rationibus moueor vt dicam quod ante me nemo dixit, verum esse non posse quod in *d. §. vlt.* ex Vlpiano proponitur posteriorem agnatum teneri ad restitutionem fideicommissi, neque dubito quin postrema illa legis verba *cum onere fideicommissi* quæ virum doctissimum fefellerunt delenda sint, & imperitissimo alicui interpreti potius quàm Vlpiano tribuenda. Nihil enim aliud agebat Vlpianus quàm vt probaret posteriorem agnatum admitti: neque erat cur de fideicommissio quicquam subiceret, de quo nec dubitare quisquam poterat, præsertim cùm idem Vlpianus in præcedentibus scripsisset heredem scriptum qui hereditatem repudiauerat cogi potuisse vt eam adiret & restitueret ex rescripto Diui Pij: quod sanè rationem nullam haberet si eo repudiante hereditas ad legitimum heredem non nisi cum fideicommissi onere perueniret. Quare nec Accursius in eius loci interpretatione leges vllas habet quas pro tuenda Vlpiani sententia congerat, sed Mæciani tantum authoritate nititur qui in *d. l. si eius 64. §. si quis rogatus. D. ad S. C. Trebell.* scribit. Si quis rogatus hereditatē restituere decesserit priusquam restituat, heredem eius restituere posse, & ex Trebelliano transituras actiones. Verum iam supra monuimus ita demum id verè dici si hereditatem scriptus heres adierit. Prius enim quàm hereditas adita sit de restitutione queri numquam potest. Nihil ergo interest an scriptus heres hereditatem repudiauere, an ea neque adita neque repudiata decesserit: & viroque casu fatendum est fideicommissum intercidere, & successioni ab intestato sine onere fideicommissi locū esse. Alioqui dicendum esset frustra legatorum & fideicommissorum seruandorum causa propositum à Prætoris Edictum. Si quis omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possideat: cui scilicet locus aliter esse non potest, quàm si hereditas ex testamento repudietur, tum ab intestato possideatur. *l. 1. §. prætermittere est. D. si quis omiff. caus. testa.* & quamuis non sim nescius aliis etiam modis quàm repudiatione omitti hereditatem posse, ea tamen omissio non nisi tacitæ repudiationis iure plerumque censi potest. Quod si fideicommissum iure ciuili intercidit, cùm heres scriptus hereditatem repudiat in fraudem fideicommissarij, quamuis idē ipse ab intestato possideat hereditatem, ob eamque causam vel ad Prætoris edictum, vel ad Senatufconfulti Pegafiani remedium necessario recurrendum est. Quantò magis admittendum sit fideicommissum omnino intercidere, si hereditatē scriptus heres repudiet, eaque ad proximiorum agnatum deuoluatur, qui neque Prætoris edicto, ne-

que Senatusconsulti auctoritate teneatur? Neque verò recta comparatio esse potest legitimi heredis & eius, qui ex testamento coheres est. Huic namque coheredis repudiantis, aut aliter omittentis portio cum fideicommissi onere perpetuo accrescit post constitutionem Seueri, qua factum est vt ab instituto relicta fideicommissa à substituto repetita intelligantur, *licet 74. de legat. 1.* Coheres enim coheredi ex tacita testatoris voluntate substitutus videtur, *lege si Titio 61. §. 1. de legat. 2.* ac proinde quasi substitutus fideicommissum quod ab eo relictum fuerat, qui heres non est, in omnem causam fideicommissi præstando obstringitur. Huius verò dissimilitudinis inter coheredem testamentarium, & legitimum heredem ratio aperta illa est, quòd non aliter legitimus heres admittitur, quàm si testamentum repudiata aut alio modo ommissa ex testamento hereditate irritum factum sit, ac proinde fideicommissum interciderit. Coheres verò testamento datus si portionem suam adeat testamentum sustinet, atque ex asse heres sit, si alius coheres ex parte heres esse vel nolit vel non possit: quod cum euenit ratio facit, ne plus iuris habeat in ea portione quæ accrescit, quàm habuisset is qui ex ea portione fuerat institutus. Ergo si ab eo qui heres non fuit fideicommissum relictum proponatur, fideicommissum à coherede præstabitur: & consequenter si is qui heres esse nolit, cum hereditariam portionem restituere rogatus esset postulante fideicommissario per Prætorem adire coactus & iussus sit, tum priusquàm adire decefferit, fiet vt quemadmodum ex eius persona coheres præstare & restituere fideicommissum tenetur, ita quartam Pegasianam detrahare nequeat, quam is qui adire iussus erat, detrahare non potuisset. Idemque meo iudicio, iuris erit, si post repudiationem, licet ante iussum Prætoris decefferit is, à quo fideicommissum testator reliquit. Non enim Prætoris iussum, sed sola heredis repudiatio facit ne ex restituenda hereditate falcidia commodum sentire heres debeat, quando certum sit nec volentem eum posse hereditatē postea adire quæ repudiauerit, nisi à Præторе ita facere iubeatur. Sed multum intererit an coheres portionem restituere rogatus iubente & cogente Præторе hereditatem adierit, ac postea priusquàm restitueret mortuus sit: an verò post iussum Prætoris nondum tamen adita hereditate decefferit. Hoc enim casu iuri accrescendi locus est & fideicommissum à coherede omnimodo præstari debet. Priore verò specie fieri non potest vt fideicommissum coheres debeat, cui adita coheredis portio accrescere non potuit, sed heredis heres iubendus erit, vt eam portionem quam fideicommissario postulante defunctus adire iussus fuerat & adierat ille ex Senatusconsulto restituat. Quæ sententia est *l. non iustam 4. Cod. ad S. C. Trebell.* in qua proponitur coheredem repudiantem adire iussum deceffisse prius quàm adiret aut pro herede gereret. Et ob eam causam respondetur repudiatam portionem coheredi accrescere, ita tamen vt fideicommissum nulla deducta falcidia præstare teneatur. Errant verò miserè, qui in ea lege separant aditionem à gestione pro herede. Quasi ad scrupulosam illam, quæ priscis temporibus obtinebat aditionis & gestionis pro herede differentiam, potius quàm ad rei effectum Imperatores respexerint. Aut quasi ad acquirendam hereditatem, & impediendum ius accrescendi sola aditio non sufficiat nisi pro herede gestio etiam subsequatur: quo absurdus nihil sanè dici potest. Tam enim per aditionem quàm per gestionem acquiri hereditatem certum est, & siue hoc siue illo modo acquisita sit iuri accrescendi locum non esse. *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* sicut nec vulgari sub-

gari substitutioni. *l. post aditam. C. de impub. & alijs substitut.* Rectè igitur Accursius in *d. l. non iustam.* coactionem iussum esse interpretatur. Cogitur enim adire qui à Præторе iubetur, neque tamen idèd adit & acquirit hereditatem, nisi Prætori pareat & pro herede gerat. Dixi *Pro herede gerat* quoniam si aditionem eam intelligas quæ olim certis & solemnibus cretionum verbis fiebat, nulla ratio est cur Prætor heredem iubeat adire, & ea solemnia verba proferre: quibus vix aliter locus erat quàm cum iure civili hereditas acquirebatur, & ita demùm si testator sic heredem instituisset vt hereditatem intra centum puta dies adiret cerneretque, sicuti Vlpian. scribit in tit. *Qui hered. instit. poss.* Quid verò Prætoris interest an ea cretionum verba heres proferat, an rem aliquam hereditariam attingat? Id siquidem duntaxat Prætor curat, vt hereditatem heres acquirat, quod cum per gestionem pro herede facilius minorè que incommodo quàm per aditionem fieri possit, credendum est Prætozem iubere solitum vt heres pro herede gereret potius quàm vt per cretionem adiret *argu. l. seruo inuito 65. §. si pupillo. D. ad S. C. Trebell.* Vt vel ex eo maximè appareat Imperatores in *d. l. non iustam* veteris illius inter aditionem & pro herede gestionem differentia rationem nullam habere voluisse: neque dubitandum esse, quin ita demùm repudiata coheredis portio coheredi cum onere fideicommissi adcreseat, si is qui post repudiationem hereditatem acquirere iussus est, ante acquisitionem quoquomodo factam decefferit. At si neque adita hereditate neque adire iussus decefferit siue portionem suam repudiauerit siue voluntatem suam minimè declarauerit, fideicommissum sanè non interciderit, sed à coherede acsi coheredi substitutus esset præstabitur, cum ea tamen distinctione vt si fideicommissaria portio repudiata fuerit falcidia ex fideicommissio retineri non possit. Sin repudiata non fuit, eam portionem quæ adcreuit, coheres deducta quarta restituat.

*Ad l. Micinius 61. D. de rei vindicat.*

CAPVT XV.



**M** quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecit, si de rei dominio disputetur, vtrum ad eum pertineat qui materia dominus sit, an ad eum qui speciem fecerit, dissentientes fuisse legimus Proculianorum, & Cassianorum opiniones. Proculo namque placebat dominum esse eum, qui fecerit, quòd ea species prius quàm facta esset neque in rerum natura neque in bonis vllius esset. Cassius contra, naturali rationi conuenientius esse putabat vt qui materia dominus extitisset, idem eius quoque dominus esset quod ex ea materia factum fuisset, quoniam sine materia species effici non potuisset. *l. adèd 7. §. cum quis ex aliena. D. de acquirend. ver. domin.* Vtraque igitur opinio sicut magnos assertores habuit, ita ratione pereleganti, & probabili inducta, & confirmata fuit. Ob eamque causam, qui Proculum & Cassium securi sunt Iuriconsulti neutrius opinionem omnino explosam voluerunt, sed distinctione potius vtramque sic conciliari posse crediderunt, vt dicerent si materia ex qua species facta est talis sit, quæ in sua initia redigi possit, Cassij sententiam præualere, & materia magis quàm speciei & formæ rationem habendam esse. At si ex contrario materia per speciem adèd immutata sit, vt à specie & forma quàm accepit ad pristinam suam substantiam & qualitatem reuertitur nequeat, Proculi opinionem obtinere, & materiæ quasi in rerum natura esse

deficit dominium ad eum omnino spectare qui speciem fecerit. Et hæc media Ericundorum sententia, quam supradicto loco Caius refert sicut equior & verior est, ita magis communiter à iuris authoribus probata fuisse videtur, si Paulo qui Cassianus fuit credimus in *l. in omnibus 24. D. eod.* & Iustiniano in *§. cum ex aliena. Instit. de rer. diuis.* Quid ergo si ex meis tabulis nauem feceris? Tuam nauem esse Paulus respondit in *l. sed si 26. de acquir. rer. domin.* non alia ratione quam quod facta nauis cupressus non manserit, sed cupresseum corpus factum sit: quemadmodum, inquit, si ex mea lana vestimentum à te confectum esset, tuum non meum esse deberet: quoniam lana non maneret, sed lanæ corpus efficeretur. Sed Iulianus in *l. Micinius 61. D. de rei vindicat.* Minicium interrogatum contrà respondisse refert. Nauim quam tu ex meis tabulis ædificaueris tuam non esse, sed meam; eiusque sententiæ rationem illam subiicit, quod totius nauis proprietatis carinæ causam sequatur. Dissentit ergo Iulianus à Paulo non in quæstione illa Sabinianorum, & Proculianorum, quæ Ericundorum distinctione sublata est, sed in speciali hac contentione De dominio nauis ex alienis tabulis compactæ. Aliam enim Iulianus & Minicium nauis rationem esse voluerunt: aliam cuiuslibet alterius speciei quæ ex aliena materia facta sit. Fatentur regulare ac ferè perpetuum illud esse, vt qui ex aliena materia speciem fecit, rei dominus sit si materia in sua initia redigi non possit. Fatentur cupressum ex qua nauis tabulæ confectæ sunt non manere, & ad pristinam speciem reuerti non posse. Sed in eo dissimilem nauis, & cæterarum rerum rationem constituunt, quod totius nauis proprietatis carinæ causam sequi debeat: in cæteris verò rebus nihil sit, præter materiam & formam, ex quo rei dominium & proprietatis æstimari possit. Paulus contrà, pinguius meo iudicio, minusq; subtiliter in *d. l. sed si*, sic disputat vt differentiam illam quæ à Iuliano inter nauim, cæterâque res constituitur, non tam reprehendere, quam prætermittere videatur: quæ tamen si attentius intueare & perelegans est, & vera. Neq; enim aut Ericundi aut Proculiani ipsi materiæ dominium aliter amitti existimauerunt, quam si ex ea materia speciem aliquam non dominus fecisset. Ea enim ratio sola est qua Proculus mouebatur quod species quæ ex aliena materia facta est, in nullius bonis antea esset. Nondum igitur confecta specie, ne Proculus quidem negabat materiæ dominium manere eum, qui antea fuisset. Atqui cum ex meis tabulis carinam nauis extruxisti, nondum tamen nauis facta est. Neque enim nauis carina, nauis est, sed pars nauis, quemadmodum area pars ædificij. Carinam igitur ex meis tabulis factam fateri te necesse est meam esse: cum materia tota mea sit, forma autem nulladum accesserit, ne carinæ quidem priusquam totam nauim construxeris. Hoc verò si ita est, illud quoque fateri te oportet quicquid superædificatur meum esse debere: quoniam carina veluti nauis area & solum est: cui ratione tum naturali, tum civili superficies cedit, quia neque ædificium sine area, neque nauis sine carina subsistere possit. Quemadmodum ergo accidit vt si quis in alieno solo ædificauerit, ædificium non ad eum cuius impesa factum est sed ad soli, & aræ dominum pertineat: ita si tabularum corpus illud connexum ex quo nauis carina facta est meum sit, totam quoq; nauim meam esse & carinæ causam sequi omnino necesse est. Ea q; rectissima sanè est nauis & domus comparatio, itemq; aræ & carinæ: qua & plerisque aliis locis Iurisconsultos vti videas, vt in quæstione illa quam Vlpianus tractat in *l. quid tamen 10. §. in nauis. D. quib; mod. vsusfruct. amitt.* Si nauis vsusfructus ad aliquem pertineat, eaque per partes

partes refecta, aut omnino dissoluta sit, an vsusfructus extinguatur. Ait enim: Si per partes nauis refecta sit vsusfructum non interire, quoniam eadem nauis existimanda sit licet ad eod sæpe refectam eam proponas vt nulla tabula eadem permaneret. *l. proponebatur 76. D. de iudic.* Sed si dissoluta sit quamuis postea restaurata iisdem omnino tabulis nulla præterea adiecta, extinctum tamen esse vsusfructum, quod non ea ipsa cuius vsusfructus alienus erat, sed alia nauis esse existimetur. Tum subiicit Vlpianus: *nam etsi domus fuerit restituta vsusfructus extinguatur.* Eadem omnino extinguendi vsusfructus ratione scilicet rei mutatione, propterea quod domus diruta licet postea ex iisdem lapidibus & lignis restituta alia domus est: cum tamen si per partes sæpius refecta sit, lapidibus & lignis omnibus vsque ad vnum immutatis, nihilominus eadem domus esse censetur. Quamquam hac parte in eo fortasse dissimilis domus & nauis ratio est, quod si nauis dissoluta sit ea mente vt ex iisdem tabulis reficeretur, nondum intercidisse videtur, & compositis tabulis rursus eadem esse incipit. *l. inter stipulantem 83. §. sacram. D. de verbor. oblig. l. qui res 98. §. aream. D. de solut.* At si domus ad aream vsque deposita & diruta sit, licet ex eadem materia postea restituatur, alia erit: *d. §. sacram. in fin.* Nec distinguemus an diruta sit ea mente vt ex eadem materia reficeretur. Quæ enim semel omnino diruta est refici non potest, cum ex ædificio nihil super sit præter aream, quæ tamen nec pars dicenda est ædificij quod amplius nullum est: vt proinde si in eadem area rursus ædifices, aliam domum fieri, non veterem refici dicendum sit. Nam ex lapidibus, & lignis sine area domum efficere non possis: neque igitur reficere. Cum autem nauis dissoluta est, quæ tota ex tabulis constabat, tabulæ ipsæ supersunt ex quibus refici possit non secus ac si non omnes tabulæ refixæ essent. Et si ea mente refixas esse proponas vt rursus componerentur, solus ille reficiendi animus facit vt nondum intercidisse nauis videatur, quia nondum interciderint omnia ex quibus nauis constabat, id est tabulæ quarum vel minima principium reficiendæ nauis esse possit. Dices neque aream diruto ædificio intercideri, quæ tamen domus pars quoque est. *l. solum 50. D. de rei vindic. l. eum qui 23. D. de vsucap.* Verum respondeo, non eadem ratione aream partem aut principium domus dici posse, qua tabulæ partem aut principium nauis esse dicimus. Fit enim nauis ex tabula & sicut fit ita reficitur. Ex area verò neque fit neque reficitur domus, sed cum aream partem aut principium domus esse dicimus, ad id respicimus quod sine area domus subsistere & ædificari non possit. Denique tabula fit ad vsum nauis, area non fit ad vsum domus, sed ea vtitur qui domum ædificat, & eo demum tempore quo ædificatum est, aream partem ædificij appellamus. Et hanc domus & nauis dissimilitudinem Paulus non obscure docet in *d. §. sacram.* cum nauim quæ dissoluta est ea mente vt ex iisdem tabulis reficeretur comparat tignis ædium quæ deposita sunt ea mente vt reponerentur: Nauim verò quæ eo animo resoluta est vt in alium vsum tabulæ destinarentur, licet mutato consilio reficiatur comparat ædibus quæ ad aream vsque depositæ, postea restitutæ sunt. Cæterum vt ad institutam Micinij disputationem reuertamur, quemadmodum si ex meis tabulis nauim ædificaueris ratio facit vt nauis mea sit quia totius nauis proprietatis carinæ causam sequi debeat: Ita si nauim quæ tua erat ex meis tabulis refeceris, eadem ratio euincit, vt nauis tua maneat, quoniam carina tua remanet, siue refecta ea non sit, siue per partes refecta sit, siue etiam omnino dissoluta, ea mente tamen vt ex iisdem tabulis reficeretur. At si

omnino resoluta sit eo animo ut in alium usum tabulae destinarentur, quamvis mutato consilio carina reficiatur, quia tamen alia est, mea efficietur, tum quae navis aedificabitur carinae causam sequetur, & mea erit, non tua. Atque ita Minicij & Iuliani sententiam explicandam esse existimo, quam nec Azo nec Accursius nec alij interpretes perceperunt.

*Emendatio l. etsi non adscripta 9. C. de fideicommiss. libert.*

C A P V T X V I.

**P**A T E R filiis suis testamento tutorem servum proprium dedit, nec libertatem adscripsit. Placet, ac iam olim prudentibus placuit libertatem quoque datam videri, quod non aliter servus tutor esse possit, quam si liber primùm fiat. Nam ut rectè Servius dicebat, nihil aliud tutela est, quam vis & potestas in capite libero iure civili data & permessa. *l. 1. D. de tutel.* Eorum verò omnium, quae iuris civilis sunt usque adeò incapaces sunt servi ut pro nullis & mortuis habeantur. *l. quod attinet 32. D. de regul. iur.* & quod magis est quadrupedibus comparantur. *l. 2. §. ut igitur. D. ad leg. Aquil.* Eademque ratio facit ut etsi alieno servo tutela sine libertate data sit, nihilominus data libertas existimetur. *l. si hereditas 10. §. ult. D. de testam. tutel. l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert.* Quod ius non solum libertatis favore inductum est, sed etiam pupilli, cuius vel maximè interest tutorem habere: nec minus ea res ad publicam utilitatem pertinet, ut libertates & pupillorum bona conserventur. Sed quaestio est & difficilis & elegans an tacita ea libertas directa dicenda sit, an fideicommissaria. Et si quidem alienus servus tutor datus sit, non nisi fideicommissariae libertati locum esse posse nemo ambigit: quoniam iuris ratio non patitur, ut testamento manumitti possint, nisi qui testamenti & mortis tempore testatoris servi fuerunt. Nam quemadmodum Vlpianus in titulis scribit, Ut testamento manumissi liberi fiant, lex duodecim tabularum facit ex ea parte qua confirmat quicquid testamento datum, & legatum est. Lex verò patrifamilias legandi potestatem facit de sua duntaxat pecunia non de aliena. *l. verbis legis 120. de verbor. significat.* At si servum proprium tutorem dominus dederit, magis esse puto ut directa libertas competat perinde ac si servus & liber, & tutor esse iussus esset. Favor namque libertatis sanè postulat, ut si directa libertas competere possit, fideicommissaria non debeatur, ne patronum servus manumissus habeat, quem Orcinum, hoc est nullius liberum esse patrifamilias voluit. Cur autem directo iure liber non sit, quem testator manumittere & voluit & potuit? Non inficior aliquando accidere ut qui testamento liber esse iussus est fideicommissariam duntaxat libertatem consequatur. Sed id tum demum accidit cum directa cõpetere nõ potest, fortè si quis servo pignorado directam libertatè dederit, quo casu quia subtili iure directa libertas impeditur, cum fieri nequeat ut ipso iure liber sit qui pignoris iure & vinculo tenetur, ad fideicommissariam necessariò recurrendum est, quasi tacitè rogato herede ut pignus luat, deinde servum manumittat. *l. generaliter 24. §. si quis servo. D. de fideicommiss. libert.* Quoties autem iuris ratio directam libertatem non impedit, nullo iuris loco ita constitutum reperias ut ex fideicommissio libertatem petere liceat ei què testator ipse manumissit. Imò verò ius nostrum non patitur ut in servi electione sit utram petere malit, sed vel directam ipso iure competere necesse est, vel fideicommissaria deberi. Directa libertas ipso iure cõpetit, & quae iam

& quae iam competit, deberi non potest. Fideicommissaria ex contrario non competit, sed debetur. *d. l. generaliter. §. ex testamento.* Directam dat testator, & lex duodecim tabularum confirmat, Fideicommissariam nec testator dat, nec lex confirmat, sed heres praestat. *l. si servus. 11. C. eod.* Denique fieri nullomodo potest ut qui ipso iure ex testamento liber est, quasi nondum liber sit libertatem sibi ex fideicommissio praestari postulet. Ergo si quis servo suo sine libertate tutelam dederit, quia perinde est ac si libertatem quoque dedisset, quod sine libertate tutelae datio non valeret, dicendum est sicut tutelam directis verbis testator dedit ita directam quoque libertatem dedisse cum videri non fideicommissariam: & quemadmodum eo casu servus tutor necessarius efficitur, ita & necessariò liberum esse: ac proinde directo iure non per fideicommissum: quandoquidem is cui fideicommissaria duntaxat libertas debetur, non nisi volens & petens liber fieri possit. Quo etiam pertinet quod Vlpianus scribit in *d. l. generaliter. §. si quis tutorem.* Aliud esse tutelam libertati patrocinari: Aliud verò libertatem ex fideicommissio deberi, ut intelligamus quoties tutela libertati patrocinatur, directae libertati, non fideicommissariae locum esse. Atque ita Iustinianus aperte scribit, itemque Theophilus in *§. 1. Instit. qui testam. tutor. dat. poss.* & Paulus in *§. ult. l. quæro. 32. D. de testam. tutel.* illis verbis *an possit libertatem sibi vindicare,* & aliis sequentibus *& liberum quidem ab adita hereditate esse.* Directa enim libertas illa est, quae vindicatur: fideicommissaria non vindicatur, sed petitur: & cum ab herede petenda sit, qui non nisi post aditam hereditatem heres est, fieri certè nequit ut ab adita hereditate liber sit, cui ex fideicommissio tantum libertas debetur. Nec est quod quis dicat in ea specie directam libertatem ideò competere, quod Eros servus cum liberi hominis prænominè Lucius Eros testamento dictus esset. Ea namque sola adiectio facere non potest, ut libertatem directam servo dare testator voluerit, potius quam si Eros simpliciter dixisset, neque vero ex testamento verbis, sed ex sola tutelae datione libertatè quoque datam videri Paulus interpretatur. Ob eamque causam sic loquitur ut dicat libertatè directam datam videri, non quod verè data non sit, sed quod non nisi ex tacita testatoris voluntate, & iuris interpretatione data intelligatur. Ac sanè ita ius est, ut si fideicommissi verba nulla sint directa libertas competat, nisi stricta aliqua iuris ratio testatoris voluntati refragetur, indeque fiat ut ad fideicommissariam deflectendum & recurrendum sit. *d. §. si quis servo.* ubi quod dicitur ita constitutum esse favore libertatis contra communes iuris regulas, ostendunt satis regulam illam esse, ut in vnam eandemque personam utriusque libertatis directae scilicet & fideicommissariae ius concurrere non possit. Quae cum ita se habeant, non immeritò quis miretur quod contra scriptum est in *d. l. etsi 9. C. de fideicom. libert.* Etsi nõ adscripta libertate tutorem quis servum proprium testamento dederit, receptum tamè esse ut per fideicommissum manumisisset eum videatur. Repugnat enim ij iuris loci quos supra citavimus. Repugnat iuris ratio quam attulimus. Repugnat denique ipsa legis verba si subtilius intueare. Neque enim testator ipse servum manumisisset videretur, si non nisi ex fideicommissio libertas deberetur. cum eo casu manumissio ab herede fieri debeat non à testatore. *d. l. si servus. C. eod.* Vnde fit ut separati sint tituli De manumissis testamento, & De fideicommissariis libertatibus, quod iis qui testamento manumissi sunt non fideicommissaria libertas debeatur, sed directa competat. Sed & Iustinianus in *l. quidam 5. §. cum igitur. C. de necess. hered. instit.* aperte scribit ius

ciuile ita comparatum fuisse vt seruus qui tutor à domino scriptus esset directam quoque libertatem accepisse videretur. Sic enim eum locum accipiendum esse constat, & quod lex ait *iure nostro* non ius nouum & Iustinianum significat, vt à nonnullis interpretatum videri, sed ius ciuile vetus quod ante Iustiniani tempora obtinebat, & cuius argumento Iustinianus vtitur, vt probet summa ratione niti quod ille ea constitutione inducit. Nimirum vt seruus qui heres esse iussus est, nō adscripta libertate, nihilominus omnino ciuis Romanus existat, hoc est directam libertatem nanciscatur. Siquidem fideicommissariam ab aliquo petere eum necesse esset, quam porrò à seipso petere non posset. Quare sic mihi persuadeo in *d. l. etsi*. tollenda ea verba *per fideicommissum* addita, fortassis ab imperito interprete in iuris nostri principiis parum aut malè versato. Quem ex eo deceptum verisimile est, quòd posita lex sit sub titulo De fideicommissariis libertatibus, & quòd in secunda legis parte quæ est de alieno seruo tutore dato, scriptum sit eo casu, *æquè fideicommissariam libertatem datam videri*. quali in priore specie de fideicommissaria quoque non de directa libertate responsum fuisset. Verum facilis erit ad objectionem responsio si quis dicat legis sententiam illam esse, vt siue proprio, siue alieno seruo tutela data sit æquè libertas data videatur, sed tamen priore casu directa, posteriore fideicommissaria. Sic enim Ulpianus in *d. l. si hereditas 10. §. vlt. de testam. tutel.* nihil interesse ait an proprio an alieno seruo tutelam testator dederit: cum tamen certo certius sit hæcenus interesse, quòd si alienus seruus tutor datus sit, sub ea conditione datus intelligitur, *cum liber erit*, quæ in seruo proprio tutore dato, neque tacitè inesse creditur, nec nisi inutiliter & frustra expressè adici posset. *§. seruus autem alienus. Instit. qui testam. tutor. dar. poss.* Ex perperam locum illum accipit qui ea verba *potest igitur & huic fideicommissaria libertas defendi*, de seruo proprio interpretatur, cum non nisi de alieno Ulpianus tractet. Non enim argumentum ducit à seruo extraneo ad propriū, sed ex contrario à proprio ad extraneum, vt quemadmodum proprius ita alienus seruus tutori datus libertatem consequatur, quòd utroq; casu eadē sit voluntas testatoris. Sed ex eo rectè inferre nequeas, eandē utriq; libertatem competere. Directam namque à fideicommissaria distinguit non voluntas dūtaxat testatoris, sed etiam potestas. Seruo alieno nec volens directam libertatem dare testator potest: seruo autem proprio tutore dato nec si velit fideicommissariam: quia vt eleganter Theophilus ratiocinatur, neq; pupillus manumittere seruum potest sine tutoris autoritate, neq; seruus aut ante acceptam libertatem tutor esse aut in rem suam pupillo autoritatem præstare. Nec possis dicere, quod quidam putant, sublatum hoc incommodum Senatusconsulto Damusiano quo cautum est de iis qui ex iusta causa absunt, vt nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his qui fraude careant, *l. neque 36. §. 1. D. de fideic. libert.* Quamquam enim pupillus qui tutorem non habet, absentis loco est, non aliis tamē libertatibus Senatusconsulto Damusiano, aut Rubriano subuentum fuit, quàm quæ ex causa fideicommissi sic deberentur, vt vel interciderent vel impedirentur nisi Senatusconsulti autoritas difficultati præstationis subueniret. *d. l. neque, & l. cum verò 26. §. subuentum. D. eod.* Sed ad directas libertates Senatusconsultum non pertinet, quæ cum ipsius legis duodecim tabularum potestate omnino confirmantur, Senatusconsulti auxiliū implorare non possunt. Qui ergo fatentur, quod ex Iustiniani, Theophili & Pauli sententia verisimilè est seruum proprium, tutorem testamento datū directam libertatem, vindicare

vindicare posse, eos fateri quoque necesse est nullum Senatusconsulto ad cōseruandam libertatem eo casu locum esse, ac proinde fideicommissariam libertatem impediri, directam verò ex testatoris voluntate & iuris ratione omnimodo competere.

*Venditoris rem tradere nolentis, dolus quomodo æstimetur.*

CAPVT XVII.

**D**E CISA est ex Pauli sententiis vetus illa inter Martinum & Ioannem tot locis tractata quæstio, An venditor qui rei venditæ tradendæ potestatem habet ad tradendum cogi possit, an verò eius quod emptoris interest præstatione liberetur. Scribit enim ille cogendum esse venditorem vt tradat, nec indulgendum ei esse, vt si quicquid emptoris interest præstare malit, audiatur. Quæ fuit iam olim Martini opinio, à cæteris tamen interpretibus iuris ferè omnibus improbata. Quibus fortassis ignoscendum esset, si nulla in libris nostris quos præ manibus habebant, in eam rem argumenta extarent. Pauli namque sententias eius seculi in felicitate, velut in tenebris sepultas nondum quisquam in lucem reuocauerat. Sed videamus ne & manifesta iuris ratione & aliis plærisque Digestorum locis Martini sententia comprobari possit. Atque vt cætera omittam, quæ ille iam olim non ineleganter disputauit. Ea præcipuè ratio mouere Ioannem debuit, quòd venditor eo ipso quod vendere se dicit, hoc vnum præcipuè promittere intelligatur, traditurum se vacuam rei venditæ possessionem. Quod verò non propter nō traditam rem, aut propter rei traditæ euictionem præstat aliquando quicquid emptoris interest, id non tam fit vi & potestate obligationis quàm æquitate iudicij quod bonæ fidei est, & eam tantum ob causam quòd obligationi non satisfecerit siue rem non tradiderit, siue eam tradiderit cuius possessio iure auocata sit, quam perinde haberi lex ait ac si tradita non esset. *l. 3. lex empto 11. D. de action. empti. l. si in venditione 61. de euict.* Quod cum ita sit, dici non potest ex bona fide permittendum venditori vt non præstet quod præstare debeat cum possit: ne alioqui meliorem eius conditionem efficiamus, quàm si ex contractu stricto ad rem dandam teneretur. Melior enim conditio est eius qui electionem habet ex pluribus rebus vtram præstare malit, quàm eius qui certæ rei præstandæ omnino obstrictus est. Atqui nemo dixerit eum qui fundum Tusculanum dari stipulanti sponderit eligere posse, vt si id quod stipulatoris intererit præstare malit liberetur. Fundum namque ipsum dare debet & præstare vt eius dominiū stipulatoris omnimodo efficiatur. *l. vbi autè 75. §. vlt. D. de verb. obl.* neq; pro ea re quæ ex stipulatu debetur id quod interest vnquam petitur, aut præstatur nisi cum faciendi obligatio est. *l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic. l. quoties 81. de verb. oblig.* Non alia ratione quàm quòd contractus stricti iuris præstationem illam eius quod interest quæ ex bona fide proficiscitur, recipere non possit. Cur ergo venditori concedamus, vt mala fide rem retineat quam præstare debet potestq; præstet verò quicquid emptoris intererit, cum ad id quod interest non aliter sit obligatus quàm si id ex bona fide esse videatur? Sanè ex bona fide est, vt venditore rem tradere nolente cum possit, emptori liceat petere quicquid sua interest rem traditam esse: in quo non vera duntaxat rei venditæ æstimatio continebitur, sed & si quid prætereà interfit. *l. 1. de æstio. em.* Sed si rem ipsam habere emptor malit, eadē bona fides facit vt ei omni-

modo præstari debeat, adeoque obligationis iure & potestate non secus ac si ex contractu stricto deberetur. Quòd si obiicias tradendi obligationem qua venditor tenetur, facti esse: in huiusmodi verò faciendi obligationibus perpetuò sic obseruari vt si non fiat quod cõuenit præstandum sit id quod interest, quemadmodum supra diximus. Respondebo factum quod in traditione versatur non esse ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi nõ possit sine vi & impressione: quale illud est vt tu mihi tabulam pingas, aut pro me Romam eas: in quo demùm faciendorum genere ne libero homini & ciui Romano vis fieret, constitui rationis fuit vt in locum obligationis faciendi, obligatio & præstatio succederet eius quod creditoris interesset. At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur vt tradentis factum aliquod interueniat, quàm vt in eum cui tradi res debet possessio transferatur, quod si facto eius ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non fiat iudicis autoritate auocari possessio poterit, & in eum cui tradi res debuerat transferri, adeoque manu militari si exequenda iudicis sententiæ ratio alia nõ superfit vt in *l. qui restituere* 68. *D. de rei vindicat.* Alioqui posset quis non dissimili ratiocinatione concludere, eum qui rem aliquam dare promisit, ad dandũ cogi non posse, quia dare hoc est dominium transferre nequeat, nisi per traditionem: cogi verò vt tradat & faciat, citra vim & impressionem non possit. Quod tamen Vlpianus negat in *d. §. vlt. l. vbi autem* 75. *de verbor. oblig.* Quemadmodum & cogi quem posse dicimus vt rem alienam quam possidet restituat. *d. l. qui restituere*, quamuis qui restituere tenetur, vtique ad faciendum obligatus sit, nõ minus quàm qui ad tradendum. Atq; hanc Martini sententiã eleganter illud probat quod Paulus respondit in *l. si quis* 46. *D. de action. empt.* eum qui rem alienam vendiderit si medio tempore hoc est antetraditionem domino rei heres extiterit cogendum esse vt impleat venditionem. Hoc enim quid aliud est quàm cogendum eum esse vt rem tradat? Nam etsi domino rei heres non extitisset, tamen ad id quod emptoris interesset obligatus fuisset. Cum igitur rei venditæ dominus factus sit, non liberabitur si emptori præstare velit quanti eius interest alienam rem venditam non esse, sed venditorem implere & rem ipsam tradere omnimodo compelletur. Nec dissimile est quod Proculus respondit in *l. si cum fundum* 68. *§. vlt. D. de contr. empt.* ita demùm venditoris rem tradere nolentis dolum æstimari si aliquo modo accidat ne rem ipsam tradere possit. Vt ex eo intelligamus posse venditorem præcisè cogi vt rem tradat, si eius tradendæ potestatem habeat, quamuis Accursius ad eum locum Ioannis opinionem secutus reluctetur. Verùm quid si rem ipsam tradere venditor nequeat? Id enim multis modis accidere Proculus ait, & verissimum est, puta si venditoris dolo res quæ tradi debuerat perierit, aut eius possessio in alium translata sit, aut si fortè rem alienam quis siue sciens siue imprudens vendiderit. His sanè casibus de obligatione tradendæ rei quæ tradi non possit frustra contendatur, & ad præstationem eius quod emptoris interest necessariò recurrendum est, id ipsum aliter atque aliter æstimandum. Nam si venditor dolo careat, dignus certè est cum quo mitius agatur, nec iuris aut æquitatis ratio patitur vt in plus quàm quanti reuera emptoris interest teneatur. Emptori igitur incumbet probandi onus quanti sua intersit, quæ probatio plærumquedifficilis est, & probationum inopia res vt plurimum ad exiguam summam deducitur. *l. vlt. D. de Prætor. stipulat.* At si venditoris dolus aliquis arguatur, magis est quod Proculus ait vt dolum æstimari debeat, ac præter id quod reuera emptoris interest

terest etiam doli nomine venditor condemnetur. An ergo emptori iusiurandum in litem iudex deferre poterit? Dicitur enim solet in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. *l. in actionibus* 5. *D. de in lit. iurand. l. i. §. in depositi. D. de posit. l. si cui* 48. *§. 1. D. locat.* propter eam quod ex bona fide fit vt dolus cui nihil magis contrarium est quàm bona fides, ipsius iudicij bonitate & æquitate vindicetur. Quæ res facit vt & doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse dicamus. *l. sed etsi* 21. *D. solut. matrim. l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum. D. de legat. i.* Nec melior alia coërcendæ contumaciæ ratio est quàm si actori permittatur vt iuriurando æstimet pro arbitrio rem quam petit. *l. i. D. de in lit. iurand.* Atqui in contrarium, cum de actionibus empti & venditi, tot iura in libris nostris conscripta extant, nusquam tamen legimus, aduersus venditorem iurari in litem, multo que minus contra emptorem, qui non nisi pecuniæ debitor est, cuius ratione, sicut alio loco supra monuimus, vix est vt id quod interest præstetur: sed venditorem ad id quod emptoris interest, emptorem verò ad pretij vfuras teneri passim scriptum est: de iuriurando in litem ne verbum quidem. Quin extat Imperatorum Valeriani & Gallieni rescriptum quò continetur, Si rei venditæ traditio iuxta contractum emptionis procacia & dolo venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem & rem tradi arbitratus fuerit Præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere eum debere. *l. si traditio* 4. *Cod. de action. empt.* Qui locus omnium apertissimus est, & ab iis interpretibus rectè acceptus, quibus visum est ex eo probari in actione empti iuramento in litem locum non esse. Si quo enim casu aduersus venditorem iurari possit, tunc sanè iurare liceret cum venditoris procacia, & dolo rei venditæ traditio recufatur. Iurare tamen eo casu licere negant imperatores, qui taxationem, & condemnationem eius quod interest iudicis non emptoris arbitrio & religioni permittunt. Ac sanè si eam rationem inspicias, quæ iurandi in litem æquitatem induxit, facilè videas ita ius constitui non posse, vt in actione empti iuretur. Ea siquidem ratio iusiurandum hoc suavit, quod æquum non sit inuitum quem suo pretio res suas vendere. *l. non enim* 9. *D. rer. a. mot.* & vero pretio, id est quanti reuera res est litem æstimari, cum & contumacia puniendæ sit, & arbitrio domini potius quàm alterius pretium rei statuendum, vt Marcellus ait in *l. tutor* 8. *D. de in lit. iur.* Vnde fit vt in actionibus in rem, tametsi bonæ fidei non sint, sed stricti iuris in litem iuretur. *d. l. in actionibus. l. qui restituere* 68. *D. de rei vindicat. l. si fundus* 16. *§. in vendicatione. D. de pignor.* Nimirum quoniam qui in rem agit, siue dominium siue ius pignoris vindicet ius suum adserit, quod in ipsa re habet: quod ius cum ei inuito per rei contumaciam auferatur, æquum sanè est actoris arbitrio & religionem æstimari. Non idem dicendum est si aliena res petatur in qua nullum ius actor habeat, tametsi eius nomine in personam experiri possit, quemadmodum contingit in actionibus ex stipulatu, ex testamento, & aliis quæ sunt stricti iuris, præter in rem actiones. Minor namque iniuria fit ei cui alienæ, quàm cui propriæ rei, aut in qua ius aliquod proprium habeat, restitutio denegatur. Cui consequens est, vt neque in empti actione, quamuis bonæ fidei sit, in litem ioretur: quia in re vendita nihil iuris emptor habet priusquam tradita sit, licet in personam venditoris actionem habeat, ad hoc ipsum vt si tradi res possit, omnimodo tradatur. *§. cum autem. Institut. de empt. & vendit. l. Quintus* 40. *D. de action. empt.* Satisque venditoris contumacia ac dolum in eo coërcetur, quòd emptori præstat, supra quam reuera



interfit. Et id est meo iudicio, quod Proculo placet, venditoris dolum æstimari, scilicet officio & arbitrio iudicis, non emptoris iureiurando. His enim modis æstimari solet id quod interest, quoties non curat iudex ut quatenus verè interfit, inspiciatur, hoc est quoties ratio & æquitas postulat ut condemnatio ex rei dolo & contumacia augeatur. *l. semper 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. si quando 9. C. unde vi.* Ex quo intelligimus perpetuò verum non esse quod plerisque locis traditum est, in bonæ fidei iudicis in litem iurari. Nam & contrariæ depositi, commodati, & similes aliæ actiones bonæ fidei sunt: neque tamen in iis iurare in litem auctori conceditur. *lege ei apud quem 5. D. deposit.* ubi rationem elegantem Vlpianus reddit, quod in huiusmodi iudiciis non de fide rupta agatur, sed tantum ut auctori indemnitas præstetur. Ita innuens, non quemlibet dolum, aut quamlibet æquitatem locum facere iuramento in litem, si ex contractu agatur, sed illud præcipuè requiri ut de fide rupta conqueratur is qui iusiurandum sibi deferri postulat, non ut de indemnitate dūtaxat consequenda decertet. Fidem verò ruptam intelligere debemus, cum is qui depositum aut commodatum ab alio accepit restituere recusat: in quo singularis quædam perfidia elucet, ac longè maior quam cum quis rem suam quam dare vel tradere promissit non præstat. Nam si fidem ruptam Vlpianus intelligeret quoties non fit quod dictum aut promissum est, fidem sanè omnium maximè rumpet, qui id quod stipulanti promississet, præstare nollit: atque ita ex Vlpiani verbis admittendum esset in actione ex stipulatu iurari in litem, si fortè Stichum seruum tuum mihi stipulanti promiseris: nec dare velis: quod tamen Iurisperiti negant, nisi eo solo casu quem Marcianus refert, si post moram à te factam Stichus decesserit: propterea quod sine delatione iurandi non possit iudex æstimare rem, quæ non extat. *d. l. in actionibus. §. vlt. cum l. seq. D. de in lit. iur.* Quæ ratio ostendit neque ex æquitate, neque ad dolum vindicandum iusiurandum eo casu permitti, ut in bonæ fidei iudiciis: sed ex necessitate potius, quod aliter condemnatio fieri non possit. Quamquam enim nouum non est ut æstimeretur etiam res quæ non extat, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, & aliis plerisque, fieri tamen non potest, ut defuncto post promissoris moram Stichus qui dari debuerat, iudex per se æstimet quanti Stichus fuerit mortis tempore, cuius solius temporis ratio habenda est quoties in condemnationem deducenda est æstimatio rei quæ in humanis esse desit. *l. pen. D. de cond. tritic.* Nam cum debitoris mora obligationem sic perpetuet, ut Stichus qui dari debuit post moram mortuus peti nihilominus possit, ac si in rerum natura extaret, *l. si seruum 91. §. sequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* inde fit ut stipulator qui Stichum petit onerari non possit, ut probet veram quæ fuit mortis tempore Stichi æstimationem, quam scilicet non petit, quomodo petit is, qui legis Aquiliæ actionem proponit. At quoniam iudex promissorem condemnare non potest ut præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare nequeat, necesse est Stichi æstimationem quæ petita non fuerat, in condemnationem deduci, & ab ipso iudice rem æstimari: quam tamen verè æstimare non potest, cur non extet, sine iurandi delatione. Cum verò res petita extat, facile iudex æstimare eam potest, præsertim cum in faciendâ æstimatione condemnationis tempus inspiciendum sit. *d. l. penul. D. de cond. tritic.* idèque hoc casu iusiurandum in litem necessarium non est. Diuersum erit si rei quæ non extat æstimatio petatur, ut in actione legis Aquiliæ. Tunc enim petentem

petentem necesse est probare æstimationem quam petit idque testibus aut aliis probationibus in eam rem idoneis, non iureiurando. Atque ita difficilis ille necdum rectè explicatus Marciani locus explicandus mihi videtur. An igitur, ut ad propositam disputationem reuertamur, si Stichus venditus post venditoris moram, ac priusquam traderetur, decesserit, emptori iurare in litem permittetur? Minimè verò. Neque enim hic æstimadusest Stichus qui non extat, sed omne id quod emptoris interest, quod quantum sit non minus mortuo, quam viuo Sticho sciri potest: & emptori onus incumbit, ut probet quanti sua interfit, quoniam ex natura actionis empti est, ut si res vendita non tradatur, id quod interest præstetur, & qui ex empto agit, licet neque rem ipsam nominatim petat, neque id quod interest, petit tamen quicquid ex bona fide venditorem præstare oportet, ac proinde id etiam quod interest, si in re tradenda morâ facta sit, quia id bonum & æquum est. Actorem verò semper necesse est probare quid, quale, quantumque illud sit quod petit: nec nouum aut absurdum est, ut difficultate probationum id quod interest ad exiguam summam deducatur, sicut supra diximus, *ex d. l. vlt. D. de Prætor stipulat.* Quod si venditor non tantum moram contraxerit, sed etiam dolo fecerit ne rem tradere cogi posset, ac postea res perierit, dolus eius hætenus æstimabitur, ut officio iudicis id quod interest taxetur, non legitimis probationibus aut iureiurando emptoris, sed arbitrio & religione iudicantis, cui liberum est in condemnationis taxationem deducere supra quam reuera interfit, ne alioqui dolus impunè commissus videatur. *d. l. si cum fundum. §. vlti. D. de contr. empt. & d. l. si traditio. C. de action. empt.* Denique cum ex empto agitur aduersus venditorem ob non traditam rem quæ amplius tradi non possit, distinguendum non est, an vendita res extet, necne, sed illud tantum inspiciendum an venditoris dolus aliquis sit, an nullus. Priore casu æstimatur dolus supra quam reuera emptoris interfit. Posteriore verò non fit condemnatio nisi quanti sua interesse emptor probauerit. Numquam autem iurare in litem emptori conceditur.

*Emendatur §. quis, cum esset. l. cum post mortem 43. D. de administr. & pericul. tutor. & curat.*

CAPVT XVIII.

**I**TIVS cum esset fratris sui filiæ curator, quadringenta marito eius dotis nomine daturum se promissit. Cum postea emergente ære alieno apparuerit supra vires patrimonij filiæ dotem esse promissam, quæsitum est an ei patruo & curatori succurrèdum sit, ut supra facultates mulieris à marito non conueniatur. Huic quæstioni quæ proponitur in *§. quis cum esset. l. cum post mortem 43. D. de administr. & pericul. tutor.* prius quam Paulus respondeat, duplicem rationem adfert, quæ pro curatore facere videatur. Primam illam quod non de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, quadringenta dotis nomine marito promissit. Alteram quod in proposito casu non possit curatori obiici, si sciens mulieris facultates non sufficere, promissit vel donasse eum videri, vel quoniam dolo fecerit illi succurrendum non esse. Neque enim sciens promissit, qui putabat rationem pupillarem sufficere, & verò, qui ita existimandi probabilem causam habebat, cum non nisi post dotis promissionem æris alieni onus, quod antea latebat emerferit. Id

enim est, quod Paulus sibi vult in versi. *prætereà*, vbi tamen pro *et* omnino legendum est *nec* hoc modo *Prætereà nec illud hîc potest tractari*, acsi diceret non posse hoc casu curatori obiici vt vel donasse vel dolo quid fecisse existi- metur, proinde facilius ei subueniendum esse. Verùm contrà ille respondet, Curatori qui officium suum egressus sponte se obligauerit, à Prætorè subue- niri non debere. hoc est posse eum à marito cui quadringenta promisit, in solidum conueniri, non secus acsi creditori puellæ pecuniam daturum se spo- pondisset. Curator enim officium suum sanè egreditur, qui puellæ nomine promittit plus quàm ex eius bonis præstare possit, siue sciens, siue ignorans puellæ facultates ita faciat, quia neutro casu dici potest curatoris officio incu- bere vt dotem puellæ supra patrimonij vires promittat, eiq; imputari potest, cur marito qui aliàs vxorè ducturus non erat sponte, ac minimè explorato ære alieno dotem certam promiserit, cui potius omnes puellæ facultates sine vlla certæ quantitatis taxatione dotis nomine promittere debuisset, aut puellæ au- toritate tantum præstare vt proprio nomine dotem promitteret, quo casu si quid supra facultates promissum fuisset, promissio ipso iure nõ valuisset. *l. siue generalis 61. de iur. dot.* Quod quamquam ita est, Paulus tamè subiicit curatorè hunc qui nõ donandi animo, sed gerendi negotij causa dotè promisit habere mulierem obligatam, vt pro ea dotis parte, quæ mulieris facultates excedit, indemnis seruetur: atque idèd posse dici etiam manente matrimonio eam teneri cum dotem habeat, sicut in collatione bonorum dicitur etiam constante matrimonio dotem conferri, vel certè, quod facilius admittendum sit, post diuortium: siue exacta sit dos, quo casu ex eo ipso quod exactum erit satisfacere curatori poterit: siue nomen manserit, quia efficere poterit vt curatori qui ex promissione adhuc obligatus est accepto ferri possit id quod debet, quod quæ promissum est supra mulieris facultates. Hæc cū Paulus scripssisset, atque ita ad propositam quæstionem non minus apertè quàm verè & eleganter respõdis- set. Tribonianus noster cæcutiens neque responsi vim, & elegantiam intelligès, acsi nihil responsum esset ad id de quo potissimum quærebatur, An curatori aduersus maritum quadringenta ex promissione dotis petentem subueniri de- beret. Subiicit de suo, eleganter nimirum & acutè, si Diis placet: *Quòd si mu- lier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonij eius in dotem dare promisit non queat, curatorem quidem in hoc quod superfluum est per exceptionè releuari: mulier verò cautionem in maritum exponere debet; quod si quandoque constante matrimonio locupletior facta fuerit, dotis reliquum marito seruat.* Tota hac sententia quid obsecro dici potest inelegatius, stultius, insultius? Primùm enim, quænam loquendi ratio illa est, *si mulier curatorem suum adimplere non queat*, pro eo, quod Tribonianus dicere voluit, Si mulier curare & præstare nõ pos- sit vt curator adimpleat ea, quæ promisit? Aut qua fronte possit mulier à cura- tore petere vt eam quantitatem quam supra vires patrimonij imprudens pro- misit, præster: cum ei vel maxime nomine ad indemnitate præstandam teneatur? Rursus quis vnquam apud Iureconsultos scriptum legit, releuari quem per exceptionem, ut significant dari, aut competere alicui exceptio- nem? Quis denique præter Tribonianum sic loquatur, *cautionem in maritum exponere*, pro eo quod est marito cauere? & dotis reliquum marito seruare, pro soluere. Sed vt ommissa verborum disputatione rē ipsam & sententiã cõsideremus, an non apertissimè Paulo Tribonianus contradicit? Hic enim putat curatori contra

contra maritum dandam exceptionem. Paulus contrà magis esse ait, vt ei à Prætorè non subueniatur, quia officium suum egressus sponte se obligauerit. Nam ad propositam quæstionem Paulus proculdubio respondet iis verbis, *Respondi: Curator cum officium suum egressus sponte se obligauerit, non puto à Prætorè ei subueniri debere.* Et de eo ipso curatore loquitur de quo ex facto consultus fuerat, hoc est qui quadringenta dotis nomine promisit supra puel- læ, cuius curam gerebat, facultates. Quod à Triboniano animaduersum non est, qui iis verbis regulam potius constitui credidit de curatore qui officium suum egressus sponte se obligauit, vt ei qui ita faciat, non soleat Prætor subue- nire. Quasi tamen ex ea regula excipi debeat is de quo Paulus consulebatur. Atqui ex contrario sic Paulus respondet, vt primùm dicat putare se huic cura- tori qui quadringenta sponte ac nimis temere promiserit subueniendum non esse: Deinde huius suæ sententiæ rationem illam adferat, quòd officium suum egressus sponte se obligauerit. Nam, vt supra diximus, officium suum certè e- gressus ille est, qui puellæ nomine ampliorè dotem promisit quàm patrimo- nij vires paterentur, siue sciens siue ignorans quantitatem patrimonij, dotem promiserit. Neque hac parte dissimilis est hic curator ei, qui creditori puellæ pecuniam dare spopondisset, quæ ex puellæ bonis confici non posset. Vterq; enim in eo peccat quod officij præscriptum egrediuntur, dum sponte se obli- gant: eamq; ob causam neutri subuenietur vt Paulus ait. Qua ex comparatio- ne magis intelligimus priora illa responsi verba, quæ supra retulimus, non tã ad constituendam iuris regulam, quàm ad propositæ quæstionis decisionem pertinere. Alioqui ridicula esset comparatio illa curatoris qui officium suum egressus sponte se obligauit, & eius qui creditori puellæ pecuniam se daturum spoponderit, cùm & hic quoque officium suum egressus sponte se obligauerit. Sed non malè comparabimus curatorem qui quadringenta in dotem puellæ nomine promisit, quæ non plus quàm trecenta in bonis habebat, ei qui cre- ditori pecuniam dare promisit, quæ ex puellæ bonis redigi non posset. Ac si- cut in vtroque eadem ratio locum habet, ita ius idem constituemus ut neq; huic neq; illi à Prætorè subueniatur. Et sanè ineptum faciamus Paulum, si dicamus non respondisse eum ad propositam quæstionem, quæ non de illo erat, An curatori mulier, sed an marito curator esset obligatus. Nec interpretationi no- stræ aduersatur, quòd ea verba sequentia, *Sed is de quo tractamus*, quæ Tribon- ianum fortassis deceperunt, sic accipienda videntur, quasi in præcedentibus nondum Paulus de eo curatore tractauerit de quo quærebatur. Hęc enim cõ- iectura leuior est, quàm vt Tribonianum nostròsque interpretes aut fallere, aut mouere debuerit. Sed ita loqui Paulum necesse fuit vt ostenderet diffici- lius obligari mulierem curatori, quàm curatorem marito. Nam marito curator omnimodo obligatur, siue sciens siue ignorans puellæ facultates ampliorẽ quàm par esset dotem promiserit. At curatori ita demùm mulier obligatur si non donandi animo, sed negotij gerendi causa dotem ille promiserit, hoc est si puellæ facultates ignorauerit, non si sciuerit. Eamque ob causam Paulus de mulieris obligatione tractaturus ita scripsit: *is de quo tractamus*, hoc est quem proponimus ignorantem, & imprudentem quadringenta dotis nomine pro- misisse priusquam æris alieni onus apparuisset. Quamquam illud quoque dici probabiliter potest addita ea verba, quòd institutam disputationem Paulus prosequatur de curatore qui quadringenta dotis nomine marito promiserat:

quæ disputatio prioribus verbis interrupta videbatur, propter intermixtam comparationem eius curatoris qui creditori puellæ pecuniã se daturum spondisset. Falsum igitur est, quod Tribonianus putauit, quodq; nostri interpretes Triboniani errore decepti existimãt curatori dandam exceptionem si a marito in solidũ, ac supra mulieris facultates cõueniatur. Quemadmodum & illud ridiculum est dicere mulierem marito cauere debere, si cõstante matrimonio locupletior fiat integram dotem se soluturam. Qua enim actione consequi id maritus possit ab vxore quæ dotem non promisit, quæq; in eam rem non est obligata? Verũ de his iam satis. Tam multa autem dixisse nõ piget, quod quæstio hæc magni momenti sit, & digna quæ reiectis Triboniani notis atque interpretum erroribus, ex Pauli sententia, reãque iuris ratione explicetur.

*Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis 16. in princip. D. de his qua vt indig.*

C A P V T X I X.

**H**ILIVM impuberem quem habebat pater testamento heredem ex asse instituit: deinde secundis tabulis, si is heres esset & in pupillari ætate decederet, substituit fratris sui filios Titium & Sempronium, deditque iis coheredes Caium & Mæuium. Patri defuncto filius heres extitit: rum impubes decessit. Atq; ita cum pupillaris substitutionis conditio euenisset Caius & Mæuius dimidiam hereditatis partem, dimidiam alteram Titius & Sempronius substitutionis iure vindicarunt. Sed cum postea fortè fratris filij, rescivissent subiectũ & suppositum fuisse filium, qui fuerat institutus vniuersam hereditatem ab intestato petere instituerunt. In eamq; rem pupilli matrem subiecti partus reã postularunt. Si accusatio iusta pronũciaretur, testamentũ vtq; nõ valerẽ, quasi per errorem instituto eo, quem testator nisi filium existimasset verisimiliter instituturus non fuisset. *l. si pater 4. C. de here. insti.* Multo que minus pupillaris substitutio defendi posset, quam certum est aliter valere non posse, quàm si & patris testamento quod principale est confirmetur, & filio in potestate facta sit. Proinde successioni ab intestato locus esset, & tota patris hereditas ad fratris filios tanquam proximiores exclusis coheredibus pupillaribus, qui non proponuntur agnati, deueniret. Sed contra pronũciatum est iniustam esse accusationem, & victi sunt qui legitimam hereditatem petebant. Consultus Papinianus an pars illa hereditatis quæ ex causa substitutionis pupillaris ad eos pertinebat iis auferenda esset. Respondit auferendam, hoc est vt ego interpretor, & titulus ipse ostendit, si co vindicandam. Cuius rei quamquam ratio illa statim occurrit, quod indigni videantur, qui ex pupillari substitutione succedant, cum patris & pupilli testamentũ impugnaverint. Aliam tamen & subtiliorẽ & elegantiorẽ Papinianus reddit iis verbis *quia ex testamẽto sententiã secundum se dictam non haberent.* Sed quis horum verborum sensus sit, quidve sibi Papinianus voluerit, non facilè dici potest. Neque enim ponimus fratris filios de quibus Papinianus loquitur ex testamento egisse, at potius testamentum impugnasse, & id curasse vt institutio nulla ac per errorem facta pronũciaretur. Quod cum ita sit, quomodo ex testamento sententiam, secundum se dictam habere, vel non habere potuissent? Aut si testamenti ratio aliqua habenda

habenda est, cur non ex testamento dimidiam hereditatis partem retinere iis liceat, qui disertis testamenti verbis ad pupilli hereditatem ex femisse vocati sunt? Denique quis non videat de controuersia illa & suppositi partus quæstione sententiam ex testamento dici non potuisse? Siquidem extra testamentum illud est vt sciatur an filius ille sit quem testator filium nominauit, an suppositius sit partus, idq; ex aliis probationibus quàm ex testamenti verbis decidendum est. Nihil igitur proximioribus agnatis obesse potest, quod ex testamento sententiam secundum se dictã non habeant: neque est quod ex eo quis inferat hereditatis partem iis auferendam esse, cum neq; ex testamento neque de hereditate actum & iudicatum sit, sed de filij statu de quo controuertebatur. Ego puto Papiniani mentem illam esse vt dicat auferendam esse proximioribus agnatis partem hereditatis quam ex substitutione habuerunt, quod nec haberent eam ex testamento si secundum eos dicta sententia fuisset. Nam vt supra diximus, si partum subiectum esse apparuisset, neque patris testamento, neque pupillari substitutioni locus esse potuisset, ac proinde partem illam hereditatis ex testamento non habuissent, sed totam hereditatem ab intestato. Vnde fit vt probè petere non possint hereditatem ex testamento, quam ex alia planèq; contraria causa, hoc est ab intestato habere voluerunt. Tametsi autem quod petebant non obtinuerint, absurdum tamen Papiniano videtur, vt post dictam contra eos sententiam de successione intestati hereditatem ex testamento retinere iis liceat: ac rationi longè conuenientius esse, vt neque ex testamento heredes maneat, cum noluerint, neque legitimam successionem obtineant, cum sint condemnati. Non dicit ille videri eos repudiasse testamentariam successionem ex eo quod legitimam petierunt cui locus esse nequeat nisi prius repudiata ex testamento hereditate. Cum enim partem hereditatis ex causa substitutionis ac proinde testamenti iure iam acquisiuerint, certum est, nec volentes eos testamentariam successionem repudiare posse. Sed illud Papinianus vult non esse iis permittendum vt hereditate ex causa substitutionis retineant qui id omnino egerunt vt eius ex testamento retinendæ ius non esset. Itaque quod illi sponte amittere & repudiare non poterant iis etiam inuitis auferetur. Denique ea præcipuè ratio Papinianum mouere videtur, quod eorum qui cõdemnati sunt melior conditio esse nõ debeat quàm si obtinuissent. Atqui si secundum eos dicta sententia fuisset hereditatem ex testamento nõ retinuissent, sed cum contra testamentum pronũciatum esset, successionem ab intestato habuissent. Non est ergo quod conquerantur, si pars hereditatis quam ex causa substitutionis habuerunt, iis auferatur. Hæc cum ita se habeant, nemo non videt, Papiniani verba superius relata quæ secundum receptam lectionem interpretationi nostræ minimè conueniunt, emendanda esse, vt sic legamus *quia ex testamento sententiã secundum se dictam non haberent.* Solet enim Papinianus & elegantiz studiosissimus ablatiuis absolutis vt, quibus orationem efficiat, & breuiorem, & venustiore. Sic autem ea verba *sententiã secundum se dictam* accipi debent ac si pluribus scriptum esset *si sententiã secundum eos dictam fuisset.* Verum quamquam hæc ex Papiniani sententia rectissimè disputantur, videamus tamen ne magis subtiliter quàm verè dicantur. Mihi enim attentius consideranti sic videtur. Meliorem quidem conditionem agnatorum qui condemnati sunt esse non debere quàm si obtinuissent: sed tamen ex eo inferri non posse, auferendam iis victis partem hereditatis ex causa substitutionis, quod eam ex testamento

non haberent si secundum illos iudicatum fuisset. Nam etsi nihil iis auferatur, erunt tamen deterioris conditionis, quam si contra testamentum iudicatum esset, cum eo casu, totam hereditatem legitimam obtinissent, cuius non nisi partem ex testamento & pupillari substitutione habere possunt. Nec rursus video, qua ratione dici possit eos qui vniuersam successionem ab intestato petierunt, cum existimarent testamentum non valere, partem illam quam ex causa substitutionis habebant retinere ex testamento noluisse. Fateor maluisse eos ab intestato, quam ex testamento succedere, sed à testamenti causa recessisse eos nego nisi sub ea veluti conditione, si successioni intestati locus esset. Quæ res facit ut si in legitimæ hereditatis petitione succubuerint, tamen successionis ex testamento retinendæ facultas iis adimenda minimè videatur. Perpetuo enim verum, & æquum est quod Paulus ait in *l. mater 19. D. de inoffic. testam.* neminem ius suum etiam quod se habere scit amittere, tametsi aliud eligat quod sibi competere arbitretur. Propter quam causam scribit ille eo loco, legitimam hereditatem repudiasse non videri eum qui ex testamento quod putabat valere, adiiisset: quod si ita est, quidni eadem ratione dicere liceat à testamento recedere noluisse eum, qui legitimam hereditatem obtinere voluit cum testamentum iure nullum esse existimaret? Unde suspicari lubet, in ea quoque Papiniani specie de qua disputamus aliud responsurum Paulum fuisse, quam Papinianus responderit. Permittendum scilicet pupillaribus substitutis qui vniuersam successionem ab intestato sperauerant, ut post condemnationem nihilominus hereditatis partem quam ex substitutione habuerunt, retineant. Eaque sententia mihi, si dicere liceat quod sentio, & æquior, & verior videtur. Nec enim testatoris iudicium impugnarunt qui de iure & testamenti viribus disputarunt, qui que matrem pueri de subiecto partu, non ipsam testatoris voluntatem accusarunt, exemplo eius, qui testamentum ex quo legatum acceperat iure factum negavit, & victus est, cui nihil auferendum esse Papinianus respondit in *l. si testamentum 24. D. eod. tit. de his quæ vt indign.* Si enim partum subiectum esse constitisset, testamentum infirmatum fuisset non contra testatoris voluntatem, sed eam potius ob causam, quod testatoris voluntas illa fuisse videretur ut filius heres scriptus non aliter hereditatem obtineret quam si filius verè esset. Quare nec Papinianus suæ sententiæ rationem illam adfert: quod agnati qui subiecti partus accusationem instituerunt indigni sint qui ex testamento aliquid consequantur: sed quod si iusta accusatio pronunciata fuisset, nihil ex testamento haberent. Quæ tamen ratio si vera esset, cur non dici etiam posset filium qui patris testamentum iure factum negavit, & legitimam hereditatem petiit, nihil ex voluntate defuncti retinere debere, qui scilicet ex testamento si non iure factum apparuisset nihil habere potuisset? Quod igitur Papinianus probat in *l. si testamentum.* & verissimum est auferendum non esse filio quod ex testamento accepit, tametsi testamentum iure factum negauerit & victus sit, *l. 5. §. 1. D. eod.* Idem mihi videtur de agnatis pupillo substitutis dicendum esse, ut quamuis subiecti partus accusationem proposuerint & succubuerint, ea tamen pars hereditatis quam ex substitutione habuerunt iis non auferatur. Superiori disputationi non omnino dissimilis illa est de qua discrepantes Papiniani & Pauli sententiæ legimus in *l. Clodius 97. D. de acquirend. heredit.* Nam cum ex facto proponeretur Clodium Clodianum facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituisse, scriptum verò heredem cum putaret posterius testamentum valere,

tum valere, ex eo hereditatem adire voluisse, Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hereditate: ex posteriore autem non posse adire. Paulus contra magis esse ait, ut prioris testamenti ius repudiasse non videatur, qui putauit posterius valere. Ac quamuis Clodianum intestatum decessisse secundum Papiniani sententiam iudex pronunciauerit, ut Paulus refert, rectè tamen interpretes omnes sentiunt, qui Pauli opinionem veriorè esse defendunt. Quod si hereditatem ex priore testamento repudiasse non videtur is qui si voluisset repudiare potuisset, an non multò minus dicendum sit repudiare hereditatem ex testamento voluisse eos, qui nec si voluissent, tamen potuissent? Agnati enim pupillo substitui hereditatis partem, quam ex substitutione acquisierunt repudiare non potuerunt. Acquisitam verò ex causa substitutionis hereditatem ex eo intelligimus, quod auferendam eam esse Papinianus ait. Auferri namque non posset quod prius acquisitum non esset: ex quo etiam intelligimus ita Papinianum intelligi debere ut quod agnatis auferatur fisco vindicetur. Coheredibus enim ad crescendi iure acquiri non potest ea pars hereditatis quæ iam est acquisita, cum dici soleat in portionibus agnatis neque iuri accrescendi locum esse neque substitutioni. *l. si ex pluribus 9. de suis & legit. l. unic. §. his ita diffinitis. C. de caduc. tollèd.* Sed hic illa dubitatio incurrit, Cur pupillaribus substitutis qui substitutionem agnouerunt, eam accusationem instituire permittatur, per quam testamentum infirmetur. Verum facilis responsio est eum qui de subiecto partu accusationem instituit non de suo iure contèdere, quomodo contendit qui de inofficioso testamento agit, sed de viribus testamenti disputare, quod an valeat necne, in heredis aut substituti arbitrio esse nõ potest: quamquam cum quæritur an ab accusatione & impugnatione testamenti prohibendus sit is, qui ex testamento substitutionem accepit, iudici permittitur, ut causa cognita ex cuiusq; persona, conditione & ætate id constituat, ut Paulus ait in *d. l. 5. §. 1. de his quæ vt indign.* Illud reliquum est ut moneamus, si post aditam ex testamento hereditatem ab eo qui filius dicebatur subiectum fuisse partum appareat, testamentum quidem infirmari, & heredi scripto hereditatem auferri, sicut diximus ex *d. l. pater. 4. C. de hered. instit.* sed non ideò fisco admitti, ut malè quidam putant ex *l. auferitur. 46. in princip. D. de iur. fisco.* quæ de fisco non loquitur. At proximioribus ab intestato succedentibus locum fieri: quod omnium apertissimè probat hic Papiniani locus quem explicauimus. cum Papinianus ait fratris filios pro parte hereditatis pupillo substitutos matrem subiecti partus ream postulasse ut ab intestato vniuersam successionem obtinerent. Item illa Papiniani ratio quam emendauimus, *quia ex testamento sententia secundum se dicta non haberet.* Quorsum enim verba illa *ex testamento* si neque ab intestato quicquam habere potuissent? Nec sanè credendum est quicquid heredi instituto aut legatario auferatur statim fisco vindicari, sed id duntaxat quod auferatur ab eo qui indignus est, ut testatoris voluntatem quam semel habuit retineat, aut per quem exclusi sint cæteri, qui alioquin fisco præferri potuissent. Qui verò quasi filius institutus est cum filius non esset, hereditatem non ideo admittit quod indignus sit qui voluntatem testatoris, & acquisitam hereditatem retineat, sed quod neque voluntatem testatoris unquam habuisse, neque hereditatem ex testamento quod nullum apparuit acquisuisse videatur. Cui conueniens est, ut acsi ex testamento adita hereditas nõ esset, quæ nec adiri potuit, proximioribus agnatis quibus solis subiectus partus iniuriam fecerat acquirendæ ab intestato successionis locus relinquatur.

**VI**VS legis questio illa est, An conuentione fieri possit ut dotis fructus in dotem conuertantur. In qua illud statim occurrit quod ex Marcello Vlpianus respondet conuentionem non valere, quoniam ita fieret, ut propè indotata mulier constitueretur, hoc est ut nihil ab ea dotis nomine maritus accepisse videretur, qui scilicet si non tantum dotem ipsam, sed eius quoque fructus reddere deberet, nullum ex dote commodum sentiret. Ea enim dotis natura & conditio est, ut pro matrimonij oneribus, qui fructus percipi possunt, ad maritum pertineant; l. dotis fructum 7. D. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. Sed tamen distinguendum Marcellus putabat, an fundus in dotem datus esset ea lege, ut fructus maritus redderet, quo casu nullum & inutile pactum esse dicebat, idemque probandum, si vsum fructum eodem pacto fructuum reddendorum mulier in dotem dedisset: An verò non conuenisset de reddendis fructibus, sed fundus vel vsum fructus in hoc traditus esset non ut fundus ipse vel fructus dotalis fieret, sed ut maritus fructus perciperet dotis futuros. Atque ita dote constituta admittebat cogendum maritum actione de dote fructus reddere, ut eo casu in dote sint fructus ipsi, neque maritus fructuum nomine aliud consequi possit, quam vsuras, quæ ex fructibus collectis, & in sortem redactis percipientur. Sic enim Marcelli distinctionem explico, licet legis verba si receptam lectionem sequare, omnino repugnent. Deest enim negatio quam nos restitimus in illis verbis, *Quod si conuenisset de reddendis fructibus, & totam illam interpretationem hoc est, ut in dote essent fructus, quos quos percipisset, omnino tollimus atque in glossas interpretum à quibus profecta est reuicimus, ut Vlpianum breuius, facilius, & elegantius sic scribentem legamus, Quod si non conuenisset de fructibus reddendis, & fundus, vel vsum fructus in hoc traditus est, &c.* Illud enim apparet Marcelli distinctionem, quam Vlpianus refert, eò tandem recidere, ut multum interfit, an de fructibus reddendis conuenierit, necne. Ad priorem distinctionis partem illa conuentio pertinet si fundus, vel vsum fructus in dotem datus sit hoc pacto ut soluto matrimonio fructus restituerentur. De qua conuentione Marcellus primo loco tractat iis verbis, *Siquidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum. Idemque esse etsi vsum fructum in dotem hoc pacto dedit.* Consequens igitur est, ut alteram distinctionis partem tractaturus in qua diuersam speciem diuersumque ius constituit, ita scripserit, *Quod si non conuenisset de fructibus reddendis.* Alioqui non præcedentia duntaxat, sed etiam sequentia illa repugnarent. *Et fundus, vel vsum fructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros.* Cum enim fundus vel vsum fructus marito traditus est non ut fieret dotalis, sed ut fructus ipsi dotis fierent, qui constante matrimonio perciperentur, quiq; nisi tradito fundo vel vsum fructu percipi à marito non possent, nemo sanè dixerit de reddendis fructibus conuenisse. Nā cum de reddendis fructibus Marcellus loquitur, de dotis fructibus proculdubio intelligit: fieri verò non potest ut dotis fructus sint illi ipsi, quos mulier sic in dotem dedit ut nihil præterea dederit. Nisi fortè quis putet, eandem rem in dotem, dotisq; fructum posse cedere quod absurdus est, quam ut probare id quisquam possit. Tamen autè eo casu, quo conuenit ut maritus ex non dotali fundo fructus perciperet dotis futuros, soluto

soluto postea matrimonio fructus actione de dote restitui oportet, non idè tamen minus valere conuentionem dicimus, ac si de dote ipsa restituenda conuenisset: neque reddendorum fructuum conuentionem improbamus, nisi cum de dotis ipsius, non de dotalibus fructibus disputamus. Denique contrarias esse pactiones has Marcellus putat, De fructibus reddendis, & De fructibus in dotem dandis, quoniam, ut dictum est, qui in dotem dantur, dotis fructus esse non possunt. Quæ cum ita sint, Marcelli sententiæ & verbis conuenire non potest illa interpretatio, *hoc est ut in dote essent fructus, quos quos maritus percipisset.* Siue enim de fructibus reddendis conuenisse, siue non conuenisse proponas, nihil habet ea conuentio commune cum hac pactione, ut in dote sint fructus quos quos maritus sit percipiturus. Longè namque differentia hæc sunt in dote fructus esse, & fundi vel vsum fructus dotalis fructus non dotales reddi: neque dubito quin ea verba interpretis sint non Marcelli. Idque ut sentiam præter ea, quæ dixi, me illud etiam non parum mouet, quod post obseruatum à me sceleriter vulgaris lectionis mendum, postrema illa, *quos quos maritus percipisset* in quibusdam libris deesse animaduerti. Item illud, quod si admittas valere conuentionem, ut in dote sint & à marito reddantur fructus omnes quos quos is perciperit: ferè sit ut de fructuum quoque vsuris reddendis conuenisse videatur: cum fructuum appellatione contineantur, nec alia ratione ad maritum spectent, quam quod dotis fructus dici possint. Atqui id Marcellus disertè negat, & pactionem valere ait, quæ si fructuum quoque vsuras comprehenderet, valere sanè non posset, quod eo casu sterilis, & sine fructu dos esset. Minus tamen interpreti succensendum sit, qui cum ea verba præcedentia *Quod si conuenisset de fructibus reddendis* sine negatione legeret, eamq; conuentionem à Marcello probari videret, quam paulò antè bis improbasset, interpretatione aliqua corrigendum putauit, quod si ex propria veraque verborum vi & potestate intelligeretur, defendi certè non posset. Verum, quæ ratio excogitanda potest, cur eandem conuentionem iisdem verbis conceptam & repetitam aliter atque aliter interpretemur? Aut si pactum huiusmodi, de quo Marcellus secundo loco disputat non idè valet, quod de fructibus reddendis conuenierit, & ut in dote essent fructus omnes, quos maritus perciperet, sed idè duntaxat quod neque fundus neque vsum fructus dotalis sit, at in id tantum traditus, ut maritus fructus perciperet dotis futuros? An non satis erat Marcello scribere, *Quod si fundus vel vsum fructus in hoc traditus est, cæteris omnibus, quæ obscure & superuacuo intermixta sunt prætermittis?* Postremò cum verè dici non possit valere conuentionem, ut fructus in dote sint, nisi eo solo casu quo nec fundus nec vsum fructus in dotem datus est, secundum Marcelli sententiã. Prius sanè illud erat, ut Marcellus scriberet in hoc traditum esse marito fundum vel vsum fructum ut fructus ille perciperet dotis futuros, quam ut diceret conuenisse de fructibus reddendis, & conuentionem illam interpretaretur, ac si conuenisset ut in dote fructus essent. Sed hæc apertiora & probabiliora sunt, quam ut in iis confirmandis diutius nobis immorandum videatur. Ne quid tamen prætermittamus eorum omnium, quæ ad loci huius explicationem pertinent, animaduersione dignum illud est quod Vlpianus & Marcellus docent referre multum, an fundi fructus in dotem dati sint, an vsum fructus. Nam vsum fructum in dotem dato, si fructus ipsi dati viderentur, utique soluto matrimonio restituendi essent, tamen pactum ea de re

nullum intercessisset. Aut ius ipsum vtendi fruendi in dotem datum intelligi-  
 tur. *l. cum in fundo 78. D. de iur. dot. l. usufructu 57. D. solut. matrim.* vt qui fructus  
 à marito percipiuntur, ij non quasi dotales, sed tanquam eius iuris, dotisque  
 fructus & accessiones ad maritum pertineant. Obseruandum etiam est supra-  
 dictam Marcelli distinctionem non omni ex parte Vlpiano placuisse. Hic enim  
 putat defendi posse conventionem de fructibus reddendis licet fundus ipse  
 vel usufructus in dotem datus sit, si fortè ob hoc maiorem dotem marito  
 mulier dederit, quod fructus volebat dotis esse, contento marito ea pecunia  
 quæ ex fructibus colligi posset, quia hoc casu non videatur dos esse omnino  
 sterilis, & marito infructuosa. Finge, inquit Vlpianus, quadringenta annua  
 esse reditus apud eum, qui nõ accepisset in dotem nisi ita conuenisset plus tre-  
 centum. Vtrique boni consulere debet quòd tam vberem dotem sit consecu-  
 tus. Aut quid si tale pactum interuenerit vt maritus fructus in dotem conuer-  
 teret, ac mulier se suosq; aleret, & vniuersa onera expediret? Cur non dicamus  
 valere conventionem? Ita siquidem æquum est dotis fructus ad maritum per-  
 tinere, si is quoq; matrimonij onera sustineat, vt ibi dos sit, vbi sunt onera ma-  
 trimonij. *l. si is qui 56. §. ibi dos. D. de iur. dot.* Ergo Marcelli & Vlpiani distin-  
 ctiones sic conciliabimus, vt quo casu maritus matrimonij oneribus ad-  
 strictus sit, conuentio non valeat de dotis fructibus in dotem con-  
 uertendis, nisi ob eam causam amplior dos data sit, vt ea  
 pecunia quæ ex dotis fructibus, vsurarum nomi-  
 ne colligi posset, vice fructuum dotis  
 maritus contentus  
 esset.

FINIS LIBRI SEXTI.

