hic in exemplo. Ex iis apparet nihil huic constitutioni obstare, quod dicitur in glossa: Non licere quicquam præpostere facere, seu contra naturæ ordinem, aut ius constitutum. Quod & verissimum est, *l. vt debitum supr. de hered. act. l. prolatam, inf. de sententiis, & interl. l. 1. inf. de exsecut. rei iud.* Sed tantum abest, vt hic contra quicquam dicatur, vt maxime idipsum in hac specie cõfirmetur, postquam stipulatio præpostera quatenus est, non valet, quatenus recta est & naturalis dicitur, eatenus valet.

Ad L. In testamentis. 26.

Imp. Iustin. A. Mennæ præfecto prætorio.

In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem obseruationem penitus amputamus: vt postquam septem testes conuenerint, satis sit voluntatem testatoris, vel testatricis simul omnibus manifestam significantis, ad quos substantiam suam peruenire velit, &c.

SVMMARIVM.

1 *Testibus rogatis non necesse est adiici à testatore, eos adhibitos ad testamentum scripto, aut sine scripto faciendum.*

IN testamentis testes rogatos esse oportet, id est, admoneri se adhibitos esse ad testamentum, *leg. heredes, §. in testam. D. h.* Hac 1 † constitutione declaratur cum id factum erit, non esse necesse adiici à testatore eos adhibitos ad testamentum scripto, aut sine scripto faciendum, & merito, quia ex eo, quod scriptura profertur à testatore, aut non profertur, facile quid hic geratur, à testibus intelligi potest.

Ad L. Sancimus. 27.

Imp. Iustin. A. Iuliano præfecto prætorio.

Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, & post eius confectionem decennium profluxerit: Siquidem nulla innouatio, vel contraria voluntas testatoris apparuerit, &c.

SVMMARIVM.

1 *Decennium ad voluntatem testatoris accedens, qua dixit se nolle testamentum valere, à quo die numerandum sit.*

TEstator testamento facto, si dixerit, se id testamentum valere nolle, & ad eam voluntatem hoc accesserit, vt præteunte decennio viuo testatore testamentum rescindatur, cetera neque lapsus decennij sine contraria voluntate, neque contraria voluntas sine decennij lapsu testamentum infirmat: Hic 1 quæsitum † est, ex quo tempore hoc decennium numerandum sit, an ex quo testamentum factum est, an ex quo contraria voluntas secuta est? Nam Iustinianus nihil de eo expressit *in vers. sin autem testator.*

Respondeo: Recte receptum est, vulgo hoc decennium sic accipi debere, si præteriit post testamenti confectionem, vt coniectura voluntatis sumatur ex iis, quæ in constitutione præcesserunt. Nam quoties aliquod verbum vel in lege, vel in testamento ambigue, vel obscure scriptum est, si de eo alia parte testamenti, aut lege apertum, ex eo, quod aperte scriptum est, obscurum interpretamur, quasi scriptor de eodem senserit, *l. si seruus plurium, §. vlt. D. de legat. 1. l. heredes, §. 1. in fin. D. h. l. qui filiabus, in pr. de leg. 1.* In hac constitutione initio decennium nominatum est, quod elapsum sit post confectionem testamenti. Hanc significationem decennij post Iustinianus non mutauit: Proinde & hoc casu locum habebit decisio superior.

* * *

Ad L. Cum antiquitas. 28.

Imper. Iustinianus A. Iuliano præfecto prætorio.

Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interueniente, & huiusmodi verborum compositio non rite interpretata pene in perniciem & testantium & testamentorum processerit: Sancimus in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vt vltima quædam dispositio, &c.

SVMMARIVM.

1 *Breuis summa huius legis.*

HÆc † constitutio, *cum antiquitas*, continet duas exceptiones eius iuris, quod de scripto testamento comprehensum 1 est *in l. hac consultissima, supr.* Prior exceptio pertinet ad eam partem iuris, qua cauetur solemnia peragi debere vno contextu actionis, nullo alieno actu interueniente. Posterior exceptio, quæ est *in §. cum autem*, refertur ad eam partem iuris, qua exigitur, vt testator subscribat testamento sua manu coram testibus, si imperitus est scribendi, octauum testem adhibeat, qui subscribat; excipitur, nisi testator testamentum sua manu scripserit, de quibus exceptionibus dictum est supra.

Ad L. Iubemus. 29. cum Auth. seq.

Imper. Iustinianus A. Ioanni præfecto Prætorio.

Iubemus omnino testatorem, si vires habeat ad scribendum nomen heredis, vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunq; parte testamenti ponere, vt sit manifestum secundum illius voluntatem, hereditatem esse transmissam, &c.

Auth. ex Nouell. 119. cap. 9.

Et non obseruato eo, subuenitur testamentis, siue per se, siue per alium quis inscribat nomen heredis.

SVMMARIVM.

1 *Legis huius cum* leg. hac consultissima, *supra, antinomia & conciliatio.*

HÆc quoque constitutio exceptionem habet eius iuris, quo cautum *in l. hac consultissima, supr.* nihil referre, cuius manu testamentum scriptum sit, testatoris ne, an alterius. Hic Iustinianus iubet nomina heredum, aut scribi à testatore, aut ab eo palam nuncupari. Sed & hoc ius mutatum est *in Auth. sequ.* & reditum ad ius antiquum, vt dictum *ad l. hac consultissima.* Sed in hac constitutione *§. quod si non fuerit*, animaduersionem desiderat. Videtur † enim hic locus antinomiam habere huiusmodi. Si testamentum scriptum sit alterius manu, 1 & in eo quinque heredes exempli caussa scripti, Iustinianus vult nihilominus hos heredes ab ipso testatore scribi, aut nuncupari. In hoc §. subiicit, si testator ex iis quinque heredibus tres solum scripserit, reliquos duos omiserit, aut si tres nuncuparit, reliquos duos non nuncuparit, eos, qui nuncupati non sunt, heredes non futuros, sed eos solum, qui scripti, aut nuncupati sunt. Interim vult eos, qui scripti, aut nuncupati sunt, heredes esse.

Videri autem potuerunt ne hi quidem heredes esse potuisse, idque efficitur *l. si is, qui testamentum. ff. eod.* vbi si testator ex dictis quinque testibus, quos constituerat heredes instituere, tres nuncupauit, deinde obmutuerit, placet testamentum nullius esse momenti, quasi imperfectum, eoque nec eos heredes futuros, qui aperte nuncupati sunt. Respond. *in l. si is, qui testamentum.* testator voluit eos heredes instituere, quos non nuncupauit;

cupauit; ideo enim non nuncupauit; quia non potuit, puta voce morbo interclusa, vt nominatim scribitur in extremo eius responsi. In hac autem constitutione agitur de eo testatore, qui eos heredes, quos non nuncupauit, noluit heredes instituere, idque eo colligitur, quod eos potuit heredes nuncupare, si vellet; quoniam satis temporis habuit ad eos nuncupandos: non nuncupauit, cum posset, noluit igitur. Satis autem ei temporis fuisse ad eos nuncupandos, ex eo intelligimus; quia post testatoris nuncupationem subsecutæ sunt subscriptiones & obsignationes testium; proinde hæc species voluntatem distinguit testatoris.

Ad L. penult. Nostram.

Imp. Iustinianus A. Iohanni præfecto prætorio.

Nostram prouisionem, maxime circa vltima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus. Vnde cum inuenerimus quasdam controuersias veteribus iuris interpretatoribus ortas propter testamentum, &c.

DE hac l. dictum est *ad l. hac consultissima. §. si quis autem. sup.*

Ad L. vlt. Et ab.

Imper. Iustinian. A. Iohanni perfecto prætorio.

Et ab antiquis legibus, & à diuersis retro principibus semper rusticitati consultum est, & in multis legum subtilitatibus stricta obseruatio eis remissa rerum inuenimus documentis, &c.

SVMMARIVM.

1 *De testamentis rusticanorum.*

1 IN † testamentis rusticanorum remittitur necessitas solemnium ad formam hic constitutam, de quo dictum *ad l. hac consultiss.* ante initium, §. *ex imperfecto.*

AD TITVLVM XXIV. COD. DE HEREDIBVS INSTITVENDIS, ET QVÆ personæ heredes institui non possint.

SVMMARIA.

1 *Testamentum vt ab initio iustum, quibus in rebus positum sit.*
2 *Heredis institutio quam necessaria sit in testamento.*
3 *A parentibus liberos habentibus & testamentum conficientibus qua exigantur, vt testamentum valeat.*
4 *Testamentum quibus modis infirmetur, rumpatur & irritum fiat.*
5 *Hereditas quomodo nobis ex testamento deferatur.*
6 *Heredis institutio quibus ex caussis sit necessaria ad acquisitionem hereditatis.*
7 *Heres quando quis institutus esse intelligatur.*
8 *Instituere heredem quid.*
9 *Heres quibus verbis sit instituendus.*

DIximus initio *tit. qui testam. fac. poss. supr.* ita hereditatem deferri testamento, si etiam iustum sit. Vt autem † ab initio iustum sit, tribus in rebus positum esse. In persona testantis, vt sit, qui testamentum facere potuerit: in solemnibus testamentorum: tum in iis, quæ testamento continentur. De personis dictum est *tit. qui test. fac. poss.* De solemnibus dictum est *tit. prox.* Restant ea, quæ continentur testamento, in quo genere sunt heredum institutiones, legata, fideicommissa, libertates & tutorum dationes, *l. verbis legis. de verb. sig.* Sed ex iis cetera testamento cauerí possunt. Vnum ad vim testamenti necesse est, vt testator sibi heredem instituat vel vnum, vel plures, cetera sunt libera testatori.

Sine heredis † autem institutione nihil in testamento valet, *l. 3. vers. Calpurnius. ff. de iis, quæ in testam del. l. 1. in fin. ff. de vulgar. l. vlt. de vulgar. l. vlt. de iur. codicill. §. in primis. Inst. de legat.* Cetera, vt dictum, libera. Et ideo qui neque legare vult quicquam, neque de ceteris rebus cauere, sed tantum heredem instituere, eum Vlpianus ait tribus verbis testamentum conficere posse, vt dicat; Lucius heres esto, *l. 1. §. qui neque. ff. eod.* & hæc lex generalis omnibus testatoribus posita est. Vna est specialis † in parentibus, vt qui liberos habent, non quosuis alios instituant, vt testamentum valeat, sed vt instituant liberos suos omnes. Quod si eos indignos successione sua putant, duo ab illis exiguntur ad vim testamenti. I. Vt liberos nominatim iustis de caussis exheredent, & quidem iustis caussis exheredationi adscriptis, *tit. de exher. lib. l. inter cetera, de liber. & posthum. Authent. non licet. inf. de liber. præter.* Deinde hoc quoque exigitur, quod est omnium testamentorum commune, vt sibi alios heredes instituant, cum dixerimus, sine heredis institutione testamentum non valere. Hæc cum obseruata erunt & in persona testatoris & in solemnibus, & in heredum institutionibus & exheredationibus, quæ diximus, habebimus ad testamentum, quod ab initio iustum est.

Sed ad vim testamenti non est satis ab initio iure factum esse testamentum, nisi etiam iustum perseueret. Multis autem modis accidit, vt quæ ab initio iure valuerunt, postea infirmentur. Quare si tenere volumus, quodnam sit testamentum ex omni parte iustum, etiam hoc loco quæstio introducenda est, quibus modis testamentum infirmetur, vt iis modis notatis statuamus id testamentum iustum esse, de quo quæritur, quod & recte factum est in ff. Illos enim titulos duos, *qui test. fac. poss.* item *de lib. & posthu.* sequitur tertius hanc postremam quæstionem continens *de iniusto, rupto, irritoue testamento.*

Est autem † hæc summa iuris de eo. Testamenta ab initio rite facta postea aut rumpuntur, aut irrita fiunt. Rumpuntur vel agnatione sui heredis; aut quasi agnatione, vel alio testamento postea rite facto. Agnascitur testatori suus heres, cum post testamentum suum heres testatori nascitur, vel eo viuo, vel mortuo. De hac agnatione est *in §. posthumi Inst. de instit. & exher. liber. toto tit. infr. de posthum. hered. inst.* Quasi agnasci dicitur heres, cum vel testator adoptat sibi liberos, quos in potestate incipiat habere, de qua specie est *in princip. titu. quibus modis testam. infir.* Aut cum nepotes cum tempore testamenti nati erant, mortuis parentibus suis in eorũ locum succedunt, & iura suorum heredum nanciscuntur. De hac specie est *in §. posthumorum. Insti. de exher. lib. & l. posthumorum. ff. de iniusto, rupto.* Posteriore testamento quomodo rumpatur prius, dictum *ad l. hac consultissima. §. si quis autem. supr. prox. titul.*

Irritum fit testamentum duobus modis. I. Testatore capite minuto, id est, vel libertate amissa, vel ciuitate, vel tunc, cum arrogatione, aut adoptione in aliam familiam transiit, §. *alio. Instit. quib. mod. testa. infirm.* Sed hoc ita, si testator capite minutus eodem statu decesserit. Nam si ad pristinum statum redierit, recenti eius voluntate testamentum conualescet, vt secundum id detur bonorum possessio, §. *non tantum. Instit. quib. mod. test. infirm.* Fit quoq; irritum testamentum non adita hereditate ex eo: nam hereditate non adita res eo redit, quasi ab initio testator heredem non haberet. Est autem heredis institutio fundamentum testamenti. Hoc modo irritum fieri testamentum traditur *in l. 1. ff. de iniust. rupt.*

Distinguitur tamen alibi irritum testamentum ab eo testamento, ex quo hereditas adita non est, nempe *sub tit. de her. quæ ab intestat. in pr.* Sed hoc docendi caussa fit, vt res plures nominibus suis distinctæ magis intelligantur. Ceterum reuera irritum id testamentum est, quod exitum non habet, indicatur hoc *in d. §. alio. Instit. quib. mod. test.* Licebit etiam modos infirmandi testamenti ita diuidere fortasse commodius, certe plenius, vt statuamus testamentum infirmari partim volente testatore, partim inuito. Voluntate sola nonnunquam testamentum infirmatur, sed cum ad voluntatem accesserit aliquid, nimirum, vt aut mutentur tabulæ testamenti, aut tabulis integris manentibus aliud testamentum fiat, de quibus generibus dictum *ad l. hac consult. sup. t. prox. §. si quis autem.* Inuito, tribus modis: Agnatione heredis sui, seu quasi, capitis diminutione testatoris, & hereditate ex eo testamento non adita, de quibus ante dictum. Cum testamento ab initio rite facto nihil istorum postea inciderit, quibus testamenta infirmantur, iam certo statuere poterimus, id testamentum, de quo agitur iustum esse, de quo huc vsque quæsiuimus.

Hoc

Hoc constituto longius progrediendum in quæstione acquirendæ hereditatis. Nam vt nobis hereditas acquiratur ex testamento, hoc non est satis, iustum esse testamentum, ex quo iudicemus hereditatem, sed oportet etiam ex testamento eo nobis hereditatem deferri. Sic autem † nobis defertur, si eo testamento heredes instituti simus. Ex † quo apparet heredis institutionem, seu omnem de heredibus instituendis quæstionem duabus de caussis necessariam esse ad acquisitionem hereditatis. Primo propter testamentum, vt valeat; nam supra dictum sine heredis institutione testamentum non valere, propter quam caussam, etsi sola esset, aptissime hic titulus subiicitur superioribus, vt in eo constituatur vis testamenti. Sed & necessaria est hæc quæstio propter nos, qui hereditatem ex testamento vindicare volumus, posteaquam nihil ad rem pertinet testamentum iustum esse, nisi & eo heredes instituti simus. Hinc introducitur quæstio de heredibus instituendis.

Vt ergo hoc modo nobis defertur hereditas, duabus rebus continetur, si heredes instituti sumus, & ita, vt consistat iure institutio. Nihil enim interest, vtrum aliquid non fiat, an non recte fiat, *l. quoties. 6. ff. qui satisdar. cog.* Institutus aliquis intelligitur † heres, cum testator id fecit, quod verbum significat, & id quoque voluit. Instituere † autem heredem est statuere & designare sibi successorem, id est, scripto & verbis declarare, quem tibi mortuo successorem esse velis in omne ius tuum; nam hereditas hanc successionem vniuersi iuris significat, *l. nihil aliud. de verb. sig. l. hereditas. de reg. iur.* Proinde heres intelligitur vniuersi iuris successor, *§. legatarius. de test. ordin. l. quædam. §. 1. ff. de edendo.*

Quibus autem † verbis id testator declaret, nihil refert, *l. quoniam. sup. tit. prox.* Solemnia verba antiquitus hæc erant: Lucius Titius heres esto, *l. 1. §. neque. ff. de hered. instit.* Siue autem scribatur heres, siue nuncupetur sine scripto, institutum intelligimus, *d. l. 1. §. neque. ff. de hered. instit.* Non est tamen satis hoc verbis exprimi, nisi etiam concurrat voluntas testatoris, quod interdum non fit, & ob hanc caussam nulla est institutio. Exempla sunt *in l. 3. 4. & l. etiam. inf. h.* Si consistit heredis institutio, si & is instituitur heres, qui institui potest, rite instituitur, vt vis institutionis consistat in his tribus: In persona heredis, conditione, & in instituendi modo. Hinc duæ quæstiones vim institutionis explicantes. I. Qui heredes institui possint, vel non, de qua est hoc titulo præcipue, vt inscriptio declarat. II. Quomodo heredes institui possint, ad quam proximi duo referuntur. Qui heredes institui possint, ostenditur *in l. 1. h.* pertinet huc *l. collegium. l. extraneum. infr.*

Ad L. Qui deportantur. I.

Imp. Titus Ælius Anton. A. Anthestiano.

Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini, capere non possunt, sed hereditas in ea caussa est, in qua esset, si scripti non fuissent. Sine die & consule.

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*
2 *Peregrini heredes institui non possunt.*
3 *Peregrini in vsu iuris qui dicantur, & quid peregrinitas.*
4 *Soli ciues Romani heredes institui possunt: quia cum iis solis testamenti factio est.*
5 *Ciues Romani qui sint, & qui non.*
6 *Seruus an heres institui possit.*
7 *Hostis noster inutiliter heres instituitur: similiter & is, qui ad eum defecit.*
8 *Hostes & hostium numero qui sint.*
9 *Serui pœnæ olim qui & an heredes institui potuerint.*
10 *Deportati qui sint, & qui eorum numero habeantur, & an heredes institui possint.*
11 *Relegati qui.*
12 *Hæretici qui sint, qui eorum numero habeantur, & quod heredes institui nequeant.*
13 *Deportatis heredibus institutis, cum ex hereditate nihil capiant; ad quem ea hereditas pertineat, ad fiscum ne, an ad heredes legitimos redeat.*
14 *An omnes, qui sunt ciues Romani, heredes institui possint.*

TRia † hic statuuntur. I. Peregrinos heredes institui non posse: cum enim dicitur, deportatos non posse institui tanquam peregrinos, id est, vt qui peregrini sint, prius præsupponitur, peregrinos institui non posse, alioqui male colligeretur de deportatis. II. Statuitur, deportatos peregrinos esse, & ob hanc caussam institui non posse. III. Continet effectum vtriusque definitionis superioris, nempe vt siue deportati, siue qui alii peregrini heredes instituantur, hereditatem capere non possint, sed pro non scriptis habeantur. Quæ tria sigillatim excutienda sunt. 1

Dicimus † peregrinos heredes institui non posse. Peregrini in vsu iuris † dicuntur, qui ciues Romani non sunt, & peregrinitas status eorum, qui ciues Romani non sunt, *l. 6. §. solemus. ff. h. l. sed si hoc. § sed si per pœnam. ff. de ius voc.* Vnde intelligimus superioribus verbis hoc statui, eos, qui ciues Romani non sunt, heredes institui non posse. De quo iure, vt facilius & plenius possit statui, ad intelligentiam aliorum etiam locorum, ad eandem quæstionem pertinentium, sic habendum est, eos solos heredes institui posse, cum quibus testamenti factio est, *l. si aliorum. §. 1. l. non minus. ff. h.* Cum solis autem ciuibus Romanis testamenti factio est. Soli igitur † ciues Romani heredes institui, & ex nostro testamento capere possunt. Cum solis ciuibus Romanis testamenti factionem esse intelligimus ex primo & secundo capite legis Falcidiæ, quæ exstat *in l. 1. ff. ad leg Falcid.* Quibus cautum est, solis Romanis ciuibus testamento legari posse. Intelligimus autem *ex §. legari. Instit. de legat.* solis iis relinqui posse, cum quibus testamenti factio est. Ex quo efficitur, cum solis ciuibus Romanis testamenti factionem esse. 2 3 4

Quærendum est igitur, qui sint † ciues Romani, & qui non sint, vt vtraque definitio intelligatur. Dictum superiori titulo, ciues Romanos esse, qui liberi sunt & in orbe Romano: nulli ciues Romani, nisi liberi, *§. vlt. in fin. Inst. de libertin.* Nec satis est liberos esse, nisi sint in orbe Romano, *l. in orbe Ro. ff. de stat. hom.* Quod si ita est, duo sunt genera eorum, qui ciues Romani non sunt, serui, & qui non sunt in orbe Romano, proinde totidem genera eorum, qui ex ciuium Romanorum testamento capere nō possunt, vt nec heredes institui. Quod † ad seruos attinet, videri potest in his, quod sit falsa definitio. Constat enim etiam seruos à nobis institui posse, & nostros & aliorum ciuium, & item eos, qui ab hostibus capti sunt, *l. non minus. l. illa, seq. §. vlt. ff. eod.* Sed nihil fit aduersus definitionem supra positam: nunquam enim seruus heres institui potest, nisi cum in horum persona ciuis Romanus institui intelligitur, cum seruum nostrum heredem instituere nō possimus, nisi cum libertate, & ideo non nisi tunc, cum liber erit, & ciuis Romanus factus est, *tit. eod. in pr.* 5 6

Alienum seruum etiam sine libertate recte instituemus, *§. alienus. Inst. eod.* sed hoc ideo; quia sub persona serui dominus serui, idemque ciuis Romanus institui intelligitur; quoniam hereditas illi acquiritur, & ex eius tantum persona cum seruo testamenti factio est, vt diserte scribitur *in d. l. non minus. ff. h.* Qui autem ex ciuibus nostris ab hostibus capti sunt, ideo recte instituuntur; quia si redierunt, postliminij ius habent, quo efficitur, vt perinde habeantur, quasi nunquam capti essent, & proinde quasi ciues Romani mansissent, *d. l. illa. §. vlt. ff. eod. §. si ab hostib. Instit. quib. mod. ius.* Quod si in persona serui neque ius postliminij est, neque alius dominus ciuis intelligitur, omnino seruus heres institui nō potest. Et breuiter, seruus vt seruus institui non potest. Exemplo sunt serui pœnæ, aut qui in metallum damnati sunt, his institutis, placet nullam esse institutionem; quia nullos dominos habent, ex quorum persona consistat institutio, *l. 3. ff. de his, quæ prō non scriptis habentur.*

In orbe Romano sunt duo genera hominum. Primum hi, qui Imperio Romano subiecti non sunt, in quo genere sunt hostes. Ideo † citra controuersiam hostes inutiliter instituuntur. Vnde qui ab hostibus nostris capti sunt, si à nobis instituti ibi decedant, nulla institutio est; quia hostibus hereditas acquiri non potuit; vt intelligitur *ex d. l. illa. ff. eod.* Hostes qui sint, † definitur *in l. hostes. de verb. sig. & l. hostes. ff. de captiuis.* Hostium numero sunt, qui ad hostes defecerunt; item qui cum arma ferrent aduersus patriam, tanquam hostes à senatu iudicati sunt. Horum vtrique ciuitatem amittunt, ac proinde omnia, quæ sunt ciuium Romanorum, qua ratione etiam capite minui dicuntur, *l. amissione. §. 1. de c. diminut.* Alterum genus est eorum, qui Imperio Romano subiecti sunt; nec sunt in numero hostium, sed ex numero ciuium 7 8

Romanorum exemti sunt damnatione. Horum tria sunt genera, serui pœnæ, deportati, hæretici, hi, de quibus constitutionibus Imperatorum cautum est.

9 Serui † pœnæ erant olim, qui damnabantur in metallum, aut ad bestias, vt iis subiicerentur, aut ad ferrum, hoc est, ad gladium, vt cum alio decertarent gladio spectaculi publice præbendi caussa, quæ olim spectacula Romæ erant, *l. eius. §. vlt. ff. de testam. & qui test. fac. poss. §. pœnæ seruus. Instit. quibus modis ius patr. potestat. solu.* Hi ciues Romani esse desinebant; quoniam non tantum ciuitatem amittebant, sed etiam libertatem: efficiebantur enim serui pœnæ, §. *maxima. Instit. de capit. diminut.* Ob hanc caussam institui heredes non poterant, nec quicquam ex testamento ciuium Romanorum capere poterant, *l. sunt quidam. ff. de pœnis. l. 3. de iis, quæ pro non script. habentur.* Hodie constitutione Iustiniani nemo damnatione fit seruus, §. *quod autem prius. & §. sequent. Nouell. de nupt.* Sed nihilominus libertate iis relicta, alterum ex iure antiquo manet, vt ii ciuitatem amittant; qua vna de caussa ex testamento ciuium Romanorum capere non possunt, ex definitione proposita.

Deportati sunt, † quos præses pronuntiauit in insulam deportandos, si modo & Princeps sententiam præsidis confirmauit,
10 & assignauit insulam, *l. 6. §. eius qui. ff. de iniust. rupt. l. 1. §. deportatos. ff. de legat. 3.* Non omnes, qui iubentur excedere ex finibus alicuius regni, aut regionis, deportatorum numero sunt. Nam & relegati in insulam, eiiciebantur finibus; qui tamen & ciuitatem & libertatem retinebant, §. *cum autem. versic. relegati. Instit. quibus modis ius patriæ potestat. soluat.* Igitur deportatos à relegatis distinguebant verba sententiæ præsidis, vt deportati intelligerentur, in quibus eiiciendis præses *deportandi* verbo vsus esset: relegati, in quibus *relegandi*: deportati deportatione ciuitatem amittunt, eoque modo caput eximitur ex ciuitate, cuius & persona eximitur ex ciuitate, *d. §. cum autem. Instit. quibus modis patria potestas soluatur. l. 2. ff. de public. iudic. & l. 2. §. 1. ff. de pœnis.* Ob hanc caussam deportati heredes institui non possunt, vt hic cautum est. Sic enim intelligimus, eos ad definitionem superiorem peregrinorum pertinere.

11 Hodie moribus † nostris & fere omnium Christianorum, cum nullæ insulæ sint, in quas damnati deportari soleant, intelligere debemus omnes, qui iubentur exsulare, id est, quibus interdicitur finibus alicuius regni, vel regionis, solum in numero relegatorum esse, non deportatorum, & iura ciuitatis prioris, & libertatem retinere, vt & testamenta facere possint de iis, quæ habent, & ex testamento ciuium eorum veterum quiduis capere, nisi nominatim sententia præsidis ius ciuitatis illis ademtum sit, & sententia comprobata sit à Principe, *arg. d. l. 1. §. deportatos. ff. de legat. 3. d. l. 3. §. eius qui. ff. de iniust. rupt.*

12 Hæreticos † etiam intelligimus eximi ex numero ciuium Romanorum, ex eo, quod constitutiones iubent nihil ex legibus eis commune esse cum ceteris, *l. Manichæos. supr. de hæretic.* Nam ciues iuris ciuilis communionem habent. Hæreticos dicimus eos, de quibus nominatim comprehensum est, *l. Manichæos. & l. Ariani. sup. de hæret.* Hac de caussa vetantur etiam ex testamento alieno quicquam capere iisdem constitutionibus. Hæreticorum numero habentur Apostatæ, qui à fide Catholica defecerunt ad hostes fidei, de quibus cautum est, *l. 1. & l. 3. sup. de Apostat.* Hæc de primo capite peregrinorum dicta sunt. Secundum caput pertinebat ad deportatos, & de iis satis dictum supra.

Tertium caput diligenter expendendum est. Cum ergo hic dicitur, peregrinos & nominatim deportatos heredes institutos capere nihil posse, sed pro non scriptis haberi, id hanc significa-
13 tionem habet: Iis heredibus † institutis cum hereditatem non capiant, hereditatem ad heredes legitimos redire, aut si qui alii heredes instituti sunt, his portionem incapacium heredum accrescere, breuiter autem hereditatem ad fiscum non pertinere; quia id iuris est, quasi ii heredes instituti non essent. Quam sententiam, quia nonnulli loci dubiam faciunt, conducet nos in ea sententia confirmare, probatur autem iis argumentis tribus. Primum, si deportati nullo modo instituti essent, nec alii heredes scripti, hereditas rediret ad heredes legitimos, nec prius pertineret ad fiscum, quam constaret bona esse vacantia, id est, defunctum nullum habere heredem, *l. 1. in pr. & §. qui semel. §. de success. edict.* Ergo etsi deportati instituti fuerint, nihilominus hereditas in eadem caussa erit, ex hoc loco; quia perinde habetur, quasi scripti non essent.

Deinde, deportatis heredibus institutis non potest hereditas ad fiscum pertinere, ni hereditas auferatur heredibus scriptis tam quam indignis, vt sic illis ablatam fiscus vendicet, *l. cum quidam. & tot. tit. ff. de iis, quæ vt indig.* Non potest autem hereditas deportatis auferri, nisi prius eam cœperunt, quod & verbum satis probat, & declaratur *ex l. ex facto. §. vlt. ff. de vulgar.* Deportati autem instituti capere non possunt, vt hic expressum est, proinde nec eis hereditas auferri potest, ideoque ablata vindicatur fisco. Postremo hæc sententia certis locis & disertis statuitur, ea, quæ pro non scriptis habentur, ad fiscum non pertinere, *l. 3. ff. de iis, quæ vt indig. l. vn. §. 1. infr. de codicill.* Hic autem diserte scriptum est, deportatos heredes institutos pro non scriptis esse. Ex quo efficitur, eam hereditatem non pertinere ad fiscum.

Sed dubitationem adferunt hi duo loci. Primum *l. cum quidam. ff. de iis, quæ vt indig. anf.* Nam illic ita scriptum est: Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat, tanquam indignis hereditatem auferri pridem placuit. Respondeo: Diligenter hæc verba expendenda sunt, heredes, quos testator instituere nõ poterat. Quibus verbis significantur hi heredes, qui alioqui sua conditione institui possunt, sed non possunt institui à testatore propter delictum aliquod, quod cum fit, si ii nihilominus instituuntur, valebit quidem institutio, sed hereditas tanquam indignis heredibus aufertur, & vindicatur fisco. Huiusmodi est heres mulier, quam testator prius adulterio cognouerat, si illa instituatur heres, & è conuerso si illa instituat heredem eum, à quo cognita erat, *l. Claudius, & l. mulierem. ff. eod. de iis, quæ vt indig.* Nos hoc loco de iis heredibus agimus, qui in totum heredes instituì non possunt, quos cum dicamus pro non scriptis esse, consequens est, si instituantur, institutionem de priore iure hereditatis nihil mutare.

Alter locus est *l. si deportati. ff. de leg. 3.* vbi scriptum est, si deportati seruo fideicommissum relictum sit, id ad fiscum pertinere. Si quis dicat aliud esse, si quid relinquatur deportati seruo, aliud si ipsi deportato, de quo hic agitur, in promtu responsio est; nam quorum seruis relinqui potest, iis etiam relinqui ipsis potest; non est enim testamenti factio cum seruis, nisi ex persona dominorum, cũ quibus etiam testamenti factio est, *l. non minus. ff. eod.* Quare si concedimus deportati seruo fideicommissum recte relinqui vt relictum ad fiscum pertineat, necessario concedendum est, etiam deportato recte relinqui, vt relictum ad fiscum eodem modo pertineat. Quod & verum est, sed non aduersatur huic loco: distat enim multum, vtrum deportato fideicommissum relinquatur, an heres instituatur deportatus. Fideicommissum deportato relinqui potest, heres institui non potest. Differentiæ ratio sumitur ex ea definitione deportati bonorũ, quæ traditur *in l. sunt quidam. ff. de pœnis.* Illic scriptum est, deportatos & omnes tales, non habere ea, quæ sunt iuris ciuilis, sed habere, quæ sunt iuris gentium. Secundum hanc sententiam deportati heredes instituì non possunt; quia non est institutio, nisi testamento, nec testamentũ, nisi ordinatum ex iuris ciuilis solemnibus, §. *sed cum paulatim. Inst. de testam. ordin.* Huius iuris communionem non habent deportati, vtpote, qui ciues Romani non sunt, vt dictum. Contraria de caussa fideicommissum deportatis recte relinquitur; quia fideicommissum naturaliter ex sola voluntate testatoris valet, *l. pen. ff. de leg. 1. l. cum proponebatur. ff. de leg. 2.* Nec solemnia iuris desiderantur in fideicommisso, quod declaratur hoc argumento. Nam codicillis recte relinquitur: codicilli autem solemnia iuris non desiderant, §. *vlt. Inst. de codicill.*

Sed huic rationi & distinctioni aduersantur verba *d. l. deportati. ff. de leg. 3.* Nam si verum est, quod dicimus fideicommissum recte relinqui; quia deportatus possit habere ea, quæ sunt iuris gentiũ, consequens erit fideicommissum pertinere ad deportatum, non ad fiscum. Nunc autem in d. l. scriptum est, fideicommissum ad fiscum pertinere. Respondeo: Fideicõmissum deportato acquiri verum est, *iuxta d. l. sunt quidam.* Nec eo minus verum est, idem ad fiscum pertinere. Pertinet enim ad fiscum, sed suo tempore, sed quod quid sit, intelligimus *ex l. 2. inf. de bon. proscript.* vbi significatur, deportatum ea, quæ post deportationem acquirit, sibi habere, sed ea, quæ prius habuit, etiam fisco publicari, vt sic effectu omnia deportati bona publicentur, & ea, quæ ante deportationem habuit, & ea, quæ postea, sed alia prius, alia posterius.

Cum autem hic dicimus, peregrinos, † & qui ciues Romani 14
non sunt, heredes institui non posse; quia non sit cum iis testamenti factio, ex eo per contrarium admonemur, cum ciuibus Romanis testamenti factionem esse, eosq; ex testamento ciuium Romanorum capere posse, quod & verum esse declaratur cap. 1. & 2.

1. & 2. legis Falcid. *l. 1. ad l. Falcid.* Id adeo verum est, vt quamuis sint aliqui ciues Romani, qui testamenti factionem non habeant nihilominus sit cum illis testamenti factio, vt alterius testamento heredes institui & capere possint, vt mutus surdus, prodigus, impubes, furiosus, *l. filiusfam. ff. de testam. & qui test. fac. poss.* Sed tamen hoc non est perpetuum. Etiamsi enim omnes ciues Romani conditione sua heredes institui possint, tamen quidam sunt, qui non possunt à quouis institui, neque quouis modo: quidam sunt, qui solidum capere non possunt: quidam, qui in totum possunt institui, sed non ita, quin iis institutis hereditas auferatur vt indignis, & fisco vindicetur. Quidam sunt, vt dixi, qui à quouis institui non possunt. In hoc genere sunt hi, qui nati sunt ex incesto coitu. Nam hi à quibusuis extraneis heredes institui possunt, à ciuibus Romanis, à parentibus non possunt, neque quicquam ex testamento eorum capere, §. *vlt. Nouel. quib. mod. nat. eff.* Sunt etiam, qui institui possunt, sed non eodem modo, quo sunt instituti. In hoc numero est Imperator & Princeps, quē constat simpliciter heredem institui posse, *l. non dubium sup. t. prox.* Sed placuit eum non posse institui litis caussa, §. *vlt. Inst. quib. mod. test. infirm.* Ratio redditur *in l. pen. ff. h.* Quidam etiam capere solidum non possunt. Huius generis multos olim fuisse constat, & huius iuris varias caussas, de quo iure exstat *in fragmentis Vlpiani de solid. incapac.* Sed totum illud ius ex soletum, manſit tantū pars in filiis naturalibus, de quibus cautum *eadem Nouel. Iust. quib. mod. nat. eff. in §. discretū.* ad hanc summam, vt si testator legitimos liberos habeat, filij eius naturales ex vna tantum vncia ab eo institui possint, si non habet liberos legitimos, sed parentes, tunc filij naturales ex besse, id est, octo vnciis, heredes institui possunt reliquis vncijs destinatis parentibus pro legitima ratione. Quod si testator neque liberos legitimos, neque parentes habeat, placet filios naturales solidum capere posse ex testamento patris.

Sunt etiam, vt dixi, qui à quouis recte instituantur, sed inutiliter; quia fiscus hereditatem vindicet, id accidit, cum aliquis mulierem adulterio cognouit. Nam siue ipse eam mulierem postea heredem instituat, siue ab ea ipse iustituatur, consistit quidem institutio, vt hereditas non veniat ad legitimos defuncti, sed ea instituto vt indigno aufertur, *l. Claudius. & l. mulierem. ff. de iis, quæ vt indig. aufer.* Quemadmodum autem ciues Romani heredes institui possunt, sic possunt eorū serui ex persona eorū, *d. l. non minus. ff. d. t.* Sed & hoc nō est perpetuū: nā primū seruus adulterio cū domina maculatus, nō potest institui ab ea, quæ eius criminis postulata est, propterea quod vetatur ab ea manumitti. No potest autē proprij serui institutio procedere sine libertate, §. *est autem. Instit. de hered. instit.* Præterea lege Ælia Sentia cautum est, nec eos, qui soluendo non sunt, seruos suos testamento posse manumittere præter vnum, quem heredem instituere possunt, ita vt ei liber fiat, & heres solus ac necessarius, vt est *in Instit. quib. caussis manum. non licet.*

Ad L. Pater tuus. 2.

Imp. Antoninus A. Cælitio.

Pater tuus si ex residua parte heres institutus est, quam aliter heres scriptus capere non poterat, isque ad nullam partem hereditatis per conditionem suam admitti potuit: ex asse heres exstitit. Nam residui commemoratio etiam totum admittit. PP 15. Kalend. Iulii. Romæ. Duobus & Aspris. Coss 213.

SVMMARIA.

1 *Residuum quid significet.*
2 *Heres quoties quis instituitur ex parte residua, si nulla pars residua est, omnino non est heres.*

TEstator primum & secundum heredes instituit, iis verbis: *Primus ex ea parte, quam per leges capere potest, heres esto. Ex residua secundus heres esto.* Mortuo testatore compertum est, primum nihil capere posse. Quæsitum est, vtrum secundus admittatur, & ex qua parte, propterea quod institutus non ex toto, sed ex residua, deinde quod nihil videtur residuum? Rescriptum est, eum ex asse heredem futurum, etiamsi verbo sit institutus ex parte. Nec obstare significationem residui, quod verbum videri potest esse partis nomen, qui residui commemoratio totum continet. Sed huic sententiæ duo obstant, primum significatio verbi. Nam † residuum significat partem sine dubio, non totum. Residuum enim dicitur, cum duæ sunt partes, aut plures alicuius totius, & quibusdam prius remotis restat aliquid, quod nondum attactū est, id enim, quod restat, solum dicitur residuum. Respondeo: Ita est, residuum partem significat verbi significatione. In specie autem proposita ex voluntate testatoris, significat totum, eaque significatio ex præcedentibus liquido intelligitur. Cum enim testator dixerit: *Ex residua parte secundus heres esto*, subaudiendum est ex residua parte, quam non poterat capere. Ita sententia testatoris secundus institutus est ex eo, quod primus capere non poterat. Primus autem capere nihil potuit. Proinde voluntate testatoris ex eo toto, quod primus capere non poterat, secundus heres institutus est. Itaque hæc verba: *Residui commemoratio totum continet, &c.* sic accipienda sunt: In hac specie totum continet, vbi voluntas testatoris manifesta est. Rursus eadem significatio verbi alio modo efferti potest, secundum non modo non admitti ex asse, sed ne in partem quidem. Nam in proposito nihil est residuum. Quoties autem aliquis heres † instituitur ex residua parte, si nulla pars residua est, omnino non est heres, *l. item quod Sabin. §. sed si ex asse. ff. h.* Ex quo efficitur in proposito secundum nulla etiam parte heredem fore. Nihil autem hic residuum esse apparet ex eo quod nulla pars ante detracta est, quam primus possit capere. Vbi autem prius nihil detrahitur, aut ponitur, nihil dici potest residuum esse, id enim residuum est, quod restat. Respondeo. Reuera hic nihil residuum est, quod primus capere non possit, cum nihil sit, quod capere non potuerit. Sed cogitatione testatoris hic duas habet partes, quo primus vnam capiat, alteram non capiat. Testator ad hanc congitationem orationem suam accommodat, secundum quam appellat residuum id totū, quod primus heres capere non poterat, & ex eo toto secundum substituit. Cum de voluntate testatoris constat, subtilitatem verborum spectare non debemus, *l. ex facto 2. §. rerum. ff. h.* Huc pertinet *l. non aliter. de leg. 3.* Huic autem quæstioni huius loci locus esse potest, si proponas patrem naturalem instituisse filium suum ex ea parte, quam capere poterat, deinde mortuo patre compertum sit, hunc filium natum esse ex incesto coitu: sic enim fit, vt in totum capere nihil possit ex testamento patris naturalis secundum ea, quæ dixi *supra ad l. 1.*

Ad L. Cum proponas. 3.

Imp. Alexand. A. Vitali militi.

Cum proponas Alexandrum equidem testamento primo loco Iulianum vt libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis: Quod si ex aliqua caussa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit: tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem: *Post mortem autem testatoris Iulianū seruum communem fuisse defuncti militis & Zoili fratris eius apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quæstio. Nam si credens eum proprium & suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quenquam hereditatem pertinere voluit: exstitit conditio substitutionis: tibique hereditas delata est. Quod si verba substitutionis subscripta ad ius retulit, vt si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim quamuis iubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur: si tamen paruerit domino, & adierit: substitutioni locus non est. PP. 6. Kalend. Maii, Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Testatore seruum heredem instituente, & nisi heres esset, ei aliquem substituente, si seruus postea iussu domini hereditatem adeat, an eo ipso substitutus excludatur: an vero ambo pro parte admittantur. num. 2. & in quam, num. 3.*

4 L. si paterfamilias, *genuina & emendata electio contra Cuiacium.*
5 *Affines qui sint.*
9 *Demonstratio falsa heredi non nocet.*

1 CVm † testator seruum heredem instituit, & nisi heres esset, ei aliquem substituat, seruo iussu domini hereditatem adeunte, quæsitum est, an substitutus excludatur, quasi deficiente substitutionis conditione. Controuersia hinc nascitur; quia alio videntur trahere verba substitutionis, alio sententia testatoris. Nam verbi significatione seruus hereditatem adeundo non fit heres; quoniam domino hereditatem acquirit, vt nec videatur hereditas apud eum momento substitisse, *l. placet. ff. de acquir. her.* Rursus voluntas testatoris est, seruo herede instituto, vt is sibi hereditatem acquirere possit vel domino, alioqui frustra institueretur heres. In hac controuersia ex sententia & errore testatoris, itemque ex eius obscura & certa voluntate, varie constitutum est à veteribus, vt declaratur §. *vlt. Instit. de vulgar. l. si paterfam. l. seq. ff. h. & h. l. 3.* qui omnes loci ad eandem quæstionem pertinent, nec vnus sine alio recte intelligi potest.

Est autem de hac re hæc iuris veterum distinctio. Refert, vtrũ testator, qui seruum heredem instituit, eum sciat seruum esse, an vero liberum putet, & ita ei alium substituat. Si scit seruum esse, seruo hereditatem adeunte substitutus excluditur; quia testator voluit seruum, quem instituebat, hereditatem domino acquirere aut sub conditione acquirere sibi. Nam aliter hic seruus heres fieri non poterit. Id autem intelligitur testator, voluisse, quod iure fieri potuit, vt declaratur *in dict. §. vlt. in fin. Institut. de vulg.* Quod si testator seruum, quem instituebat, liberum putauit, nec quicquam amplius significauit de sua voluntate, quatenus vellet eum seruum heredem esse; placuit, quãuis is seruus iussu domini hereditatem adierit; tamen hereditatẽ admitti, non quidem in totum, sed admitti in partem vna cum domino serui instituti, vt sic ambo in partem hereditatis admittantur, §. *vlt. in pr. l. & hoc. ff. hic.*

Hoc à veteribus prima ratione absurdum constitutum videtur. Nam cum seruus hereditatem adierit, vt & superiore casu: Cur non & ibidem & hic substitutus excluditur? Hoc Iulianus expedit *in l. si paterfam. ff. h.* & totidem verbis *in d. §. vlt. Instit. de vulgar*, explicatur. Est autem hæc ratio, quia & secundum verba substitutionis & secundum voluntatem testatoris seruus, quamuis hereditate adita heres non est, & proinde exstitit conditio substitutionis, eoque & substituto locus factus est. Quod ad proprietatem verborum attinet, iam dictum, seruum hereditatem adeũdo, proprie heredem non esse, sed dominum, cui hereditas acquiritur, *d. l. placet. de acquir. hered.* Quod attinet ad voluntatẽ testatoris, perspicuum est, cum testator eum instituerit, quem liberum putabat, testatorem hoc animo esse, vt ipse sibi hereditatem acquirat, vel vt ex libero seruus factus eam acquirat alij; quoniam id futurum erat, si seruus heres institutus liber fuisset, qualem testator esse putauit. Et ideo etiam subiicit: *Quod si heres non erit, Titius heres esto.* In verbis, *heres non erit*, cogitatione sua hoc dixisse intelligitur: *Si neque ipse sibi hereditatem acquisierit, neque in mutata conditione alium heredem fecerit*, vt in proposito nihil eorum factũ est, cum seruus hereditatem adiret iussu domini, primum quia sibi non acquisiuit hereditatem, cum seruus esset; deinde quia mutata conditione non quæsiuit alii, cum neque mutauerit ipse conditionem, & etsi mutasset, hereditatem acquisiuisset sibi & non alii. Ex quo intelligimus secundum conditionem substitutionis eum heredem factum non esse, & ita exstante conditione substitutionis substituto locum esse.

Sed ex hac re incidimus in maiorem difficultatem. Nam si conditio substitutionis exstirit, substitutus admitti debet in totũ, non in partem seruo & domino eius exclusis. Respondeo: Hoc recte diceretur, si constaret plane, quid in hac conditione substitutionis testator sensisset: nunc autem quid senserit, incertũ est, & nihilominus prò domino serui instituti faciunt & verba institutionis & voluntas testatoris. Nam seruus heres institutus postquam iussu domini adiit hereditatem, non est quidem heres iure, at est heres voluntate testatoris, neque id sine manifesto effectu. Nam si seruus interim liber fiat, sibi hereditatem soli acquiret: si seruus maneat, tamen hereditatem non adibit, nisi velit, eoque nec domino acquiret, nisi velit, vt dicitur *in d. l. 3. in fin.* Neque cogitatio, seu error testatoris refragatur: nam si testator voluit eum seruum, quem liberum putabat, mutata postea conditione nouum dominum heredem facere, consentaneum est, vt si seruus adhuc seruus sit, voluerit testator, vt præsentem dominum faceret heredem, cum nouum dominum testator nosse non posset, præsentem autem antehac nosse potuerit.

In hac ergo incertitudine voluntatis testatoris visum est neq; substitutum excludendum in totum, neque rurlus in totum admittendum, sed mediam sententiam sequendam esse, vt ambo ad hereditatem admittantur pro parte, vt alias mediam sententiã veteres sequi placet in ambiguis rebus, in quibus rationes contrariæ rem in contrarias sententias distrahunt. Exempla sunt *in l. antiqui circa fin. ff. si pars hered. pet. §. cum ex aliena. Instit. de rer. diuis. §. vlt. Instit. quib. ex caus. man. non licet.* Sed videri † potuit in hac incertitudine voluntatis testatoris, neuter esse heres, neque institutus, neque substitutus, vt fit, cum ex duobus Titiis, Titius tutor datus est, & non intelligitur de vtro testator dixerit: placet enim neutrum tutorem fore, *l. duo sunt. ff. de test. tut.* Respond. Dissimilia hæc sunt: nam cum testator Titium tutorem dat, vnum tutorem dat, non duos, & fieri potest, vt si vnũ tutorem dedimus ex duobus, eum eligamus, de quo testator non sensit, & ob id neuter erit, ne contra eius voluntatem faciamus. At in proposito testator aperte duos heredes instituit, seruum, quem primo loco instituit, & substitutum, quem secundo loco. Proinde vtrumque excludi, est contra voluntatem testatoris.

Restat ergo, vt cum de parte ignoremus, vtrumque in partem admittamus. Quæsitum est, in † quam partem? Resp. Cum voluntas testatoris & pro domino instituti & pro substituto pariter faciat, consequens est, vt pari caussa, parem quoque portionem esse vtriusque partis oporteat. Admittentur ergo ex æqualibus portionibus. Id intelligitur *ex d. l. & hoc ff. hoc tit.* vbi simpliciter dicitur, in hac specie hereditatem diuidi inter dominum serui & substitutum. Qui hereditatem diuidit, neque partes adiicit, æquas partes dicere intelligitur *ex d. §. vlt. Inst. de vulg.* vbi simpliciter scriptum est, in hac specie medium substitutum in partẽ admitti. Qui partem nominat, neq; adiicit, quotam intelligat, dimidiam intelligere dicitur, *l. nomen §. partitionis. ff. de verb. sig.*

Sed huic partitioni aduersatur *l. si paterfam. in fin. ff. h.* vbi ita scriptum est, in hoc casu duos semisses fieri, ex quibus vnus diuidatur inter dominum serui & substitutum. Resp. Hoc *in d. l. si paterfam.* scriptum esse in dissimili specie. Nam cum dicimus, hereditatem ex æquis partibus diuidi inter dominum serui & substitutum, id tum dicimus, cum vnus est institutus seruus, & vnus, qui seruo sit substitutus. Imperator autem *in d. l. si paterfam.* ait de ea specie, cum duo sunt heredes instituti, primo loco Titius, quem paterfamilias ingenuum putabat, qui tamen seruus erat, & Sempronius, qui vere erat liber, ex quibus Sempronius coheres substitutus est Titio, si ille heres non esset. In hoc casu recte dicitur primũ duos semisses fieri. Sic enim fieri necesse est ex institutione, cum duo sunt heredes instituti sine partibus, vnde æquales partes factæ intelliguntur, *l. 9. §. heredes ff. h. t.* Hæ partes duæ sunt semisses duo, ex quibus vnum accipit Sempronius ex institutione, de altero semisse ambigitur propter Sempronium substitutũ in eum semissem. Et Iulianus ait hunc semissem diuidi oportere inter dominum serui & Sempronium substitutum: Merito, quia in hunc tantum semissem fuerat substitutus. Quemadmodum igitur cum ex tota hereditate seruus heres institutus est, substitutus vna cum domino instituti ad diuisionem totius hereditatis vocatur: Ita necesse est, cum seruus ex semisse tantum institutus est, eum solum semissem inter dominum serui & substitutum diuidi.

Sed sententiæ huic refragantur verba legis. Nam in principio *d. l. si paterfam.* tantum proponitur seruus heres institutus, deinde Sempronius ei substitutus. Resp. Alciatus *lib. 1. disput. cap. 2.* testatur in huius loci interpretatione, se legisse in veteri Codice hæc verba *in pr. d. l. si paterfa. Et Sempronium coheredem ei substituerit.* Sempronium coheredem qui dicit, satis significat eum prius heredem institutum fuisse, & Titio seruo coheredem datum. Sed siue Alciatus ita legat, siue non: non dubium est, quin ita legi oporteat, cui lectioni mire respondent illa verba responsi: *Igitur in hoc casu.* Quibus verbis significatur. Iulianum non putare idem iuris esse in omnibus casibus, in quibus testator seruum quasi liberã putat instituit, sed in hoc casu, vt intelligamus in eo proprium aliquid propositum esse, diuersum à ceteris, nempe hoc modo, quod duo coheredes iustituti sunt.

Vt autem intelligamus, solum Titium institutum esse, vt vulgo veteres interpretes putant, & nihilominus hanc fieri diuisionem, vt vnus tantum semis diuidatur inter istos, nulla ratio patitur.

tur. Primo repugnat superioribus locis, de quibus dictum §. *vlt. inst. de vulgar. & l. & hoc ff. h.* Deinde de altero semisse, de quo tamē præcipue dici oportebat ad diuisionem hereditatis. Præterea vtri ex his, de quibus quæritur, hunc semissem attribuemus, absurdissime faciemus. Cum enim ad eos eadem quasi voluntas defuncti pariter pertineat, dispariter hereditatem partiemur.

Sunt, † qui *in d. l. si paterfam.* ita legendum putent: Igitur in hoc casu semisses fient, ita vt as diuidatur ex æquis portionibus, & quæ sequuntur. Qui cum refelluntur auctoritate publicæ & receptæ scripturæ; aiunt Iulianum ita scripsisse, Tribonianum imperitum iuris pro *as* reposuisse alter *semis*, quasi esset, as alter, & litera *S*, semis valeret. Sed hæc temeritas mutandæ receptæ lectionis valde vitanda est, atque etiam explodenda; vbi mutatio nullo teste, nullo auctore probatur. Quanquam in proposito hæc mutatio euidentissime refellitur. Nam quod dicunt; Tribonianum non intellexisse verbum *As* in responso Iuliani, conuincuntur *ex l. seq. & hoc.* Nam is Tribonianus collegit legem *Et hoc*, quemadmodum collegit legem *Si paterfam.* Et *in l. & hoc.* nominatim posuit hereditatem inter dominum serui & substitutum diuidendam, hereditatem & assem, vt non sit dubium, quin idem facturus fuisset in Iuliani responso, si Iulianus scripsisset assem, non alterum semissem. Deinde dum verba responsi Iuliani emēdare volunt, apertissime eius orationem deprauant. Nam quod dixit duos semisses fieri, in hoc casu tantum addere debuit inter dominum serui & substitutum non autem adiicere illa verba, ita vt as diuidatur ex æquis partibus. Nam duos semisses fieri inter aliquos, & hereditatem diuidi inter aliquos ex æquo; sunt orationes quidem plane pugnantes.

Hæc sententia declaratur hoc exemplo huius rescripti. Testator Sempronium Cassiani vxorem heredem instituit: his verbis: *Sempronia Cassiani affinis heres esto.* Constat vxorem affinem
5 non esse. Nam affines † definiuntur vxoris & viri cognati, *l. non facile. §. affines. ff. de grad. affin.* Ex quā definitione intelligimus virum & vxorem esse affinitatis caussam: affinitatem autem viri & vxoris, seu nuptiarum effectum. Certum est autem diuersa esse natura caussam & effectum. Non est igitur, vt dictum, Sempronia Cassiani affinis, cum sit Cassiani vxor. An igitur heres non erit, cum huius institutionis verba ei non conueniant; & placet nihilominus heredem esse; quia verbo Sempronia satis demonstrata est. Quod adiicitur affinis, demonstratio est noua, quamuis
6 falsa sit. Falsa demonstratio † heredi non nocet, satis est, vt dixi *ad l. 4. supr.* si quauis demonstratione de heredis persona constet, *l. 9. §. si quis nomen. & §. heres. ff. eod.*

Ad L. Si compensandi. 6.

Impp. Philipp. A. & Philippus C. Antonio.

Si compensandi debiti gratia vxor maritum fecit heredem: desiderio tuo præter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum iuris seueritas, verum etiam defunctæ voluntas refragatur. PP. 12. Kal. Martii. Præsente & Albino Coss. 247.

SVMMARIA.

1 *Casus legis proponitur.*
2 *Maritus ab vxore testamento heres cum alio institutus hac lege, vt debitum sibi ab vxore cum hereditate penset; an dimidiam debiti partem ab coherede petere possit.*

1 VXor † marito debuit 100. ea testamento instituit duos heredes ex æquis partibus, Sempronium & maritum suum; sed maritum hac lege, vt debitum cum hereditate pensaret. Si de debito non petendo nihil cauisset vxor, ius ita futurum erat, vt maritus pro dimidia parte heres exsistens, dimidiam partem debiti amitteret obligatione pro ea parte confusa, reliqua autem pars salua maneret, quam proinde posset maritus petere à coherede, *l. vt debitum. l. si adulta. iup. de hæredit. act. l. licet. infr. ad leg. Falc.* Secun-
2 dum † hocius maritus in proposito instituit petere 50. aureos à coherede Sempronio, id est, dimidiam partem debiti. Quæritur; an possit? Rescriptum est non posse, quia voluntas testatoris impediat. Idem caueri posse à testatore cautum est *in l. si vxor. inf. de bonis auth. iud. posid.* Et merito, quia hæc scriptura pro liberatione coheredi legata accipienda est, huic autem liberationem legari posse, & quod idem est, heredem creditorem damnari posse, ne à debitore petat, inter omnes conuenit, *l. 2. l. non solum autem. §. 1. ff. de liber. leg.*

Adiicitur hoc rescripto & hæc ratio, quod legis seueritas id exigat, quod referri debet ad l. Papiam, qua cautum erat, ne coniuges inter se ex testamento capere possint amplius, quam decimam præterquam certis casib. de quibus *in fragment. Vlpiani sub tit. Decimis. & t. seq. & t. de solidi capacitate.* Sed & hæc lex postea sublata est, & iussum, vt coniuges non minus inuicē capere possint ex suis testamētis, quā quiuis alii ciues Romani, *l. vlt. inf. de inf. pœn. cœlibat.* Po quam constitutionem rescriptum hoc sola voluntate testatoris defenditur, nisi sententiam legis interpretari velimus ius, quo obligatio tollitur per confusionem, quod tamē minus proprie ici potest. Nam confusio æquitatem habet, non seueritatem d

---

Ad L. Nec apud. 7.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Zenoni.

Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit: portionem hereditatis, quam is, aduersus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet: restitui tibi præses prouinciæ curabit. PP. 3. Non. Decemb. Diocletiano II. & Aristobulo Coss. 285.

SVMMARIA.

1 *Adoptatus ab aliquo in fratrem, & postea ab eodem adptionem valere rato, tanquam frater heres cum alio institutus, an pro herede habendus sit.*
2 *Nemo alium sibi in fratrem adoptare potest.*
3 *Adoptio quid.*
4 *Obiectio refellitur.*

QVidam apud peregrinos vel hostes, vel eos, qui ciues Romani non erant, sibi aliquem adoptauerat in fratrem, & dum putat adoptionem valere, hunc semper pro fratre habuit. Idem postea testamento heredem instituit filium suum, & vna cum filio hunc, quem pro fratre habuit, & instituit tanquam fratrem, 1
nimirum sub appellatione fratris. Cum fieret ei † controuersia, quasi heres non esset, de eo ita hoc constitutum est, tum defuncti fratrem eū noa fuisse, proinde tanquam fratrem institutū heredē non futurum, quę sententia conuenit *cum l. 4. sup. & i. neque supra. prox. tit.* Adiicitur, eam portionem filio defuncti addici debere; quod fit iure accrescendi, *l. qui ex duab. §. vlt. ff. de acquir. hered.*

Adiicitur prærerea ratio, cur hic non fuerit frater; quia nemo 2
† alium sibi adoptare potest in fratrem, idque nec apud peregrinos. Quod dicitur neminem in fratrem adoptari posse, sumitur 3
ex definitione & natura adoptionis. Nam adoptio † est modus ciuilis, quo nobis quodammodo generamus liberos, *l. 1. ff. de adopt.* Non gignimus autem nobis fratrem, sed liberos. Sed † obstare 4
videtur, quod defunctus fratrem istum sibi adoptasset non apud ciues Romanos, sed apud peregrinos, apud quos facile obtinebat, vt adoptione frater fieri posset. Respondent Imperatores, nihil profuturum defuncto, aut adoptato; quoniam vbicunque frater adoptatus sit, semper ius ciuile Romanorum eam adoptionem repudiat: nunc autem hereditas, de qua hic, percipitur secundum ius ciuile Roman. & nōn secundum ius peregrinorum.

Ad L. Collegium. 8.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Hadriano.

Collegium, si nullo speciali priuilegio subnixum sit; hereditatem capere non posse, dubium non est. PP. 10. Kal. Iun. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.

SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Collegia an hereditatem capere possint? distinguendo affirmatur.*
2 *Collegia illicita collegia non sunt.*
3 *Collegia licita quæ.*

1 VEtus dubitatio fuit, an capita † certa ciuium Rom. institui possint, vt collegia, & dum obtinuit, non posse, vt dicemus *ad l. hereditatis. infr.* tandem receptum est, & hæc institui posse omnia, vt ciuitatem *l. hereditatis inf. l. si quis heres. §. vitii. de legat.* 1. vt collegia, de quibus hic dicitur & merito: nam si ciues Romani singuli recte instituuntur, nihil caussæ est, cur non corpora certa ciuium Romanorum recte instituantur, cum sub illis capitibus intelligantur instituti ciues Romani. Sed cum de collegiis dicimus, hæc ex testamento capere posse, licita collegia intelligi-
2 mus, vt hic declaratur. Nam illicita non † sunt collegia, vt generaliter pro non facto dicimus esse, quod contra legem fit. *l. non*
3 *dubium sup. de legib.* Licita collegia † sunt non ea, quæ ciues sibi priuatim sua voluntate constituunt, sed quæ permissu vel constituuntur, vel confirmantur, *l. 1. ff. quod cuiuscunque vniuers. nomine.* quod & hic significatur.

Ad L. Extraneum. 9.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Iuliæ.

Extraneum etiam, cum quis moreretur, heredem scribi sibi placuit. PP. 16. Kalend. Nouembr. Sirmii AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Duplex huius loci lectio, & vtraque probata.*
2 *Hæc institutio*, Titius heres esto, cum Sempronius morietur, *valet.*
3 *Valet & hæc institutio*, Titius cum morietur, heres esto.
4 *Adiectio hæc in persona heredis instituti*, cum morietur, *superuacua & pro non adiecta est.*
5 *Inter institutiones has*, Cum heres morietur, *&*, Cum alius morietur, *quid interfit.*

1 HIC † locus legitur dupliciter, vel vt extraneus institui possit, cum quis alius moritur; vel vt extraneus institui possit, cum ipse moritur. Quo posteriori modo Accursium legisse, ex glossa eius apparet. Vtraque lectio probata est, & sententiam veram & certi iuris continet. Habet tamen vtraque institutio non-
2 nihil dubitationis, quæ remouenda est. Dicimus hanc † institutionem valere, *Titius heres esto, cum Sempronius morietur.* Hoc amplius dicimus ita valere, vt Titius heres institutus non ante hereditatem possit adire, quam Sempronius mortuus fuerit; quoniam institutus sit sub conditione, quam conditionem exspectare oportet, idque de ea ipsa specie conditionis diserte scriptum est *in l. heres meus, §. vlt. ff. de condit. & demonstration.*

Sed opponitur *l. hereditas. ff. eod.* vbi scribitur, hereditatem ex die dari non posse. Quidam respondent, non posse quidem ex die dari, vt dies exspectetur, sed diem reiiciendam esse, vt *in ea l. hereditas*, scriptum est, ideoque in proposita institutione idem faciendum esse, sed male; non enim intellexerunt his verbis, *Cum Titius morietur*, contineri diem incertum, ac proinde conditionem. Nam dies incertus conditionem facit, *l. dies de condit. & demonst.* Denique inter omnes veteres constitit, nihil interesse, vtrum dicam; cum Sempronius morietur, an si moriatur, cum venerit, an vero si venerit, *l. si Titio. ff. quand. dies leg. ced. l. quodcunque §. non solum. de verb. oblig.* Vnde & hanc conditionem exspectandam esse
3 scribitur *in d. l. heres meus.* Non obstat, quod dicitur conditionem quæ certo existitura est, non facere conditionem, *l. si pupillus. §. qui sub condit. ff. de nouat.* Hoc enim vere dicitur in stipulationibus; quoniam conditionis euentus etiam ad heredes stipulatoris defertur, *§. ea conditione. Inst. de verb. oblig.* At in heredis institutione, nisi viuo herede exsistit conditio frustra eo mortuo exsistet, quoniam mortuus amplius hereditatem adire non potest: hereditas autem non adita ad heredes non transfertur *l. vn. §. an nouissimo. inf. de caduc. toll.*

Sed † nec minus valet illa institutio, *Titius, cum morietur, heres* 3
esto. Quidam tamen hanc institutionem inutilem putant; quia heres institutus hereditatem adire non potest, cum moritur. Hi decepti sunt ideo; quia putauerunt heredem institutum non posse hereditatem adire, nisi cum moritur, & in summa, diem mortis esse exspectandum, quod non ita est. Nam † hæc adiectio 4
in persona heredis instituti, cum morietur, superuacua est, quod sic liquido potest intelligi. Cum hæc scriptura, *cum heres morietur*, conditionem habet & diem, cum morietur, *l. si Titio. ff. quando dies leg. ced.* quod attinet ad conditionem, hæc pro non adiecta est. Denique non est hæc institutio conditionalis: nam quoties conditionem cernimus viuo herede, aut legatario non exstituram, qualis hæc est, toties pro conditione non habetur, *l. heres neque in pr. ff. de cond. & dem.* Superest dies; At hic etiam frustra institutioni adiicitur, & hæc adiectio perinde habet, quasi pura esset institutio, *d. l. hereditas. ff. h.* Quibus efficitur, cum heres ita institutus est, cum ipse moritur institutionem prò pura haberi, & ob id valere quia quandocunque velit heres, possit adire hereditatem, cuius institutio differtur conditione, neque eius perditur mora. Referunt huc eodem exemplo de relicta libertate & relicto vsufructu. Nam si Stichus iussus sit testamento liber esse, cum moreretur, placet inutiliter relinqui libertatem, *l. libertas. ff. de manum. test.* non alia ratione, quam quod hic dies mortis Stichi exspectandus est secũdum adiectionem testatoris, quo die exspectato nulla libertas esse potest, cum moriatur. Similiter si Titio vsusfructus relictus sit, placet inutiliter relinqui; quia dies morti eius exspectandus sit, quo exspectato, nullus vsusfructus est, vtpote, qui incipiat eo tempore, quo à persona recedit, *l. Titio. ff. de vsufr.*

Sed male hæc comparantur cum heredis institutione. Ideo enim in legatis diem mortui legatarii exspectamus, cum in eius mortem legatum datum est; quia cum libertas & quiduis aliud ex die & sub conditione relinqui possit, *l. 1. ff. de cond. & demonstr.* Heres autem contra ex die heres institui non potest, *d. l. hereditas. ff. h. & §. heres. Inst. h.* Summa † hæc est: Heres quamuis recte insti- 5
tuatur, & cum morietur ipse, & cum alius morietur; tamen inter vtrumque hoc interest, quod cum heres institutus est, cum ipse morietur, pura institutio est, & volens hereditatem recte adibit, ob eam caussam, quam supra dixi. Cum autem institutus est, cum alter morietur, conditionalis institutio est, quoniam non est certum illum alterum moriturum viuo instituto. Proinde exspectãda conditio est, & si ea pendente heres institutus decesserit, nihil ad heredes suos transmittit.

Ad L. Neque 10.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Asclepiadæ.

Neque per se heredes institutos, quibus hoc concessum non est, neque per seruos proprios hereditatem posse quærere, iuris dictat ratio. S. 16. Kal. Sept. Sirmii, Cas. Coss.

SVMMARIA.

1 *Qui per se hereditatem acquirere non potest, nec per seruum suum potest.*
2 *Qui ipsi heredes institui non possunt, eorum nec serui institui possunt.*

QVi † per se hereditatem acquirere non potest, nec per ser- 1
uum suum potest. Deportati, exempli gratia, institui nõ possunt, nec instituti capere hereditatem, *l. 1. sup. h.* Si eorum serui instituti sunt, nihilo magis per seruos capient, vt hic est constitutũ, & recte. Plus est enim acquirere per alios, quam per semetipsum & cum alicui non conceditur quod minus est, per seipsum scilicet acquirere, non debet concedi quod maius est, acquirere scilicet per alios. Hinc regula nata: Quod quis per se non possit, per alium non posse *c. quod alicui. extr. de reg. iur.* Huic loco opponitur *l. cum autem. §. vlt. ff. de adilit. edict.* Deportatus cum seruum ex donationis, aut emtionis caussa acquisiuisset, eum vendidit, & pretium consecutus est, quod & rite facere potuit, cum & donatio & emtio sit de iure gentium, *l. iurisgent. ff. de pact.* Hic seruus venditus cum apud emtorem esset, heres institutus est, & iussu emtoris eiusdemque noui domini hereditatem adiit, quæ & emtori

quæ-

quæsita est, §. *item nobis. Instit. per quas person.* Postea cum seruum morbosum, aut vitiosum esse appareat, idcirco emtor eum ex edicto ædilitio redhiberi vult venditori, vt in integrum restituatur emtio, quod ex d. lege licet, vbi scriptum est: Emtorem non alia conditione eum seruum redhibere posse deportato, quam si vna cum seruo hereditatem per seruum quæsitam restituat, tametsi deportatus ex sua persona capere non potuerit. Ex quo responso colligi videtur, eum deportatum, quem constat ex testamento alieno hereditatem alienam capere; tamen in proposito, aut per seruum suum, aut emtorem capere: vtrum autem dicamus, ad iuris rationem nihil refert.

Sed dicendum est, nihil tale ex eo loco colligi, & in summa nihil hic quæri deportato, quod per se quærere non potuerit. Nã ipse hereditatem per seruum non capit ex testamento: hæc enim prius emtori quæsita est. Rursus hereditatem non acquirit per emtorem: hæc enim semel emtori quæsita, desiit esse hereditas, & cœpit proprium esse emtoris. Non prohibetur deportatus ab emtore requirere res eius priuatas: hic autem eo modo acquirit, cum acquirit ex caussa redhibitionis. Nã redhibitio est ex natura & iure actionis, ex emto, *l. ex emto. §. 3. de act. emt.* Plus dicimus
2 hoc loco: Qui † ipsi heredes instituti non possunt, eorum nec seruo instituti possunt, *l. non minus. ff. eod.* Quod tamen sic interpretandum est: Quod si deportati seruo heredes instituti, frustra sint instituti, vt deportatis acquirant, si seruo postea manumissi, sint ad hereditatem admittendi, *l. si seruus eius. de acquir. hered.*

Non obstat, quod in heredibus instituendis spectatur tempus, quo instituuntur, vt sit cum eis testamenti factio, *l. si alienum §. 1. ff. eod. §. in extraneis. Instit. de hered. qual. & differ.* Hoc enim ita est, nisi is, qui capere non potest, instituatur in id tempus, cum capere potuit, *l. in tempus. ff. eod.* Id autẽ tempore testatoris intelligitur, cũ seruus heredẽ instituit: hic enim intelligitur instituere, vt vel domino suo acquirat, vel si alienatus erit nouo domino, vel manumissus, sibi acquiri possit, *Instit. de hered. instit. & §. alienus. l. si patersam. ff. eod.*

Ad L. Extraneum. 11.

Impp. Theod. & Valent. AA. Hierio PP.

Extraneum etiam penitus ignotum heredem quis instituere potest. Dat. 11. Kal. Mart. Constantin. Felice & Tauro Coss. 428.

SVMMARIA.

1 *Extraneus ignotus an heres institui possit?*
2 *Quod dicitur,* Iudicium testatoris in testamento certum esse debere, *quo modo intelligatur.*

1 DVbitatum est, † an quis extraneum sibi ignotum possit instituere, propterea quod constitit inter omnes auctores iuris, iudicium testatoris in testamento certum esse oportere, & eum, qui certam legem testamento dicere non possit, testamentum facere non posse, *l. qui in testamento. ff. de testam. & qui testam. arg. in l. illa. ff. hoc tit.* Non videtur autem testatoris iudicium certũ esse posse de homine, quem penitus non nouit. Sed nihilominus placuit etiam maxime ignotum instituí posse, vt *hic & in §. vlt. Instit.*
2 *eod.* Nec ad † rem pertinet, quod iudicium testatoris debet esse certum. Hoc enim iudicium requiritur in rebus eius & in persona eius, vt sciret se testamentum facere posse, & sciat se iure posse & habere, vnde testetur, vt declaratur exemplo *d. l. qui in testam.* Certum quoque iudicium esse debet testatoris in eo, vt sciat nomen eius, quem instituerit, ne erret in persona. Cetera quia ad voluntatem supremam testatoris nihil pertinent, quales sunt mores heredis instituti, conditio & familia eius, testatorem ignorare concessum est. Denique dum persona heredis instituti constet, ex ea demõstratione, quæ certa sit, ad institutionem heredis satis est, *d. l. quoties. §. heres. ff. eod.* Nihil huc pertinet, quod dicitur *in l. 1.* peregrinos instituí non posse. Alius enim est extraneus ignotus, alius peregrinus ille, qui nulla nos necessitudine attingit, hic etiam maxime ignotus instituí potest, dum ciuis Romanus sit, ille ciuis Romanus non est; vnde non potest instituí etiamsi nobis notissimus sit, vt dictum *ad l. 1.*

Ad L. Hereditatis. 12.

Imp. Leo A. Erythrio PP.

Hereditatis, vel legati, seu fide commissi, aut donationis titulis domus, aut annonæ ciuiles, aut quælibet ædificia vel, mãcipia, ad ius inclytæ vrbis, vel alterius cuiuslibet ciuitatis peruenire possunt. D. 5. Kal. Mart. Martiano & Zenone Coss. 469.

SVMMARIA.

1 *Ciuitates & municipia olim hæredes instituí non poterant, nec iisdem legari.*
2 *Ratio huius constitutionis.*
3 *Contrarium hic constituitur.*

CONstat † olim existimatum esse, ciuitates & municipia non 1
posse heredes instituí, perinde vt neque legari. Id scriptum *in fragm. Vlpian. tit. qui fac. her. poss.* Sed huius iuris certum est argumentum *in l. omnibus. ff. ad Trebell.* vbi scriptum est, Senatusconsulto effectum esse, vt municipibus fideicommissa hereditas possit restituí. Ex quo intelligimus, ante id Senatusconsultum nullam fuisse necessitatem restituendi, quia videlicet municipium capere non posset. Ratio † hæc videtur, quia incertis personis tum 2
non poterat legari, §. *incertis. Instit. de legat.* quo ex genere putabantur esse ciuitates & municipia, quia ciuitates nihil sunt, sed ex ciuibus singulis æstimantur, ciues autem incerti. Eodem accedebat, quod non videbatur, singulos ciues adire posse, vt cernerent hereditatem.

Sed tandem † obtinuit, ciuitates & municipia instituí posse, 3
& quiduis ex alieno testamento capere, quod & ante hanc constitutionem inductũ videri potest, vt colligitur *ex l. 6. §. si fisco. ff. ad Trebell.* Vtcunque est, id diserte hac constitutione cauetur, nec mouebimur, quod incerta persona ex testamento heres instituí, & capere non possit: nam singula capita ciuitatis certa sunt. Vt ipsa autem ciuitas instituitur, non singuli ciues, etsi quis putaret singulos ciues instituí; tamen non minus hi certi sunt; vnde ciuitates nominantur, cum nominatur aliquid, quod certo loco nominetur, id vt & locus ipse certum est, *l. palam. de legat. 1. l. ait. ff. de re iud.* Adde quæ dixi *ad l. collegium.*

Ad L. penult. Quoties.

Imp. Iustinianus A. Mennæ præfecto prætorio.

Quoties certi quidem ex certare scripti sunt heredes vel rius rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: Alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam vnciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus vti vel conueniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certare scriptorũ fieri. Dat. 8. Id. April. Constantinop. Decio V. Coss. 529.

SVMMARIA.

1 *Ex re certa heres quis instituí non potest.*
2 *Si quis ita sit institutus, an institutio valeat.*
3 *Quoties aliquid fit partim legitime, partim non, id quod licite fit, valet, nec per partem inutilem vitiatur.*
4 *Quoties fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, & sine quibus ad id, quod volumus peruenirí non potest.*
5 *Duobus heredibus ex rebus certis institutis quid iuris sit.*
6 *Vno ex re certa, alio, vel aliis non ex re certa institutis, quid iuris sit.*
7 *Ex re certa institutus, vtrum legatarii, an heredis locum habere dicatur, quid intersit.*

8 *Heres ex re certa institutus, reliquis heredibus vel hereditatem non adeuntibus, vel deficientibus, quid consequatur, & num 9.*

1 QVæritur, an quis institui possit ex re certa, veluti ex fundo Tusculano? Et certum † est non posse, vt quidem efficiatur heres ex ea re certa. Nam heres est iuris vniuersi successor, non vnius rei, *l.9.§.heredes.ff.h.§.legatariis.Inst.de testam.ordin. l. hereditas.*
2 *ff.de reg.iur.l.nihil aliud.de verb.sig.* Vnde † rursus quæsitum est, an si quis ita sit institutus heres, institutio valeat? Et placuit valere, vt vel institutus legatum solum haberet, vel vt in totum heres esset: vt constat ex hoc loco, *& l.1.§. si ex fundo.l.si alterius.cum l. seq.ff. eod.* Sed qui ita institutus est ex re certa, placet alias eum heredē esse in totum, alias legatarii locum habere. Pro herede habetur, si solus ex ea re certa institutus est, *d.l.1.§.si ex fundo.* Sed hic primum repugnat ratio iuris: nam dicitur neminem ex re certa heredem esse posse. Respondeo: Cum dicimus, institutum hoc casu heredem futurum etiam in vniuersum heredem fieri: non enim ex fundo dixi, vt sit heres, vel quasi sine mentione fundi simpliciter institutus esset, vt ibidem scriptum est.

Sed rursum hic repugnat scriptura testamenti. Nam testator institutum non simpliciter heredem voluit sed ex re certa. Respondeo: Is, qui heres institutus est, esset, si posset, nunc quia non potest, idcirco quod non legitime adiicitur, pro non adiecto habetur, vt sic institutus fiat heres detracta mentione fundi, idque
3 congruit cum ea definitione: Quoties † aliquid fit, sed partim legitime, partim non, id, quod licite, neque vitiari potest alteram partem inutilem placuit, *l.1.§.antep. ff.de verb.oblig.* Quod contingit in hac institutione: nam testator vult primum Sempronium sibi esse heredem, hoc vtiliter facit, & ideo heres erit. Vult præterea heredem esse ex certa parte, hoc vero inutiliter adiicitur, proinde pro non adiecto habetur. Qua ratione receptum est, etsi quis heres institutus sit ex die, is institutus intelligatur detracta mentione diei, *l.hereditas.ff.eod.*

Sed rursum eadem vtilitas testatoris restringi videtur, quo minus is, qui institutus sit in totum heres. Nam cum testator eum instituit ex re certa, amplius eum habere nihil voluit, ac proinde ex voluntate testatoris heres non erit. Respondeo: Imo hoc ipso, quod testator voluerit heredem institutum rem certam habere, etiam illum heredem esse voluit, quia eam rem ex testamēto habere non potest, nisi adeatur hereditas ex testamento, *leg. nunquam inf. de fideicom.* Non poterit ex eo hereditas adiri, nisi is, qui institutus est, sit heres. Proinde testator eum quoque heredē
4 esse voluit. Quoties † enim fieri aliquid volumus etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, sine quibus ad id, quod volumus, peruenire non potest, *l.illud.in fin.de acquir.her.l.1.§.1.ff. si vsufr.pet.l.2.ff.de cond.inst.*

5 Idem iuris † est, si duo sint heredes ex rebus certis instituti. Nā & hic, cum non possint eas res consequi ex voluntate testatoris, nisi & ipsi heredes sint, fit, vt ex eadem voluntate heredes sint, & quoniam non possunt heredes esse, nisi detracta singularum rerum mentione, fit, vt non pro modo rerum legatarum sint heredes; sed ex æquis partibus, *l.si alterius.& l.seq.ff.eod.* Solum res, ex quibus instituti sunt, percipiunt prælegati iure in diuisione hereditaris, de quo multis verbis disseritur *in l.ex facto proponebatur. ff.*
6 *eod.* Quod si † vnus institutus sit ex re certa, alius autem, aut alii instituti non ex re certa, hic locum habet hæc constitutio, qua cauetur eum, qui ex re certa institutus est, legatarij loco, non heredis esse: eum autem, eosue, qui non ex re certa instituti sunt, solos heredes esse, solos exercere actiones hereditarias, solos à creditoribus hereditariis conueniri, & solos in summa hereditatis oneribus teneri. Differentiā non facit sola voluntas testatoris: nā quoties testator instituit aliquem ex re certa, toties vult eum rem solum habere, si habere eam potest sine hereditate. Quod si eam habere non potest, nisi sit heres prius, vult quoque heredem prius esse. At prioribus duobus casibus, quos commemorauimus, institutus ex re certa, eam rem habere non potest, nisi prius sit heres, vt eius aditione testamentum confirmetur, & proinde seruaretur voluntas testatoris, quo fit, vt etiam sit heres. In hoc autem postremo, de quo agitur hac constitutione, euenit, vt heres ex re certa institutus eam rem solam habere possit etiāsi non sit heres; quia alii sunt heredes instituti: nam ex re certa, quia veri heredes exsistere possunt, & quorum aditione testamentum confirmetur, vt sit ex eo testamento res certa, quæ huic ex re certa instituto præstari possit. Ergo vt dicimus hic, qui exemplo proposito ex re certa institutus est, legatarii tantum loco habetur.

Quid † interest, vtrum legatarii locum eum habere dicamus, 7
non heredis: Hoc interest; quia legatarius nihil consequi potest præter rem legatam, heres autem in vniuersum ius defuncti succedit, *l.heres in omne de acquir.her.* Præterea legatarius sine onere legatum habet, id est, non tenetur creditoribus hereditariis, soli heredes rei alienæ obnoxii sunt, *l.vlt.sup.de her.act.l.si hereditatem.ff. mandat.* Ceteri autem heredes instituti soli heredes sunt, & in solidum tenentur, siue instituti sint sine parte, siue ex certis tantum ratisque, vt hic adiicitur. Sine parte hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres est. Secundus & tertius heredes sunto.* Dicimus hoc casu secundum & tertium solos obligari iure alieno, quod dubitationem non habet, quia heredes sine partibus instituti, in totum instituti intelliguntur, *l.quoties 9.§.heredes.ff.h.*

Ex certis vnciis institutio fit hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres esto, secundus & tertius ex 4.vnciis heredes sunto.* Dicimus hic secundum & tertium in solidum heredes esse, & teneri creditoribus hereditariis. Hoc vero videbatur absurdum, teneri videlicet istos in duabus vnciis, in quas diuiditur hereditas, cum verbis testatoris solum instituti sunt ex 4.vnciis. Huius ergo dubitationis remouendæ caussa in hac adiicitur constitutione, reliquos heredes, quamuis ex certis vnciis instituti sint, nihilominus tamen heredes in solidum futuros, & onera hereditaria admissuros. Nō obstat, quod sunt tantum ex 4.vnciis instituti: nam quoties testator certas tantum vncias nominat, in his totam hereditatem ponere intelligitur, *l.interdum.§.1.eod.§.hereditas.Instit.eod.*

Sed hæc omnia ita se habent, si in hac specie hi, qui sine certa instituti sunt, aut omnes, aut quidam ex iis hereditatem adierunt, vt sic testamenta confirmentur, & legatum præstari possit ei, quem legatarium esse volumus. Sed quid † si nemo ex heredi- 8
bus institutis hereditatem adeat? Prima ratione videri potest ei, qui ex re certa institutus est, nihil deberi; non eam rem certam; quia ea legata est; quo nomine dicitur legatarius is, qui institutus est: hereditate autem ex testamento non adita, nullum legatum deberi potest, *d.l.eam quam.infr.de fideicom.* Rursum nec deficientium heredum portiones huic ex parte instituta possunt accrescere; quoniam ipse non est heres; sed legatarius: portiones autem deficientes solum ei accrescunt, qui & ipse sit heres, & prius portionem hereditatis adierit, *l.qui ex plurib.§.vlt.ff.de acquir.her. l. 1.§.vlt.& ll. seqq.de bon.poss.l., si ex pluribus.de suis & legit.hered.*

Sed dicemus, † eum, qui ex parte institutus est, aliis heredibus institutis deficientibus solum heredem esse, quasi institutus esset detracta rei certæ mentione. Nam hoc ius futurum erat, si solus heres institutus esset ex re certa, *l.1.§.si ex fundo. de her. instit.* In specie autem proposita, cum hi, qui instituti heredes erant sine re certa, hereditatem non adeunt, solus reperitur institutus esse is, qui ex certa re institutus est. Proinde eodem modo solus heres erit, non quasi iure accrescendi aliorum portiones obtinuerit, sed quasi ab initio solus heres institutus esset, vt dictum. Non obstat, quod in hac constitutione dicatur legatarii loco esse, qui in specie proposita ex re certa institutus est. Hoc enim totum sic accipiendum est, si alii non ex re certa instituti heredes sint, quod fit illis hereditatem adeuntibus. Idque satis ostenditur ex eo, quod iubentur actionibus hereditariis vti & teneri. Idem declaratur verbo legatarii: nam is, qui ex re certa institutus est, non potest esse legatarius, nisi legatum consequatur: non potest autē consequi, si ex testamento alii hereditatem non adierint.

Huic distinctioni, quæ hic tradita est, male vulgo putant aduersari *Auth.nouissima sup.de inoffi.testam.* in quo agitur de filio, qui trientem habere debet, vel institutionis, vel quouis titulo, ex quo intelligimus, eam legem ad speciem huius constitutionis nihil pertinere omnino. Nam hic aut filius instituitur non ex re certa, aut illic res certa relinquitur, sed non instituitur heres: nobis autem hic sermo est de eo, qui coniunctim instituitur heres, & vitiose instituitur; nempe ex re certa.

Ad L. vlt. Cum in.

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

Cum in libris Vlpiani, quos ad Masuriū Sabinū scripsit, talis species relata sit, hāc apertius expedire nobis visum est. Quidā testamētū faciēs ita instituit, Sempron. Plocii heres esto.

Veteres

Veteres quidem existimabant, errorem nominis esse, & sic institutionem valere, quasi testator Plocius nominaretur, & Sempronium sibi scripsisset heredem, &c.

SVMMARIA.

1 *Institutio hæc,* Sempronius Plocij heres esto, *quo accipienda modo, & an valeat, vel minus.*
2 *Iustiniani super controuersia huius institutionis decisio, & nu.* 4.
3 *Heres heredis heres quoque est testatoris.*
5 *Ius certum circa interpretationem voluntatis testatoris obseruandum.*
6 *Error nominis in institutione non nocet.*

1 TEstator † ita heredem instituit: *Sempronius Plocij heres esto*, siquidem testator Plocius vocetur, expedita interpretatio est huius institutionis. Sic enim est accipienda, quasi testator instituerit sibi, vt de se sub tertia persona sit locutus. Sin testator Plocius non vocetur, quæsitum est, an valeat institutio? Non valere statim dixeris; quia testator sibi heredem non instituit: instituit Plocio, sed non potuit; quia incerta est voluntas testatoris, si quis legauerit rei suæ, non alienæ, *l. verbis leg. de verb. sig. l. testandi. supr. prox. tit.* Rursum institutionem valere dixeris, vt valeat detracta Plocij mentione, quemadmodum fieri dicimus in iis speciebus institutionum, de quibus *ad l. pen. sup.* dictum est, *l. 1. §. si ex fundo. ff. h.* Quod posterius veteres quidam secuti sunt, quasi non videretur testator satis nominis sui meminisse. Iustinianus † hanc controuersiam decidens ita constituit: Institutionem hanc duobus casibus recipi posse: Vnus est, si testator alicui nomine Plocio heres prius exstiterit. Sic enim accipietur institutio, quasi testator iusserit Sempronium sibi heredem esse, ac per se Plocio. Quæ interpretatio ita recte defenditur: cum enim testator iubet Sempronium heredem esse Plocio, intelligitur velle ea omnia, sine quibus Phocio heredes esse non potest, *arg. in l. illud. de acq. hered. l. 2. ff. de iurisdict.* Non potest autem Sempronius Plocio heres esse nisi prius testatori heres exstiterit, cui si exstiterit heres, idem quoq; Plocij heres erit. Proinde ex voluntate testatoris Sempronius testatori heres erit, ac per Sempronium heres erit Plocio.
3 Idq; † consentaneum est regulæ iuris: Heredem heredis heredem quoq; esse testatoris, quæ regula hic refertur, estq; sententia iuris certi, *ex l. 3. de pet. her. l. interdum, de appell. l. sciendum est heredem. de verb. sig.* Secundum quã regulam dicemus, in proposito Sempronium, cum heres factus erit defuncti, de cuius testamento nunc agitur, heredem quoq; futurum testatoris Plocij, cui defunctus hic heres exstiterat, & merito; nam in proprio defuncti reperiuntur, omnes hereditates eorum, quibus prius heres factus erat.
4 Altero † casu defenditur hæc institutio, si testator aliquem Plocium sibi heredem instituit, deinde ita scripsit: *Sempronius Plocij heres esto.* Hic enim sic accipitur hæc institutio, vt Sempronius testatori sit heres, si Plocius heres institutus, heres non erit. Sed videtur hæc interpretatio verbis institutionis plane repugnare, ac propterea admitti non debere. Nam verba institutionis exigunt, vt Sempronius fiat heres Plocio, secundum sententiam autem Iustiniani fit heres testatori, non Plocio. Nam ex substitutione vulgari, qualẽ hic interpretatur Iustinianus, testatori succeditur, non heredi instituto, *Inst. de pupill. substit.* diserte dicitur *in prin.* Respond. Fatendum est, Sempronium in proposito secundũ verba institutionis, admitti non posse ad hereditatem testatoris, sed secundum sententiam testatoris admittitur, & institutio valet. Nam his verbis, *Sempronius Plocij heres esto*; intelligitur testator prius Plocium heredem instituisse, deinde Sempronium ei substituisse, in pupillarem casum, siue in secundũ casum, si Plocius heres erit; & intra aliquot annos postea decesserit. Quod ita interpretamur; quia qui in hunc casum primo heredi substituitur, fit heredi instituto heres, non testatori, *dict. loco Instit. de pupill. substit. in pr.* Est † autem ius certum circa interpretationem volũtatis testatoris, quoties testator primo instituto aliquem substituit in secundum casum, si primus heres erit, videri etiam eundem substituisse in primum casum vulgarem, si primus heres non erit, *l. iam hoc iure. D. de vulg. subst.* Ex hoc vulgari substitutione tacita hæc institutio defenditur.

Quod si testator neq; exstiterit heres alicui Plocio, neque Plocium aliquem heredem instituerit, placet institutionem institutionem esse. Hic occurritur. At error † nominis non nocet: quid igitur prohibet, quo minus hic errante testatore intelligatur semper heres institutus esse? De nomine est *l. 3. §. 1. D. de legat. 1.* Resp. Non dicimus institutionem ideo hic non valere, quasi testator in nomine proprio errauerit, & hic error noceat: tantum enim abest, vt hæc reijciatur institutio propter errorem nominis, vt nominatim Iustinianus dicat, ideo non improbari; quia testator in nomine errauit. Non vero verisimile esse quenquam in nomine suo errare. Sed hæc ratio est, quam initio ostendit; quia potuerit testator sibi heredem instituere, sed noluit.

At quomodo, cum quis ex re certa instituatur, institutio valet rei certæ detracta mentione? Item cum quis institutus est ex die, institutio recipitur, detracto eo die? *l. hereditas, D. eod.* Respondeo: Quia in superiorib. causis testator voluerit eum, quem instituit, aliquo modo heredem esse, vt aliquo modo capere non possit etiam heres, nisi inutilibus detractis. Ea igitur secundum voluntatem testatoris detrahuntur, vt sit heres, quem instituerit. In proposito autem apparet testatorem non instituisse Sempronium sibi, sed Plocio, non detrahetur igitur, quod testator adiectum voluit, ne fiat illi heres is, quem sibi heredem esse noluit.

AD TIT. XXV. COD. DE INSTITVNIONIBVS, ET SVBSTITVTIONIBVS, ET restitutionibus sub conditione factis.

SVMMARIA.

1 *Continuatio huius tituli cum superiore.*
2 *De institutione, quæ fit sub conditione, tria quæruntur.*
3 *I. An omnes sub quauis conditione institui possint.*
4 *Conditio, quæ aperte verbis in alienam transfertur voluntatem, inutilem reddit institutionem: secus, si tacite id fiat.*
5 *Institutio captatoria institutionem vitiat & tollit.*
6 *II. An conditio sit exspectanda.*
7 *Impossibilis conditio in testamento pro non adiecta habetur.*
8 *III. An si conditio exspectanda est, ita exspectanda sit, vt nisi impleatur, nulla sit institutio, nullum legatum.*

DIctum est † prox. tit. vt institutio valeat, duabus in rebus positum esse, in persona heredis, vt fit, qui institui possit, & in instituendi modo, vt rite facta sit institutio. De persona heredis illic dictum est. Instituendi modus hic enarratur. De eo autem in summa hoc est satis. Heredem pure institui posse citra controuersiam: ex die, aut ad diem non posse: sub conditione autem itidem posse, *§. heres. Instit. de hered. instit. l. hereditas. D. h.* Hinc † de institutione, quæ fit sub cõditione, tria quæruntur. I. An omnis sub quauis conditione institui possit? II. Si quis sub conditione recte instituitur, vt institutio valeat, an omnis cõditio, id est, eius euentio, sic exspectanda? III. Si exspectanda est, an conditione non impleta inutilis sit institutio? Quod quæritur, † an omnes sub quauis conditione institui possint, de eo sic habendum est, regulariter posse: sed hic & quasdam personas excipi, & in omnium heredum persona quasdam conditiones. In personis excipiuntur filij, qui sunt in potestate testatoris, quos placuit non posse heredes institui, nisi sub ea conditione, quæ sit in eorum potestate, *l. 4. h.* vbi dicetur. In omnium autem persona heredum excipiũtur duæ conditiones, quibus adiectis inutilis est institutio. I. Illa conditio, † quę aperte verbis in alienam voluntatem transfertur, vt puta hæc inutilis est institutio, *Titius heres esto, si Mercurius voluerit,* vbi voluntas Mercurij aperte exprimitur. Diuersum est, si conditio conferatur in voluntatem Mercurij, sed tacite, vtpote hæc institutio valet; *Titius heres esto, si Mercurius Capitolium ascenderit,* tametsi sit in potestate Mercurij Capitolium ascendere, aut non. Hæc *in l. illa. D. de her. instit. l. si quis Sempr. eod. l. nunquam, D. de cond. & dem.* ad quam distinctionem pertinet regula iuris, cuius est hic sensus: Si quid lex adijci vetat, id ita nocet, si expressum sit: quod si expressum non sit, non nocet, etiamsi intelligatur. Huius generis est hæc voluntas extranei, quam lex in conditione institutionis huius adijci vetat. Alterum † genus est conditionis, quæ captatoria est, & captatoriam facit scriptura, veluti Titius heres esto, si ime heredem instituerit. Huius generis institutiones, & legata nullius sunt momenti, *l. captatorias. sup. de testam. milit.* vbi de hoc genere dicitur.

Si iuste & recte institutio sub conditione facta est, sequens est quæstio, † an conditio sit exspectanda? Et hic hoc conuenit inter institutionem, quæ fit ex die, & eam, quæ fit sub conditione, quod vtraque pariter valeat, vt heres admittatur. Hæc differentia est,

quod diei adiectio inutilis est, *d.l.hereditas.D.de hered.Instit.* Conditione autem adiecta & institutio vtiliter fit, & conditio vtiliter adijcitur, id est, quod quærimus, conditio est exspectanda, *l.vn.§. fin autem.infr. de cad. toll.* Differentiæ ratio nata est ex regula iuris, qua efficitur: Neminem in paganis pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse, *l. ius nostrum, de reg.iur.* Aduersus hanc regulam peccatur, si dies vtiliter adijcitur, & ob hanc causam pro non adiecta habetur. Non item peccatur, si conditio admittetur: Nam cum testator heredem instituerit post duos annos, quam moriatur, ante eos duos annos heredem esse non vult, ac proinde intestatus pro eo tempore decedit, sic fit, vt velit interim hereditatem ad legitimos heredes pertinere: argumento est, quod ita res transigeretur, si heres ex die à milite institutus esset, *leg. miles ita de milit. testament.* Hoc autem, vt dixi, regula iuris non patitur in paganico testamento, vt testator pro parte temporis testatus, & pro reliqua intestatus decedat, vbi testator heredem instituerit sub conditione, quemadmodum conditione deficiente non vult institutum in totum heredem esse. Sic conditione contra exsistente vult in totum esse heredem, non tantum pro eo tempore, quod sequitur euentum conditionis, sed etiam pro tempore antecedēte, vt appareat conditionem non tempori adijci, id est, adijci eo, vt intelligatur, an testator voluerit institutum heredem esse, non autem ex quo tempore voluerit. Ita rursum fit, vt ex conditione, aut in totum testatus decedat, aut in totum intestatus, siue conditio defecerit, siue exstiterit.

Sed hæc de conditionibus possibilibus dicta sunt. Impossibi-
7 lis † conditio in testamento pro non adiecta habetur, *l. 3. D. de cond. & demonstr. l. 1. de condit. inst. §. impossibilis. Instit. de her. Instit.* aliter atque in contractibus, *§. si impossibilis. de inutil. stip. l. non solum, de verb. oblig.* Proinde impossibili conditione institutioni adiecta is, qui institutus est, erit heres omni modo, si velit, vt is, qui pure institutus erit. Impossibiles conditiones quędam sunt natura, quædam iure: natura, veluti, si digito cœlum attigerit. Postrema quæ-
8 stio, † si conditio exspectanda est, an ita exspectanda est, vt nisi impleta sit, nulla sit institutio, nullum legatum, cui conditio erat adiecta? Responsio consequens est superioribus, postquam conditio vtiliter adijcitur, nisi ea impleta sit, nullam institutionem esse, nihil denique deberi, *l. cedere, de verb. sig.* quod tamen non est perpetuum; nam interdum quæ reuera non est impleta conditio, pro impleta habetur, de quo est *in l. 1. h.*

Ad L. Cum auum. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Alexandro.

Cum auum maternum ea conditione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset: non prius eam heredem exsistere, quam conditionem paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, manifestum est, PP. Calend. Octob. Anulino & Frontone Coss. 200.

SVMMARIA.

1 *Conditionum distinctio, in quæstione, an conditio pro impleta habeatur, aduertenda.*
2 *Casualis conditio quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum.*
3 *In conditione potestatiua, si per eum, in cuius persona implenda est, stat, quo minus impleatur, pro impleta habetur.*
4 *Item si conditio hoc casu non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit, conditio deficit & nulla est institutio, nullum legatum.*
5 *Is, cuius interest conditionem impleri, intelligitur, in cuius persona conditio est implenda.*
6 *De eo, in cuius persona conditio est implenda, casu mortuo, auctorum iuris dubitatio & triplex præsertim varietas aduertenda est, & num. 7. 8. & 9.*
10 *Prædictorum conciliatio.*
11 *In conditionibus ceteris, quæ in alterius persona impleri debent, quid obtineat.*
12 *Conditio possibilis non impleta sine exceptione defecisse intelligitur.*
13 *Conditio impossibilis pro impleta habetur.*

CVm quæritur, † an conditio pro impleta habeatur, viden- 1
dū est, cuiusmodi sit: Nam quædā conditiones conferuntur in euentum, quædam in potestatem heredis, aut legatarij. Priores dicuntur à Iustiniano casuales, posteriores potestatiuæ, *l. vn. §. fin autem. infr. de cad. toll.* Casualis † conditio, quocunque modo defe- 2
cerit, institutio nulla est, legatum nullum. Non enim hic spectamus, quid voluerit hic, qui instituitur, cum voluntate testatoris non sit conditio in voluntatem eius, aut potestatem collata, sed in casum, ex quo testator legatum, seu institutionem valere voluit. Quod si conditio in potestatem heredis collata sit, ita vt impleri debeat in persona alterius, in hoc genere hæc distinctio est. Nam si † per eum, in cuius persona conditio implenda est, stat, quomi- 3
nus impleatur conditio, pro impleta habetur. Hoc autem † casu 4
si conditio ea nō impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit, placet conditionem deficere, & nullam esse institutionem, nullum legatum, quantumuis per heredem, aut legatarium non steterit, quo minus conditio impleretur. Vtriusque partis distinctiones suppeditat *l. 1.* Cuius distinctionis pars prior expressa est *in leg. 5. vers. sed si. Dig. quando dies leg. ced.* & statuitur diserte in exemplo *h.l.* si Seia Titio nupserit.

Eadem regula est expressa à Veteribus his verbis: Quoties per eum, cuius interest conditionē impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur. Item *l. in iure ciuili. ff. de reg. iur.* Is, cuius † inte- est conditionem impleri, intelligitur, in cuius perso- 5
na conditio implenda est, vtpote ad quem ex ea re aliquid peruentum est: Vt in hac conditione; *si heres Stichum manumiserit*; Stichus est is, in cuius persona conditio implenda est, & ita cuius interest impleri; nam ex eo consequitur libertatem. Ita in hac conditione; *si Titio decem dederit*; Titius est is, in cuius persona cōditio implenda est. Iam cuius interest conditionem impleri, vt decem consequatur, talis est Titius in hac conditione, si Seia Titio nupserit: Nam & Titius impleta conditione accipiet vxorem. Ergo eius interest. Quæ conditio eleganter negatiue expressa est, & recte iis verbis: Quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur, *l. iure ciuili. de cond. & demonstr.* Is, cuius interest conditionem non impleri, est is, qui conditione impleta debiturus est, vtpote heres, *l. Iulius. §. vlt. de cond. & demonst.* Veluti si quid legatum sit Titio, si heredi 10. daret, hic vere dixeris interesse heredis conditionem impleri, vt decem accipiat, & rursum interesse non impleri, ne impleta conditione legatum debeat. Generaliter autem si stet per heredem, seu per eum, qui impleta conditione debiturus est, quo minus conditio impleatur, toties pro impleta habetur, *dict. l. 5. vers. sed si ea. D. quando dies leg. d.l. Iulius. de condit. & demonst.* Hæc pars nullam dubitationem habet.

Altera pars distinctionis supra scriptæ de eo, in cuius persona conditio implenda est, casu mortuo, magnas dubitationes habet. Varia enim & in speciem pugnantia tradita sunt de hoc genere à veteribus. In eo † autem varietatem triplicem animad- 6
uertere possumus. Nam † cum is, in cuius persona conditio im- 7
plenda est, mortuus est, priusquam recusaret admittere conditionem; quædam sunt definitiones, in quibus respondetur defecisse citra distinctionem. Qualis est hæc conditio; *si Seia Titio nupserit*; vbi Titio mortuo priusquam matrimonium recusaret, placet Seiam conditione desertam videri, siue Titius decesserit viuo testatore, siue mortuo. Quæ sententia non obscure colligitur ex hoc rescripto, vel diserte expressa est *in l. legatum. D. de cond. instit. l. 3. de cond. & demonstr.* Quædam † sunt definitiones, in quibus 8
contra conditio pro impleta habetur, qualis est hæc conditio; *si alimenta libertis legata sint, si cum matre, aut liberis testatoris morarentur*; nam quo minus cum matre, aut liberis morati sunt, placet alimenta nihilominus deberi, si per libertos non steterit, quo minus morarentur, *l. 1. infr. de legat. l. annua. de an. leg. l. Caio. §. 1. de alim. & cib. leg.* Est tertium † genus conditionum, in quo ipso veteres 9
videntur contraria scripsisse. Talis est hæc cōditio, *si heres Stichum manumiserit.* Nam mortuo Stycho, quibusdam in locis scriptum est conditionem pro impleta haberi, vt *in l. quæ sub cond. §. quoties, de cond. Inst. & l. turpia. §. 1. de leg. 1.* Aliis in locis contra scriptum est, conditionem defecisse videri, siue mortuo testatore Stichus decesserit, siue viuo, *l. inde Neratius. §. idem Iulianus. D. ad l. Aquil.* Quæ, vt dixi, non de re contraria videri possunt. Nec enim audiendi sunt interpretes, qui ista genera conantur distinguere. Aiunt hanc conditionem, *si heres Stichum manumiserit*, esse in potestate solius heredis. Iam autem conditionem, *si Seia Titio nupserit*, esse in potestate partim Seiæ, partim Titij. Nam vtraque mortuo per-

perspicuum est neutrum fuisse in potestate heredis, vtpote quem casus mortis pariter impedierit. Deinde, quemadmodum in potestate est Titij matrimonium, ita in potestate est Titij efficere, ne manumittat, vel fugiendo, vel sibi manus inferendo. Idem quoq; in manu Dei positum est, si illi mortem attulerit. Neq; enim illud verum est, quod dicunt in hac conditione, *si liberti cum matre morabuntur*, mortua matre, conditionem pro impleta esse fauore alimentorum. Nam *in l. illis, de cond. & demonst.* dicitur, hanc conditionem superiore casu non pro impleta esse sed defecisse.

10 Hæc † vt conciliari possint, statuendum est ita. Primum animaduertendum est in hac conditione, *si liberti cum matre non morabuntur*, proprium quoddam esse diuersum à ceteris huius generis conditionibus, vt scilicet mortua matre & generaliter conditione quoquo modo impedito, conditionem pro impleta videri, dummodo non stet per libertos, quo minus morentur. Id autem intelligitur ex fine huius conditionis. Nam cum testator libertos morari iussit cum matre, voluit, vt non modo obsequium præstent matri & iis, cum quibus morati debent, id notatur *in d. l. illis, D. de cond. & dem.* Porro quod hic exigitur obsequium à libertis, non est positum in facto morandi, sed in propensione voluntatis. Is enim obsequio satisfacere intelligitur, qui paratus est obsequi, modo liceat, quemadmodum hi serui dicuntur seruisse, qui cupientes seruire non potuerunt, quia ægroti erant, *l. 4. §. Stichus, de stat. liber.* Ceteræ omnes † conditiones, quæ in alterius persona impleri debent, sunt dissimiles. In his autem cum quæritur, an mortuo eo, in cuius persona conditio implenda erat, cõditio pro impleta habeatur? distinguendum est. Interest enim, vtrum mortuus sit tunc, cum conditio potuit impleri, an vero tunc, cum non 11 potest. Nam priore † casu conditio sine exceptione defecisse intelligitur, quia fuit possibilis, conditio autem implenda est, si potest *l. quæ sub cond. §. quoties. in fin. de cond. Inst.* id est, si potest impleri iure & natura. Vnde intelligimus, si tum non est impleta, defecis- 12 se videri. Posteriore autem † casu conditio pro impleta habetur; quoniam quæ conditio impleri non potest, est impossibilis. Impossibiles autem conditiones nõ nocent, non tam quod habeantur pro impletis, quæ impleri non potuerant, quam quod habentur pro non adimplendis, *l. 3. de cond. & demonst.* Ex hac distinctione natum est, quod distinguantur conditiones à veteribus; *si Seia Titio nupserit*; & *, si heres Stichum manumiserit.* Scire enim oportet hanc conditionem; *si Seia Titio nupserit*; quandocunq; impleri posse, non solum mortuo testatore, sed etiam testatore adhuc viuo, *l. hac conditio 10. l. cond. 9. de cond. & dem.* Contra autem hæc conditio; *si heres Stichum manumiserit*, mortuo testatore impleri potest, viuo non potest, *l. 2. de cond. & dem.* Ob hanc causam placuit in hac conditione; *si Seia Titio nupserit*; Titio quandocunque mortuo conditionem defecisse, & Seiam heredem Titij futuram, scilicet, quia quandocunq; Titius decedit, tunc decere intelligetur, cum Seia illi nubendo conditionem implere potest. At in hac conditione; *si Seia Stichum manumiserit*; res aliter se habet. Nam si Stichus decessit, adhuc viuo testatore, placet Seiam heredem conditione defecta non esse, sed conditionem pro impleta videri.

Hæc est species *l. quæ sub cond. §. quoties. de cond. inst.* vbi proponitur Stichus mortuus, sed nominatim adijcitur viuo testatore. Igitur hoc casu conditio defecisse non videtur; quia tunc conditio fuit impossibilis heredi sub hac conditione instituto. Non enim potuit eam iure implere. At si idem Stichus moriatur mortuo testatore, conditionem placet defecisse videri, & eum, qui sub conditione institutus est, heredem non futurum. Hæc enim species est *l. inde, §. idem Iulianus. D. ad leg. Aquil.* Sed vtraque species huius distinctionis suas obiectiones habet. Nam 1. quod dicitur, si Stichus viuo testatore decesserit, conditionem pro impleta haberi, id negari videtur *in d. l. inde Nerat. §. idem Iul. ad l. Aquil.* Non enim tantum illic dicitur, si Stichus occisus sit mortuo testatore, defecisse conditionem, sed etiam adijcitur: si viuo testatore occisus sit, æstimationem heredis cessare. Quibus verbis significatur, etiam hoc casu amissam esse hereditatem domino, qui conditione defectus sit, sed tantum hoc casu hereditatem non esse æstimandam in actione l. Aquiliæ de seruo occiso. Hoc loco adducti interpretes, generaliter statuerunt, quocunq; tempore occisus sit Stichus; conditionem superiorum defecisse videri, diuersum esse; si Stichus non sit occisus, sed naturaliter mortuus sit, quo rursus casu statuunt, semper conditionem haberi pro impleta; quocunque tempore mortuus sit, & ita interpretantur *d. l. quæ sub cond. §. quoties, de cond. Inst.* Et nos hanc distinctionem sequeremur libenter, vt non improbabilem plane, nisi & verba Vlpiani & vera ratio huic definitioni refragaretur. Nam Vlpianus *in d. l. quæ sub cond. §. quoties.* de Sticho mortuo nihil distinguit, quando mortuus sit; tam enim moritur, qui occiditur, quam qui naturaliter moritur. Deinde vera ratio facit, vt in quibus causis eadem ratio est, in iis idem ius statui debeat, *l. illud, D. ad l. Aquil.* Nihil autem interest ad casum naturæ, an Stichus naturaliter moriatur, an occidatur ab alio; tam enim casu moritur, qui moritur natura, quã qui ab alio occiditur. Ac proinde in vtraque morte ad conditionem vel implendam, vel deficiendam nihil interest. Nam quod illi hanc rationem differentiæ reddere conantur, plane ridiculum est. Volunt, cum Stichus ab alio occisus est, ideo conditionem defecisse; quia dominus sub ea conditione institutus hereditatem persequi possit ab eo, qui occidit. Quod præpostere & absurde dicitur. Nõ enim ideo conditio deficit; quia dominus hereditatem amissam persequi potest, sed ideo persequi potest; quia prius conditio defecit. Oportet igitur prius demonstrari conditionem defecisse, deinde tractari de hereditate persequenda. Isti autem contra naturam faciunt priorem persecutionem domini, quam defectum conditionis.

Deinde si hanc rationẽ sequimur, conditio hęc; *si heres Stichum manumiserit*; pro impleta habebitur, si viuo testatore occisus sit. Nam hoc casu dominus hereditatem ab extraneo consequi non potest, vt dicitur nominatim *in d. l. inde Nerat. §. idem Iul.* Et tamen illic sequitur, conditionem videri defecisse hoc casu. Tenebimus igitur: Vbi viuo testatore Stichus decessit siue naturaliter, siue occisus sit, conditionem non videri defecisse ob eam rationẽ, quam supra dixi; quia tum conditio sit impossibilis probatu, *in d. l. quæ sub cond. §. quoties. de cond. & demonst.* Ad obiectionem autem *l. inde Neratius. §. idem Iul.* sic respondemus: Illic non dici, si Stichus viuo testatore occisus sit, conditionem defecisse, vt in priore casu, sed dici hoc casu hereditatis æstimationem cessare, & conditio defecerit, quod ideo dicitur ab Vlpiano; quia etiam viuo testatore Stichus occidatur; interdum tamen potest deficere conditio, vt puta si testator fecerit potestatem Titij manumittendi, etiam se viuo. Item ita instituendo; *Titius mihi heres esto, si Stichum manumiserit, vel me viuo, vel me mortuo.* Ceterum si testator simpliciter ita scripserit; *Si Stichum manumiserit*; constanter tenendum est, eam conditionem viuo testatore impleri non posse; *d. l. 2. D. de cond. & dem.* Quod si impleri non potest, ne deficiente quidem potest, quæ est impossibilis.

Rursus quod dicitur, si Stichus mortuo testatore decesserit, conditionem defecisse, siue naturaliter mortuus sit, siue occisus sit ab alio: Hæc quoque pars incurrit in alios locos specie contrarios, in quibus generaliter tradi videtur, mortuo Sticho superiorem conditionem haberi pro impleta, quandocunque mortuus sit, hac ratione; quia per heredem, aut legatarium non stat, quo minus Stichus manumittatur, qui mortuus est. Hoc scribi videtur primo *in d. l. quæ sub cond. §. quoties.* Nam in extremo illa verba sunt: *Nam mortuo Sticho nemo diceret heredem submouẽdum*: implenda est enim conditio, si potest. Respondeo hæc verba postrema ad priora referenda sunt: Nã Vlpianus eo loci persequitur vnum eundemque sermonem. Initio autem proposuerat de Sticho, qui mortuus est viuo testatore, quæ igitur sequuntur, cum eadem adiectione intelligenda sunt, vt sit sensus: Nam mortuo Sticho, viuo adhuc testatore, vt proposuimus, nemo dicet heredem submouendum; implenda est enim conditio, si potest natura impleri, quod non fit, vbi Stichus viuo testatore moritur.

Rursus hic obstat *l. turpia. §. 1. D. de leg. 1.* vbi ita scriptum est generaliter; *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionem, cum legatum esset, si legatarius Stichũ manumisset, legatum debebitur, quia per legatarium non stat, quo minus conditio impleatur.* Responsio est in his verbis, *si mors Stichi impedierit manumissionem:* Et illa verba intelligenda sunt viuo testatore; nam prius scriptum erat, si Seiæ legatum relictum esset sub conditione, *si Titij arbitratu nupsisset*, & Titius viuo testatore mortuus esset, legatũ debetur. Continenter subijcitur, *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionẽ*; ex quo apparet hæc verba ad priora referri, vt sic idem casus intelligatur, vt prius.

Postremo obstat *l. si fundum per fid. §. 1. de legat. 1.* vbi proponitur fundus legatus esse Titio, & Titius rogatus Stichum seruum alienum manumittere, videtur Stichio mortuo Titium legatum consecuturum, vbi non dubium est, quin intelligi debeat, Titium consecuturum esse legatum, etiamsi Stichus mortuo testatore decesserit. Sed nihil aduersatur, vt & vulgo bene acceperunt. Nos enim agimus de eo, qui heres institutus est, aut cui legatum sit sub conditione, si Stichum manumiserit, *in d. l. si fundum per fid. §. 1.*

Apparet ex his, quæ diximus, legatum relictum fuisse pure, sed legatarium rogatum esse, vt Stichum manumitteret. Certi iuris est legatum pure relictum statim deberi, nec adimi legatario, nisi aliqua culpa sit legatarii, propter quam adimatur; quæ culpa nulla est in eo, qui manumittere seruum alienum & mortuum non potuit. Conditionis diuersa est causa; nam hac adiecta, nisi ea prius exstiterit, nihil debetur, *l. legata sub conditione, D. de condit. & demonst. l. cedere de verb. sign.*

Ad L. Conditioni. 2.

Imperator Antoninus A. Cassiæ.

Condicioni, sub qua testamento matris tuæ heres institutus es, si non paruisti: locũ habet substitutio. Nec enim videri potest sub specie turpiũ nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ consobrino tuo probabili consilio matrimonio iungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges: cũ ex his precib., quas libello cõplexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret. PP. 8. Id. Mart. Romæ. Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.

SVMMARIA.

1 *Filia sub conditione, si consobrino nuberet, instituta, an si conditioni non paruerit, nihilominus tanquam reiecta conditione, hereditatem habere possit?*
2 *Conditio non reiicitur, nisi aut cõtra bonos mores aut contra leges sit.*
3 *Filia, quæ conditioni non paruit, an integrum restitui possit, vt hereditatem consequatur. & seq. num. 4.*

1 SI filia † instituta est sub conditione, *si consobrino nuberet*, quod si non nuberet, Titius substitutus sit, filia conditioni parere non vult, & nihilominus tanquam reiecta conditione vult hereditatem habere an possit, quæritur? Respondeo: Nisi conditioni paruerit, eam non futuram heredem, & recte.

2 Nam non † reiicitur conditio, nisi aut contra bonos mores, aut leges sit. Contra bonos mores, vt si viduitatem iniungat, *l. cum ita legatur. de cond. & demonst.* Contra leges, vt matrimonium inter consobrinos consistere nõ possit, quorum neutrum in proposito accipit. Nam conditio inuitat ad matrimonium. Huius generis conditiones omnes receptæ sunt, si modo honeste nubere liceat ei, in cuius persona conditio implenda est, *l. Titius 100. §. 3. de condit. & demonstr.* Sed & iure matrimonium inter consobrinos recte contrahitur, vt hic scriptum est, & *in §. duorum. Instit. de nupt. l. in copulandis, C. de nupt.* Cum igitur nihil obstet conditioni, res pertinet ad regulam iuris communis. Nisi conditio prius exstiterit, institutioni locum non futurum. Proinde in proposito substitutioni locus erit.

Hoc metiens filia cum iam recusasset consobrino suo nubere, amplius, quæsitum, † an possit in integrum restitui, vt hereditatem consequatur. Filiam finge fuisse minorem 25. annis, cui etiam restitutio tribui solet, adhoc, vt repudiatam, vel semel omissam hereditatem iterum adire sibi liceat, *titul. si vt omiss. hereditat. sup.* Respondet Antoninus, eam auxilio extraordinario non indigere, cum per eam factum sit, quominus matrimonium consequeretur, non autem per consobrinum, vbi auxilium extraordinarium vocat restitutionem in integrum, vt in *l. 1. in pr. de min.* Hęc 3
4 sententia † certa est, si adhuc filia conditioni parere possit: Potest autem parere, quam diu viuit, & consobrinus aliam vxorem non habet. Nam extraneus & maxime filius, vel filia heredes instituti ea conditione parere possunt, cum per naturam licet, aut per ius, *l. 4. supr. de hered. instit. l. vlt. de cond. inst.*

Quod si consobrinus aliam vxorem duxerit, desinit conditio impleri posse. Nã ei nubere non potest, qui aliam habet vxorem, *§. affinitatis. Insti. de nupt.* Hic igitur dicimus quamdiu consobrinus aliam vxorem non habet, tamdiu filia minor ad consequendam hereditatem restitutione in integrum non indiget; nam si vult consobrino nubere, consequitur hereditatem iure communi, dum scilicet conditioni paret. Porro qui iure communi munitus est, is extraordinario nõ indiget, *l. in causa. 2. de minor.* Quod si non vult filia nubere consobrino, etiam hoc casu restitutione in integrum non indiget; quia dum conditioni non paret, etiam hereditatem habere non vult; quoniam hac conditione deferebatur, si conditioni pareret. Non indiget autem in integrum restitutione, vt aliquid obtineat, qui id obtinere non vult, proinde cessabit vtroque casu restitutio:

Sed † quid si consobrinus vxorem duxerit, & filia, dum vult ei 5
nubere, nõ potest; quia sic impeditur, an non saltẽ hoc casu recte postulabit in integrũ restitui aduersus substitutũ? Dixerit aliquis recte postulare. Nam cum prius conditioni parere voluerit, eodem facto hereditatẽ amisit, ac proinde recte aduersus infirmitatem ætatis restitui petere videatur, *d. tit. si vt omiss. her. l. ait prætor, §. hoc iure, & §. restitutus, l. non omnia, de min.* Sed generaliter hic scriptum est, filiam, per quam stetit, quo minus conditioni superiori pareret, non indigere restitutione: ergo restitui nõ debere. Ex quo intelligimus etiam hoc casu illã ab hoc beneficio excludi: & verum est. Tam diu enim minor heres instituta in integrum restitui potest, vt consequatur hereditatẽ, quam amiserat, quamdiu nihil petet contra voluntatem testatoris. Nã in testamento totum voluntas testatoris facit, *l. ex facto. §. ita, D. de her. inst.* Proinde nec minor, nec quisquam alius contra voluntatem testatoris heres fieri potest, vt puta institutus minor, si nauis ex Asia venerit, naue capta heres non erit; quia testator id noluit. Eodem modo si minor institutus fuerit sub conditione, quæ in eius potestate erat, & cõditio vitio eius defecerit, ne hoc quidem casu heres erit; quia heres fieret contra voluntatem testatoris, quæ fuit, vt conditioni pareret.

Non obstant superiores loci de in integrũ restitutione, minorib. ad adeundam hereditatẽ concessa. Nam in omni testamento hæc conditio inest, si minor læsus, aut circumscriptus exit, nõ est autem læsus, qui iure cõmuni vtitur, vt est *l. vlt. supr. de rest. in integr. l. inter, §. pen. de fideiuss.* Cuius sensus est, nõ videri læsum minorem, qui aliquid facit, quod iure communi & publico facere cogitur. Omnes autem, qui heredes testamento instituti sunt, volũtati testatoris parere necesse habent. Sed cur hoc casu nõ dixit. Imperator: Auxilium extraordinarium non habebis, potius, quã, auxilio extraordinario non indiges, cum manifestum sit, filiam, hoc casu hereditate exclusam, indigere restitutione, si habere velit hereditatem, vtpote quæ alio modo ad hereditatem peruenire nõ possit. Resp. Auxilium hic viã persequendi debemus accipere, vt sit sensus extraordinaria via non indiges & persecutione, quam ex rescripto meo prosequor, nam hæc tibi apud iudicem esset inutilis; quoniam hoc casu restitui non potes.

Ad L. Si mater. 3.

Imper. Antoninus A. Maxentio & aliis.

Si mater vos sub conditione emancipationis heredes instituit, & prius, quam voluntati defunctæ pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est: mortuus, alio modo patria potestate liberati, ius adeundæ hereditatis cum sua causa quæsistis. S. Prid. Cal. Maii, Sabino & Anulino, Coss. 217.

SVMMARIA.

1 *Conditio quando videatur impleta.*
2 *In conditionibus maxime voluntas testatoris spectanda est.*
3 *Testatrix in vnum casum liberationis à potestate patria liberos heredes instituens, in omnes alios casus, quibus liberi sui iuris efficiuntur, instituisse videtur.*
4 *In his, quæ pendent ex auctoritate legis, voluntas legis spectanda est.*
5 *In his, quæ ex voluntate testatoris pendent, solius testatoris voluntas sequenda.*

CVm constat conditionem vtiliter adiectã esse, ita vt iure impleri debeat, aut eo deduci, vt pro impleta habeatur, ad quã partem pertinet illa cõstitutio, quam initio hoc tit. proposuimus, consequens est, vt quæratur, an conditio impleta sit? De eo sub extremum huius loci vtilis præceptio traditur. Eam † tunc imple- 1
tam videri, non solum cum id factum est, quod verbis comprehensum est in conditione, sed etiam quod testator voluit, si id ex verbis conditionis apparet. Id declaratur exemplo huius loci. Mater liberos heredes instituit, si emancipati essent à patre. Non sunt emãcipati, sed pater aut mortuus, aut deportatus est in insulam, liberis nõ emancipatis. Nihilominus placet hoc loco liberos heredes futuros & habituros hereditatem cum sua causa, id

id est, cum ea conditione, in qua est hereditas, vt scilicet vel fisco restitui debeat, vel non, denique vt quatenus debeat ex conditione deportationis restituatur.

Hic statim occurritur, conditionem impletam non esse, ac proinde liberos heredes esse non posse. Nã conditio emancipationem exigebat, quam nõ secutam esse fatemur. Dicendum vero secundum verba conditionem non esse impletã, secundũ voluntatem impletam, quod satis est, vt conditio impleta intelligatur.

2 Nam in † conditionibus maxime voluntas testatoris spectanda est *l. in conditionibus. in pr. de cond. & dem. inst.* Porro cum mater hãc conditionem adiecit, verbo emancipationis, etiam de ceteris casibus sensisse intelligitur, quib. liberi efficiuntur sui iuris, quæ voluntas ex fine & consilio testatricis manifesta est. Nam emancipatio hoc spectabat, vt liberi sui iuris efficerentur. Est enim hæc vis emancipationis, *§. præterea, Instit. quib. mod. ius pat.* Voluit autem mater liberos fieri sui iuris ideo, vt sibi hereditatem acquirerent, qui alias patri acquisituri essent saltem vsumfructum. §. 1. *Inst. per quas pers.* At hoc, quod testatrix voluit, efficitur etiam hoc modo, si pater mortuus sit; efficitur & deportatione patris, *Inst. quib. mod. ius pat. pot. §. cum autem.*

Non obstat quod dicitur *in l. qui heredi in pr. D. de cond. & dem.* non videri conditionem impletam, nisi ad præscriptum verborũ & formam impleta sit. Hoc enim semper ita accipiendũ est, nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorem, quam id, quod verba in specie præscribunt. Secus vero; vt dixi, in conditionib. voluntatis testatoris spectandum est, idque etiam satis intelligitur ex exemplo *d. l. qui hered. &c.* Nam legata eius, qui Sticho 10. dare iussus est, domino Stichi dando, non implet conditionem; quia non id apparet sensisse testatorem, vt domino recte daretur. Quin imo verisimile est, aliud testatorem sensisse; quoniam est aliquid in eo, vt prius Sticho detur; deinde per Stichum ad dominum perueniat. Hæc enim datio facit aliquid ad concilliandum Sticho dominum, vel propter meritum, vel propter fidem in pretio accepto quæsitam.

Quod de emancipationis casu diximus, idem de quouis aliô casu liberationis à patria potestate intelligẽdum est. Vtputa: Mater instituit liberos, cum pater morietur, cuius in potestate erant. Conditio implebitur etiam viuo patre, si liberi emancipati erũt; aut deportatus pater, *l. mulier, ad Treb. l. si ita esset. D. quando dies leg.*

3 *ced.* Vnde generaliter definiendum est, cum testatrix † in vnum casum liberationis à potestate liberos heredes instituit, etiam in omnes alios casus, quibus liberi sui iuris efficiuntur, instituisse videri.

Huic patri aduersari videtur *l. commodissime de liber. & posth.* vbi si quis posthumum instituat in vnum casum natiuitatis, in alterũ præteriisse videtur, etiamsi casu expresso id egerit, vt qui nasceretur, heres esset. Et proinde vterq; casus eos effectus habebit. Vtputa instituit testator eum, qui se viuo postea nascetur, si is, qui in vtero est, nascetur eo mortuo; institutus non videtur, idemq; placere conuerso. Resp. Dissimilitudo rerum obseruãda est, alia causa est earum rerum, quæ ex auctoritate legis pendent, alia earum,

4 quæ ex voluntate testatoris. Nã in his, † quæ pendent ex auctoritate legis huius ipsius legis voluntatem spectabimus, vt si fit, quod lex iubet, ratum id sit; si non fit, pro infecto habeatur; quia legi paritum non fuit, etiamsi testator hoc animo fuerit, vt idem factum vellet. Huius generis est institutio post mortem, nõ enim testator posthumos pro arbitrio instituit, sed lex iubet institui, §. *posthumi, Instit. de exher. liber. l. posthumus, de iniusto, rupt.* Et iubet institui in omne tempus. Proinde si is institutus non est; quia nascetur viuo patre, pro instituto non erit, etiamsi testator de eo senserit; quia non fecit, quod lex iubebat, & res in voluntate testatoris posita non est, sed in legis auctoritate.

5 At in his, † quæ ex voluntate testatoris pendent; huius solius voluntatem sequi dicemus, idque fit non modo non refragante lege, sed etiam lege voluntatem testatoris confirmante, vti quisque legassit, &c. *l. verb. legis. de verb. sign.* Huius generis conditiones in testamento sunt, quas adijci institutioni, aut legato neque leges iubent, neq; vetant. Proinde conditione in vnum casum adiecta, si testator de aliis partibus sensit; hanc sententiam sequemur. Hic etiam occurritur nobis: Nam in his, quæ pendent ex auctoritate priuatorum, cum quis sibi in vnum casum cauit, in alterum nõ cauisse videtur, etiamsi eundem effectum habeat, vt probatur exemplo *l. si cum darem, sol. matr.* vbi si extraneus in dote pro muliere danda paciscatur, aut stipuletur in vnum casum vel diuortij, vel mortis alterius ex coniugibus dotem sibi reddi, placet eum actionem non habere in eum casum, qui omissus est, etiamsi constet iure ciuili pariter matrimonium solui diuortio & morte:

6 Respondeo in his, quæ ex vnius voluntate pendent, vt sunt res testamenti, quæ pendent ex vnius testatoris voluntate, cuius solius voluntatẽ spectamus, vt sic vno casu expresso, ceteri quoq; contineri intelligantur, de quib. senserit. At stipulatio & pactio ex consensu duorum constat, stipulantis & promittentis, idcirco vtriusq; consensum & placitum spectare oportet, & vno dissentiente nihil agitur. *l. inter stipulantem, §. 1. de verb. obl.* Hinc fit, vt cũ stipulator sibi in vnum casum cauit, in alterum actionẽ non habeat; quia et. ãsi ipse sensit de alio; tamen promissor nõ consensit de eo, cuius hic animus est, vt quã minimum debeat, certe vt nihil debeat, nisi quod verbis comprehensum est, vsq; adeo; vt orationem ambiguam aduersus stipulantem semper interpretemur, nisi quid actum sit, constet, *l. stipulatio ista §. in stipulatione. l. quicquid, de verb. oblig. l. semper. de reg. iur.*

Ad L. Si pater. 4.

Imperator Alexander. A. Æmiliano.

Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum eius exheredauit: iure testatus non videtur. Cum autem trans mare & longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patriã, quæ in prouincia Mauritaniæ erat, regressus fuisses, nec exheredatum te alleges, si in eum locũ non redisses: manifestum est multis casibus non voluntariis, sed fortuitis euenire potuisse, vt eam implere non posses: & ideo adire hereditatem non prohiberis. PP. VI. Calend. Apr. Iul. II. & Crisp. Coss. 225.

SVMMARIA.

1 *Filius, qui est in potestate, an sub conditione institui possit? Distinguendo respondetur sub num. 2. & 3.*
4 *Filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in potestate eius non est, pater intestatus decedit.*
5 *Quæstio, an ab hac lege sit discessum constitutionibus Iustiniani, latè discutitur & negatiua defenditur.*
6 *Conditionum, quæ in potestate filii non sunt, tria genera.*
7 *Filio sub impossibili conditione instituto, & institutio & testamentum nullius est momenti.*
8 *Filio sub conditione possibili, quæ tota in casum confertur, instituto, inutilis est institutio.*
9 *Conditio collata in potestatem filii, non videtur omni ex parte in eius esse potestate, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit.*
10 *Conditio in potestate filii posita quæ sit.*
11 *Quod dicitur, filium non posse institui sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, an sit perpetuum.*
12 *Nepotes & ceteri liberi an sub conditione institui possint.*

FIlius, qui in patris potestate est, iubetur heres institui, aut nominatim exheredari, idque in omne tempus; quod si neq; institutus, neq; exheredatus est etiãsi id dici possit factũ esse in aliquã partem, placet testamentum nullum esse, *inf. de exher. lib. Inst.* Hinc quæsitum est: An filius † qui in potestate est, possit institui sub conditione: Nam fieri potest, vt cõditio deficiat, hac deficiẽte filius reperitur non institutus esse, sed nec exheredatus est; nam de eo loquimur, qui non omnino sit exheredatus. Proinde in id tempus, eundemq; casum præteritus videtur. De hac re placuit hæc distinctio veteribus, vt intersit, quenam sit conditio, sub qua est institutus. Sub ea † conditione, quæ in eius potestate est recte instituitur, vt siue pareat conditioni sit heres ex testamento, siue non pareat, omnino non sit heres, neq; ex testamento, neque ab intestato *l. 4. l. iam dubitatur. D. de her. instit.* 2

Sed hoc ius emendatum videtur constitutione Iustiniani, cui placuit intra legitimã filio herede instituto reiici de institutione omnem conditionẽ, quæ ius filij imminuat, queq; hereditatẽ, aut onus inducat, *l. quoniam in prioribus, sup. de inoffic. testam.* Quare cõditio noua constitutione Iustiniani postea confirmatur vna ex 50. decisionibus, *l. scimus, §. cum autem supr. de inof. test.* Et hoc, vt

dixi vsque ad legitimam. Quod si vltra legitimam filius institutus erit sub ea conditione, quæ in eius potestate est, nihil mutat Iustiniani constitutio. Proinde exigemus à filio vt conditioni pa-
3 reat. Sub ea vero † conditione, quæ in eius potestate non est, filius institui non potest, ob causam; quam initio reddidimus, quod deficere conditio non potest, ita vt nihil imputetur filio, cur impleta non sit. Hac deficiente reperitur esse præteritus, quo fit, vt eo tanquam præterito res pertineat ad definitionem initio positam. Et ideo cum dicimus filium sub eiusmodi conditione institui non posse, hoc dicimus, si erit institutus, non inutilem esse conditionem, vt hac reiecta institutio valeat, sed inutilem esse institutionem, & tanquam eo præterito testamentum non valere, id quod cauetur hic. Idem significatur *in l. vlt. de cond. inst.*

4 Ergo † filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in eius potestate non est, intestatus pater decedit. Est enim is intestatus non tantum, qui testamentum nõ facit, sed etiam qui iure nõ facit. Proinde filius heres erit patri, vt in hoc rescripto dicitur in fine sed non ex testamento, vt quidam putauerunt; quoniam testamẽtum nullum est, sed ab intestato; quoniã, vt dixi, intestatus pater decedit. Hic opponitur *l. 2. §. si sub cond. D. de poss. secun. tab.* Nam si filius sit sub quauis conditione institutus, illic scriptum est, eum statim petere posse bonorum possess. secundũ tabulas, eamq; possessionem necessariam esse emancipato. Respon. Recte sentiunt hi, qui eum locum, etiãsi indefinite scriptum accipiunt de filio emancipato, in cuius personam cadit, vt possit institui sub quauis conditione, ad filium familias non pertinet: Nã qui sub conditione inutiliter instituuntur, vt est filius, qui in potestate est, si bonorum possess. secundum tab. petere non possunt vt diserte traditum est *in l. hi demum de bon. poss. secun. tab.* non tantũ efficeretur testamentum iure ciuili valere. Nam prætor dat bonorum possess. secundum tabulas, si 7. testium signis signatæ sint, & sit aliquis testamento institutus, etiamsi mero iure testamentum non valeat, *§. non tantum, Inst. quib. mod. test. infirmentur.* Itaque hactenus sententia prior manet de filio fam. instituto sub ea conditione, quæ in eius potestate est.

5 Quæsitum est † an ab hac lege discessum sit cõstitutionib. Iustiniani? Bartol. quẽ alij certatim sequuntur postea, putauit ei iuri derogari, *leg. quemadmodum in priorib. supr. de inoff. testa.* vbi diserte Iustinianus vsq; ad legitimam filij remouet conditionem institutioni filij adscriptam, neque distinguit de filio, aut conditione, vt videtur. Sed verba constitutionis aperte refragantur, ex quibus apparebit eos omnes, qui in hac sententia sunt, valde esse hallucinatos. Nam primum cõstitutio nominatim loquitur de his filiis, qui ex iure veteri querelam inofficiosi mouere potuerunt. Hæc verba aperte nõ pertinent ad filium, qui est in potestate, qui idẽ institutus est sub ea conditione, quæ in eius potestate non est; nã hic iure ciuili ab intestato heres fuit patri, ac proinde querelam mouere non potuit. Nam quoties quis alio iure ad hereditatem peruenire potest, locus non est querelæ inofficiosi testamenti, §. *tam autem, Inst. de inoff. testam.*

Deinde in ea constitutione Iustinianus reijcit non omnes cõditiones, sed eas, quibus minuuntur filij iura. Item eas, quibus dilatio aut onus inducitur. In hoc numero non est conditio, quæ in potestate filij non est, si sub ea conditione à patre non sit institutus. Hæc enim non imminuit filij ius; quia perinde est, quasi scripta non esset; & quia filius pro parte hereditaria. quam aliquo habere potuisset ex testamento, non totam hereditatem obtinet ab intestato; tamen inducit etiam dilationem ac onus, postquam hæc contenta statim viderit. Proinde dubitari non potest, quin ea constitutione nihil in iure veteri superiore innouetur, cum filius familias institutus est à patre sub ea cõditione, quæ in eius est potestate. Sed mouentur Bartolus & alij *l. scimus, § cum autem, supr. eod. de inoff. test.* vbi proponitur extraneus aliquis heres institutus & rogatus cum morietur, restituere hereditatẽ filio testatoris. Hic hereditatem reliquit filio sub conditione; nihil enim interest vtrum dicat testator, cum morietur heres, an si morietur, *l. si Titio, D. quando dies leg. ced. l. centesimis. §. pen. de verb obl.* Eãdem etiam conditionẽ manifestum est non esse in potestate filij & tamen Iustin. eo loco interpretatur legem suam priorẽ, quomodo in priorib. constitutionibus, vt ea conditio non exspectetur vsq; ad legitimã filij, sed statim legitima portio repræsentetur. In reliqua autẽ parte hereditatis exspectetur mors heredis. Existimauit igitur Bart. quod illic dicitur de fideicõmissaria hereditate restituenda, id etiã probãdum esse in institutione, in quo ab illo veheměter erratum est. Nam filius sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, institui nequit; quia lex vetat ita instituiri. vetat enim præteriri & ideo si sit institutus, institutio non valebit; quia cõtra legem facta est. At fideicõmissum filio relinqui potest quouis modo, id est, & pure & sub conditione qualibet; quia lex non iubet fideicommissum relinqui filio, sed hoc relinquit in potestate testatoris, & ideo quocunq; modo testator fideicõmissum reliquerit, iure valebit; quia nihil hic contra legẽ fit, siue hoc modo, siue illo relinquatur. Male igitur quod de fideicommisso illic dicitur, transfertur ad institutionem. Hoc amplius, vt intelligamus eam legẽ nullo modo obstare, nec ad hanc quæstionem pertinere, diligenter animaduertendum est, illic aut agi de filio emãcipato, aut de filio f. exheredato. Nã proponitur solus extraneus esse institutus, quod ex eo intelligitur; quia rogatur non partem hæreditatis, sed totã hereditatem restituere, quod fieri nõ potuit, nisi esset ex asse institutus. Necesse est igitur, si testamentum valere volumus in quo filius institutus non est, aut eum emancipatum, esse, aut filium familias exheredatum; nam emãcipatos non est necesse heredes instituere; aut exheredare, §. *emancipatos, Inst. de exher. liber.* Filij familias recte exheredantur. Quod si neque exheredantur, neq; instituuntur, testamentum nullum est, ac proinde nihil illic valet fideicommissum, *tit. Inst. de exher. lib. in pr. l. eam quam, infr. de fideicom.* Hoc si ita est, nihil constitutio ad hanc quæstionem pertinet; nam non agimus de filijs emancipatis non agimus etiam de filij sfam. qui sunt exheredati, sed qui sub cõditione instituti sunt, quæ in eorũ potestate est. Quare manebit rata sententia, hæc etiam post constitutiones illas Iustiniani, si filius fam. institutus sit sub conditione, quæ non est in potestate eius, nullum esse testamentum, proinde filium ab intestato patri statim heredem futurum.

Videndum nunc est, quæ sit conditio in potestate filij, quæ 6
non sit. Et earum † conditionum: quæ in filij potestate non sunt, sub quibus instituto filio testamentum nullum est, tria sunt genera. Aut enim cõditio est impossibilis, aut possibilis, sed in euentũ tota collata, aut ita collata in futurum & potestatem filij vt tamen non possit statim incipere eam implere, aut non possit eã implere sine longinquo itinere, aut summo periculo. Filio † sub impos- 7
sibili cõditione instituto, singulare ius est, quod non reijcitur cõditio, vt sic institutio propterea valeat, sed & institutio & testamentum nullius momenti est, siue conditio impossibilis sit natura, siue iure. Veluti, *filius meus heres esto, si cœlum digito attigerit, vel si ex hoc loco cras Lugdunum peruenerit, si ab vxore diuerterit, aut si liberos non aluerit.* Hic opponitur regula iuris qua efficitur in testamentis impossibiles cõditiones vel institutionis vel legatis adscriptas, pro non adiectis haberi, & nihilominus legatũ valere; *l. 3. de cond. & dem. §. impossib. Inst. de her. inst. l. 1. l. conditiones, de cond. inst.* Intelligendum est, hoc dictum esse de ceterorũ omnium institutionib. & legatis, in institutionib. filij fam, locum non habere; differentię rationem esse hanc; quia in ceteris liberum est, his aliquid relinquere, vel non, liberum etiam conditionem impossibilem adijcere, ac proinde ea adiecta nihil nocere; quia in ea adijcienda nihil fit contra legem. At filiorum præteritio non est libera sed videtur pater instituere, nisi velit exheredare. Proinde vetatur instituere sub conditione, quæ in filij potestate non sit, ideoq; quãcunque conditionem adiecerit, eiusmodi institutio non valebit; quia contra legem facta est, & generaliter constitutum est de his, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium. C. de legib.*

Sub secundo † genere conditionis, quæ tota in casum confer- 8
tur; nulla dubitatio est, quin instituto filio fam. inutilis sit institutio, ac propterea testamentũ: Veluti; *Filius heres esto, si nauis ex Asia venerit.* Nã semper constitit hanc conditionem reijci ex testamẽto. Sed etiãsi † conditio collata erit in potestatem filij; tamen non 9
videbitur omni ex parte in eius potestate esse; nisi statim possit incipere eam implere, quando velit, & ideo sit is institutus sub conditione, si in Alexandriam venerit, nullum erit testamentum, si hyems ei obstet, quominus possit nauigare, tametsi præterita hyeme peruenire in Alexandriã possit, *l. 4. §. puto. D. de her. inst.* Idẽ dicendum est, si statim possit incipere conditionẽ implere, sed res longum iter desideret, & impleri nõ possit sine periculo. Veluti, si sit institutus filius sub hac conditione, *si in patriam Mauritaniam rediret*, cum longe abesset, quod est exemplum *h. l. 4.* vel, *si Titio 10. dederit*, cum Titius peregre profectus esset, quod est exemplum *in l. 4. §. puto, de her. instit.* Ex his intelligi potest, † conditionem 10
in potestate filij eam esse, quam filius non aliquo tempore implere potest, sed quam statim incipere implere potest; nulla causa impediente, quo minus possit, & quã eandem sine molestia longinqui

ginqui itineris & sine metu periculi implere potest, *l.4.§.puto.de hered.instit.*

11 Quod dicitur † filium no posse institui sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, non est perpetuum, sed hanc exceptionem habet, nisi sub contraria conditione, seu in defectum conditionis sit exheredatus, vt hoc rescripto cautum est, & *l.iam dubitari.de hered.instit.* Quod ideo recipitur; quia cessat hic periculum præteritionis, propter quod superior institutio reijciebatur, vt puta filius institutus est, *si nauis ex Asia venerit*, quod si nauis non venerit. exheres esse iussus est. In hac specie si conditio exsistit, institutus est, si deficit, exheredatus est, & ita neutro tempore præteritus est; quia vtroque aut institutus, aut exheredatus est. Non obstat, quod dicitur, filium pure exheredari posse esse, *l.3.§.pure.de lib.& posth.* Hoc enim semper cum hac exceptione accipiendum est, nisi sub contraria conditione sit institutus, vt hoc loco & similibus cauetur. Non obstat etiam, quod dicitur, filios certo iudicio ab herede remoueri debere, *l.sed sub cond. D. de bon.poss. contr.tabul.* Nihil enim vetat, quo minus pater iustas causas exheredationis habeat, propter quas certo iudicio exheredet filium; & tamen placeat patri filium sub conditione exheredare, in qua conditione etiam certum patris iudicium intelligitur, cum filium heredem sub contraria conditione instituit; tunc enim filium ab hereditate non remouet.

Expendenda autem sunt verba definitionis hoc loco positæ, quam supra exposuimus. Verba enim concepta sunt de filio, qui est in potestate patris. Vtrumque recte & consulto. De filio definitio concepta est; quia alia † causa est nepotum, & deinceps ceterorum liberorum, de iis scriptum est *in l.6.§.1.D.de hered.inst.* hos institui posse sub quauis conditione aliter, atque filij, qui sunt in potestate. Et animaduertendum diligenter, illic agi de nepotibus, qui sunt in potestate aui, sic enim verba sunt: Nepotes autem & deinceps ceteri, qui instituti non rumpunt testamentum. Quæ verba notant eos nepotes, qui ita demum non rumpunt, si sint instituti, id est, qui institui debeãt, aut exheredari, alias rumpunt. Hi autem soli id faciunt, qui in potestate sunt aui, & qui filiis sublatis in parentum suorum locum successerunt quasi agnoscendo, vt res explicatur *in §. posthumorum, Instit. de exhered.lib. & l.6.§.fin autem, de iniust.rupt.* Tantum abest autem, vt repugnent illa verba, quæ sequuntur *in d.l.6.§.1.de hered.instit.* licet redigantur nepotes ad filij conditionem, vt maxime hæc ipsa verba superiorem sententiam confirment. Nam sic nepotes rediguntur ad filij familias conditionem, vt sicut filius, ita & ipsi instituti, aut exheredari debeant.

Quid sibi igitur vult, quod Vlpianus ait, licet nepotes rediganturad filij conditionem, si nepotes aliter institui possunt, quam filij? Respondeo: Ex verbis præcedentibus apparet, Vlpianum hoc senire, licet ceteris in rebus, quæ in conditione, redigantur nepotes ad filij conditionem, id, vt dixi, ex præcedentibus liquet; quia prius Vlpianus conditionem excepit. Sed hic rursum occurritur: Nam si nepotes sub cõditione instituuntur, deficiente conditione instituti non sunt. Nos autem illis non institutis, aut non exheredatis, dicimus æque nullius esse testamentum momenti, ac si filius esset præteritus, *d.tit.de exher.lib.Inst.* Respondeo, & hoc verissimum est, sic certum esse cœperit conditionem, sub qua nepotes instituti sunt, defecisse, sed priusquam defecerit, exspectandum est, vtrum exsistat, an deficiat conditio. Nam fieri potest, vt consistat, qua exsistente nepotes recte instituti reperiuntur. Et in hac re consistit discrimen inter nepotes & filium, qui sunt in potestate, quamuis omnes sub eadem conditione casuali instituti sint.

Nam in nepotibus exspectamus euentum rei, in filiis non spectamus euentum, sed quod euenire potest. Potest autem accidere natura, vt conditio casualis deficiat: ob hanc causam ex eo, quod euenire potest, placet filium in omnem euentum institutum non videri, ac proinde præteritum. Sed cur non idem dicimus in nepotibus? Respond. quia plus in hac re tributum est filiis, quam nepotibus, vt olim ius fuisse certum est *ex d.tit.de exher.lib.in princ.* in illis verbis; *sed non ita.* Quod ius in conditione mutatum non est. Præterea definitio huius loci concepta est de filio, qui est in potestate. Recte hoc quoque; quia emancipatos iure ciuili heredes instituere, aut exheredare necesse est, §. *emancipatos, Instit.de exher.lib.*

***

Ad L. Reprehendenda. 5.

Impp. Valerian. & Galien. Maximo.

Reprehendenda tu magis es, quam mater tua; illa enim si heredem te sibi esse vellet: id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. Tu porro voluntatem eius diuortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio huiusmodi admitteretur, præferre lucro concordiã maritalem: Enimvero cum boni mores hæc obseruari vetent: sine vllo damno coniunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritũ, sciens hæreditatem matris, etiam si redieris, retenturã: quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses. P.P.12. Kal. Decem. Valeriano IV. & Gallieno III. AA. Coss. 258.

SVMMARIA.

1 *Conditiones turpes, & quæ contra bonos mores, item contra leges sunt; in testamento adiecta, pro non scriptis habentur, & cur.*
2 *Exemplo hoc declaratur.*
3 *Verba hæc,* non iuberet, *quomodo intelligenda.*

CONditiones † turpes, & quę contra bonos mores sunt, item contra leges, si in testtmento adijciantur institutioni, aut legato pro non scriptis habentur, *l.conditiones 3.D.de cond.inst.* Hoc ideo; quia sunt impossibiles, quæ enim facto lædunt pietatẽ, æstimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est. ratio & sentẽtia Papiniani est *in l.si filius, D.de cond.inst.* Huis † generis cõditio est, *si vxor à marito diuerterit.* Nam si secundum naturam est matrimonium, seu viri & mulieris coniunctio indiuiduam vitæ consuetudinem retinens. §. *nuptiæ, Inst.de pat.pot.* est contra ius naturę, ac proinde cõtra bonos mores à marito sine causa diuertere, eaque lex naturæ valuit inter nationes semper. In populo autem Dei scimus hoc Dei præceptum esse, ne id fiat. Proinde si mulier à matre sub hac conditione instituta erit, nihilominus filio heres futura est, siue omnino non diuerterit à marito, siue aliquando diuerterit, & deinde ad maritum redierit vt hic cautum est.

Quid si diuertendo conditioni paruerit? Resp. Erit etiam hoc casu heres, sed ita, vt sic magis reprehendenda sit, quam si conditioni non paruisset. Itaq; cum filia in specie, diuortio facto, cõsuleret Imperatores an rediens ad maritum posset obtinere hereditatem, increpatur ab Imperatorib. quod conditioni paruisset. Illa excusabat, quod diceret matrem fuisse in culpa, quæ talem conditionem induxisset, ex qua omne responsum huius rescripti sumptum est. Mater reprehendenda est, quod non debuit te sub conditione turpi & inciuili instituere, sed tamen magis es reprehendenda. Quid, quod mater verbis tantum iussit, tu tuo facto comprobasti; diuertisti enim à marito, in quo duplex tuum peccatum est: Nam etiamsi conditio superior amitteretur iure, id est, etiamsi heres matri esse non potuisses, nisi conditioni paruisses; tamẽ oportebat re lucro præferre concordiam maritalem, id est, hereditatem repudiare potius, quam hanc turpitudinem in te admittere, vt à marito diuertas. Sed crescit in eo peccatum, quod nulla necessitas fuit parendi conditioni. Nam hæc conditio est contra bonos mores, qua neglecta, etiam hereditatem potuisses obtinere. Redi igitur, inquiunt, ad maritum, sciens fore, vt nihilominus hereditatem matris obtineas.

In hoc rescripto verba, quæ sunt in principio, animaduertenda sunt. Aiunt Imperatores: Si mater te heredem sibi esse vellet, non te à marito diuertere iuberet. Quæritur, quomodo id dicant Imperatores, cum appareat contra, matrem voluisse filiam sibi heredem esse, & præterea iussisse, vt à marito diuerteret. Respondeo, hæc verba, † *Non iuberet*, potentiali modo dicta sunt, pro non deberet iubere, siue non debuisset, vt sit sensus: Si mater te sibi heredem esse vellet, vt voluit, non debebat iubere, vt à marito diuerteres; non enim debuit tibi hanc turpitudinem iniungere, & rationem reddunt Imperatores; quia hoc inutile est; sic enim vulgaris est lectio & in omnibus libris recepta. Sed sententia loci necessario flagitat, vt legamus inciuile hac ratione; quia non est peccatum à matre, ideo quia iussit, quod est iure impossibile, id est, quod turpe est & contra bonos mores, vt inciuile vsurpatur plerunque apud iuris auctores, *l.si medicus, D.de extraord. cognit. l.vbi, §.pen. & vlt. D.quod met. caus.*

Ad L. Generaliter. 6.

Impp. Valer. & Galien. A. ad Senatum.

Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, vt edicat, si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: & ipse vel ipsa liberos sustulerit, siue nuptias contraxerit, siue testamentum fecerit, firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni, &c.

SVMMARIA.

1 *Conditionibus pluribus institutioni, aut legato adiectis, an omnes impleri oporteat.*
2 *Species huius legis, & Iustiniani in ea constitutio.*
3 *Ratio huius constitutionis.*
4 *Duo huius loci consectaria.*

CONditionem possibilem implendam esse diximus initio huius tit. & confirmatur *in l. 1. 2. sup.* Et hoc expeditum est,
1 si vna conditio institutioni, aut legato adiecta est. Quid † si plures sint adscriptæ, an omnes impleri oportet? De eo hæc est distinctio, si coniunctiue adscriptæ sint, omnes exsistere oportet, si distinctiue, sufficit vnam aliquam exstitisse, *l. 5. de cond. instit. l. pen. de her. instit. l. si ita 129. de verb. obl.* Hoc ius in pluribus conditionibus coniunctim adscriptis perpetuum est: In pluribus autem conditionibus distinctiue adscriptis, non item, *l. nam hic interdum, D. de her. Instit.* In quo genere est exceptio huius loci, vbi instituens sub conditione, *si sine liberis decesserit*, & prærerea alias conditiones fideicommisso adiicit. Nam etiamsi adiecerit has omnes conditiones distinctim, Iustinianus constituit non esse locum institutioni, nisi omnes conditiones exstiterint.
2 Et Iustinianus † hanc speciem proponit: *Filius meus heres esto: Si intestatus decesserit, cum decesserit sine liberis, vel sine nuptiis, hereditatem restituat L. Titio.* Secundum verba locus esse debebat fideicommisso, etiamsi solum filius intestatus decessisset, quamuis suscepisset liberos, aut nuptias contraxisset: itemque de quauis alia conditione, quæ ex infra scriptis exstitisset, dicendum etiam erat. Nunc autem Iustinianus constituit, non aliter fideicommissum deberi, quam si coniunctim hæc omnia concurrant, vt filius & sine testamento, & sine nuptiis, & sine liberis decedat: ita vt si eorum aliquid ex his desit, non sit locus fideicommissi restitutioni, & hæc est summa constitutionis Iustiniani.
3 De hac † parte autem Iustin. hanc habuit actionem, quod etiamsi ceteræ omnes conditiones adscriptæ exstitissent; tamen pater semper voluit, hanc conditionem coniungi, *si sine liberis decesserit.* Nam si filius liberos susceperit, voluntas patris est, vt hereditas potius ad eius liberos pertineat, de quo dicetur *in §. seq.* Quod si testator in hac conditione, *si filius sine liberis decesserit*, voluit persistendum, aut pro coniunctione eam accipi, non potest existimari aliter eam particulam accepisse in aliis conditionibus.
4 Ex quo † colligimus duo, si testator filium negauerit post mortem suam, hereditatem restituere pluribus conditionibus disiunctim adscriptis, inter quas non esset illa conditio, *si sine liberis decessisset*, semper secundum regul. iur. omnes iuris conditiones pro disiunctis accipiendas esse, vt quæcunque ex his exstiterit, sit locus restitutioni. Alterum colligimus, si testator extraneum instituerit heredem, & rogauit eum hereditatem alij restituere, sub iisdem conditionibus, si heres intestatus decesserit, vel sine liberis, aut nuptiis decesserit: has quoque conditiones pro distinctis habendas esse; quia cessat coniectura potestatis in extraneo, propter quam coniunctio conditionum admittitur.

Ad §. vlt.

Cum autem inuenimus excelsi ingenij Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex hu procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem, &c.

SVMMARIA.

1 *Pater filio heredi instituto substituens, aut simpliciter iubens hereditatem post mortem restituere, semper intelligitur id sub hac fecisse conditione:* Si filius sine liberis decesserit, *ac proinde liberis susceptis, nec substitutioni, nec restitutioni locus est.*
2 *Duplex Iustiniani constitutio circa hanc materiam.*

CVm pater † filio heredi instituto substituit aliquem, *si heres filius non erit*, aut filium iubet hereditatem post mortem restituere, etsi verbis nullam conditionem adiicit; tamen intelligitur hæc conditio, *si filius sine liberis decesserit.* Proinde liberis ab eo susceptis nunquam restitutioni, neque substitutioni locus erit. Hoc verum est responsum Papin. quod exstat *in l. cum auus. de cond. & dem.* Confirmatur à Iustiniano *in l. cum acutissimi. inf. de fideicom.*
Hoc idem † responsum confirmans Iustinianus hoc loco duo circa id constituit: Primo id produci ad filium naturalem. Constat filium naturalem à patre institui heredem posse ex his partibus, de quibus cautum est *in l. humanitatis. & Auth. licet, seq. supr. de nat. lib.* Hoc modo institutus filius naturalis si rogetur hereditatem simpliciter restituere; tamen liberis susceptis non erit fideicommisso locus, non magis, quam si filius legitimus fuisset, qui rogatus est.
Alterum Iustinianus constituit hic, liberis à filio susceptis excludi substitutum, aut fideicommissarium, si liberi legitimi sint, id est, iustis nuptiis procreati, quibus verbis filij naturales excluduntur. Cui parti significatio verborum repugnare videtur; nam & multi loci sunt, quibus declaratur nominatim in hac conditione, si heres, aut legatarius sine liberis decesserit, omnes liberorum appellatione contineri. Proinde etiam naturalibus susceptis, deficere fideicommissum, *l. Lucius. §. tamen. l. cum pater, §. volo, de leg. 2. l. heredu. §. vlt. ad Treb.*
Dicendum est aliam esse interpretationem huius conditionis, *si heres sine liberis decesserit*, cum conditio à testatore adiecta est; aliam in specie proposita. Nam cum agitur de conditione à testatore adscripta, & quæritur, quid in ea sumserit testator, sequimur verbi significationem, nisi manifestum sit testatorem aliud sensisse, *l. non aliter. in princ. de leg. 3.* Liberorum autem appellatione significantur non tantum legitimi, sed etiam naturales, *d. l. pen. de leg. 2.* Proinde & naturales quoque ex voluntate testatoris hic intelligimus, vt consequens sit his susceptis fideiussionem defecisse & hoc ita, nisi ex dignitate & consuetudine testatoris appareat testatorem auersatum esse omnes inhonestas consuetudines, & eos solos pro liberis habuisse, qui iusti essent, quo referri oportet sententiam Vlpiani *in l. ex pacto. §. si quis rogatus, D. ad Treb.*
At in specie proposita, cum filius simpliciter rogatus restituere hereditatem, vbi hæc conditio, *si sine liberis decesserit*, intelligitur ex mente legis & eorum, qui hanc conditionem intelligi voluerunt, non possumus intelligere filios naturales; quia in his ratio intelligendæ eius conditionis deficit. Nam cur hæc conditio intelligatur, hæc ratio fuit; quia non est verisimile testatorem voluisse alienas successiones propriis anteponere, quæ ratio expresse est *in d. l. cum acutissimi, infr. de fideicom.*
Hæc autem ratio ad legitimos tantum filios pertinet, ad naturales non pertinet, quia soli legitimi filij perueniunt ad successionem patris & aui, naturales nullo modo perueniunt ab intestato, *d. Auth. licet. sup. de nat. lib.* Dantur quidem naturalibus liberis duæ vnciæ patre intestato mortuo, sed non velut heredibus, verum vt inde alantur, vt ibidem scriptum est.

Ad L. Si quis heredem. 7.

Impp. Valer. & Galien. Ioanni præfecto Prætorio.

Si quis heredem scripserit sub tali conditione, si ille consul factus fuerit, vel prætor: *vel ita filiam suam instituerit heredem*, si nupta fuerit: *viuo autem testatore vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia eius nupta fuerit, vel adhuc viuo testatore consulatum quidem, vel prætura ille deposuerit, filia autem eius à marito diuerterit: omni veterum dubitatione explosa sancimus, quandocunq; impleta fuerit conditio, siue viuo eo, siue mortis tempore, siue post mortem, conditionem videri esse completam, &c.*

SVM-

SVMMARIA.

1 *Conditiones in euentum collatæ, quandocunque exstiterint, pro impletis habentur.*
2 *In conditionibus in potestatem heredis collatis, quid aduertendum.*
3 *Conditiones potestatiuæ, quæ promiscue, seu quouis tempore impleri possunt, non nisi post mortem testatoris recte impleri possunt.*
4 *Conditio, quæ quouis tempore natura impleri non potest, eiusmodi est, vt recte & viuo testatore impleatur.*
5 *Ratio cur conditionum genera hic distinguantur.*
6 *Particula distinctiua, vel, in hac constitutione pro coniunctiua accipienda est.*

HOc loco attingitur, quod dictum *ad leg. 2. sup.* Etsi in exemplis conditionum, quæ hic proponuntur, dicatur, eas & viuo testatore impleri posse & mortuo; non tamen sic accipiendum est, quasi ad omnes conditiones pertineat. Nam quædam non nisi post mortem testatoris impleri possunt, *l. 2. de cond. & demonst.* Vt igitur de re liqueat, quando cõditiones impleri possint, videndum est, vtrum conditio in euentum collata sit, an in pote-
1 statem heredis, vel legatarij. Quæ † in euentũ collatæ sunt, quandocunque exstiterint, pro impletis habentur, vt nihil interfit testatorem viuum, an mortuum esse, *leg. 2. in pr. de cond. & demonstr.* quod confirmatur & hac constitutione.

Non exigimus in his, vt sciat heres eas conditiones certe esse adscriptas, aut vt velit eas impletas esse; quoniam nihil in his in voluntatem heredis collatum, sed totum pendet ex euentu, pro-
2 inde & solum euentum hic spectare debemus. Quod si † conditio in potestatem heredis collata sit, veluti *si 10. dederit, vel si in Capitolium ascenderit, si Seia Titio nupserit:* refert vtrum conditio per rerum naturam promiscue, id est, indifferenter quouis tempore impleri possit, an vero non. Quouis tempore promiscue impleri possunt naturaliter hæ, *si 10. dederit, si Capitolium ascenderit.* Nam qui viuo testatore dedit & ascendit, idem si viuit & valet, potest dare & ascendere mortuo testatore.

3 Huius † generis conditiones placet non nisi post mortem testatoris impleri posse, & ideo non videri impleuisse eum, qui viuo testatore dedit, aut ascendit, *l. 2. infr. de cond. & demonst. l. si tam facta 11. §. vlt. D. de cond. & demonst.* Quod præter significationem verborum receptum est à veteribus, ex sententia testatoris, idque colligitur hac ratione. Nam cum testator contulit conditionem in potestatem heredis, simul contulit in eius voluntatem, vt vellet conditioni parere. Non obtemperat autem conditioni, qui casu & fato facit, quod erat in conditione; sed is solum, qui iudicio facit, & eo animo, vt conditioni pareat, *dict. l. 2.* Non potest autem iudicio obtemperare conditioni, nisi qui scit conditionem esse testamento insertam, & insertam certo & vtiliter. In totum enim, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt, *l. in totum, de reg. iur.* Et hactenus progreditur ratio *d. l. 2. in fin. de cond. & demonst.* Adijciendum autem est non intelligi hereditatem, siue conditionem certo insertam viuo adhuc testatore, quantumuis interfuerit, cum testator nuncuparet testamentum, aut cum testamentum scriptum curaret recitandum; nam testator voluntatem mutare potest, vt ambulatoria est suprema voluntas, vsque ad vltimum vitæ spiritum, *l. 4. de adim. leg.* Quo fit, vt tum solum intelligatur testamentum esse, & in testamento aliquid certo scriptum, cum testator decessit. Ex quibus efficitur, quod est propositum, conditiones propositas, in quibus implendis destinationem exigimus, non nisi post mor-
4 tem testatoris impleri posse. Quod si † conditio quouis tempore natura impleri non potest, eiusmodi est, vt recte & testatore viuo impleatur, qualis est hæc conditio: *Titia si Sempronio nupserit,* hæc quamuis nubat viuo testatore; tamen conditio pro impleta habetur, *l. hæc conditio. 10. l. 11. §. vlt. l. conditionum. 91. de cond. & dem.* Id quod hac constitione item confirmatur.

5 Sed cum † hæc conditio conferatur in potestatem Seiæ, non minus, quam illa, *si 10. dederit,* cur hæc genera distinguimus? Respondeo; quia si conditio commode quouis tempore impleri potest secundum naturam, hæc voluntas est testatoris, vt impleat post mortem tantum eius; quia hæc voluntas eius esse intelligitur, vt heres ei conditioni omnino obtemperet, quod fieri non potest, nisi post mortem testatoris, vt dictum. At cum conditio non potest semper impleri, sed vt plurimum semel tantum; hic rursus animus testatoris esse intelligitur, vt impleatur conditio, cum potest; quoniam vult eam impleri, non potest autem impleri, nisi per opportunitatem & occasionem naturæ. Talis est conditio hæc, *si Seia nupserit.* Nam si exspectamus mortem testatoris, vt nubat Seia, fieri potest, vt non nubat, vel quia Sempronius decedat, vel quia interim ducat aliam.

Atqui hæc eadẽ in veteri iure fuerunt; vnde quæri potest, quid opus fuerit hac constitutione? Animaduertendum est nõ tantum hanc constitutionẽ pertinere ad cõfirmationem superioris iuris, sed præcipue ad hoc, vt hæc particula adiiciatur iuri veteri, nempe in his conditionibus, quæ viuo testatore impleri possunt, probandum esse ita eas conditiones tunc impletas vere pro impletis haberi, vt nihil referat, vtrum implementum nõ perseueret. Proinde ex his conditionibus, *Si Titius consul factus fuerit: si factus fuerit prætor: si Titio Seia nupserit:* intelliguntur exstitisse cõditiones, cum ille consul factus fuerit, aut prætor viuo testatore, aut Seia viuo testatore nupserit, & adhuc testatore viuo, vel ille consulatum, aut præturam deposuerit, aut hæc impleta esse desierit. Et ideo in † illis verbis, quæ leguntur in hac constitutione: *Vel adhuc viuo* 6
testatore, distinctiua particula, *vel,* pro coniunctiua accipienda est, vt alias sæpe in vsu iuris, *l. sæpe. ff. de verb. sign.*

Ad L. penult. Si testamentum.

Impp. Valer. & Galien. A. Ioanni præfecto Prætorio.

Si testamentum ita scriptum inueniatur: Ille heres esto secundum conditiones infra scriptas: *Siquidem nihil est adiectum, neq; aliqua conditio in testamento posita est, superuacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento vtimur, quod Papinianus respondit: vicos Reipublicæ relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, &c.*

SVMMARIA.

1 *Institutio hæc,* Titius hæres esto secundum conditiones infra scriptas, *conditionibus nullis adscriptis, valet & pura est: conditione postea adiecta, conditionalis habetur, & nu. 3.*
2 *Obiectiones, quæ contra adferri poterant, refelluntur.*

HÆc institutio, † *Titius heres esto, secundum conditiones infra scri-* 1
ptas, etiam nullis conditionibus adscriptis valet, & qui institutus est heres, erit quasi pure institutus. In † hanc tamen senten- 2
tiam hæc dicuntur. Primum non valet institutio, eoq; nec testamentum, vbi institutio imperfecta est, id est, vbi institutioni testator aliquid adiicere voluit, nec adiecit *l. si is, qui testam. D. qui testam. fac. pos.* In institutione autem hac proposita testator conditionem adiicere voluit, nec adiecit, proinde imperfecta institutio, eoq; testamentum. Resp. Falsum est testatorem in hac institutione voluisse conditionem adiicere; imo quia non adiecit, ideo certe colligitur, eum adiicere noluisse. Noluit igitur cur ergo cõditionem facit mentionem in institutione? Respondeo; quia constituerat deliberare, an postea conditionem adiiceret, nec ne, cum non adiecerit, apparet propositum prius omisisse.

Deinde obiicitur, *l. quoties. §. tantundem. D. de hered. Instit.* vbi ita scribitur, si testator conditionẽ adiicere destinans, non adiecerit, heredem pro non instituto haberi, quæ sententia Marcelli est, quam nominatim postea probat Vlpianus. Respond. Nihil est verius hac sententia; si modo testator conditionem adiicere destinauit, vt illic scriptum est, sed prius constare oportet, illum hoc voluisse, vt diserte scribitur *in d. l. si is, qui test. D. qui testam. fac. pos.* Nos autem hic dicimus ex his verbis secundũ conditiones supra scriptas, non colligi testatorem omnimodo cõditionem adiicere, quam non adiecit, voluisse. Postremo dici potest institutionẽ propositam ideo nullius esse momenti; quia sit sub conditione, quæ conditio defecerit. Nam hæc verba, *secundum conditiones infr. scriptas,* hoc significant, secundum conditiones, quas infra scribam. Hæc autem oratio, *quas infra scribam,* conditionem habet, *leg. 6. de leg. 1.* Respondeo: non ideo recte colligitur hanc institutionem conditionalem esse. Nam hæc conditio, *si conditiones infra scribam,* non adiicitur institutioni, sed conditioni adiicitur. Hoc dicere intelligitur testator: *Titius heres mihi esto, sub conditione, seu hac*

lege,

lege, si conditionem infra scribam. vnde colligitur si conditionem infra non scribam, heres esto sine conditione. Nam quoties aliquid fieri iubetur sub conditione, sub contraria conditione non iubeti intelligitur, *l. quib. diebus, §. quidam Titio, de condit. & demonst.* Quę ratio euidenter sufficiebat, vt probaretur nullis conditionibus infra adscriptis institutionem propositam puram esse, non conditionalem.

Maluit tamen Tribonianus ad hanc institutionem confirmãdam vti responso & argumento Papiniani, quod subijcit, quod totidem verbis exstat *ml. cum pater, §. vlt. de l. 2.* cum testator vicos legauit, & adiecit, *se fines vicorum postea monstraturum.* nam etiam his finibus non demonstratis, placet vicos deberi. Sed verendum est, ne non hæc institutio posita cum legato illo recte comparetur. Nam hæc oratio, *quos fines postea demonstrabo.* nullam habet conditionem, sed tantum demonstrationem. Hæc autem verba *Secundum conditiones infra scriptas*, conditionem, quam dixi, continent. Itaque tutius erit hanc institutionem superiori ratione defendere.

3 Vt autem † in hac institutione, si conditio nulla infra scripta est valet, institutio, & pura est: Ita quacunq; parte testamenti postea conditio adscripta est, institutio habetur conditionalis non secus, quam si in ipsa institutione conditio expressa & adiecta esset. Vt puta testator in principio testamenti sic scribit; *Titius mihi heres esto secundum conditiones infra scriptas*; Deinde in extremo dixit; *Conditionẽ, de qua initio dixi, hanc esse volo, si nauis ex Asia, &c.* Dicimus institutionem Titij perinde accipiendam, quasi testator initio dixisset ita coniunctim: *Titius heres esto, si nauis ex Asia venerit.* At quod constituendum visum est opus fuisse hac constitutione; quia dici potest: Institutionem hoc modo scriptã puram esse, non conditionalem, vt dixi. Nam in principio institutio conditionem non habuit, in extremo conditio adiecta est, sed nulla institutio. quo fit, vt neutra parte videatur conditionalis esse institutio.

Sed hæc recte dicuntur, cum institutio & conditio separãtur, cum autem coniunguntur, necesse est institutionem cõditionalẽ videri. Constituit autem Iustinianus hæc cõiungi oportere, quasi eodem loco scripta essent, quod non constituit ea ratione, quæ redditur ab Accursio; quia quæ in continenti fiunt, ea inesse intelligũtur. Nam si testator ita scripsisset: *Titius heres esto secundum conditiones, quas codicillis adscribam*: Deinde multo post tempore conditionem adscribat, videbitur à principio fuisse conditionalis institutio testamento adscripta, *l. asse de her. inst.* Sed hæc ratio est, quod in qua parte aliquid demonstratur ex eo, quod postea euenturum est, quandocunque euenerit, iam in principio expressum fuisse, in ea parte videri. Puta testator in testamento scripsit: *Is mihi heres esto, quem codicillis scribam*: His verbis statim Titius heres institutus & demonstratus intelligitur, quandocunque etiam in codicillis postea scribat. *d. l. asse. de hered. instit.*

Ad L. vlt.

Impp. Valer. & Galien. A. Ioanni PP.

Cum quidam prægnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidẽ suam vxorem ex parte, ventrẽ vero ex alia parte, & adiecit, si non posthumus natus fuerit, aliũ sibi heredem esse, posthumus autẽ natus impubes decessit: dubitabatur, quid iuris sit, tam Vlpiano, quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quæstionẽ scribentibus, cum opinabatur Papinianus eundẽ testatorem voluisse posthumo nato, & impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem quam substituum, &c.

SVMMARIA.

1 *Quoties pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in vtrumque substituisse videtur.*
2 *Species huius legis plenius declaratur, & quid iuris in ea sit, deciditur.*

CVm pater filio impuberi substituit Titium in hunc casum, *Si filius posthumus natus non erit*, id est, si filius heres non erit, quamuis filius nascatur & heres exsistat patri: Si deinde intra pubertatem decedat, pure & vulgariter institutus nihilominus admittetur ex constitutione D. Marcelli. Qua efficitur: Quoties † pater filio impuberi in alterum casum substituit simul in vtrumq; casum substituisse videtur, siue filius heres fuerit, siue nõ, & intra pubertatem decesserit, *l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupil.* de qua cõstitutione dicetur suo loco tit. sequenti. Hinc dubitatio orta veteribus in specie proposita: Testator, qui vxorem prægnantem habebat, vxorem heredem instituit ex parte, ventrẽ, id est, qui in vtero est, filium, instituit in reliqua parte. Huic filio Titium in hunc casum substituit, id est, in hanc conditionem, *Si posthumus natus non esset*, id est heres omnino nõ esset; nam non potest heres esse, qui omnino non est in rerum natura. Deinde posthumus natus est, & iure ipso patri heres exstitit, ac deinde intra pubertatẽ decessit. De eius hereditate quæritur inter matrem & substitutum, substituto ex substitutione hereditatem sibi vendicante: matre autem sibi vendicante legitimam filij ex Senatusconsulto Trebelliano.

Quęstio in eo est, vtrum substitutus in hunc casum substitutus sit, si impubes heres erit, & intra pubertatis tempus decesserit. Nã si est substitutus, iure admittetur: quoniam pater filio in hunc casum potest substituere; sic mater excluderetur: nam quãdiu ex testamento heredi as adiri potest, tamdiu ab intestato legitimis non defertur, *l. quamdiu. de acquir. hered.* Rursum si Titius in hunc casum alterum substitutus non est, impubes decessit intestatus. Intestatorum liberorum hereditas ad matrem pertinet, vbi neq; est pater, neque descendens, *Instit. de Senatusconsulto Orphit.* Hic si superiorem regulam constitutionis sequimur. Titius in vnum casum substitutus, etiam in vtrumque casum substitutus intelligitur, eoque admittetur exclusa matre.

Sed hæc sentẽtia non placuit; visum est Papiniano & Vlpiano, matrem potius in proposito admitti debere, si modo heres esset instituta cum filio: sed hæc dubitanter dicebant. Iustinianus hæc duo effecit, eorum dubitationem sustulit, & sententiam certam effecit. Alterum, admisit matrem excludere substitutum aduersus tacitam pupillarem, siue heres instituta esset, siue non. Vt vero obstet constitutio superior, & quamobrem placuerit hunc casum excipi, dicetur suo loco *ad l. precibus in. seq. tit.*

AD TIT. XXVI. COD. DE IMPVberum & aliis substitutionibus.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis & tractandi modus.*
2 *Substituere q. proprie significet, & quomodo hoc loco accipiatur. nu. 3.*
4 *Fideicommissarius heres proprie substitutus non est & num. 29.*
5 *Substitutio secundi heredis institutio dicitur.*
6 *Instituti & substituti qui dicantur, & quomodo in vsu iuris distinguantur.*
7 *Vocabulum*, Institutionis, *& generale & speciale est.*
8 *Gradus vocabulum quid iuris auctorib. significet, & cur hic vsurpetur & num. 10.*
9 *Primus & secundus locus heredum quomodo accipiatur, & quis sit primus, quis secundus heres. & n. 11.*
12 *Heres primus quot modis dicatur deficere.*
13 *Substitutionum genera quot. & num. 30.*
14 *Conditiones substitutionum in vsu iuris casus appellantur, & cur: & hinc quidam in primum casum, quidam in secundum dicuntur substituti. & num. 15. 16. 17.*
18 *Casus in substitutionibus duo tantum sunt.*
19 *Quis dicatur primus, quis secundus casus.*
20 *An vt natura, sic etiam iure in vtrumque casum substituere liceat, vt valeat substitutio. & num. 22.*
21 *Vulgaris substitutio vnde dicatur.*
23 *Substitutio impuberum, vel pupillaris vnde dicta, & quæ in eadem requirantur?*
24 *Substitutio pupillaris quomodo à vulgari differat.*
25 *Tertium substitutionis genus, quæ vulgo exemplaris, à Duareno quasi pupillaris, & hic substitutio mente capti vocatur.*
26 *In plurib. personis heredem in secundum casum substituere, iure directo non licet.*
27 *Directe substitui quis dicatur.*
28 *Oblique substituere quid sit.*
31 *Directa substitutio quæ, & quotuplex.*
33 *Vulgaris substitutio quæ.*
32 *Non vulgaris quæ, & quotuplex.*
34 *Fideicommissoria substitutio quibus permissa sit.*
35 *Cetera substitutionum genera ab interpretibus addita, vt sunt substitutio compendiosa & breuiloqua, improbantur.*

Vt

VT licet heredes instituere testamento; ita his & substituere, non tantum secundo gradu, sed tertio, quarto, quinto, & in infinitum, *l.36.potest.de vulgar.& pupil.subst.tit.de vulg.Institut.in pr.*
1 *l.verbis legis.120.de verb.sig.* Ex quo post † institutiones heredum, recte agitur de substitutionibus heredum, in quo explicando prius de verbo dicemus, deinde de iure, quod sic constituitur.

2 Substituere † Latinis est in locum aliarum rerum deficientiũ, vel inutilium, alais submittere & subrogare, vt cum dicimus fructuarium in locum demortuorum capitum alia substituere debere, & ita gregem supplere, *l.vetus 68.in fin.& l seq.de vsufruct.* Valet hæc ipsa significatio, cum heredes substitui posse dicimus. Est
3 enim † substituere in locum primi deficientis vel heredis, vel exheredati alium heredẽ instituere. Recte instituere: nam & substitutio institutio est heredis, vt vbicunq; heres non instituitur, i-
4 bi intelligendum sit, nec substitutionẽ esse. Quam ob † causam fideicommissarius heres proprie nõ est substitutus: nam proprie non est heres is, cui restituitur ex fideicommisso hereditas, §. *restituta.Inst.de fid.her.* Hinc substitutio † dicitur à iuris auctoribus secundi heredis institutio, *l.ex facto.43.§.Lucius.de vulg.& pupill.* Et cum quis heres institutus esset sub conditione, *si testatorem instituisset*, placuit videri heredem conditioni paruisse, si testatorem in quouis gradu instituisset, id est, etiamsi substituisset vel secun-
6 do, vel tertio gradu. Et † tamen in vsu iuris distinguuntur instituti à substitutis, non vt genus à specie, sed vt species contrariæ.

Nam instituti dicuntur, qui instituti sunt primo gradu: substituti autẽ secundo gradu instituti sunt, *l.1.de vulg.& pupil.* Et passim hic vsus loquendi occurret in argumento heredum instituto-
7 rum & substitutorum. Sed hæc contraria non sunt. Nam † institutio dicitur & generaliter & specialiter. Generaliter instituere est heredem scribere, aut nuncupare, quocunq; gradu id facias, id est, etiãsi substituas quarto, vel quinto loco. Vt enim in subscriptione inest simplex verbũ *scriptio*; sic in substitutione inest semper institutio. Sed cum hæc cõiunguntur, instituti & substituti, tunc institutos proprie intelligimus eos, qui primo gradu instituti sunt. Sic vsus est adoptionis *in l.1. & 2.ff.de adopt.* sic cognationis, sic agnationis *in l.non facile.§ cognationis.l.Iureconsult.§.1.de grad.& affin.* sic actionis *in l.pecuniæ.17.§.actionu.ff.de verb.signific.*

Sed substituere est alium heredem instituere, sic non omnis institutio, substitutio est, sed tunc demum, cum quis instituitur in locum alterius deficiẽtis, qui vel sit à testatore prius institutus, vel exheredatus. Quod de exheredato dixi, ideo dixi; quod pater filio impuberi, quem in potestate habet, substituere potest heredem, non tantum instituto, sed etiam exheredato, de quo postea, id autem an ita sit; quoniam aperte certis locis expressum non est danda est opera, vt ex ijs, quæ à veterib. hac de re scripta sunt, confirmetur. Exstat autem *in d.l.1.de vulg.* hæc definitio institutorum & substitutorum, vt instituti sint primo gradu, substituti autem, qui secundo, vel tertio, vel deinceps instituti sunt. Gradum
8 † vocant iuris auctores locum, quo heres institutus est vt eo loco succedat. Is primo gradu institutus est, qui primo loco. Is secũdo gradu, qui institutus est secundo loco, & sic deinceps, vt hoc verbum explicat Vlpianus *l.2.§.defertur.ff.de bon.poss.secundũ tab.*

9 Sed primum † & secundum locum heredum accipere debemus non ex ordine scripturæ, sed ex ordine successionis, vt intelligatur esse institutus secundo loco is, non qui secundo loco scriptus est, sed qui ita institutus est nominatim vt secundo loco succedat post heredem primo scriptum. Nam fieri potest, vt quisquam secundo loco scribatur; qui tamen institutus erit, vt in hoc exemplo: *Primus ex semisse heres esto, secundus ex quadrante heres esto, tertius ex quadrante heres esto* Hic secundus & tertius q amuis ordine scripturæ secundo & tertio loco scripti sunt; tamen pariter cum primo heredes instituti intelliguntur, *l si quis heredes.14. cum l.seq.de hered.instit.* scilicet quia non sunt ita instituti, vt succedant post primum, sed simpliciter instituti. E conuerso potest quis primo loco scriptus esse heres; qui tamen substitutus erit, non institutus, vt in hoc exemplo: *Titius heres esto, si secundus heres non erit.* Hic secundus quamuis postea scriptus tamen institutus est: Titius quamuis scriptus primo loco, tamen est substitutus *l. si quis ita.28. de her.instit.* nempe ob id; quia Titius nominatim ita institutus est, vt heres esset post secundum.

10 Ad id † significandum appositissime iuris auctores vsi sunt verbo *gradus*, vt dicerent institutum esse, qui primo gradu institutus esset, substitutum, qui esset institutus secundo gradu. Vt autem in gradibus primus quisq; gradus nobis occurrit, nec ad secundum peruenitur, nisi post primum, nec ad tertium nisi post primum & secundum, sic institutus & substitutus. Hic est ordo progressionis, vt primo deferatur hereditas institutis; deinde ijs deficientibus deferatur substituto, nec vnquam locus sit substituto nisi instituto excluso, *l.quamdiu institutus.69.de acquir. her.* Ex hoc ordine successionis institutorum & substitutorum heredum hæ appellationes veteribus natæ sunt. Nam † heres in- 11
stitutus dicitur primus heres: substitutus autem dicitur secundus heres, vt intelligatur is, qui ita institutus est, vt secundo loco succedat.

Occurrunt hę voces *in l.precibus.infr.h.l si posthumus.vers.nam & cum.ff.de liber.& posth.* sicque primi & secundi heredis nomẽ vsurpatur à Cicerone, cum alibi, tum præcipue in Topicis. Inde substitutio dicta secundi heredis institutio, vt supra dixi, *l.ex facto.§.Lucius.ff.de vulgar.* Pro ijs Caius in *fragmentis Institutionum lib. 2.de substit.* substitutionem vocat secundi heredis appellationem. Quæ si recte dicta sunt à veteribus, non errauit Accursius *in princ.titul.de vulg.* cum substitutionem dixit secundam institutionem. Nam secundi heredis institutio & secunda institutio coniugata sunt. Substitutus autem est secundus heres, proinde huius heredis institutio est secũda institutio: neq; eo moueri debemus, quod dicitur, heredem substitui posse non tantum secundo loco, sed etiam tertio, quarto, quinto & in infinitum, *l.1.& l.potest; de vulg.* Nam qui quinto loco substitutus est, si conferatur cum primo, ex ordine scripturæ recte dicitur quinto loco institutus, non autẽ secundo: sed si conferatur cum proximo herede, id est, quarto, vel alio, cui defertur hereditas, ceteris heredibus prioribus deficientibus, non potest dici, nisi secundo loco institutus & secundus heres; quia prior heres, cui soli defertur hereditas, incipit solus esse heres institutus, vtpote ceteris omnibus exclusis. Quam rationem secuti veteres, non aliter substitutum omnes appellauerunt, quam secundum heredem.

Hic autem intelligitur heres institui, ita vt secundo loco succedat post primum, cum nominatim instituitur in primi deficiẽtis locum, id est cum instituitur sub conditione, si primus defecerit, si primus remotus erit. Proinde, vt propositum est, vere definiuimus initio substituere heredem, esse in primimi heredis deficientis locum alium heredem, vt heredem instituere. Deficit † autem primus heres dupliciter, vel quod heres non exsistit, vel 12
quod heres sit, sed postea moritur, atque ita heres natura esse desinit. Vnde intelligimus, † substitutionum totidem esse genera, vt vel substituatur quis sub conditione, *si primus heres instituitus heres non erit*: vel vt substituatur sub altera sequenti conditione, *si primus heres institutus heres erit, & deinde decesserit.* Quæ conditiones notantur & comprehenduntur in substitutione impuberum, *l.1. de vulg.& pupil.substit.in pr.*

Hæ duæ † conditiones substitutionum in vsu iuris appellãtur 14
casus, in quos quis heres substituitur. Vt is qui substituitur, *si primus heres nõ erit*, dicatur in primum casum † substitutus, vt sit sen- 15
sus in primum casum sum substitutionum, id est, in primam conditionem, sub qua heredes substituuntur. Is autem, qui † substi- 16
tuitur sub hac conditione, *si primus heres erit, & postea decesserit*, dicatur substitui in alterum casum, in quẽ heredes substitui solent. Sic vocantur passim hæc conditione, præcipue *in l.precibus infra. h.& in l.4 ff.de vulg.& pupill.* Et † recte hæ conditiones vocantur 17
casus: nam conditio nihil aliud est, nisi euentus & casus in quem aliquid differtur, vt definitur *in §.sub conditione in Insti. de verb. oblig.* Sunt † autem hi casus in substitutionibus tantum duo, vt conse- 18
quens sit substitutionum non plura esse genera summa.

Id docet primum natura: nam si substituere est surrogare in locum deficientis heredis; consequens est, non plures esse posse conditiones substitutionis, quam suprascriptas duas; quoniã non deficit heres institutus, nisi vel quia heres non est, vel quia cum heres esse cœperit, postea desinit. Id etiam manifesti loci iuris confirmant. Nam *in l.precibus.* nominantur tantum substitutionis duo casus, primus & secundus. Sed euidẽtius id declaratur *in d.l. 4.de vulg.* vbi casus substitutionũ nominantur vnus & alter, quod verbum posterius uõ vsurpatur, nisi de duob. Quemadmodum autem de numero horum casuum hoc tenendum est, duos tantũ esse: sic & † illud obseruandum de ordine horum casuum: In vsu 19
iuris priorem illum; *Si primus heres non erit*; dici primum casum substitutionum; illum autem alterum; *Si primus heres erit, & postea decesserit*, dici secundum casum, siue sequentem. *d.l.precibus. infr.l. Lucius.de vulg.* idque duabus de causis. Vel quia ille casus: *Si primus heres non erit*; primo receptus est iure, alter autem longe post cœpit recipi, non iure scripto, sed moribus, *l.2.de vulg.*

Vel

Vel quod est verius; quia cum hi duo casus coniunguntur in substitutione impuberum, id est, cum quis substituitur impuberi; *si impubes non erit, siue heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Ordo id exigit, vt prius quæratur, an sit heres, nec ne; quoniam si heres non erit, inepte quæritur, an postea desinat. Quod si heres erit, tunc quærendum est, an postea decedat, atque ita heres esse desinat. Ex quibus, vt dixi, apparet, & quid sit substituere heredes, & quibus conditionibus substituantur, & ex ijsdem conditionibus, quæ sunt genera substitutionum natura. Hæc de nomine substitutionis dicta sunt, deque re huic verbo subiecta. Nunc de iure substitutionis videndum est.

20 Est autem † de iure substitutionum hæc quæstio an quemadmodum natura licet substituere in vtrumq; superiorem casum ita etiam liceat iure, vt substitutio valeat? Et placuit non licere, de quo ita ius est. In priorem casum: Si primus heres non erit licet prioribus institutis; alios, quos velint, & quot velint, heredes instituere, *l. potest. ff. de vulg. & pupil. Instit. de vulg. in pr.* Hic casus à iuris auctoribus vulgaris dicitur, & qui substituitur in hunc casum,
21 dicitur substitui vulgari nomine, *l. 4. §. 1. ff. de vulg.* Vnde † & substitutio ipsa vulgaris dicitur, §. *fin autem. Instit. de pupill. & tot. tit. in ff.* Appellatio hinc nata, non quod vulgaris substitutio sit directa, vt quidam hoc loco imperitissime scripserunt; nam & pupillaris directa est, *l. post aditam. infr. h.* vbi dicetur; quæ tamen nihil minus est, quam vulgaris, sed nata est ex eo, quod substitutio in hunc casum: *Si primus heres non erit*; omnibus iure permittitur, vt sit in vsu omnium vulgari; quomodo vulgares actiones, & vulgaria actionum nomina dicuntur vsitata, *l. 1. & 2. de præscript. verbis.* Quo nomine ita appellatur hoc genus substitutionis, vt distinguatur à pupillari & similibus, quæ fiunt in secundum, quæ non omnibus permissæ sunt, sed paucis & certis personis, vt postea patebit. Er-
22 go † in secundum casum; *Si primus heres erit, & postea decesserit*; iure ciuili, id est, leg. 12. tabularum, nulli licet heredem substituere, ac ne patri quidem, vt filio impuberi alium heredem substituat in secundum casum; *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Quod ex eo intelligimus, quod de hoc genere substitutionis postea introductum est moribus, *l. 2. ff. de vulg. & pupill. Inst. in pr. h.*

Hoc ius sumtum est ex leg 12. tabularum, quæ ita facit potestatem heredis instituendi & substituendi si quis instituat suis bonis; non alienis, his verbis: Vti quisque rei suæ legassit, &c. *l. verbis leg. de verb. sig. l. testandi. sup. de testam.* Hinc sic recte collectum est à veteribus. Licet heredem substituere suis bonis, alienis non licet. At cum quis substituitur à testatore in hunc casum: *Si primus heres institutus non erit*, substitutus instituitur in bonis testatoris, cum autem substituitur in hunc casum, *Si heres institutus heres exstiterit, ac postea decesserit*, substituitur in bonis heredis, non testatoris, *tit. de pupill. in pr. vers. quo casu.* Proinde in priorem casum substituere licet, in alterum sequentem iure non licet. Sed hoc ius postea in quibusdam personis remissum est.

Ac primum moribus populi Romani obtinuit, id est, vsu & consuetudine, vt parentes filijs suis impuberibus, quos in potestate habent, substituere heredem possint, in hunc casum; *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit*, *d. l. 2. in pr. ff. de vulg. &*
23 *Instit. h. in pr.* Hæc † substitutio ex re dicta est substitutio impuberis; quia esset impuberum propria, vt quibus satis posset parēs in secundum hunc casum substituere, §. *fin autem. in fin. Instit. de pupil. subst. l. sed si plures.* §. *ad subst. ff. de vulgar.* Vnde inscriptio huius tituli, *de impuberum & aliis substitutionibus*, vt sic de pupillari substitutione & alijs generibus substitutionum admoneremur. Hæc eadem magis proprio vocabulo appellatur substitutio pupillaris, *d. l. 2. & l. seq. de vulgar. & pupill.* Ita dicta, quia pupillus est is impubes, qui sui iuris esse cœpit, vel morte patris, vel emancipatione, *l. pupillus. de verbor. sig.* In hoc autem solum tempus confertur substitutio pupillaris, cum impubes sui iuris erit post mortem patris. Substituitur enim in hunc casum: *Si heres erit.* Non potest heres patri esse, nisi defuncto: ac proinde nisi tunc, cum sui iuris erit factus, morte patris.

24 Obseruandum est † autem, cum in hac substitutione tria hæc exiguntur, vt sit parens, qui substituit, vt sit impubes is, cui substituitur, & præterea, vt sit in potestate patris, satis confirmari his, quę supra diximus, hanc substitutionē non esse vulgarem, vt pote extraneo nulli permittatur, & quæ parenti ne qudem permittatur, vt substituat liberis emancipatis, aut substituat post pubertatem. Quę omnia contra cum permittantur in substitutione, quæ fit in priorem casum non exsistentium heredum, apparet merito vulgarem substitutionem eam dici, quæ ita in vulgus & in omnes passim recepta sit. Hæc substitutio pupillaris, de qua dicimus, primo sola recepta est; vnde non plura genera substitutionum apud veteres fuerunt cognita, quam hæc duo, vulgaris & pupillaris substitutio. Vnde titulus de vulgari & pupillari, & duo illi separati in *Instit.* vnus *de vulgari*, alter *de pupillari substitutione.* Confirtur in fragmentis Caij *lib. 2. Instit. tit. de substit.*

Postea † autem constitutione receptum est, vt liceret parenti, 25
etiam post pubertatem, in secundum superiorem casum heredē substituere filio furioso, seu mēte capto, si in ea alienatione mentis decessisset, de quo exstat Iustiniani constitutio *in l. humanitatis. inf.* Cuius summa exponitur *in* §. *qua ratione. Inst. de pup. subst.* Hanc vulgo exemplarem vocant; quia *in d.* §. *qua ratione.* Iustinianus scribit, hanc se introduxisse ad exemplum pupillaris substitutionis.

Sed hoc verbum nobis repudiandum est. Primo; quia est cōtra consuetudinem iuris auctorum, ac non tantum barbarū: deinde qualecunq; hoc verbum sit, etiāsi Latinum esset, tamē est ad id, de quo quæritur, explicandum inutile. Cum enim exemplarem substitutionem dico, dubium relinquo, & cui substitutio fiat, & à quo & in quem casum, vt nihil hic plus explicem, quam si nihil dixero. Verba autem rebus consequentia esse oportet, vt bene monet Iustinianus *in* §. *est & aliud. Instit. de donat.* Duarenus quasi pupillarem vocat *lib. 2. disp. cap. 2.* Sed ne hoc quidem satis rem explicat. Commode igitur substitutionem, quæ fit impuberi, eiusque propria est, appellamus substitutionem impuberis. Sic eam, quæ fit mente capto & furioso, dicimus eadem ratione substitutionem mente capti, vel furiosi, idque ad rem, quam volumus, intelligendam accommodatissimum.

In pluribus personis † substituere heredem in secundum ca- 26
sum nulli licet, si de iure directo & communi quæritur, de quo nunc agitur, cum tractatur de heredum institutionib. & substitutionib. Dixi *iure directo*; quia oblique & per fideicommissum etiam in hunc secundum casum quibuslibet heredibus à nobis institutis licet alios substituere. Directe dicitur † heres substitui, cū 27
testator substituit his verbis, aut aliis idem significantibus: *Si primus heres non erit, secundus heres esto.* Quibus verbis heredem substitutum, heredem esse interest, ita vt hereditatem à testatore recta capiat, §. *in primis. Inst. de fid. her.* Obliq; † autem idem facit te- 28
stator, cum heredem à se institutum rogat, vt hereditatem secundo restituat, vel viuus, vel post mortem suam. Hoc genus fideicommissariæ restitutionis iure communi receptum est, de quo *in Instit. de fideicom. her. & ad Senatusconsult. Treb. ff. & C.* Hæc restitutio, vt apparet, fit in secundum casum: iubetur enim heres restituere, non nisi prius eam habuerit; vnde etiam inuitus eam adire cogitur, §. *sed quia heredem. Inst. de fid. her.* Is autem, † cui resti- 29
tuitur hereditas, proprie non est substitutus; quia non est heres lege ciuili, §. *restituta. Inst. de fid. her.* Et ideo cum proprie institutionem & substitutionem heredum nominamus, inter substitutiones non numeratur fideicommissaria substitutio. Vnde factum est, vt in hoc argumento institutionum & substitutionum non agatur de Senatusconsulto Trebelliano, sed omnibus partibus exponantur ea, quæ pertinent ad directas heredum institutiones & legata testamento relicta.

Sed etsi is, cui restituitur hereditas ex fideicommissaria hereditate, non est heres; tamen heredis loco habetur ex Senatusconsulto Treb. quia effectu actiones hereditariæ omnes ei dātur, & aduersus eum transeunt, non secus, quā si vere heres esset testatori, §. *sed quia hered. Inst. de fideicom. hered. l. 1. in pr. ad Senatuscon. Trebell.* Hac ratione fit, vt non male is, cui restituitur ita hereditas, dicatur substitutus heres, & id fideicōmissum testatoris recte dicatur substitutio, quomodo Papin. *vocat in l. 41. coheredi* §. *cum filia. de vulg. & pupil.* his verbis: *Nec aliud seruandum est, cum substitutionis conditio pupillarem ætatem verbis precariis egreditur.* Verba precaria cum nominat, declarat se intelligere hereditatem fideicommissariam: quam tamen substitutionem vocat.

Dixi non licere in hunc casum secundum aliis substituere, quam suprascriptis personis iure directo & communi; quia aliud militibus licet ex priuilegio militum, *l. precib. infra. h.* Nunc autem de iure communi instituendorum & substituendorum heredum agimus. Ex his nullo negotio intelligi potest, quæ genera sint receptarum iure substitutionum, de quo tam multæ sint interpretum dissensiones. Igitur substitutionem † si proprie intelligimus 30
institutionem secundi heredis, qui vere heres sit, solæ substitutiones sunt, quæ sunt directæ, qua in significatione de substitutionibus agitur *h. l. & tit. de vulgar. & pupil. in ff. item in Inst.* Sin autem

rem substitutionem dicamus generaliter, vt contineatur ea non tantum substitutio veri heredis, sed etiam eius, qui heredis loco habetur, sustitutionum duo sunt genera summa; aut enim directa est, aut obliqua, quæ eadem est, quæ fideicommissaria.

Directa nominatur *in l. post aditam. infr. hoc t.* Fideicommissaria eodem verbo satis significatur, nominatur autem à Papin. sæpius, vt *in l. 41. coher. §. cum filiæ. de vulg. l. heredes masc. §. 1. & §. vlt. ff. ad Treb.*

31 Directa † substitutio est, cum quis ita substituit heredem, vt iubeat heredem esse, vel ita vt velit eum recta hereditatem ex testamento suo capere, non ab alio herede prius instituto. Fideicommissaria quæ sit, supra diximus. Directa substitutio duplex est, vulgaris & non vulgaris. Vulgaris † est, qua quis substituitur in priorem casum; *Si primus heres institutus, heres non erit.* Dicta, quod vul-

32 go permissa sit, eoq; in vsu etiam vulgari. Non vulgaris † est, qua persona substituitur in sequẽtem casum; *Si primus heres erit, ac postea decesserit*; in quem casum quia non omnibus conceditur alios heredes substituere, ideo non vulgaris dicta est. Vt sunt hæ personę, quibus in huuc casum substitui potest, ita huius substitutionis genera distinguuntur. Quia igitur solis parentibus concessum est in hunc casum substituere duobus generibus liberorum, nempe impuberibus & mente captis, hinc totidem species huius substitutionis, siue superioris casus exstiterunt.

Sunt igitur duæ substitutiones huius generis. Vna impuberis, quæ & pupillaris dicitur: altera furiosi, siue mente capti. De vulgari dicetur *in l. post aditam. inf. h.* De pupillari *in l. si testamento. eod.* De furiosi, *in l. humanitatis. eo.* Et hæc genera sunt solum cognita iure communi. In militib. licet in eundem secundum casum quibuslibet heredibus instituti alios substituere, *l. precib. infr. h.* Sed hoc ex priuilegio militum, de quo nunc non agimus. Fideicõmis-

34 saria † substitutio omnib. testatoribus & quibuslibet heredibus institutis, iure cõmuni permissa est, vt scilicet qui heres institutus est, rogetur hereditatẽ alij restituere, vel viuus, vel post mortem suam, prout testatori visum erit, vt supra dixi. Cum neq; in plures casus substituere liceat, quam in superiores, quos initio posuimus, & in sequentem secundum casum non admittatur substitutio in pluribus personis, quam quas supra comprehendimus, & ea forma, de qua supra; conuincitur non plura genera esse substitutionum, quam supra posuimus, quæ quidem agnoscantur iure.

35 Imperite autem † fecerunt interpretes, quod alia quædam addiderunt, ex quibus potuit intelligi, quid hic quæreretur, ab illis perceptum nõ fuisse, multo minus, quid ius constitueret. Faciunt illi quandam substitutionẽ, quam vocant compendiosam, *ex l. precibus. infr. hoc tit.* cum scilicet miles filio impuberi heredi instituto alium substituit, in hunc causum; *Si filius intra vigesimum annum decesserit*; comprehendens compendio orationis duo tempora, pupillaris ætatis, & ætatis puberis. Sed hæc non sunt vlla noua genera substitutionis: nam si filius impubes decedit, non continentur hac substitutione aliæ, quam illæ, de quibus diximus, vulgaris & pupillaris, post pubertatem autem continetur substitutio noua in secundum casum, etiamsi filius heres existerit. Sed hoc ex priuilegio militum est, non ex iure communi, in quo merum nouum substitutionis genus non efficitur. Forma conceptionis, qua vsus est miles, & qua paucis verbis hæc genera substitutionum complectitur, diuersa est à formulis singularum substitutionum, sed hæc diuersitas in verbis & non in rebus est: nam species substitutionis semper eædem sunt.

Faciunt præterea & illi quandam substitutionem, quam appellant breuiloquam, quam possumus reciprocam appellare, cum videlicet testator vel pluribus filiis impuberibus institutus breui sermones eos inuicem substituit. Hoc, inquã, genus substitutionis diuersum à ceteris faciunt; quia *in l. 4. §. 1. de vulg. & pupill.* Modestinus hoc genus substitutionis tertium posuit, in quo ab illis etiam in iure manifesto valde erratur. Nam in ea ipsa constitutione, quam citant, nominatim dicitur, in huiusmodi substitutione reciproca nihil amplius cõtineri, quam substitutionem in vtrumque casum, id est, in vulgarem & pupillarem, vt sit sensus, his verbis contineri non nouas species substitutionis, sed illas duas priores, de quibus Modestinus dixerat, interdum vnam duntaxat, interdum duas. Fefellit eos, quod Modestinus appellat hanc substitutionem tertium genus, dum non intelligunt tertium genus illud dici, non ex re & specie substitutionis, sed ex conceptione & formula substitutionis. Nam vulgaris substitutio sic exprimitur: *Filius meus impubes heres esto, si heres non erit, secundus filius heres esto.* Pupillaris autem sic exprimitur: *Si filius meus primus impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, secundus heres esto.* Ab iis differens conceptio & formula substitutionis hæc est, cum vtroq; filio herede instituto, testator ita breuiter dicit: *Eosq; inuicem substituo.* Sed conceptio ita fieri debet, vt tamen *substituendi* verbo perinde sit, quasi testator expressisset vtrumque casum substitutionis vulgaris & pupillaris. Non sunt igitur, vt dixi, genera plura substitutionis cognita, quam quæ supra posuimus, quæ dum nobis occurrent, nos admonebunt non in alios casus, non aliis personis heredem substitui posse, quam iis, de quibus initio dixi.

Ad L. Cum heredes. 1.

Impp. M. Ælius Antoninus A. Secundo.

Cum heredes ex disparibus partibus instituti, & inuicem substituti sunt, nec in substitutione facta est vllarum partium mentio: verum non est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt. Datum Claro II. & Seuero Coss. 171.

SVMMARIA.

1 *Plures heredes instituti nullis partibus adscriptis, ex æquis partibus instituti intelliguntur: itemq; in substitutis locum habet.*

2 *Instituti ex partibus æqualibus & postea substituti nulla partium mentione facta, in eas partes, quæ in institutione expressæ sunt, instituti intelliguntur, & num. seq.*

CVm plures heredes † instituuntur nullis partibus adscriptis, intelliguntur ex æquis partibus instituti esse, *l. 9. §. 3. de hered. inst. §. si plures. Inst. eod.* Consentaneum videri poterit, vt si plures heredes in locum deficientis prioris substituti sint sine partibus, videantur similiter æqualiter esse substituti, quod & verum est, si hi substituti sint, qui prius instituti non fuerunt: nam substitutio nihil aliud est, nisi institutio secundorum heredum. Sed si iidem prius instituti sint, qui & postea inuicem sunt substituti, hoc ius placuit, vt si instituti † sint ex inæqualibus partibus, deinde substituti nulla mentione partium facta, tunc quæ partes in institutione expressæ sunt, eædem & in substitutione repetitæ intelligantur, quod hic constitutum est, §. *1. Inst. de vulg. l. si in testamento. de vulg.* Exemplum constitutionis *in l. si plures. ff. eod.* exstat. 1 2

Coniectura voluntatis ducta est ex iis, quæ præcesserunt in institutione, ex quibus etiam amor testatoris in heredes colligitur: nam quibus maiorem honorem habuit in institutione, eos etiam magis dilexit, vt apparet, quos autem pluris fecit in institutione, verisimile est eosdem plus dilexisse in substitutione, neque subito amorem istum mutasse. Sed hoc ius tunc † locum habet, cum duo concurrunt in substitutione, videlicet cum & heredes sub nominibus appellatiuis substituti sunt, vt sit his verbis; *Eosq; heredes inuicem substituo*; & præterea eos, qui substituuntur, non onerauit testator, vt quid præstarent ei heredi, qui deficit, aut heredibus eius. Quod si testator inter heredes ex inæqualibus partibus institutos vni alterum substituat, vel substituat omnes inuicem, sed nominibus singulorum proprijs appellatis, placuit videri ex æquis partibus substitutos, *l. nonnunquam. ff. ad Trebell.* Hoc nominum propriorum appellatio efficit, vt personæ exæquentur; quomodo in his in capita res diuisa, *argum. l. si heredes. 124. de legat. 1.* Sed etiamsi testator sub nominibus appellatiuis heredum eos substituerit, ceterum iusserit singulis tantundem dare, quantum cui substituti sunt: Placuit hoc quoq; casu ex onere substitutis adscripto etiam quantitatem eiusmodi confici debere, vt qui in onere pares sunt, in commodo hereditatis percipiendo pares fiant, *l. quoties. ad Trebell.* 3

Ad L. Hereditatem quidem. 2.

Impp. Seuerus & Anton. AA. Frontiniæ.

Hereditatem quidem defuncti intestati filij delatam tibi dubitari non oportet. Substitutio enim testamento patris facta ad pubertatis tempora porrigi nõ potest: Quia ipso & aliis non eiusdem conditionis heredibus institutis, & inuicem substitutis, propter eorum personam, quibus in vnum casum duntaxat substitui potest, etiam in filio idem debere seruari, & ratio suadet. & diuus Marcus pater constituit. PP. 6. Kal. Aug. Chilone & Libone Coss. 205.

SVMMARIA.

1 *Substitutus an quis sit in vulgarem, aut in pupillarem.*
2 *Substitutio, quæ verbis expressa non est, quando admittatur.*
3 *Vulgari substitutione expressa, an contineatur pupillaris, & vice versa.*
4 *Lectio huius legis emendata.*

PEndet hic locus, quemadmodum *& l.4.infr.h.* ex eo iure, quod refertur *in l.4.ff.eod.* de quo hic dicendum est, non tantum, vt exceptio horum locorum intelligatur, quæ alioqui intelligi non potest, sed etiam; quia his exceptionibus ius superiorum in contrariis causis euidenter confirmetur. Ius autem refertur ad hanc quæstionem, vt quæratur, *quæ sit vis & effectus vulgaris & pupillaris*
1 *substitutionis?* Prius quærendum est, an † quis sit testamento in vulgarem casum substitutus, aut in pupillarem, de quo frustra quæretur, si vtraque substitutio existimaretur tantum verbis testatoris; nunc autem placet eas etiam sine verbis intelligi ex sententia testatoris, de quo ita est constitutum, cum pater filio impuberi substituit, vt in alterum casum verbis expressum, & in alterum non expressum substitutus intelligatur, *l.iam hoc iure. de vulg.* Idque ita est, siue pater substituerit tantum in vulgarem casum, siue in pupillarem tantum. Itaq; tertiæ hæ debent esse ratæ priori de vulgari substitutione, si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *Si filius impubes heres non erit*, vi ipsa etiam in hunc casum substituisse, *Si heres erit, & intra pubertatem decesserit.*

Sententia in specie confirmatur *in l.2. §.vlt. vers. sed et si ita scripserit. ff. de vulg.* item *l.vlt. infr. de Instit. & substit.* vbi posthumo substitutus quis est in hunc casum, *Si posthumus natus non esset*, id est, si heres non esset, & tamen placet, si posthumus natus erit, & heres fiet, sed intra pubertatem decesserit, substitutum admitti, si viuo impubere adhuc mater decessit. Altera sententia de pupillis est hæc: Si pater filio impuberi substituerit in huc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit*, qui casus secundus dicitur & pupillaris, etiam in vulgarem casum substituisse intelligitur, si impubes heres non erit, vt sic in vtrumque euentum substitutus admittatur ex substitutione. Hæc sententia diserte expressa est *in d.l. 4.§.1.* in illis verbis: *Cum autem impubes.*

2 Hinc ergo fit, vt quæramus, † quando admittatur ea substitutio, quæ verbis expressa non est? Respōdeo: Ex voluntatis coniectura admitti sine verbis. Nam cum voluntas testatoris intelligitur, hæc, etiāsi verbis expressa non sit, seruanda est. Tota enim testatoris voluntas fieri debet, *l.ex pacto. §.verum de hered. l.12. in fin. de leg.1.* Voluntas autem hæc testatoris facile inde colligitur, si filio impuberi substituat in vulgarem casum, *Si filius heres non erit.* Nam ex hac substitutione pater vult substitutum sibi heredem esse, *tit. de pupil. subst. Instit.* Hoc casu consentaneum est, eum testatorem, qui voluit substitutum sibi heredem esse tum, cum filius heres non esset; etiam voluisse eundem heredem esse sibi, cum filius heres exstitisset, & intra pubertatem decessisset. Id autem tunc contingit, cum pater eundem substituit filio impuberi in hunc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Nam ex hoc casu, si substitutus admittitur ad successionem impuberis, vna opera, & fit heres impuberi primo & principaliter, deinde vulgariter & pupillariter, *vers. hoc casu.* & sic etiam patri testanti, vt diserte scriptum est *in l.1. in fin. ff. de vulg.* Idq; ex regula iuris; heres heredis impuberis, heres quoq; est testatoris, cui impubes heres exstitit, *l.vlt. inf. de her. Inst. l.7 si quis filiusfam. §.vlt. de acquir. her.*

Hæc coniectura voluntatis confirmatur etiam hac ratione; quia verisimile est, testatorem voluisse etiam in secundum casum consulere filio impuberi, vt ei heredem daret, & consentaneum est, quem pater heredem sibi esse voluit, eundem non indignum iudicasse, quem heredem impuberis faceret. Quæ coniectura si admittitur in vulgari substitutione expressa, multo magis in pupillari substitutione expressa admittenda est, vt propter eam etiam vulgaris intelligatur. Nam ex pupillari substitutione, vt dixi, substitutus fit heres & impuberi & patri. Si pater voluit ex ea substitutione substitutum vtrique heredem esse, multo magis voluit heredem sibi soli esse, quod euenit in hunc casum, *Si impubes he-*
3 *res non erit*, qui est casus vulgaris substitutionis. Quo † magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem mouent, & cum aduiserunt vulgari substitutione expressa contineri etiam pupillarem; negant tamen idem ius esse vice versa, vt pupillari expressa contineatur vulgaris, quod contra omnino dici oportebat, vt ratio euidens ostendit, præsertim cum *in princ. d.l.4.§.1. vers. cum autem.* tam aperte refellantur. Huic constitutioni quædam obstant, quæ discutienda sunt. Ac primum dici potest, nihil in testamento valere, quod scriptum non sit, ac proinde frustra intelligi substitutionem, quæ non sit expressa, *l.quoties. 9. de her. Instit.* Respondeo: Non est necesse, quiduis nominatim in testamento scribi, vt ex testamēto valeat, satis est, si aut scribatur aliud, ex quo id, quod volumus confici potest, *l.heredes. §.1. in fin. qui test. fac. pos. l. si seruus plurium. §.vlt. de leg.1.* Secūdo loco dici potest, si testator in vnum casum substituit, ideo in alterum casum substitutionem factam accipi non debere, quod non solum scriptum desit, sed etiam voluntas testatoris. Iam cui quid sub conditione datur, sub contraria conditione vel adimi, vel non dari intelligitur, *l.aliquando. l.quibus diebus. §.2. de cond. & demonst.* Proinde qui substitutus est sub conditione, *si filius heres non erit*, dicendum est potius eum sub contraria conditione substitutum non esse, *si filius heres erit, & impubes decesserit.* Respondeo: Hæc in re dubia vere dicuntur, sed vbi intelligimus, testatorem etiam sub cōtraria conditione idem sensisse, voluntas eius seruanda est. Id autem contingit, cum testator in vnum casum filio impuberi heredem substituit, sic enim substituit, vt velit eum sibi heredem esse. Volet autem heredem sibi esse non tantum, si filius heres non erit, sed etiam multo magis, si filius heres erit, vt sic pater & simul sibi heredem faciat & prospiciat etiam filio.

Postremo siue testator de casu non expresso sensit, siue non sensit; tamen obstant hi loci, in quibus declaratur, cum testator sibi in vnum casum cauit, alterum casum omissum videri, *l.10. commodissime. de liber. & posth.* vbi si testator instituerit heredem eum, qui se mortuo nascetur, traditur, si quis eo viuo nascetur, eum institutum non videri, tametsi causæ dici nihil possit, cur testator filium vtroque tempore sibi natum non pariter velit heredem esse. In eandem sententiam scriptum est *in l.22. si cum dotem. in princ. solut. matrim.* si quis in dote danda stipulatus sit sibi dotem reddi matrimonio morte soluto, eum actionem non habiturum, si matrimonium solutum sit diuortio. Respondeo: Multum interest, vtrum id, de quo sensit testator, pendeat ex eius voluntate, an vero positum sit in iuris voluntate, vt scribat, aut exprimat testamento. Si res in eius voluntate posita est, sufficit testatorem de ea sensisse, si modo ex alio scripto id colligatur, cuius generis est substitutio, quæ fit impuberi. Pater enim impuberi substituere potest, si vult, si non vult non habet necesse.

At cum exigitur à testatore, vt quid scribat, aut caueat testamento, id nisi scripserit, non valebit, quantumuis de eo senserit; quoniam legi non satisfecit. Quicquid autem contra legem fit, pro infecto est, *l.non dubium. sup. de legib.* cuiusmodi est institutio liberorum posthumorum. Non enim liberum est patri liberos instituere, si instituere iubetur, aut exheredare, *l.inter. de lib. & posth. tit. Instit. de exhered. lib. in pr.* cui consequens est, vt qui posthumus in vnum tempus institutus nominatim non est, is pro instituto haberi non debeat, quod ad id tempus attinet. Exemplum *leg. Si cum dotem*, huc non pertinet. Nam stipulatio & pactio est quidem posita in voluntate contrahentium, non vlla iuris necessitate, *l. sicut. inf. de oblig. & act.* sed pendet ex duorum consensu, non autem solius stipulatoris, seu creditoris. Proinde non est mirum, si is, qui in vnum casum sibi, aut nominatim in alterum casum actionem non habeat; quia etsi ipse de altero fortasse idem sensit; non tamen idem sensit promissor & debitor, cuius hæc mens est, ne plus debeat, quam aperte cautum est, voluntas testatoris ex vno testamento pendet.

Hæc constitutio superior hanc exceptionem habet, nisi voluntas refragetur, *l.4. in fin ff.h.* Nam cum superior constitutio sumta sit ex coniectura voluntatis, ea aduersus voluntatem testatoris seruari non debet. Interdum autem aperte voluntas refragatur, quo minus, qui in vnum casum substitutus est, in alterum casum intelligatur substitutus. Id contingit, cum testator in singulos casus separatim singulos dat substitutos, hoc modo: *Si filius heres non erit, primus heres esto: Si heres erit, & impubes decesserit, secundus heres esto, l.cum ex filio. §.1. ff. eo.* Vbi autem nihil à testatore aperte in vtramque partem expressum est, perpetua est hæc sententia: Quoties pater filio impuberi substituit in secundum casum, id est; *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, toties etiam in vulgarem casum heredem substitutum videri. At non idem perpetuum est, vt cum quis in vulgarem casum substitutus est, etiam intelligatur substitutus in secundum casum; *Si filius impubes decesserit, cum heres exstitisset.* Refragatur enim interdum voluntas, quæ colligitur nōnunquam ex verbis testatoris, interdum ex persona

heredum

heredum legitimatur impuberis. Intelligitur contraria voluntas ex verbis testatoris, quoties testator, cum persona impuberis alios vel puberes, vel extraneos coniungit, & iis communiter substituit, vna oratione & conditione; *Si hi heredes non erunt.* Exemplum est *l.15.inf.h.* Est autem huiusmodi: *Filius meus Firmianus & vxor mea heredes sunto, si filius & vxor mea heredes mihi non erunt, Firmianus in totum mihi heres esto.* Placet hoc casu, si filius heres exstiterit patri, Firmianum ex substitione pupillari heredem non futurum, quantumuis filius impubes decesserit. Hæc ratio redditur; quia conditio communiter relata est ad filium & vxorem, vt proinde in vtriusque persona idem exprimere debeat. At in persona vxoris exprimere non potest secundum casum; quia extraneæ personæ in secundum casum substituere non possumus, proinde nec in persona filij hic casus intelligitur, sed is solum, in quem vtrique personæ testator substituere potuit, id est, vulgaris. Idem probandum est, si testator cum impubere alios heredes coniunxit, & communi verbo seu communi oratione eos inuicem substituit, quæ species est huius *l.2.* Vtputa testator ita scripsit: *Filius meus impubes ex semisse mihi heres esto, primus, secundus, tertius, &c. ex altero semisse heredes sunto quos omnes inuicem substituo.*

Placet, si filius impubes patri heres non erit, reliquos coheredes ex substitutione heredes futuros tanquam substitutos in vulgarem casum, quemadmodum & pupillus iis coheredibus in secudum casum substitutus est. Ceterum si filius heres exstiterit patri; deinde impubes decesserit, substitutionem nullam esse, ex qua coheredes in hunc casum admittantur, in quam sententiam est *l. in testamento. sup. de testam. milit. l.4.§.1. ff. eod. de vulg.* Ratio hic addita est, videlicet constitutum hoc ideo esse, quod coheredum persona, quibus in vnum casum tantum substitui potuit, nempe in vulgarem, quasi incongruum sit, vt iis heredibus inuicem substitutis, in quorum persona duplex substitutio locum habet, id est, duæ subitutiones, vulgaris & pupillaris: in duorum autem persona locum habet sola vulgaris, vt scriptum est *in d.l.4.§.1.ff.h.* Sed cur hoc ita videtur absurdum, cum verbum, *substituo*, vtramque speciem substitutionis admittat? Ratio rationis reddi hæc videtur *in d.l.4 §.1.* Quod hi verbo communi substituti sunt: *Eosque inuicem substituo:* Hic enim verbum commune significat, non quod commune est vtrique substitutioni, vulgari & pupillari, alioqui hac ratione efficeretur potius vtramque substitutionem hoc casu contineri: Sed dicitur commune, quod communiter ad omnes heredes institutos & pariter refertur, idq; semel & sæpius. Quod argumentum est, testatorem semel hoc verbo prolato rem vnam in omnium heredum persona significasse, non plura.

Est autem in verbis huius legis secundæ & lectio & rationes obseruandæ. Species hæc fuit, quam supra dixi, sed hoc accesserat, quod filius heres exstiterat patri, ac deinde pubes factus decesserat. Eius mortui hereditatem sibi vindicabant coheredes ex substitutione suprascripta. Mater impuberis dicebat & contendebat filium intestatum decessisse, eoque hereditatem filij ad se pertinere ex Senatusconsulto Tert. *Institut. de Senatusconsulto Tertull.* Consultus à matre Alexander respondit, dubitari non de re in proposito; quia nulla sit substitutio, atque ita hereditas intestati filij ad matrem pertineat, idque duabus rationibus, quæ subijciuntur. Prior est, quod substitutio testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, id est, post 14. annum fieri non potest, *l.7. verbis. h.15. centurio. ff. de vulg.* Hic autem proponitur filius pubes decessisse. Altera ratio est; quia etiamsi filius impubes decessisset; tamen cum filio & aliis heredibus diuersa conditione substitutis, hi omnes inuicem substituuntur. Verbo *substitutionu* non intelligitur, nisi substitutio vulgaris, ob eam causam, quam supra dixi.

Ex quo † intelligimus, lectionem huius loci mendosam esse, & pro *quia*, legendum, *quin*, hoc modo: *Substitutio enim testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, quin & ipsi & alii*, & quæ sequuntur. Nam non ideo substitutio ad pubertatem porrigi non potest; quia heredes inuicem substituti sunt; ideo vero non potest, quod in secundum casum tantum moribus recepta est substitutio pupillaris, singulari ratione, quæ in puberibus locum non habet. Ex persona autem heredum legitimorum intelligitur testator vulgari casu expresso non substituisse in secundum casum, quoties mater impuberis est superstes; de qua exceptione dicetur *ad l. precibus infra.*

Ad L. Heres instituta. 3.

Imp. Alexander A. Achillæ.

Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, & ab intestato bonorum possessionis habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit, &c.

Vide *ad l. post aditam.*

Ad L. Quamuis placuerit. 4.

Imp. Alexander A. Firmiano.

Quamuis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, à parente factam ita, Si heres non erit, *porrigi ad eum casum, quo posteaquam heres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur, &c.*

Dixi *ad l.2. supra.*

Ad L. Post aditam. 5.

Impp. Dioclet. & Max. AA. Hadrianæ.

Post aditam hereditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ exspirare solent. PP. 10. Kal. Iun. ipsis IV. & III. Coss. 293.

SVMMARIA.

1 *Legis huius summa.*
2 *Substitutiones non impuberibus filiis factæ quæ sint.*
3 *Vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirant; & an etiam ante.*
4 *An idem verum sit in hereditate adita à seruo herede instituto, qui iussu domini adiit hereditatem.*
5 *Quid iuris in filiofamilias olim, & hodie.*
6 *Substitutio quo pacto finiatur: & an perpetuum sit, vt conditione substitutionis euanescat.*
7 *Quid si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit patri, ac deinde hereditas ei à fisco auferatur tanquam indigno.*
8 *Institutus quamdiu admitti potest, tamdiu substituto locus non fit.*
9 *Hereditas quibus modis amittatur.*
10 *Quid in seruo herede instituto, cui substitutus datus sit.*
11 *Quid in filiofam. herede instituto, cui substitutus datus sit.*
12 *Filiusfam. vtrum repudiante patre admittatur, an vero locus fiat substituto ex voluntate patris.*
13 *Voluntas testatoris si est manifesta, seruanda est.*
14 *Heres institutus si repudiat hereditatem ex testamento, sufficit, vt sit substituto locus.*
15 *Ex testamento quamdiu heres aliquis esse potest, tamdiu hereditas legitimus non defertur.*
16 *Heres an aliquis possit esse desinere iure, & quot modis contingat.*
17 *Institutus si quis sit, qui decedens hereditatē transmittat ad suos heredes ex suprascriptis locis, si is substitutum habeat, vtrū eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad eius heredes secundum ius scriptum, an vero ex iudicio testatoris substituto locus fiat.*
18 *Ex substitutione vulgari ad cuius hereditatem quis admittatur.*

SEntentia † est; post aditum ab herede instituto hereditatem vulgaris substitutio exspirat, atque hoc modo substitutus excluditur. Air rescriptum, *directæ substitutiones.* Directæ, additum est propter substitutionem fideicommissariam, qua adita ab herede instituto hereditates non modo non exspirant, sed maxime confirmantur. Nam institutus heres rogatus hereditatem alteri restituere non potest restituere, nisi prius hereditatem habeat, quam restituat, neq; habere potest, nisi hereditatem adeūdo, vsq; adeo, vt si volens adire nolit, cogi possit ex Senatusconsulto, *l. nam quod. ff. ad Treb. §. sed quia Inst. de fid. her.* Directæ institutiones & fideicōmissariæ quæ sint, initio huius tituli dictum. Notandum est autem, ex his verbis confirmari, restitutionem fideicommissariam etiam substitutionem dici. Nam illud *directa*, differentiæ causa additum est, vt intelligamus quasdam esse substitutiones non dire-

ctas, alioquin sufficiebat ita dicere, *Substitutiones non impuberibus filiis facta euanescunt.*

Ait: *Non impuberibus filiis facta*, id est, non pupillares quoniam pupillaris substitutio itidem, vt fideicommissoria, tunc solum locũ habet, cum pupillus heres matri exstitit. Hæc enim conceptio est substitutionis; *Si filius impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, tit. Instit. de pupill. substit.*

2 Non † impuberibus filijs factas sic accipere debemus, quę nõ sunt factæ impuberibus vt impuberibus: nam & filio impuberi pater in vulgarem casum substituere potest, quæ substitutio non minus euanescit impubere filio herede exsistente. Sed eiusmodi substitutio vulgaris fit impuberi non vt impuberi, sed vt cuiuis extraneo, illa solum fit impuberibus vt impuberibus.

* *

quæ fit in secundum; *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit*; hæc demum non exstat impubere herede exsistente. Hic rursum notandum est, substitutionem pupillarem, siue impuberibus factam, directam dici, alioqui stulte ex numero directarum exciperetur, & directam esse; plus quam manifestum est ex non dubijs locis, vt *l. centurio. l. verbis de vulg. & pup. subst.*

* *

* *

In summa autem tota hac descriptione nihil aliud exprimitur, ni-
3 si † vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirare. Nam quo tempore hoc rescriptum relatum est, duo tantum genera fuerunt substitutionum directarum, vt initio *h. tit.* dictum, vulgaris & pupillaris. Nam furiosi substitutio nondum recepta erat; proinde qui ex directis substitutionib. pupillarem excipit, is vulgarem solam relinquere intelligitur, de qua dicat. At post aditam hereditatẽ hoc accipiendum est, non prius ante aditã à substituto herede, quo tempore maxime cõfirmatur substitutio, sed post aditam ab instituto herede hereditatẽ, quod ius ex conditione & forma substitutionis facile intelligitur. Nam vulgaris substitutionis conditio hæc est: *Si primus heres institutus, heres non erit*; hac conditione deficiente, necesse est exspirare substitutionem: quod conditione deficiente nihil debetur, neq; ex institutionibus, neque ex legato, neq; ex contractibus, *l. cedere diem. de verb. sig.* At heres institutus fit heres hereditatem adeundo, §. *vlt. Instit. de hered. qual.* Ita hoc modo deficit conditio substitutionis, qua deficiente, nulla substitutio. Hac ratione intellecta dicemus vulgarem substitutionem exspirare, non tantum adita hereditate ab herede instituto, sed generaliter quocunque modo heres institutus heres exstitit, puta si erit iuris heres, & ipso iure exstiterit heres patri. Et ideo si pater filium impuberem heredem instituerit, eique substituerit Titium; *Si filius heres non esset*; mortuo patre filius impubes heres exsistet patri ipso iure, id est, sine vlla aditione, §. *fin. Instit. de hered. quæ ab. l. in suis. ff. de suis & legitim. l. quidam de verb. obl.* Et simul dicemus statim euanescere substitutionem pupillarem. Ac proinde, quãuis impubes filius postea decedat; intra pubertatem tamen substituto ex substitutione vulgari locum nõ fuerunt. Sed quia pupillus heres exstiterit, atq; ita defecerit conditio substitutionis, poterit quidem substitutus admitti ex tacita pupillari, *l. iam hoc iure. ff. eod.* Secundum ea, quæ dixi *ad l. 2. sup.* Ceterum ex vulgari substitutione non admittetur.

Dicet quis, quid refert, ex quo casu, aut qua substitutione admittatur substitutus, dummodo admittatur? Respondeo: Multũ interest. Nam in vulgari expressa non semper pupillaris intelligitur, vt declaratur exemplis, *l. 4. & l. 2. hic.* Id autem cum fit, in totum substitutus excludetur: nõ enim admittetur ex substitutione pupillari, quod nulla est, neq; ex vulgari, quæ euanuit conditione substitutionis deficiente. Neque vero probandum videtur, quod Bartolus scribit *ad l. 1. ff. eod.* differens de substitutione vulgari, nẽpe cum pater filio, quem in potestate habet, substituerit in vulgarem casum, *Si heres non erit*, filium ex hac cõditione necessitate vltima heredem fieri. Nam hæc verba, *Si filius meus heres non erit*, non significant, si heres esse nolit; quoniam fieri potest, vt velit esse heres; & tamen non possit; vt puta si patre viuo moriatur: aut si posthumus institutus non nascatur. Idque etiam probatur verbis *l. Iulianus. ff. de acquir. her.* vbi proponitur pater impuberi filio, quem in potestate habebat, substituisse heredem; & tamen dicitur pupillus in ea specie se abstinuisse, quod verbum cadit tantum in eos, qui heredes sui exstiterunt, *l. nunquam. de acquir. her.*

Ait rescriptum generaliter, *post aditam hereditatem*, quo loco
4 quæsitum est, an idem accipiendum sit etiam † de hereditate adita à seruo herede instituto, qui iussu domini adierit hereditatem. Hic inquam, quæritur, *an si huic seruo substitutus aliquis sit heres, hereditate ab eo adita iussu domini substitutio euanescat?* Dubitatio nascitur ex contrarijs in speciem locis. Nam verum est, ab hoc seruo hereditatem aditam esse, ac proinde secundum verba huius rescripti euanuit substitutio. Rursum seruo ita hereditatem adeunte; non existimatur defecisse conditio substitutionis, sed potius exstitisse. Ac proinde locus esse debuit substituto. Nam conditio hæc erat; *Si seruus heres non esset*, seruus autem in proposito heres non fit, sed dominus, cui statim hereditas acquiritur per seruum, *l. placet. de acq. her.* § *item nobis. Inst. per quas pers.* Ergo placuit etiam hoc casu substitutionem exspirare; vnde definitio veterũ in substitutione vulgari, his verbis, *Si primus heres non erit*, hoc significat, si hereditatem alij non acquisierit, aut mutata conditione sibi; vel contra, si sibi hereditatem non acquisierit; vel mutata conditione alij, *l. si pater. ff. de her. inst.* §. *vlt. Inst. de vulg.* Sed placet hoc in persona serui ita accipiendum esse; si testator non ignorabat eum, quem instituebat, seruum esse. Quod si ignorauit, placuit hoc casu hereditatem diuidi inter dominum serui instituti & substitutum seruo, propter incertitudinem voluntatis testatoris, qui locus à nobis tractatus est *ad l. cum proponas. sup. de her. inst.*

Hoc idem olim † in filiofamil. seruabatur, si is heres institutus 5
esset ab extraneo, eiq; substitutus datus, ac deinde filius iussu patris hereditatem adijisset: nam & hic itidem, vt seruus, hereditatẽ statim acquirebat patri, §. *1. Inst. per quas pers. d. l. placet. de acq. her.* Hodie & constitutio hæc in filiof. sublata est; quoniam filiusfam. heres institutus consensu patris adiens hereditatem, non minus acquirit sibi hereditatem, quod ad proprietatem attinet, quam quiuis pater f. *l. vlt.* § *1. l. inf. de bon. quæ lib.* Proinde in huius persona dubitandum non est quin hereditate ab eo adita non minus euanescat substitutio vulgaris, quam si substitutus cuiuis alteri substitutus esset, & hereditas ab intestato adita esset.

Ait rescriptum: *Exspirare solent*, quibus verbis hic exprimitur 6
vulgaris † substitutionis adita hereditate finis, vtpote conditione substitutionis euanescente, ita vt substitutus excludatur substitutione. Quod tamen non est perpetuum. Nã si institutus, hereditate adita, defectu ætatis; quia minor, est restitutus in integrum, vt sibi hereditatem repudiare liceat; retro versus substituto locus erit, *l. 7. ait prætor.* §. *7. sed quod Pap. de minor.* Neq; refragantur huius rescripti verba, quod enim dicitur, *substitutionem exspirare post aditam hereditatem*, hanc sententiam habet, quamdiu adita erit hereditas, seu quamdiu pro adita habebitur. Incipit autem pro non adita haberi, cum minor restituitur. Idem dicendum est, si filius suus heres se abstineat, hereditate patris. Idem enim consequitur abstinentia, quod ceteri minores restituti in integrum, nempe vt heredes non sint, *l. nunquam. de acq. her.*

Hic quæsitum est, † an idem probandum sit, si heres institutus 7
hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit heres patri hac deinde hereditas à fisco ei auferatur tanquam indigno, puta quod non vindicauerit mortem testatoris occisi. Et placet hic non idem probandum esse, sed statim excludi admisso fisco, *leg. sequens. de Senatusconsulto Syllan.* Et merito. Nam is, cui aufertur hereditas tanquam indigno, etiam hereditate ablata nihilominus heres est. Ideo enim ei auferitur; quia prius heres exstiterat, & qui semel heres exstitit, propterea heres esse non desinit, *l. 43. ex facto.* §. *vlt. ff. de vulg. l. 7.* §. *2. in fin. de minor.* Vt substitutus in vulgarem casum; *Si primus heres non erit*; excluditur cõditione substitutionis; *Si primus heres exsistat*; sic admittitur ex substitutione, *Si primus heres non erit*, vt puta conditione substitutionis exsistente. Sed hæc conditio sic accipienda est, non si primo quoque tempore heres non erit, sed si certum erit eum heredem esse non posse. Nam 8
quamdiu † institutus admitti potest, tamdiu substituto locus nõ 9
fit, *l. quamdiu. ff. de acquir. her.* Amittitur autem † hereditas, & certum est, aliquem heredem amplius fieri non posse duobus modis, vel quod noluit esse heres, vel quod iure non potest, *l. cum proponas. sup. de her. instit.* Non vult esse heres extraneus, qui repudiat, suus, qui hereditate se abstineat, atq; vtroque modo amittit hereditatem, *l. 2. & l. 4. inf. de repud. hered.* Ac proinde substituto locus fit, *d. l. cum proponas. sup. de hered. instit.* 10

Hic quæsitum est, † an idẽ probandum sit in seruo herede instituto, cui substitutus datus sit, si forte seruus iussu domini hereditatem nõ adierit? Mouet dubitationem; quod videtur satis esse, si dominus heres esse velit, cum ipso seruo hereditatem adeunte heres fiat, non autem seruus, *vt supr. dictum.* Et placuit hoc quoque casu substituto locum fieri, quod verum seruo repudiante, quod facere potest etiam inuito domino; neq; enim heredem exstitisse,

stitisse, quod noluit, neque dominum heredem fecisse, quod non potuit hereditatem alij acquirere, quam ipse non habuit, & nunquam acquisiuit, quod comprehensum est *d.l. cum proponas. sup. de*
11 *hered. Inst.* Hinc † oritur quæstio de filiofamilias herede instituto, cui substitutus datus sit, vtrum idem dicendum sit, si ipse quamuis iubente patre hereditatem repudiauerit? Mouet quæstionem *l. vlt. §. 1. infr. de bon. quæ lib.* vbi Iustinianus constituit, filiofamilias herede instituto ab extraneo, si is hereditatem repudiet, patrem hereditatem adire posse, non aliter, quam si ipse heres esset insti-
12 tutus. Quæritur igitur, † vtrum filiusfamilias repudiante patre admittatur ex hac constitutione, an vero locus fiat substituto ex voluntate testatoris? Quod verum sit, filiumfamilias repudiantem heredem factum non esse, atque ita exstitisse conditionem substitutionis, quod mihi verius videtur.

Non debemus moueri Iustiniani constitutione: hæc enim in voluntate obscura testatoris locum habet, id est, tunc, cum filiofamil. nullus substitutus datus est. Nam ei substituto dato, manifestum est testatorem velle substituto locum esse, cum filius he-
13 res non exstiterit. Est autem certum, cum † voluntas testatoris manifesta est, hanc seruandam esse, idq; vt fiat, publice expedire, *l. 1. sup. de sacr. Ecclesiis. l. vel negare. ff. quemad. test. aper. l. verbis. leg. de verb. sign. §. disponat. Nouell. de nupt.* Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus indistincte locutus est: nam hæc sententia tenenda est; Quoties testator aperte in aliquē casum prouidit, heredem nimirum in eum casum instituendo, toties cessare contrariam prouisionem legis, *l. cum ex filio. §. filio. l. ex facto. de vulg.* Multo minus moueremur oportet argumentum Bartoli, quo ille vtitur *ad l. 1. ff. eod.* cum ait: Ideo in proposito patrem admitti, quod iis verbis, *Si institutus heres non erit*, significetur etiam is, qui alium heredem fecerit. Hoc enim verum est. Sed in proposito filiusfamilias repudiando hereditatem patrem heredem facere non potest, etiamsi concederemus patrem hereditatem adire posse. Multum autem interest, vtrum dicatur, filiumfamil. occasionem dedisse acquirendæ hereditatis, an vero causam acquirendi præstitisse. Is, qui rem amittit, facit, vt alius eam rem possit recipere, sed ei tradere dici non potest; quia prius non habuerit, non magis, quam heredes instituti repudiando dici possunt proximos cognatos facere heredes ab intestato. Item non magis, quam is, qui rem pro derelicto habet, dici potest eum dominum rei fecisse, qui postea rem occupauit. Postremo non magis, quam Liuius Salinator dici potest tradidisse Tarentum Q. Fab. Max. quod Salinator Tarentum amiserat, quod poste Fabius recepit, de quo apud Ciceron. *in Caton. Maior.*

Quod si ita est in filiofamilias repudiante, recte generaliter definimus: *Quoties heres institutus, cui substitutus datus erat, repudiauit hereditatem, toties substituto locum esse, siue sit sui iuris heres, qui institutus est, siue alieno iuri subiectus, & siue seruus erit, siue filiusfam.*

14 Hoc loco notandum est, sufficere † heredem institutum repudiare hereditatem ex testamento, vt sit substituto locus. Itaque si is heres institutus sit, qui etiam testatori ab intestato succedere poterat, si ei substitutus datus sit in hunc casum, *Si heres non esset*, & repudiauerit hereditatē ex testamento eo animo, vt ab intestato hereditatem possideret, nihilominus in totum excludetur, & substituto locus erit, vt cautum est *in l. 3. sup.* Obstat *l. nec is 17. §. 1. de acq. her.* vbi dicitur, si is institutus sit heres, qui ab intestato heres esse poterat, eum hereditatem repudiando ex testamēto; non ideo tamē legitimam hereditatem amittere. Sed hoc *ex d. l. 3. supr.* sic accipiendum est, si is solus sit institutus, aliter, si ei substitutus datus sit. Sed rursum refragari videntur verba conditionis, *Si institutus heres non erit.* Nam hęc verba generalia non sunt, & hoc continent, *Si heres non erit*, quouis modo, vel ex testamento vel ab intestato. Nam totidem modis heredes esse alicui possumus. Verbo autem generali omnes species contineri intelligendum est, *l. si seruitus de seru. vrb. præd.* Respond. Secundum verba hoc recte dicitur, id enim verba significant, sed refragatur voluntas testatoris, cuius coniectura ex prioribus verbis ducitur iuxta regulam traditam *in l. si seruus plurium. §. vlt. de leg. 1.* Nam cum testator heredem instituit his verbis, *Lucius Titius mihi heres esto*; manifeste hoc dicere intelligitur, *heres esto ex hoc meo testamento*, non autem ab intestato. alioqui testator secum pugnaret, qui testatus decedere voluit, non intestatus. Cum ergo eadem verba repetit, & ita scribit; *Si is mihi heres non erit*; plane eadem significatione repetere intelligitur & hoc dicere, *Si heres non erit*, vt supra voluit, id est, ex testamento, secundum quam sententiam repudiata ex testamento hereditate substituto locus fit. Et hæc coniectura voluntatis adiuuatur regula iuris, qua efficitur, quamdiu † ex testamento heres 15
aliquis esse potest, tamdiu hereditatem legitimis non deferri, *l. in plurium 70. de acq. hered.*

Hæc de repudiatione & voluntate heredis in hereditate admittenda; sed aliquis † etiam heres esse posse desinit iure, quod 16
contingit & herede viuo & mortuo. Viuo contingit, cum heres institutus est sub conditione, & conditio deficit; quo casu certum est & iure & voluntate testatoris locum fieri substituto, *l. 2. sup. de Instit. & substit.* Mortuo herede hoc idem certum esse incipere, cum mortuus est non adita hereditate. Nam neque minus heres effectus est, cum hereditatem non adierit, neque mortuus adire potest, vt heres fiat. Sed nec in persona heredum suorum heres effici potest, prohibēte regula iuris, quæ efficit hereditatem non aditam, ad heredem non transmitti, *l. vn. § i nouiss mo. infr. de cad. toll.* exceptis quibusdam personis & causis, in quibus etiam hereditas non adita transmittitur. Personarum huiusmodi sunt duo genera. Primum est liberorum, qui à parentibus instituti etiam ignorantes, hereditatem ad suos heredes transmittunt. *l. vnic. de ius, qui ant. ap. tab. infr.* Alterum est omnium heredum, etiam extraneorum, qui intra annum à morte testatoris decedunt, dum de hereditate deliberant, *l. cum in antiquiorib. infr. de iur. deliber.* Causæ, in quibus idem accidit, sunt hæ, quales describuntur *in l. 84. de acq. hered.* de quibus alio loco dicetur commodius.

Hæ personæ & causæ quæstionem hic introduxerunt, si forte is † sit institutus, qui decedens hereditatem transmittat ad suos 17
heredes ex supra scriptis locis, & is substitutum habeat, vtrum eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad eius heredes secundum ius scriptum, an vero ex iudicio testatoris substituto locus fiat? Mouet dubitationem, quod hic, qui ita decessit, omnino heres non est, neque esse potest, si persona eius tantum spectetur, secundum ea, quæ modo dixi, atq; ita conditio substitutionis exstitit, vt proinde substitutioni locus fiat. Sed verius est, quæ & sententia vulgo recepta est, iis casib. hereditatem secundum ius commune ad heredes transmitti excluso substituto, idq; efficitur non tantum iure, sed certo iudicio testatoris; quia conditio substitutionis hoc casu defecerit. Nam his verbis; *Si substitutus heres non erit*; iure putatur heres ad excludēdum substitutum, si vel ipse heres erit, vel alium heredem fecerit, *l. 40. ff. de her. Inst.* Qui autem ius adeundi, quod habet, transmittit ad heredes suos legitimos, is legitimos in eo heredes facere intelligitur. Nam is hereditatem intelligitur transmisisse, qui transmittit ius adeundæ hereditatis: nam ex hoc iure hereditatis acquisitio nascitur. Præterea secundum verba conditio substitutionis defecit, cum heredes heredis instituti iure hereditario heredes exstiterunt: iis enim heredibus factis etiam is, qui decessit, in persona eorum quodammodo heres factus intelligitur; quoniam eadem persona esse intelligitur heredis & defuncti.

Secundo iudicium defuncti in hanc sententiam cōcurrit: nam cum aliquem heredē instituit, qui aperte hoc animo est, vt quamdiu velit hereditatem habere, aut à se non repudiet, tamdiu eam habeat, & sibi & suis heredibus. Hæc autem voluntas est in herede instituto, per quem non stat, quo minus hereditatem adeat, nisi aut ignorantia, aut iuris aliqua necessitate impediatur, vt initio diximus. Quod dicitur, *post aditā hereditatem substitutiones vulgares exspirare*, sic accipiendum est, quamdiu hereditas pro adita erit. diuersum est, si heres, qui hereditatem adit, aliquo beneficio consecutus sit, vt hereditatem repudiaret, vel sese abstineret. Sic ex contrario in hac posteriore parte ita statuendum est; quod dicitur substituto locum fieri, si institutus hereditatem repudiarit, aut aliter hereditatem amiserit, tamdiu verum esse, quamdiu iure aliquo hereditatem postea consecutus non sit, vt hereditatē adiret, quā repudiauit, aut se abstinuit, deinde restituatur, vt sibi adire liceret, substitutus excludetur, cui prius repudiatione locus esse cœperat, *l. 7. de minorib.* Idem dicendum si heres institutus, aut substitutus datus erit, rogatus vero idem hereditatem restituere Titio. Nam si primo hereditas defertur substituto, sed si postea cogente fideicommissario hereditatem adierit, vt cogi potest, *l. 4. ad Trebell.* ius commutatur, & deficiente substitutionis conditione admittitur fideicommissarius excluso substituto, de qua specie diserte scriptum est *in l. non iustam. infr. ad Trebell. & l. 63. facta. §. Iulianus. ff. eod.*

Ex his intelligimus, ex substitutione vulgari quis & quando ad hereditatem admittatur, & quando non admittatur. Quæritur, ad † cuius hereditatem admittatur? Et certum est ex hac substi- 18
tutione succedi defuncto, *Inst. de pupill. in pr. vers. quo casu.* Idque ex

eo perſpicuum eſt, quod omnis heres inſtitutus primo loco inſtituitur teſtatori heres, porro ſubſtitutus in prioris heredis locum ſubſtituitur. Huc accedit, quod neceſſe eſt, ſubſtitutũ ex hac ſubſtitutione aut hereditatem heredis prioris obtinere, aut teſtatoris; hereditatem heredis obtinere non poteſt; cum is heres heredem defuncti non habeat, vt pote repudiatione, aut lege excluſus. Reſtat igitur, vt hereditatem teſtatoris habeat, tanquam teſtatoris hereditatem, nõ heredis: nam in bona, quæ olim heredis inſtituti ferant, nemo heres inſtituitur, neq; poteſt, prohibente lege duodecim tabularum, *l. verbis legis. de verb. ſig.*

Ad L. Teſtamento. 6.

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Quintiano.

Teſtamento iure facto, multis inſtitutis heredibus, & inuitem ſubſtitutis: adeuntibus ſuam portionem etiam inuitis coheredum repudiantium accreſcit portio. Sine die & conſule.

SVMMARIA.

1 *Portiones deficientium cur non acquirantur legitimis heredibus, ſed coheredibus.*
2 *Heredes, qui ſuas portiones agnouerunt, cur non poſſint eas repudiare, vt ſic in totum ex hereditate nihil habeant, ſed ſolida hereditas referatur ad heredes legitimos ab inteſtato.*
3 *Quid iuris in ſubſtitutis coheredibus, an & iis inuitis deficientium portiones accreſcant.*

CVm ex pluribus heredibus inſtitutis, aut etiam legitimis, quidam portiones ſuas agnouerunt, quidam defecerunt, vel quod amiſerint hereditatem, vel quod morte, aut conditione impediti ſint, quo minus heredes fierent, deficientium portiones reliquis coheredibus, qui ſuam portionem agnouerunt, acquiruntur, non tantum volentibus, ſed etiam inuitis, vt *hic & l. qui ex duobus. §. vlt. de acq. her. l. ſi ex. de ſuu & legitim. l. vncia. §. his ita. infr. de cad. toll. l. 3. §. vlt. & ſeqq. de bon. poſſ. l. 1. ſupr. quando non petent. part.* Sed cur deficientium portiones non † acquiruntur legitimis heredibus, tanquam teſtamento hactenus deſtituto? Reſp. Quia hoc modo eueniret, vt teſtator in iis heredib. qui portiones ſuas agnouerunt, teſtatus decederet, in deficientibus autem portionibus inteſtatus, quod ius non patitur, *l. ius noſtrum. de reg. iur.* Vnde placuit, neminem eiuſdem hereditatis partem habere poſſe, & & partem repudiare: ſed aut totam habere debebit, aut nihil *l. 1. 3. de acq. her.* Sed ſecundum hoc, cur nõ licet † iis heredibus, qui ſuas portiones agnouerunt, eas ſuas repudiare, vt ſic in totum ex hereditate nihil habeant, ſed ſolida hereditas referatur ad heredes legitimos ab inteſtato? Reſp. Ideo fit; quia qui ſuas portiones acquiſiuerunt, eas poſtea repudiare nõ poſſunt; quoniam non poſſunt efficere, vt qui exſtiterunt ſemel heredes, iidem heredes eſſe deſinant, §. *extraneis. Inſt. de hered. qual. & differ. l. 4. infr. de repud. her. l. ait prætor. §. ſed quod Papin. de minorib.* Hoc tamen ſic accipiendum eſt, ſi coheredes deficientes extranei fuerunt: nam neceſſario herede, puta filio defuncti, qui in poteſtate morientis fuit, ſi poſtea abſtineat, eius portio deficiens non continuo accreſcit coheredibus reliquis, quamuis portiones ſuas iam ante adierint, ſed fit, vt ſi ſuas partes repudiare velint, liceat & deficientem neceſſarij, heredis portionem repudiare, *l. cum heredem. de acquir. hered.* Hoc ideo; quia iam ante portio deficiens quæſita erat neceſſario heredi, vt pote qui patri heres exſtitiſſet ipſo iure, §. *ſui. Inſtitut. de hered. qual. & differ. §. ſui. Inſt. de hered. quæ ab inteſtato.* Sic fit, vt cum poſtea ſe abſtineat, magis eius portio referri intelligatur coheredibus, quam bona teſtatoris. Non eſt autem æquum, coheredem cogi inuitum alia bona admittere, quam teſtatoris; tamen ne hoc caſu teſtator pro parte teſtatus decedat, & pro parte inteſtatus, hæc neceſſitas imponitur coheredibus, vt ſi deficientem portionem admittere nolit, etiam ſuam cedere debeat, vt ſic in totum defunctus fiat inteſtatus.

3 Hoc iure † conſtituto quæſitum eſt, an idem admittere debeamus, ſi coheredes, qui portiones ſuas agnouerant, nominatim ſubſtituti ſint à teſtatore. coheredibus deficiẽtibus, ſiue quod ſibi ſoli ſubſtituti ſint, ſiue quod omnes heredes ſint inuicẽ ſubſtituti, de quo præcipue hic? Et placuit eodem modo deficiẽtium portiones ſubſtitutis coheredibus etiam inuitis accreſcere, idem traditur *in l. 25. ſi quis heres inſtitutus, de acq. her.* Mouet dubitationem, quod eadem conditio debere eſſe videtur ſubſtitutionis, quæ eſt inſtitutionis; quia ſubſtitutio inſtitutio eſt, *l. ex facto. §. Lucius. de vulgar. & pupillar.* Cui autem ex teſtamento defertur hereditas, huic poteſtas eſt vel adeundi, vel repudiandi, §. *vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Vnde colligitur, idem quoque ius eſſe ex ſubſtitutione debere. Deinde ſi ſubſtitutis coheredibus etiam portiones deficientes, quamuis inuitis, accreſcant, ſubſtitutio nullum effectum habebit: nam & ſine ſubſtitutione idem iuris futurum erat.

Porro ſi verba teſtatoris recipienda ſunt, vt aliquid egiſſe intelligantur, *l. ſi quando. de leg. 1.* Sed nihilominus etiam hoc ius in ſubſtitutis coheredibus recte placuit, & vero neceſſe fuit admitti; quia alioqui hic eadem incommoda metuemus, quæ prius. Eueniet enim, vt teſtator pro parte teſtatus decedat, pro parte inteſtatus, item vt coheredes, qui portiones agnouerunt, partem eiuſdem hereditatis haberent, partim repudiarent. Nihil ad rem pertinet, quod iſto modo ſubſtitutio teſtatoris nullum effectum habeat. Hoc enim non eſt abſurdum, quoties contra leges aliquid cauetur à teſtatore, quinimo ita ius eſt, vt Priuati teſtatoris cautione legibus derogari non poſſit, *l. quod bonis. §. 1. ff. ad leg. Falc.*

Ad L. Si teſtamento. 7.

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Feliciano.

Si teſtamento iure facto intra pupillarem ætatem & in ſua poteſtate conſtitutæ filiæ, ſi intra pubertatem deceſſerit, directis verbis pater ſubſtituit: heredem te factum ex teſtamento poſt euentum conditionis, inteſtato ſucceſſionem excluſiſſe conſtat. S. K. Ia. Sirmii, A A. Coſſ. 293.

SVMMARIA.

1 *Subſtitutio pupillaris quæ ſit.*
2 *Quibus rebus fiat, vt valeat ad fin. vſque.*
3 *Puberibus liberis cur non liceat pupillariter ſubſtituere, cum & illi liberi ſint.*
4 *Parens cur non poſſit impuberi emancipato ſubſtituere.*
5 *Subſtitutio pupillaris vt fiat, quo tempore impubes in poteſtate parentis eſſe debeat.*
6 *Particula quoque aliud tempus, quam mortis includit.*
7 *Error quorundam interpretum notatur.*
8 *In omni inſtitutione duo tempora ſunt ſpectanda, vt iis valeat teſtamentum.*
9 *Impubes, cui pater ſubſtituit pupillariter, cur talis eſſe debeat, vt morte patris ſui iuris fieri poſſit.*
10 *Parens ſi pupillariter ſubſtituat, & pupillarem ætatem excipiat, an ſubſtitutio poſt pupillarem ætatem valeat.*
11 *Liberorum nomine an in pupillari ſubſtitutione fœmina quoque contineantur. An item poſthumi. An item nepotes, & abnepotes. An etiam inſtituti & exheredati.*
12 *Subſtitutio pupillaris vt valeat, tria in teſtamento paterno requiruntur.*
13 *I. Vt pater ſibi teſtamentum faciat.*
14 *Subſtitutio pupillaris vtrum conuerſo ordine ſcriptura valeat.*
15 *II. Vt prius heredem ſibi ſcribat, deinde ſubſtituat filio.*
16 *III. Vt teſtamentum patris valeat.*
17 *Subſtitutio pupillaris quibus caſibus valeat, etiam reſciſſo patris teſtamento.*
18 *Subſtitutio cur ita dicatur.*
19 *Subſtitutus quis dicatur.*
20 *Subſtitutionis varia appellationes ſynonymicæ.*

HOc reſcripto valde commode comprehenſa ſunt breuiter ea, quæ in ſubſtitutione pupillari cognoſcenda ſunt, ſed obſcurius; quia breuius, ideo vt plane intelligatur, paulo explicatius tradenda ſunt. Quæ hic cognoſcenda ſunt, tria ſunt numero. I. Quid ſit ſubſtitutio hæc. II. Quibus vebus fiat, vt valeat. III. Cum valebit, quis ſit eius effectus. Subſtitutio † pupillaris, vt initio huius tituli dictum eſt, qua pater filio impuberi inſtituto ſubſtituit heredem in hunc caſum, *Si impubes heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, aut impuberi inſtituto ita ſubſtituit, ſi impubes deceſſerit*, vt declaratur *Inſt. de pupil. in princ. & §. non ſolum.* 1

In qua substitutione; quia heres instituitur pupillo, non patri, ideo substitutio dicitur *testamentum pupillare*, de quo paulo post
2 plura. Vt † valeat substitutio pupillaris, positum est in quibusdam obseruationibus, quarum aliæ spectantur in ipsa substitutione, aliæ spectantur intrinsecus, nempe in testamento patris in substitutione ipsa. Ius hoc solum concedit, vt parentes hoc modo substituant, seu testamentum faciant, primo liberis, secundo impuberibus, tertio quos in potestate habent, quarto qui quidem morte patris sui iuris fiunt, tum substituant cum hac cõditione, *Si intra pubertatem decesserint*, quæ summa colligitur *ex l. 2. in pr. ff. b.* & idem hoc rescripto comprehensum est. Exigitur, vt substituant parentes liberis impuberibus. Sunt autem impuberes masculi vsque ad annum decimum quartum, fœminæ vsq; ad duodecimum, intra quod tempus potestas huius substitutionis consistit, *§. pen. Instit. de pupill.* Igitur puberibus liberis hoc modo heredem substituere non licet.

3 Sed † cur non licet, cum & hi liberi sint? Quia si sunt sui iuris, ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas homini sanæ mentis adimi non debet, *l. 43. ex facto ff. eod.* Si sunt filij familias, & si bona castrensia & quasi habeant, etiam de ijs ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas itidem illis relinquenda est. Si hæc bona non habeant, ne in ijs quidem heredem habere possunt, non ex testamento; quia de ijs testari non possunt, *l. penult. & vlt. qui testam. facere possunt. Instit. quibus non est permissum testam. fac.* non ab intestato, quia peculium filij familias intestati, etiam militis, occupat pater iure peculij, non vt hereditatem, *l. pater. ff. de castrens. pecul.* Non sunt in eadem causa impuberes, quibus pater hoc modo substituit: nam ij, quia morte patris sui iuris futuri sunt, ideo bona habere possunt, proinde etiam heredem. Sed quoniam propter ætatem ipsi sibi testamentum facere non possunt, *§. præterea. Inst. quibus non est perm. ff.* Ideo æquum visum est, vt parentes eis facerent, *Instit. de pupill. in fin.* Ideo enim æquum; quia vtile est pupillis heredem habere non eum, quem sors dederit, qui potest esse idoneus, sed quem dederit iudicium & electio patris, qui de hac re propter affectionem suam erga filium recte existimabit.

Exigitur præterea, vt impuberes, quibus pater hoc modo substituit, sint in patris potestate, vt patet ex hoc rescripto, & *d. l. 2. in pr.* Ex quo colligitur, neque matrem filio impuberi, neque patrẽ filio emancipato impuberi hoc modo testamentum facere pos-
4 se, *§. vlt. Institut. de pupillar.* Sed † cur non potest impuberi emancipato parens substituere, cum & hic non magis, quam is, qui in potestate est, testamentum sibi facere possit, & videatur, in quib. eadem ratio sit, idem ius statui debuisse? Respondeo: Quia nulli debet licere, ne parenti quidem, alienis bonis heredem instituere, nisi in quæ bona ius habet, vetante lege duodecim tabularum & naturæ æquitate.

At pater in filij emãcipati bona iuris nihil habet, in filij familias autem bona ius habet, propter potestatem patriam, quæ olim tribuebat parenti etiam ius vitæ & necis. *l. vlt. inf. de patr. potest.* Qui autem de vita statuere potuerat, multo magis potuit de bonis. Vnde & illud receptum fuit, vt quamuis filius familias viuo etiam patre existimetur dominus esse bonorum; tamen liceat parenti eum exheredare, id est, bonis ijs suis excludere, quod argumentum etiam est Pauli *in l. in suis, in fin. D. de lib. & posth.*

5 Notandum est autem † hoc loco duob. temporibus impuberem in potestate parentis esse debere, vt substitutio pupillaris valeat, nimirum & eo tempore, quo pater ei substituit, & eo tẽpore, quo pater moritur, quod vtrumque tempus notandum est, *l. 41. coheredi, § cum filio. D. eod.* his verbis: *Cum filio, aut nepoti pater substituit, nisi mortis quoque tempore sit in potestate patris, substitutio fit*
6 *irita.* Hæc autem † particula, *quoque*, aliud tempus, quam mortis includit, hoc aliud tempus intelligere non possumus, quam id, quo parens substituit. Nam ex eo maxime tempore spectatur institutio, vt consistat, deinde & tempus mortis, vt exitum habeat, media tempora non nocent, *l. si alienum, §. 1. de hered. instit. §. in extraneis, de her. qual. & differ.*

7 Id eo diligentius † notandum est, quod inoleuit error vulgaris interpretum, admittentium mortis patris tempore debere impuberem esse in potestate patris, quo tempore fit substitutio, dummodo postea veniat in potestatem patris substituentis, idq; propter verba *l. 2. in prin. vers. sed extraneum.* Qui error valde notandus est. Refellitur autem sententia non tantum *dict. leg. cum heredi, §. cum filius.* sed manifestis verbis huius *l. si testamento. l. 1. D. de pupill. in pr.* Nam in hac lege dicitur, patrem ita recte filiæ substituere in secundum casum, non si filia constituetur postea in potestate patris, sed si iam antea cõstituta erit in potestate patris. Et *in tot. tit. de pupill.* dicitur, permitti parentibus testamentum facere liberis impuberibus, non quos in potestate habebunt, sed quos habeant, & *in d. l. 2.* permitti parentibus facere testamentũ liberis impuberibus, non si liberi erunt postea in potestate, sed si sint in potestate, quæ omnia ad præsens tempus substitutionem referunt, non ad futurum. Huc accedit, quod antea dixi, in omni † 8
institutione duo tempora spectanda esse vt iis valeat testamentum, tempus, quo testamentum fit, & tempus, quo testator moritur, *dict. l. si alienum, & d. §. in extraneis.*

Non recte in contrarium mouentur verbis *dict. leg. 2. vers. sed si extraneum, D. eodem.* Sic enim verba sunt: *Sed si extraneum quis impuberem heredem instituerit, potest substituere, si modo eum adoptarit, vel arrogauerit filio præcedente.* Hæc verba, *potest ei substituere si*, acceperunt, ei nempe extraneo, non recte. Nam adijcere debuerunt conditionem, quæ sequitur, vt possit testator ei substituere pupillariter, si modo eum prius adoptauerit, vel arrogauerit. Et quamuis Vlpianus adiecit, id prius vel postea; tamen cum alterutrum verbum supplendum sit, oportet ex iure sumere, vtrum intelligamus. Ius autem præcepit, vt cum oratio ambigua sit, eam sententiam accipiamus, quæ vitio caret. Hæc autem vitio caret, si intelligimus testatorem ei impuberi extraneo substituere posse, qui ante extraneus fuit, sed quem antequam substitueret, arrogauit, aut subiecit potestati suæ.

Exigitur præterea, vt impubes, † cui pater pupillariter substi- 9
tuit, morte parentis sui iuris fieri possit, vt colligitur *ex d. l. 2. in pr. D. eo.* Quod exigitur propter duas causas: Primo propter eos, qui viuo patre sui iuris fiunt, quo casu dixi substitutionem fieri irritam, *ex l. coheredi. §. cum filia. D. eod.* Deinde & maxime propter eos nepotes impuberes, quibus auus pupillariter substituit, qui ijdẽ mansuri sunt in potestate patris mortuo auo, *tit. quib. mod. in prin. Inst.* Ijs auus frustra pupillariter substituit, *d. l. 2. in pr.* Et ea ratio est, quam supra diximus; quia cum sint in potestate patris hi impuberes mortuo auo, vt bona, sic heredem habere non possunt, frustra autem ijs testamentum fit, quibus heres esse non potest, cum sine heredis institutione nullum sit testamẽtum, *l. 1. in pr. D. eod.* Exigitur ad extremum, vt parens, qui pupillariter impuberib. liberis substituit, substituat hac conditione, si intra pubertatem decesserint, vt *hic & tit. de pupil. in pr.* Quid ergo † si pater hanc ę- 10
tatem exceperit? Resp. Placet substitutionẽ quidem valere intra pubertatem, sed si filius hanc ætatẽ excesserit, substitutionem finiti, *l. verbis legis, in pr. l. verbis 7. in prin. de pup.* Quod ita intelligendũ est, si pater filio directis verbis substituat post pupil. ætatem, vt in hac lege expressum est. Diuersum est, si post eam ætatem roget filium, vt hereditatem suam alij restituat, quod omnibus etiam extraneis testatoribus facere concessum est, *§. vlt. Inst. de pupil.*

Notandum † est autem, quemadmodum liberi sunt impube- 11
res, quibus parens substituit, ita nihil amplius exigi, quam vt liberi sint. Quod dictum est sine distinctione sexus, vt intelligeremus, vt pater substituere potest masculis, sic posse & fœminis impuberibus. *§. pen. Inst. de pup.* vnde & hoc rescripto proponitur pater substituisse filiæ impuberi. Item sine distinctione natiuitatis, vt intelligeremus substituere licere, non tantum iam natis, sed etiam posthumis, *d. l. 2. in pr.* Item sine distinctione gradus, vt sciremus licere substituere non tantum filijs, sed etiam nepotibus, & liberis inferioribus in infinitum, qui mortuo testatore mansuri non erant in alterius potestate, *l. 2. in pr.*

Postremo & liberis dictum est, neq; distinguitur, sintne instituti, an exheredati, vt hoc quoq; intelligeremus, non tantũ parẽtem liberis institutis testamẽtum facere posse, sed etiam exheredatis, *l. 1. §. 1. D. eod.* Nec obstat, quod in exheredato filio, cui pater testamentum facit, aperte de alienis bonis statuit, nullo autem modo de suis, *l. 12. l. verbis legis. de verb. sign.* Nam hoc singulari iure receptum est moribus in persona patris, & cur receptum sit, supra diximus. Nec illud obstat, quod dicitur, cui testamento nihil relictum est, ab eo nec legatum, nec fideicõmissum relinqui posse, *l. 6. D. de legat. 3. leg. ab eo, infra. de fideicommiss.* Nam hoc ad legata & fideicommissa pertinet, non ad institutionem heredis quem interim substituere pater filio potest, nempe impuberi, & intra pubertatem, si eum parens in potestate habet. Neque hæc inter se contraria sunt. Nam cum aliquid ab aliquo relinquitur, is oneratur legati, & fideicommissi præstatione, item ei detrahitur aliquid de bonis, quorum neutrum fit in pupillari substitutione. Nam in hac pater heredem filio impuberi dando, hunc

non onerat, sed honorat, ei non detrahit, sed adiicit heredem non sine impuberis vtilitate, cuius interest idoneum heredem habere, vt supra dictum. Vnde qui oppugnat substitutionem pupillarem, is dicitur oppugnare vtilitatem pupilli, *in l. Iulianus, de acquir. hered.*

Atque hæc in substitutione ipsa pupilli spectantur, vt valeat. Extrinsecus autem ad vim huius substitutionis etiam quædam in testamento patris exigimus, quę ex hoc principio ducũtur, quod substitutio pupillaris, & quod idem est, testamentum pupillare, pars est & sequela paterni, §. *liberu, Inst. de pupil. l. qui plures liber.* §. *vlt. in fin. D. eod.* Cui sententiæ consequens est, nisi sit paternum testamentum, quod speciale est, non posse locum esse accessioni
12 id est testamento pupillari. Propterea † vt substitutio pupillaris valeat, hæc tria de testamento paterno exigimus. I. Vt parens, qui filio impuberi testamentum facit, ipse sibi testamentũ faciat. Secundo, vt prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio. Tertio, vt idem testamentum valeat, id est, exitum habeat.

13 Primum † exigitur, vt pater sibi testamentum faciat, *l. 2. §. quisquis, D. eo.* Ac proinde hoc exigitur, vt pater sibi heredem instituat, siue instituat ipsum filium impuberem, siue alium quẽuis extraneum; quoniam sine heredis institutione testamentum non valet, *l. 1. in fin. D. eod.* Atqui cum hoc exigimus, simul hoc intelligimus, vt testamentũ iure factum sit, puta ne liberi præteriti sint; nam iniustum testamentum nullius momenti est, id est, ne testamentum quidem est. *l. 1. de inoffi. test.* Hoc est, quod in hac lege scribitur *in pr.* si testamento iure facto pater substituit, non est satis patrem sibi testamentum facere. Hoc amplius exigitur vt prius sibi heredem scribat; deinde substituat filio, & non conuertat ordinem scripturæ. Hoc ita diserte & multis verbis scribit Vlpianus *in d. l. 2. §. prius.* Et vt intelligere liceat hanc sententiam ei probari, eam & ratione & auctoritatibus pluribus, scilicet Iul. & aliorum Imperatorum confirmat.

14 Sed † difficultatem facit hoc loco, quod *in eod. §. vers. sed si quis,* hãc sententiam videtur mutare; scribit enim substitui filio impuberi recte hoc modo, *Si filius meus impubes intra pubertatem decesserit, Titius heres esto,* deinde, *Sempronius filius meus heres esto,* vbi Titius substitutus primo loco scribitur, Sempronius filius institutus secundo, in substitutione recte fit, & addit, vt videtur sententiã superiori contrariam, vt non ordo scripturæ, inquit, sed ordo successionis spectetur. Sed principium cum fine ita cõciliandum est: Obseruandum est in extremis verbis, quæ supra retulimus, Vlpianum exemplum proponere de impubere filio instituto, cui pater substituit, sed de instituto tantum, non de exheredato. Ex quo intelligere debemus, illum hunc casum à priori sentẽtia generali excipere, vt sit totius eius §. *prius,* hæc distinctio, cum pater
15 prius substituit filio, deinde sibi heredẽ scribit. & quæritur, vtrũ † cõuerso ordine scripturæ substitutio pupillaris valeat, nec ne? Interest, vtrum pariter substituat filio impuberi exheredato an instituto, vt si substituit, exheredato, substitutio nullius momenti sit; sin autem substituit instituto, valeat, idque optima ratione, quia cum pater filio impuberi prius substituit, deinde eundem filium instituit, secundum manifestam verborum sententiam ita heredem filium instituit, vt velit eum primo loco succedere, substitutum autem impuberi datum, velit secundo loco & postea, vt merito hic ordinẽ successionis & sententiã testatoris, non verba scripturæ spectare debeamus. Nam cum pater hic substituit filio impuberi, substituit nominatim sub cõditione, *si filius intra pubertatem decesserit.* Cum autẽ eundẽ instituit paulo post, instituit simpliciter & pure; ac proinde filio mortuo statim illum heredem esse, & iure ipso statim heres erit, quia est suus heres, sic fit vt secundum necessitatem naturæ & iuris non possit fieri, quin sit prius heres, quam moriatur, eoq; non sit prius heres, quam substitutus ex substitutione vocetur, quod contra fit in impubere exheredato. Propone enim hoc modo testatorem scripsisse: *Filius meus impubes exheres esto, si in intra pubertatem decesserit, Titius heres esto, Sempronius heres esto.*

Hic prius exheredato impuberi substitutus datus est Titius, deinde Sempronius testatoris heres ex testamento. Sed Titius impuberi heres ex substitutione non erit, quamuis intra pubertatem decesserit; quia substitutio non valet, & ideo non valet; quia vere dicitur in hoc exemplo & secundum verba, & secundum sententiam, patrem prius substituisse filio; deinde sibi heredem scripsisse, quoniam substitutio est sub conditione, *si filius impubes decesserit,* & institutio heredis item sub conditione tacita; *Si Sempronius heres institutus hereditatem adierit;* quia nisi adeat, heres non fit: At per rerum naturam non potest adiri, quamdiu impubes filius viuit, vt tunc adeat, cum impubes erit mortuus, quo fit, vt in hac specie, siue scripturæ ordo spectetur, siue ordo successionis, videatur pater prius substituisse filio, posterius sibi heredem instituisse. Hæc est autem conuersio scripturæ, quæ improbatur in principio eius §.

Ne hæc quidem satis sunt in testamento patris, tertium † et- 16
iam hoc exigitur, vt testamẽtum patris iure factum & scriptum, rite etiam valeat, id est exitum habeat *l. 2. §. quisquis, D. eod. §. liberis, Inst. de pupil.* Huic rei hæc sunt consequentia. Primo, vt ne rumpatur testamentum patris, itaque rupto testamento, testamentum pupillare euanescit, *dict. l. 2. §. quisquis.* Item & illud consequens, si testamentum querela inofficiosi perlata, rescissum sit, simul, & tabulas pupillares euanescere, *l. Papin. 8. §. sed nec impub. §. vlt. de inoff. testam.* Consequens & illud, hereditatem ex testamento patris adiri oportere, hac non adita euanescere substitutionem pupillarem, quamuis testamentum patris ita iure factum sit vt ex testamento eo aditi possit hereditas, *d. l. 2. §. quisquis, l. sed si plures, § si ex asse. D. eod de vulg. & pupill.* Hoc ideo consequens; quia non adita ex testamento patris hereditate testamentum eius fit irritum, *leg. 1. D. de iniust. rupt.*

Sed hoc quod de adeunda patris hereditate dicitur, in extraneis heredibus locum habet, qui non aliter fiunt heredes, quam si hereditatem adierint. Ceterum ad heredes suos testamento patris institutos, non pertinet. Itaque si proponas patrem filium impuberem, quem in potestate habet, heredem instituisse, eiq; substituisse si impubes decessisset, si mortuo patre pupillus per tutores abstineat hereditate patris, deinde impubes decedat, nihilominus substitutus ex substitutione admittetur; quia substitutio valuerit, *l. filius qui se. l. Iulianus, seq. de acquir. hered.* Nec ad rem pertinet quod filius impubes hereditatem patris non adierit; nam sine aditione ipso iure exstitit patri heres, *l. in suis, de suis & leg. hered.* Quod autem exigitur in extraneo, vt hereditas ab eo adita sit, ideo exigitur vt heres exsistat. Proinde si quis heres erit eiu modi, qui sine aditione heres iure non exstiterit, idem probandum est, nempe confirmatum esse patris testamentum, vt sic confirmentur quoq; tabulæ pupillares. Et ideo vere dictum est à Bart. *in d. l. filius, qui se.* existentia sui heredis confirmari tabulas pupillares.

Interdum tamen, etsi hereditas ex testamento patris adita non
sit, aut rescissum etiam sit patris testamẽtum, nihilominus † sub- 17
stitutio pupillaris valet. Ac primum quib. casibus fit potestas heredi repudiata hereditate iterum eam adire, si adierit, confirmantur tabulæ pupillares. Id autem contingit duobus modis. I. Si heres minor 25. annis hereditatem repudiauerit; nam huic potestas est impetrata restitutione in integrum rursus hereditatẽ adeundi. quod si fecerit, vt ei dantur vtiles actiones ex edicto prætoris, ita confirmantur tabulæ pupillares, & pupillo quanquam decedente, decernuntur etiam vtiles actiones eius substituto, *l. 2. §. interdum, D. eod.* Secundo modo idem accidit, si heres testamento patris rogatus sit hereditatem alteri restituere, nam quamuis initio hereditatem repudiauerit; tamen cogi potest à fideicommissario, vt hereditatem adeat & restituat, *l. 4 ad Treb.*

Quod si euenerit, vt adeat, eadem opera confirmantur tabulę pupillares, vt ex iis quandoq; substitutus admittatur *l. nam quod. §. 1. ad Trebellia.* Idem probandum est, si substitutus pupillo heres rogatus sit hereditatẽ restituere alteri. Nam hoc casu quamuis heres institutus testamento patris hereditatem patris repudiauerit: Et quamuis filius impubes eo testamento fuerit exheredatus: tamen postulante fideicommissario, cogi potest substitutus impuberis hereditatem adire ex substitutione pupillari.

Quod si quis dicat substitutionem pupillarem valere non posse; quia testamentum patris non valeat, ex quo hereditas adita nõ est, huic non incommode ita occurritur. Nam vt substitutus impuberis ex substitutione adire possit, fideicommissario postulante, cogetur heres patris hereditatem eius adire, vt sic confirmetur paternum testamentum prius, deinde eo confirmato tabulæ pupillares confirmentur, quæ species est *d. l. 2. §. interdum, in prin. de vulg.* Præterea etsi ex testamento patris non adeatur omnino hereditas; tamen quibus casibus ex eiusmodi testamento legata iure prætorio conseruantur, iisdem casibus etiam ex testamento valent tabulæ pupillares. Id rursus accidit duobus casibus: Vnus est, si legitimus defuncti heres sit testamento institutus; deinde mortuo testatore omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, placet hoc casu confirmari tabulas pupillares

res *d. l. 2. §. quisquis, in princ. D. eod.* Hoc ideo; quia etsi repudiata ex testamento hereditate, testamentum iure ciuili non valet; tamen ex edicto prætoris, *si quis omissa causa, &c.* perinde id habetur, quasi ex testamento esset adita hereditas; quoniam sic ex testamento & legata & cetera relicta præstantur, ac si ex eo adita hereditas esset, *leg. 1. D. si quis om. caus. test.* At si legata à prætore conseruantur, multo magis substitutio pupillaris propter vtilitatem pupillorum.

Altero modo hoc idem fit, cum testamentum patris rescissum est, bonorum possessione contra tab. petita; nam & hoc casu etsi non valeat testamentum, non eo minus tamen substitutio pupillaris valet, *l. ex duob. §. vlt. l. seq. D. eo.* Hoc ideo; quia singulari quodam iure prætor rescisso per bonorum possessionem contra tabulas testamento, nihilominus legata seruantur quibusdam personis, nempe parentibus & liberis, *l. 1. de leg. præst.* Si legata, multo magis seruat hereditatem liberis puberibus ex substitutione pupillari.

Hæc summa est earum obseruationum, quas in substitutione pupillari tenere oportet, vt valeat substitutio. Ex his autem varia nomina substitutionis nata sunt, quæ ideo nobis sunt obseruanda, vt cum occurrent, statim ex iis res, quæ demonstrantur, intelligantur, & simul explicetur eorũ verborum appellatio. Primum
18 igitur dicitur † substitutio, *tit. de pup. in pr. & §. non solum.* quoniam in hac substitutione instituitur heres secundo loco & gradu. Prius enim pater sibi heredem facere debet, deinde filio, & ita debet, vt prius heredem oporteat exsistere patri, quam substitutio pupilla-
19 ris valeat. Is autem † dicitur substitutus, qui secundo loco institutus est heres, ita vt non nisi secundo loco succedat, vt initio dixi *h. t. l. 1.* Et notantum est substitutum impuberis, seu hanc substitutionem non dici substitutionẽ habita ratione impuberis; nam substitutus impuberis est impuberi prius heres, & solus, non secundus. Sed nec ita dicitur habita ratione patris substituentis. Nam substitutus impuberi non est omnino patri heres, nedum primo, aut secũdo, sed est solius impuberis heres. Verum ita substitutio & substitutus hic dicitur, ex comparatione heredis paterni; nam prius heredem à patre institui oportet, vt dixi; deinde secundo loco filio impuberi, & non conuertere ordinem scripturæ, quod ab Vlp. significatur *in l. 2. in fin. D. eod.* Dicitur substitutio pupillaris *§. igitur. Instit. de pup. l. in pupillari. l. ex duob. §. vlt. de vulg. & pup.* Quia etsi non possit substitui pupillo, nisi tunc, cum est in potestate patris; tamen substitutionis euentus confertur in id tempus, cum impubes morte patris, sui iuris erit factus, quo tempore
20 dicitur pupillus, *l. pupillus. de verb. sig.* Eadem † dicitur testamentum pupillare, *tit. Instl. de pup. in pr.* Eodem sensu dicuntur tabulæ pupillares, hoc ideo; quia ex hac substitutione heres instituitur impuberi, non patri, *§. 1 vers. quo casu. Instl. de pup.* Id autem cuiusq; dicitur testamentum, in quo heres cuique instituitur; quoniam ex heredum institutione testamentum pendet, *l. 1. §. qui neque, de her. Instl. §. cum heredem. Instl. de leg.* Idem testamentum ex ordine institutionis dicitur secundæ tabulæ, vt eædem sunt tabulæ pupillares, & secundæ tabulæ, *d. §. interdum, in pr. d. l. qui plures, §. vlt. D. h. t.* Ex quo intelligimus in institutione pupillari, substitutione facta in testamento patris, duo testamẽta esse; vnum patris, ex quo heres ei instituitur, alterum filij, ex quo instituitur pupillo heres ex substitutione pupillari, *l. patris & filij, D. h. §. igitur Instit. de pupil.* Et tamen quia tabulæ pupillares, seu substitutio pupillaris per se nõ valet, sed pars & sequela est paterni testamenti, *§. sibiipsi. Instit. de pupill.* rursum hac ratione fit, vt substitutione pupillari facta, nihilominus vnum dicatur testamentum esse patris, cuius pars sit & accessio, substitutio pupillaris: Ideoque dicitur hoc sensu vnum esse testamentum duorum casuum, id est, hereditatum, *dict. §. igitur.* Ex hac ratione, cum pater substituit filio impuberi in secundum casum, dicitur patris esse testamentum duplex, & in quibus testamentis eadem fiunt, ea dicuntur duplicia testamenta in vsu iuris *l. in duplicib. D. ad l. Falcid.* Hæc substitutio autem hic in testamento patris, non minus ex sentẽtia intelligitur, quam ex verbis, de quo *ad leg. 2. supr.* vbi constabat pupillæ substitutionem testamento patris ordinatam esse, & ita ordinatam secundum ea, quæ dixi. Restat, vt de effectu eius quæratur, id est, substitutus pupillo heres quando & cui, seu ad cuius hereditatem ex ea substitutione admittatur, id quod paucis verbis notatum est in extremo hac lege. Ergo ex ea substitutione admittitur substitutus post euentum conditionis, vt sunt verba rescripti, id est, si pupillus intra pubertatem decesserit. Nam hæc huius substitutionis conditio est. Admittetur autem ita, vt excludat intestati successionem, vt sunt verba rescripti, quibus verbis significatur, quod aliis locis explicatius traditum est, substitutum impuberis, succedere pupillo, & in omnia bona eius, ac proinde in hereditatem patris, si prius impubes patri heres exstitit, *d. tit. pupil. vers. quo casu, l. sed si plures, §. substitutos, l. paterfamilias, de vulg. & pupill.* Hoc idem verbis huius rescripti significari dicimus; qui si tota hereditas impuberis non pertineret ad substitutionem impuberis, ex testamento seu substitutione pupillari, impubes succederet. At perinde casu alio proximo ex intestato ei succederet. Nunc autem secundum verba testamenti hæc intestati successio ex substitutione à substituto excluditur. Ex quo colligitur illum in totum succedere in substitutione, exclusis legitimis pupilli heredibus.

Ad L. Precibus. 8.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Patronæ.

Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondã tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse, vtrumne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti iuris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri hæres exstitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendiosa, non vsq; ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adierint hæreditatem. Si vero post pubertatem: tunc eius te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi bona, quæ, cum moreretur, patris eius fuerint, à te peti possunt. S. V. Id. April AA. Coss. 293.

Summaria.

1 *Species facti, quæstio, & responsi summa.*
2 *Primus & secundus casus in substitutione, quis.*
3 *In proposito cur nulla substitutio matri obstet, quominus intestati filij hereditatem obtineat.*
4 *Vulgari substitutione expressa contineri pupillarem, nisi voluntas testatoris refragetur.*
5 *Vulgari substitutione à pagano facta non admitti pupillarem tacitam aduersus matrem, sed hanc filio impubere herede mortuo admitti ad hereditatem intestati excluso substituto: si modo mater vna cum filio instituta sit: alioqui in pagano patre contra.*
L. vlt. C. de Inst. & subst. *explicatur. ibidem.*
6 *Vulgari substitutione expressa nec tunc contineri pupillarem tacitam aduersus matrem, cum substitutio à patre militie facta est? & cur diuersum in patre pagano.*
7 *Compendiosam substitutionem vtrumq; casum continere etiam aduersus matrem impuberis, quisquis pater substituerit; siue miles, siue paganus.*
Compendiosa substitutio quæ; ibid.
8 *Militem cuiuis heredi à se instituto etiam post pubertatem in secundum casum directo recte substituere, vt bona militis sola ad substitutum pertineant: heredis propria bona ad eius heredes siue testamentarios, siue legitimos redeant.*
9 *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem, aut extraneo heredi facta, non solum pertinere ad substitutum bona propria militis; sed & fructus eorum bonorum inuentos in hereditate, cum heres, cui substituitur, moritur: & qui fructus his verbis intelligantur.*
L. Centurio. D. de vulg. *explicatur: ibidem, & nu. 8.*
10 *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem facta filio pertinere ad substitutum bona militis iure directo, non fideicommissi, quamuis mater sit superstes.*
11 *Hæc verba, velut ex cauta fideicommissi, addita, vt significetur restitutionem hereditatis ex substitutione militari in secundum casum facta, similem esse restitutioni hereditatis fideicommissariæ: & cur, ac qua in re sit similis.*
12 *Obtineri filij hereditas à matre quo sensu hic dicatur.*

Miles

1 Miles pater † filium impuberem, quem in potestate habebat, heredem instituit, eique substitutum dedit; filius mortuo patri exstitit heres: deinde decessit viua matre. hæc filij hereditatem vt intestato mortui occupat, eamq; pro sua obtinet ex senatusconsulto Tertylliano. substitutus contra hereditatem filij ex substitutione sibi vindicat. quæritur, *ad vtrum hereditas pertineat?* De hac re consuluit mater Imperatores, & in facti narratione rem nude ita exposuit, *vt supra dixi*, nempe substitutum filio datum, neque expressit in quem casum, vtrum in primum, an in secundum. Respondent Imperatores, vt mater certum & absolutum responsum acciperet, debuisse eã manifestius exprimere, in quem casum substitutus datus sit; quia multum referat ad id, de quo quæritur, in vtrum casum substitutus quis sit. Proinde cum id mater non expresserit, respondent non absolute, sed sub distinctione, in qua versatur hoc rescriptum. Est autem hæc distinctio. Interest, vtrum miles filio impuberi, quem in potestate habebat, & habuit tempore mortis, substituerit in primum tantum casum, an vero in secundum.

2 Primum † casum vocant vsitato iuris auctoribus loquendi more vulgarem, huiusmodi, *si filius heres non erit*: Secundum non vulgarem, qui priorem sequitur, *siue heres erit filius, & postea decesserit; l.4. D. de vulg. & pup. subst.* de quo alias.

3 Si † in primum tantum casum substitutus datus sit, & filius heres exstiterit, aiunt Imperatores nõ esse incerti iuris hereditatem filij hoc casu ad matrẽ omnimodo pertinere, non autem ad substitutum. Id autem sic colligitur. Nã si nullus est filio substitutus datus, & is testamentum non fecit, intestatus decedit. Intestati autẽ filij, qui nec patrem habuit, nec filios, hereditas certo iure ad matrẽ pertinet ex senatusconsulto Trebelliano. *Inst. de sen. Tertyll.* Iam vero hic substitutio nulla fuit, vbi proponitur substitutus in primum tantum casum datus esse, & filius exstitisse heres. Nam si qua hic substitutio est, necesse est aut vulgarẽ esse, si filius heres non erit, aut non vulgarem, si heres erit, & postea decesserit. Hic vulgaris non est, quippe quæ filio herede exsistente exspirauerit, quod & ipsum certi iuris est. *l. post aditam, supr. hoc tit.* Non est non vulgaris substitutio; quoniam cum proponatur in primum tantum casum substitutus datus, hæc particula, *tantum*, satis significat secundum casum à testatore comprehensum non fuisse, Ita fit, quod dixi, vt intestatus filius decesserit, eoque & ad matrem pertineat intestati hereditas.

4 Et † hæc recte dicerentur, ac citra controuersiã si vulgari substitutione expressa, vt hic factum proponimus non contineretur pupillaris. Nunc autem certi iuris est, eam contineri, *l.4. Dig. de vulg. & pup. subst.* Secundum quam sententiam dici debuit filio impubere mortuo, quãuis prius patri heres exstitisset, eius hereditatem ad substitutum pertinere ex substitutione pupillari. consequẽs esse hereditatem nullo modo pertinere ad matrem, quoniam substitutio pupillaris est testamentum impuberis. quam diu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neq; ceteris heredibus legitimis; *l. quamdiu. potest, D. de acq. hered.* Sed quod dicitur vulgari substitutione expressa contineri tacite pupillarem non est perpetuum. Id hactenus verum est, nisi voluntas testatoris refragetur. quod in specie proposita factum esse intelligẽdum est. Quæritur igitur in proposito, quare substitutus in vulgarem casum datus à patre, qui filium in potestate habuit, non videatur etiam in secũdum casum datus, vt sic admittatur in vtrumque exclusa matre ab intestato, & cur non videatur pater de secundo casu cogitasse. Et vulgo obtinuit hæc sententia, ideo in proposito id fieri; quia filius decesserit viua matre: matri non nocere substitutionem pupillarem tacitam: quasi coniectura sit testatorem voluisse, si filius heres exsisteret, deinde intra pubertatem decederet, luctuosam hereditatem filij ad matrem pertinere potius, quam ad substitutos, de quibus in secundum casum nihil aperte.

5 Sed vereor, † ne hæc sententia defendi non possit. Nam si ob hanc causam propter matrem excluditur substitutus in secundũ casum in substitutione vulgari à milite facta; etiam in pagano testatore idem probandum erit, qui filio impuberi substitutum dederit in vulgarem tantum casum; quia hic eadem mater est, quæ de hereditate filij litigat, idem humanitatis sensus in pagano patre, vt proinde in eadem ratione idem ius statui debeat. *l. illud. D. ad leg. Aquil.* Et hoc etiam vulgo admittunt. Sed refellitur hæc sententia non obscure *l. vlt. sup. prox. tit. de institut. & subst.* Nam illic proponitur testator, qui miles non est, vxorem prægnantem heredem instituisse; & vna cum vxore ventrem, id est, pupillum, qui in ventre est, pupillo substituisse hoc modo, *Si filius natus non esset*, id est, si heres non exstitisset, ac propterea substituisse ei in vulgarem tãtum casum deinde proponitur posthumus natus esse & heres exstitisse patri, ac deinde impubes decessisse. Quæsitum est de eius hereditate, *vtrum ex substitutione pupillari tacita pertinere debeat ad substitutum, an vero ad matrẽ reiecta pupillari substitutione?* Et illic refertur sententia Papiniani & Vlpiani, probantium quidem matrem ad successionem intestati filij admitti excluso substituto, vt sic vulgari substitutione, quæ expressa erat, non intelligatur contineri pupillaris aduersus matrem. Sed hæc sententia à Papiniano & Vlpiano defenditur hac solum ratione; quia mater itidem vt filius, instituta erat à testatore. Proinde si instituta non erit, non admittetur, sed substitutus. Vis huius argumenti indicatur *in l.1. §. huius rei. D. de off. eius, cui mand. est iurisd.* Defenditur præterea eadem sententia ab illis auctoribus hac ratione, quod si testator voluit hereditatem suam, quæ vxori non debetur, ad vxorem pertinere; multo magis voluit ad eam pertinere hereditatem filij impuberis, vtpote quæ naturaliter matri debetur. Hęc ratio cessat in ea matre, quæ à testatore instituta non est. Quare in ea hoc quoque ius cessabit. *l. quod dictum, D. de pact. l. in omnibus causis id obseruatur. D. de reg. iur.* Nec obstat Iustiniani constitutio, qua prior sententia remota omni dubitatione confirmatur. Confirmatur enim nominatim à Iustiniano in hac specie, & in hoc casu. Nam bis hæc verba repetit ea constitutio. proinde in alijs casibus ius vetus manere oportet. *l. præcipimus, in fin. infra. de appell.* Apparet autem ex superiore dubitatione Papiniani & Vlpiani, in ea matre, quæ instituta non esset, dubium nõ fuisse, quin filio impuberi heres nõ esset ab intestato, si pater impuberi substitutum dedisset, quamuis in primum tantum casum. Neque aduersatur hic locus, vbi simpliciter dicitur hereditatem impuberis ad matrem pertinere. Nam adiicitur, in hoc casu id non esse incerti iuris. Ex quib. verbis liquet Imperatores non loqui de pagano testatore, qui filio impuberi in primum casum substitutũ dederit non instituta matre, aut etiam instituta. Nam vtrum hoc casu admitteretur mater, impubere mortuo res dubij iuris fuit; non certi. Ad eiusdem rei confirmationem adiicere oportet *l. quamuis, supr. h. tit.* vbi vxore testatoris & filio impubere heredibus institutis pater ambobus substituit hoc modo; *si vxor & filius heredes nõ erunt*; & respõdetur quidem, si filius impubes heres exsistat, deinde intra pubertatem decedat, substitutum ex substitutione pupillari non admitti, sed matrem ab intestato. Verum ratio obseruanda est, quamobrem id placeat. Non enim dicitur ideo mater admitti; quia substituto in primum tantũ casum dato, mater excludat tacitam pupillarem: sed quia testator his verbis *si heredes non erunt*, substituendo, intelligitur tantum sensisse de eo casu, qui in vtriusque persona locum habere potuit. potuit autem solus casus vulgaris in vtriusque persona intelligi. Quo non obscure significatur, si vni tantum filio impuberi pater substituisset in primum tantum casum, cum in eius persona locum habere potuerit etiam secundus casus, matri locum non futurum, sed substituto, quantumuis mater vna cum filio instituta fuerit. Neque hæc sententia iniqua est. Nã cum pater filio impuberi substitut aliquem in primum casum, vult substitutum sibi heredem esse. Qui autem semel eum sibi heredem esse vult is, vult eum etiam perpetuo sibi esse heredem, siue filius heres non sit; siue sit heres. Quapropter etiam filio herede exsistente, & intra pubertatem mortuo, substitutus testatori heres erit ex eius voluntate. Et quoniam non potest testatori heres esse, nisi etiam sit heres pupillo; quia iunctæ hereditates esse cœperunt patris & impuberis, *l. sed si plures §. filio, D. de vulg. & pup. subst.* ideo substitutus etiam ad hereditatem impuberis vocari intelligitur, vbi alia voluntas manifestior non refragatur.

6 Sed obijcitur † hic locus, in quo contra placet matrẽ admitti. Et obseruandum est locum scriptum esse de testatore milite. Sic enim diserte verba sunt: quod si filius in patris militis positus potestate: ex quibus intelligimus aliud iuris esse in milite, aliud in pagano. Merito. est enim in vtroque alia atque alia coniectura voluntatis. Nam in milite hoc probatur, vt tantum sensisse & voluisse intelligatur, quantum dixerit, non amplius; scilicet vt quẽadmodum seruatur per omnia id, quod voluit; ita etiam præter voluntatem non seruetur. quod non aperte voluit. *arg. in leg. Diuus. & l. Lucius. D. de testa. mil.* Idque recte placuit, cum propter imperitiam militum, de qua scriptum est *in l.3. supr. de test. mil.* tum propter occupationes expeditionum, in quibus iure militari testantur. *§.1. Instit. de test. milit.*

Im-

Imperitia facit, vt de iure non intelligatur cogitasse miles, si non expresserit, *leg. vlt. in princ. infr. de iure delib.* Occupatio autem militiæ & expeditionis omnem aliam cogitationem adimit, vt non temere putandus sit cogitasse; quod nominatim non dixerit. Quod cum ita sit, si miles filio impuberi substituit in hunc casum, *si heres non esset*, nõ videbitur substituisse in hunc casum, *si heres erit, & deinde decesserit.* Ex quo efficitur, si heres exsistat, certi iuris esse exspirasse substitutionem, ac proinde matri locum futurum, non substituto. Cui consequẽs est, si impubes hoc casu heres exsistat, & intra pubertatem decedat, etiam aliũ quemlibet legitimum heredem impuberis heredem futurum ab intestato, excluso substituto. Alia coniectura est voluntatis in ijs testatoribus, qui milites non sunt. Nam si ius non ignorant, secundum regulas eius iuris testari intelliguntur: si imperiti sunt; tamẽ de hoc ipso iure videntur sensisse; quia se iure communi testari intelligunt: vt velint etiam ea omnia admitti, quæ sunt ex iuris cõmunis sententia, nisi aperte eorum voluntas refragetur. Ex his colligimus, quoties testator in vnum casum, puta vulgarẽ, substituit aliquem filio impuberi, simul etiam in secundum casum substituisse videri: nisi conditio heredis legitimi, qui ad hereditatem impuberis vocatur; aliam admittat coniecturã, id autem cõtingere; quoties filius impubes decedit viua matre: si modo & ea testamẽto instituta sit ab eodem testatore vna cum filio impubere ex *l. vlt. supr. prox. tit.* aut ea non instituta proponatur substitutio facta esse à testatore milite.

7 Atque hæc † ita sunt si pater miles filio impuberi substituit in primum tantum casum. diuersum est, si substitutio à patre etiã in secundum casum vel expressa, vel compendiosa facta fuerit. sic enim verba sunt huius l. *in vers. sed si.* In secundum casum fit hoc modo: *si filius meus heres erit, & deinde decesserit, Titius heres esto.* Expressa est hoc modo: *si intra pubertatem, aut postea decesserit*, quæ formula initio huius rescripti expressa est. Dicitur autem hoc casu expressa; quia tempus vtrumque verbis specialiter exprimitur, & quod pubertatem præcedit, & quod sequitur. Compendiosa seu compendio fieri dicitur hoc modo: *quandocunq; filius meus decesserit*, vel, si decesserit, vel, *cum decesserit*, quia hoc compẽdio sermonis vtrumque tempus superius comprehenditur, non exprimitur: vt alibi appellatione hominis dicuntur compendio sermonis omnes homines cõtineri, *l. Mæuius. §. duorum. D. de leg. 3.* Ergo si substitutio in hunc casum facta sit, quandocunque filius heres factus decesserit, nunquam hereditas filij tota ad matrem pertinebit, sed aut tota ad substitutum, aut saltem pro parte. Vtrum autem tota, an pro parte pertineat, ex hac distinctione statuendum est. Aut enim filius decedit intra pubertatem, aut post pubertatem. Si intra pubertatem, eos heredes habebit, quos pater ei substituit, si & hereditatẽ adierint, vt sunt verba rescripti. Ex quibus intelligimus, hoc casu totam hereditatẽ filij impuberis ad substitutũ pertinere. Itaq; in hac hereditate & bona patris ad substitutum pertinebunt, & item bona proprie filij impuberis, vndecumque illa obuenerint. Nam cum is patri heres exstiterit, iũcta hereditas cœpit esse patris & filij. *l. sed si plures §. filio. D. de vulg. & pupill. subst.* Hoc autem fieret iure communi, etsi paganus testator filio impuberi substituisset aliquem in secundum casum. *Inst. de pup. subst. vers. quo casu. & d. l. sed si plures §. ad substitutos. de vulg. & pup. subst.* Bene igitur Papinianus *in l. centurio, Digest. eod.* dixit, hoc casu substitutos iure communi etiam propria bona filij impuberis capturos. Si bona impuberis ex substitutione ad substitutum hoc casu pertinent, sequitur nihil ex his ad matrem redire. Nam, vt superius dixi, hæc substitutio testamentũ est puipili, quod pater ei fecit. *l. 2. D. de vulg. & pup. subst.* Quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neque aliis legitimis heredibus, *l. quam. diu potest. D. de acq. hered.*

8 Si vero † filius decessit post pubertatem, rescripti verba ita sunt: *matre eius (filij) hereditatem obtinente, bona qui patris, cum moreretur, fuerint, velut ex causa fideicommissi à matre peti posse.* Quæ verba quia obscuriora sunt, & magnas difficultates pepererunt interpretibus, nobis excutienda sunt. Et in his duo expendenda potissimum: quæ hoc casu bona ad substitutum pertineant: tum quo iure. Igitur cum filius, cui in secundum casum substitutus datus est à patre milite, post pubertatem decedit, non omnia eius bona ad substitutum pertinent, sed bona duntaxat patris, id est, quæ fuerunt patris, cũ is moreretur. Idem *in l. centurio, in fin. D. de vulg. subst.* Hic occurritur ex iure communi. Nam verbis ciuilib., id est, directis, post decimum quartum annum frustra substitutio fit: & si facta erit; tamen pubertate finitur. *leg. verbis ciuilibus, & l. in pupillari. D. de vulg. subst.* Sed hoc in paganis ius est, in militis substitutione, de qua hic agitur, locum non habet. Potest miles ex priuilegio militum heredibus à se institutis etiam in hunc casum, cum heredes exstiterint, substituere, non tantum liberis, sed etiam extraneis: nec tantum impuberibus, sed etiam puberibus, *leg. milites. supr. de test. mil. l. miles ita heredem. D. eod.* Pertinent igitur bona patris militis ad substitutum non iure cõmuni, sed ex priuilegio militum, vt dicitur in *d. l. centurio.* Quid? bona propria filij ad quem pertinebunt? nempe ad heredes legitimos. & ideo in specie, quæ nunc proponitur, ad matrem quæ temporibus huius rescripti inter legitimos heredes primum locum tenuit ex senatusconsulto: Sed cur ex eodem priuilegio militis hæc bona non pertinent ab substitutum, cum miles substituerit heredẽ filio, non sibi? Quia suis bonis miles quãuis substitutionem facere potest, alienis non potest, ne ius alienũ imminuat. *d. l. milites, supr. & l. cum filius famil. D. de test. mil.* Futurum est autem, vt minuat ius alienum filij; si heredem ei dando auferat ei libertatem testamenti faciendi, *l. ex facto. 1. resp. D. de vulg. subst.*

9 Adijcitur † in rescripto, ad substitutum bona patris pertinere, quę patris, cum moreretur; fuerunt. Imo etiã ea, dicet aliquis quę eius non fuerunt, cum moreretur. Nã hæc bona ad substitutum pertinent cum fructib. inuentis in hereditate patris, vt scriptum est *in dict. l. centurio. infr.* Quibus verbis intelligere debemus fructus inuentos in hereditate patris, & inuentos; quo tẽpore filius moritur. Neq; enim de fructib. inuentis in hereditate patris, quo tempore pater moritur, sentire potest Papinianus; qui prius dixerat bona patris pertinere ad substitutum. Bonorum appellatione etiam fructus tempore mortis patris inuenti satis continentur, siue pendentes sint, siue iã ante à patre percepti. Nã pendentes pars sunt fundi, *l. fructus pendentes, D. de rei vind.* Percepti autem fiunt eius, qui fundi dominus fuit, *l. quiescit, §. 1. D. de vsur.* Quapropter cum Papinianus à bonis, de quib. locutus erat, separet & distinguat fructus in his inuentos; perspicuum est eũ intelligere fructus in illis bonis inuentos, quo tempore filius moritur. Et verum est, hos fructus etiam ad substitutum filij pertinere: dũmodo fructus in hereditate patris eo tẽpore inuentos, intelligamus eos dici, qui in hereditate eo tẽpore pendent, non autem qui ante à filio percepti sunt. Vt corpora, quæ patris fuerunt, hereditaria sunt ita & fructus eorũ corporum pendentes. Proinde vt hereditas patris ad substitutum pertinet, sic & fructus eius hereditatis pendentes. Qui autẽ fructus viuo filio percepti sunt, hi non pertinebunt ad substitutos, duabus de causis. Primũ; quia amplius non reperiuntur in hereditate patris, vtpote ab ea separati. Deinde; quia percepti à filio, qui dominus erat bonorum paternorum, ei quoque eadem opera adquisiti sunt, vt sint pars hereditatis eius, non paternæ *d. l. qui scit, §. 1. ff. de vsur.* Nõ obstat hæc lex, quæ de bonis tantum loquitur, quæ patris fuerunt, cum moreretur. Loquitur enim solum de corporibus non de fructuum præstatione. Corpora ipsa hereditaria si spectamus, ea solum ad substitutum pertinẽt, quę fuerunt patris, quo tẽpore is moritur.

10 Videamus, † quo iure hæc bona ad substitutum pertineãt. Ait enim rescriptum, *veluti ex caussa fideicommiss. peti posse.* Quæ verba errori communi ansam præbuerunt. fecerunt enim, vt existimarent vulgo interpretes bona hæc in substitutione proposita ad substitutos pertinere non iure directo, sed iure fideicommissi. Et cum illis obijcitur priuilegium militis, quo priuilegio miles etiã heredibus à se institutis & exsistentibus substituere alium potest: respondent hic substitutionem directo factam redigi ad causam fideicommissi propter matrem filij intermediã. Quæ sentẽtia explodenda est: Aduersatur enim cum manifestæ rationi, tum manifestis locis iuris, & maxime etiam huic loco. Ius certum est, militem heredibus à se institutis alium heredem substituere directo posse in secundum casum, *d. l. milites. & l. miles ita heredem, D. de test. milit.* Porro in specie hic proposita, vt narratur factum in principio rescripti, miles filio suo secundum heredẽ scripserat, id est, directo, substituerat heredem, his verbis, *si filius meus decesserit intra pubertatem, aut postea, Titius heres esto.* Vt igitur miles substituit directo, ita & directo substitutio valebit. Declaratur vero id euidentissime *in d. l. centurio, D. de vulg. subst.* vbi scribitur in eadem hypothesi bona patris ad substitutum pertinere ex priuilegio militum. Si ex priuilegio, certe non fideicommissi iure. Nam vbi fideicommissum relictum est, fideicommissum iure communi valet etiam post pubertatem, non autẽ ex priuilegio. *§. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict. §. vlt. Inst. de pup. subst.*

Et

Et ridiculum est, quod vulgo dicunt, propter matrem filij superstitem directam substitutionem à milite factam obliquari. Hoc enim perspicue dicitur aduersus notũ priuilegium militare. Sed & hinc magis falsum esse intelligemus. Nam si substitutio & institutio directa militis valet iure directo etiam aduersus filios militis, vt valet: *l. sicut. & l. seq. si pr. de test. milit.* multo magis valebit aduersus vxorem militis, ad quam nullo iure hereditas militis pertinet. Hæc eadem sentẽtia aperte verbis huius rescripti cõfirmatur. Nam hæc verba, velut ex causa fideicommissi; verba sunt similitudinis. Nullum autẽ simile est idem. Quare si bona patris in proposito petuntur, veluti ex fideicommissi causa, nõ dubium argumentum id est; hic fideicommissum non esse, alioqui dicendum fuit bona hæc peti ex causa fideicommissi, non velut ex causa fideicommissi. Quod si hic fideicommissum non est: necesse est directam substitutionem relinqui, quæ hic statuatur, nihil est enim medium *d. §. vlt. Instit. de sing. rebus. per fideicom. rel.* Et hinc est, quod Imperatores dicunt, hæc bona à matre peti posse. Petendi verbo proprie actio in rem significatur, *l. actio in personam, D. de obl. & act. l. pecuniæ. §. actionis, D. de verb. sign.* Si actio in rem substitutio datur ad hæc bona patris petenda, indicio est etiam nondum restitutis illis bonis substitutum eorum dominum esse; quoniam in rem actio nisi domino non competit. *l. in rem, D. de rei vind.* Non potuit autem substitutus recta à testatore dominus fieri, nisi voluntate, in eum collata directo, *§. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

11 Quid est ergo † quod dicunt Imperatores, *bona hæc peti posse velut ex causa fideicommissi?* Additum hoc est conuenientissime, vt intelligeremus, non omnia bona filij pertinere ad matrem, sed ea tantum, quæ propria essent filij: bona autem patris sola in restitutionem venire. Quippe idem fieret, si pater miles filium heredem instituisset, & eum rogasset hereditatem suam restituere Lucio Titio post mortem suam. Ex hoc inquam, fideicommisso bona tantum patris restituenda essent: propriæ autem facultates filij fideicommisso non continerentur, vt est *in l. coheredi. §. cum filiæ, D. de vulg. & pup. subst.* Sed & illud huic restitutioni cum restitutione fideicõmissi conuenit, quod si fideicommissum relictum esset à filio testamento patris militis, omnia bona patris restitui deberent ex fideicommisso non imminuta ex lege Falcidia, seu senatusconsulto Trebelliano; quia in testamento militis cessat lex Falcidia, *l. in testam. supr. de test. mil.* Sic & hoc loco ex substitutione directa militis, quæ post pubertatem facta est, omnia bona patris ad substitutos pertinent. Ex quo apparet, non alium sensum esse horum verborum, *velut ex causa fideicommissi*, quam hunc: nimirum in proposito bona patris à matre peti posse & restitui debere similiter, vti peti possent, & restituerentur, si pater filio herede instituto eum rogasset, cum moreretur, hereditatem suam restituere Lucio Titio: id est, in summa, restitutionẽ hanc similem esse restitutioni fideicõmissi. Vnum dissimile est in fructibus. Nam ex substitutione directa militis, de qua nunc agitur, vt bona ipsa patris ad substitutos pertinent; ita & fructus inuenti in hereditate patris; quo tempore filius moritur. In restitutione autem fideicõmissi fructus nõ veniunt, nisi ex quo tempore mora facta est, *l. in fideicommissaria D. ad Trebell.* Sed id non aduersatur huic loco. Nam, vt dixi, loquuntur Imperatores de restitutione bonorum, non etiam de restitutione fructuum. Verum est autem in restitutione bonorum priuatorum, id est, corporum ipsorum, omnia esse directæ substitutioni, quæ post pubertatẽ facta est, similia cum fideicommisso. Nihil igitur hæc verba, *velut ex causa fideicommissi*, obstant, quominus in proposito intelligamus bona patris ad substitutum pertinere iure directo, non fideicommissi, ex priuilegio militum.

12 Magis † obstare videri possunt illa verba, *te eius hereditatem obtinente*, quibus significatur matrem obtinere hereditatem filij. Obtinere autẽ est iure obtinere: & hereditas filij non tantũ propria bona filij continet, sed etiam hereditatẽ patris; qua postquã filius heres exstitit, cœpit esse in patrimonio filij, cœpitq; ex vtraque vna hereditas fieri, *d. l. sed si plures, §. filio, D. de vulg. & pup. subst.* Et concedendum est hoc ita esse, si in his verbis *obtinendi* verbo intelligeremus iure hereditatem obtineri a matre, & præterea hereditatis verbo totam hereditatem filij acciperemus. Sed neutrum necesse est sic accipi, cum possit alius esse sensus idoneus. Et vero potest hic esse sensus horum verborum duplex, & is quidem ad verba, & quæstionem propositam quam accõmodatissimus. Vnus, vt sic interpretemur, *Te eius*, id est eius solius filij hereditatem propriam obtinente, sitque hæc sententia: *hereditas propria filii ad te pertinet in proposito, ô mater; reliqua autem bona, quæ fuerunt patris, à te peti possunt, vt sic nihil amplius ad te pertineat, quam propria bona filii tui*, vt appellantur hæc bona *in d. l. centurio. de vulg. & pup. subst.* Quæ sententia vt verbis conuenit; ita per se verissima est, ac proinde accipienda; quia vitio caret, *l. in ambigua, D. de legib.* Esse etiam potest horum verborum alter hic sensus, non minus vitio carens, quam prior, vt intelligamus hic conditionem esse, *si hereditatem filii obtines, ô mater.* Est enim hic ablatiuus absolutus, *te obtinente.* Dici autem vulgo solet, & verũ est ablatiuos absolutos resolui in conditionem, vt, *restituas hereditatem fundo retento*, vel *pecunia accepta*, id est, cum fundum retineris, vel pecuniam acceperis: seu si retinueris, si acceperis *l. à testatore. D. de cond. & demonst.* Quo modo interpretantibus erit hæc sententia, *si hereditatem totam filii, ô mater, obtines*, id est, tenes, possides; *bona patris, quæ in ea hereditate sunt, à te peti possunt.* Recte vero, & necessario ad hanc petitionem dandam superior conditio adiecta est. Nam vt quis vel res singulas, vel hereditatem possit vindicare, non est satis eum, qui vindicat dominum esse vel rerum singularum, vel hereditatis, sed opus est, vt is, à quo hereditatem petit, possideat pro herede, vel pro possessore, *l. regulariter. & seq. D. de her. pet.*

Ad L. Humanitatis. 9.

Imper. Iustinian. A. Mennæ PP.

Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, vt si filium, nepotem, vel pronepotem cuiuscuque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius, vel filia, nepos, vel neptis, pronepos, vel proneptis mente captus, vel mẽte, capta perpetuo sit, vel si duo, vel plures isti fuerint, nullus vero eorum: liceat hisdem parentib. legitima portione, vel eis relicta, quos voluerint, his substituere: vt occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum.

SVMMARIA.

1 *Summa huius constitutionis.*
2 *Parentes, quibus modis, quaue ratione liberis mente captis substituãt.*
3 *An omnes parentes illo modo substituere possint. An & mater & auus. Et quid si plures sint parentes liberorum mente captorum. quorum ex iis testamentum valeat.*
4 *Beneficium huius legis an ad furiosos quoque pertineat.*
5 *An quoque ad prodigos, surdos & mutos.*
6 *Liberi mente capti, quibus pater in secundum casum substituit, vt valeat substitutio, oportet, vt mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam.*
7 *Mente captis liberis quibus conditionibus substituere liceat.*
8 *Mente capti si ex minori parte, quam legitima instituti sint, an nihilominus substitutio valeat.*
9 *Mente capti si resipiscant post substitutionem, deinde recidiui fiant, atque decedant, vtrum substitutio euanescat, maneatne.*
10 *Substitutio mente captorum quid distet à substitutione pupillari.*

SVmma † constitutionis hæc est: permittitur hac lege parentibus liberis suis mente captis, quamuis publicis, heredib. prius nõ minus, quam ex portione legitima institutis, substituere in secundum casum; *si heredes erunt, & in eadem valetudine decesserint.* Et substituere his quẽlibet, præterquam si liberi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodẽ parente testatore natos. Nã si filios habent, hi substituẽdi sunt: si non, substituendi sunt fratres; dũ tamen intelligamus sufficere vnum aliquẽ ex his substituere, neq; necesse esse substituere omnes. Et hoc permissum ad exemplum pupillaris substitutionis, eadem ratione. In his multa quæruntur ad explicationem constitutionis, quæ vt recte & ordine explicari possint, partes huius iuris nobis distinctæ excutiendæ sunt. Sunt autem hæc, de quib. quæritur. I. quod genus substitutionis hic permittatur parentibus; & qua ratione. II. Qui possint hoc modo substituere. III. Quibus possint. IV. Qua lege & quibus conditionibus. V. Quos possint substituere. VI. Huius substitutionis recte constitutæ quis sit effectus. 1

Primo loco genus substitutionis obseruandum est. Permittitur † parentib., liberis mente captis substituere, non in hunc casum, *si heredes non erunt* quod superuacuum fuerit; cum hoc modo 2

quis

quis substituere possit, quibus suis heredibus à se institutis: sed in hũc casũ, *Si liberi heredes erunt, & postea, antequã resipuerint, siue mentis compotes facti sint, decesserint*, quod contra rationem iuris constitutum est, vt initio huius tit. dictum. Recte autem id permissum est hac constitutione, quod prius non licebat, nã hæc substituendi facultas prius impetrari solebat à principe, *l. ex facto, D. de vulg.* Introducendæ autem huius cõstitutionis æquitas hæc fuit, quod liberi mente capti etiãsi ætate puberes sint, tamen non magis testamẽtum facere possunt, quam impuberes: proinde æquum hic quoq; fuit, vt parẽtes ipsis facerent, §. *qua ratione. Inst. de pupill. subst.* Et hac ratione dicitur hæc substitutio introducta esse ad exemplum pupillaris substitutionis, nam alioqui in multis vel in singulis fere partibus distat hoc genus substitutionis à pupillari.

3 Videndum est, † qui possint hoc modo substituere liberis. Et generaliter hoc permissum est parentibus omnib. sine distinctione sexus, aut gradus. Nam & matri eadem substitutio permittitur & auo, & aliis parentibus in infinitum, de quibus expressum est *in pr. const.* De sexu intelligere *ex vers. pen. & vlt.* vbi nominatim, *qui vel quæ* testator & testatrix dicitur, qui hoc modo substituerit. Vnde & intelligimus parentes hoc modo substituere posse liberis, etiamsi liberos in potestate non habeant, nã fœminas constat liberos in potestate non habere, §. *fœminæ. Inst. de adopt.* In quo primum discrimen obseruandum est inter hanc substitutionem & pupillarem. Nam parentes liberis substituere possunt in secundũ casum, sed iis solum, quos in potestate habent, *l. 2. de vulg.* Quod si plures sint parentes liberorũ mente captorum, an omnes possũt hoc modo substituere mente capto? nam constitutio parentibus in vniuersum permittit. Resp. Non posse, quoniam hæc substitutio est testamentum filii mente capti, vt appellatur in hac constitutione, quia si licet omnibus parentib. hoc modo substituere liberis, liberi decederent, pluribus testamentis relictis, quod ius ciuile in paganis non patitur, *l. quærebatur. D. de test. mil.*

Quid ergo, si nihilominus plures parentes eiusdem filij mente capti hoc modo substituerẽt, puta pater, mater, auus, auia? Resp. Tunc dicendũ, plus vno testamento ex his valere non posse. Cuius ergo testamentum valebit? Resp. Si is substituit, qui mẽte captum in potestate habet, huius substitutio valebit, quoniam in eandẽ personam & naturalia & ciuilia iura cõcurrant: Sin omnes parentes iure potestatis pares sint, admittetur solius patris substitutio, si is substituerit secundo loco matris, deinde ceterorum parentum, vt quisq; gradu propior erit, argum. *in l. 2. vers. quærebatur. D. de senatusconf. Treb. & l. vlt. in pr. supr. de cur. fur.* Quid si mater, quæ sola substituerit, filio mente capto, iterum nuplerit, & induxerit vitricum filio mente capto? Resp. verba constitutionis etiã hanc substitutionem admittunt. Et hæc mater parens est. Sed probo iuxta communem existimationem, huius matris substitutionem recipi non debere, quoniam cui non permittitur bonorum administratio filij, dum filius viuit, huic permittenda non est morte filij. Huc pertinet *l. 9. tutores, §. pen. sup. de administ. tut. l. 1. sup. vbi pupill. educ.*

Tertium caput est, quibus parẽtes substituere possunt? Et placet liberis pluribus mente captis. Mente capti qui sint, notũ est. Sed quoniã constitutio de mente captis solum loquitur, & multi sunt puberes liberi, qui quamuis mente capti non sunt, tamẽ sibi testamentũ facere non possunt: Ideo de iis si quæsitum est, an ad eos quoq; porrigi possit beneficium huius legis, vtpote in quib. eadem ratio sit: Et certi iuris sit, in quibus caussis eadem ratio est

4 idem ius admittendum esse, *l. illud ad l. Aquil.* Ac † primo quæsitum est, quod si liberi sint furiosi; nam furiosi distinguũtur à mente captis *in leg. furiosi, supr. de nupt.* Resp. iis multo magis subitui posse ex hac constitutione, verbis substitutionem admittentibus, non solum sententia. Nam furiosi sunt mente capti: distant quidẽ mente capti à furiosis, sed vt distat genus à specie. Nam mente capti genus est, furiosi species, nã non omnes mente capti furiosi sunt, sed omnes furiosi sunt mente capti: Nam in his est abalienatio mentis, communis omnium mente capacium, sed ad hanc amplius accedit furor. ita plus est furiosum esse, quam mente captũ. Vnde factum est, vt quod olim de furiosis constitutum erat, dubitaretur, an pertineret ad omnes mente captos, quæ dubitatio est *d. l. si furiosi, supr. de nupt.*

5 Quid si liberi erunt prodigi, † quibus bonis interdictum sit, nã & ij testamentum facere non possunt, §. *item prodigus. Inst. quib. non est permissum.* & tamen non videtur esse mente capti? Resp. Et in his hanc substitutionem admittendam esse, quoniam & hi in bonorũ administratione furiosorum loco habentur, *l. his qui. §. vlt. D. de tut. & curat. dat.* vt si substitutio admittitur in furiosis, ex verbis huius legis admittenda sit etiam in prodigo. Quid si liberi erunt surdi & muti, cum & ipsi testamẽtum facere non possint, *l. discretis, sup. qui testam. fac. possunt.* Et vulgo admissum est, parentem hoc modo substituere posse eo, quo hic constitutum est; quia & in his eadem ratio sit, quę in superiori. Non recte. nam hi sunt sana mẽtis, cõstitutio autem de mente captis loquitur. Nihil ad rem pertinet, quod & hi testamentum facere non possunt: Nam animaduertendum erat, quod hic permittitur in filiis mente captis, singulare ius esse, contra rationem iuris communis introductum. Certi autem iuris est, quod contra rationem iuris constitutum est, non esse producendum ad consequentias, id est, non esse transferendum ad casus, quantumuis similes, *l. quod contra, de reg. iur. l. quod contra, & 2. ll. seqq. D. de legib.*

Non est, † satis liberos, quibus pater substituit in secũdum casum, esse mẽte captos, sed oportet etiam esse huiusmodi, vt mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam. Finge hac ratione: Mente captus patrem & matrem habet, estq; in potestate patris sola mater eo filio herede instituto, ei substituit, *si heres erit, & in eadem valetudine non decesserit*: dicemus substitutionem non valere. Idemq; dicendum est, si auus filium heredem, & ex eo nepotem habeat mente captum, vtrumq; in potestate, & nepoti substituit in supra scriptum casum, nam mortuo auo nepos recedit in potestatem patris, *in pr. tit. Inst. quib. mod. ius, &c.* Quamobrem substitutionẽ euanescere dicimus. Nihil quidem de hac re comprehensum est hac cõstitutione, sed ex verbis & sententia satis colligitur. Nam constitutio permittit parentibus liberis mente captis testamentum facere & substituere heredem, non permittitur hoc, nisi in iis liberis, qui decedentes heredem habere possunt, quoniam habent bona, filij autem similẽ heredem habere non possunt, vt dix *ad l. si testamento, sup. h. t.* Proinde hac parte idem probandum est in hac quæstione, quod in pupillari, quo genere substitutionis dixi, non posse parẽtem substituere liberis impuberibus qui mortuo parente mansuri sunt in potestate patris, *l. 2. in pr. de vulg.* 6

Quartum caput est, † quibus constitutionibus hic constituere mente captis liceat? Et licet omnino tribus. Prima conditio est, si liberi non minore ex parte quam legitima instituti sint. Verba enim constitutionis hæc sunt, *legitima eis portione relicta*, quę valẽt, si legitima eis portio relicta sit, in hanc enim conditionem ablatiuus absolutus resoluitur. *l. à testatore, de cond. & dem.* Quo exigit primum constitutio, vt liberi instituti sint, in quo rursum aliud discrimen notandum est inter hanc substitutionem, & substitutionem impuberum: Nam parẽs impuberibus liberis substituẽre etiam potest exheredatis, *l. 3. §. 2 D. h.* Cur secus in mente captis constitutum sit, infra dicetur. Exigitur amplius, vt liberi instituti sint non minori ex parte, quam legitima. Ea fuit olim quarta eius portionis, quam quis habiturus esset ab intestato, *l. Papin. §. quoniam, D. de inoff. testam.* Nunc triens, aut semis, pro numero liberorum, *Nouell. de triente & semisse.* 7

Quid autem † si mente capti minori ex parte instituti sint, quã legitima? Resp. Consequens est constitutionem non valere, cum enim lex aliquid fieri iubet, id intermitti vetat, proinde si contra factum erit, non valet, quod actum est, tanq ã contra legem factum, *l. non dubium. sup. de legib.* Nec alia ratione placuit præteritis liberis, qui in potestate parentis sunt, testamentum nullius esse momenti. Cum enim lex liberos instituí, aut exheredari iubet, simul præteriri vetat, vnde consequens est, contra legem eos præteriri, eoq; testamẽtum factum non valere. Non obstat, quod cũ filius minori ex parte, quam legitima institutus est, placet institutionem valere, vt filius ad supplementũ legitimæ agat. *l. omni modo sup. de inoff. testam.* Nam hic de institutione filij non agitur, sed de substitutione, quæ fit filio. Institutio ex minori parte facta valet; quia hãc tuetur *l. omnimodo.* Substitutio huic institutioni subiecta non valet, quia hæc infirmatur lege. Nihil etiam ad rem pertinet, quod filius *ex d. l. omnimodo.* quartam supplere potest, aut trientẽ: Nam ex hac constitutione non est satis, si liberi mente capti legitimam portionem quouis modo habeant, sed exigitur, vt eis credita sit, id est, vt habeant eam, non iure, sed iudicio testatoris. 8

Secunda conditio, seu cautio exigit, vt liberis mẽte captis substituatur, sub conditione, *si in eadem valetudine decesserint.* Nam si resipuerint, constitutione expressum est, substitutionem cessare. Quid † ergo si mente capti, quibus substitutio facta erat, resipuerint; deinde in eandem alienationem mentis inciderint, atq; ita decesserint, vtrũ euanuit substitutio, an vere manere intelligitur? 9

Secundum verba constitutionis prima fronte dici potest substitutionem euanisse, quia verum est semel mēte captos resipuisse. Et quamuis postea in eandem mentis alienationem incidant, tamen dici potest, non ideo magis substitutionem confirmari, quia semel euanuerit, & quod semel euanuit, tractu temporis non cōualescit, *arg.* §.1. *Instit. de inutil. stip. l. inter.* § *factum, D. de verb. obl.* Sed melius est substitutionem hoc casu valere. Quemadmodū enim in substitutione pupillari oportet impuberem duobus tēporibus esse in potestate patris, & quo tempore ei fit substitutio, & quo tempore is moritur: media autem tempora non nocent, *l. coheredi* §. *cum filio, D. de vulg. l. si alienum. de hered. inst.* Sic in hac substitutione mente captorum probandum est sufficere, si duobus temporibus mente sint capti, & quo tempore fit eis substitutio, & quo decedunt. Ceterum media tempora ne noceāt. Non obstant verba constitutionis, quibus dicitur *constitutionem cessare, si liberi resipuerint*, non quod cessare significet, cessare & tempus & ius suspendi, nam cessare dicitur, quod ipso iure & omnino locum non habet, vt cum dicitur in testamento militis cessare Falcidiam, *l. in testamento, sup. de sup. de testam. milit.* sed quia hæc verba, *si resipuerint*, sic interpretanda sunt, si omnino resipuerint, vt si in eandem alienationem mentis postea non recidant, nam qui recidunt, plane resipuisse dici non possunt.

Si tamen filius mente captus per id tempus, quo sanæ mentis fuit, testamentum fecerit, substitutio euanescit, quamuis postea in eundem morbum inciderit. Nam testamentum, quod prius fecit, nihilominus valet. Is autem plus vno relicto testamento, decedere non potest, *l. quærebatur. D. de test. milit.* & si quæritur, vtrum potius valere debeat, certi iuris est, eius potius valere debeat, certi iuris est, eius potius testamentum valere debet, ne heredi sanæ mentis auferatur testamenti factio, *l. ex facto. D. de vulg.*

Tertio cautio, seu conditio exigit, vt pater prius sibi testamentum faciat, id est, sibi prius heredem instituat testamento, & ita instituat, vt testamētum valeat, & ex eo hereditas adeatur. Id quidem non exprimitur hac constitutione, sed verbis significatur. Nam constitutio permittit parentibus, substituere liberis. Non est substitutio, nisi sibi prius parens heredem instituat. Hinc intelligimus ipsum sibi prius heredem instituere debere, *l. 2. in fi. de vulg.* Et quoniam exigimus, vt heredem sibi testamento instituat simul exigimus vt testamētum valeat & exitum habeat, nam pro non facto est, quod iure non valet. Denique intestatus decedere dicitur, qui ita fecit testamentum, vt idem non valeret. *Inst. de her. quæ ab intest. in pr.* Proinde quæ de testamento patris dicta sunt, institutionem impuberis nimirum in eo præcedere & valere oportere, *l. si testamento, supr. h.* huc omnia recte transferentur.

Supra constitutum est, quod heredes possint parentes liberis mente captis substituere, item cōstitutione expressum est licere quoslibet substituere. In initio excipitur, nisi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem testatore parente natos: Nā si liberos habent, ij iubentur instituí, fratres item, vel vnus, vel certi, vel omnes. Ex quibus verbis perspicuū est, si mente capto plures filij sint, non tamen necesse habere patrem omnes liberos eius mēte capti substituere, sed sufficit instituere vel vnum ex illis. Sed hic occurritur ex iure communi, nam hæc substitutio est testamentū mente capti patris, iam si liberi eius sint præteriti, testamentum nullius est momenti, *tit. de exher. lib. Inst. l. inter. de lib. & posth.* Hæc obiectio mouit Accursium & plerosq; alios, vt hoc loco interpretarentur, non omnes liberos mente capti necesse esse substituere, si modo hi ex iusta caussa exheredentur.

Sed hæc sententia manifestis verbis huius cōstitutionis refellitur, nec tantum verbis, sed manifesta etiam sentētia. Nam primo fit potestas vnum tātum instituendi, vel certos. Quo significatur, esse in potestate testatoris non omnes instituere, nec exigimus, vt qui non instituuntur, exheredentur: nam exigere, vt exheredentur, nihil aliud est, quam exigere, vt instituantur. Ideo enim exigimus, vt exheredentur liberi, quia volumus eos instituí, nisi exheredentur, *d. tit. de exhered. liber.* Propterea in hac constitutione verbis expressum est, ita licere parentibus substituere liberis mente captis, vt aduersus eorum testamētum querela inofficiosi testamenti non cōpetat. Quæ verba ad alios referri non possunt. quam ad eos, quibus alioqui aduersus testamētum sani hominis competeret inofficiosi testamenti querela. hæc tamen competit liberis merito exheredatis, & inde intelligi oportet etiam liberis mente captis, vel præteritis, vel immerito exheredatis in substitutione mente capti facta, nihilominus substitutionem manere, nec rescindi eam querela inofficiosi testamenti.

Additur & hoc verissimum argumentum. Nam si dicimus licere aliquos liberos mente capti nō substituere, si modo iusta ex caussa exheredētur: licebit etiam dicere licere nullum instituere. Intelligimus enim hanc conditionē, si modo omnes exheredentur, quod est aduersus manifestam sentētiam huius loci. Verissimum igitur est, verba constitutionis remedium esse, vt quamuis mente capto patri plures sint filij, tamē possit parer mente capti vnum tantum ex eis liberis substituere, vt nihilominus substitutio valeat, quamuis sine caussa ceteris præteritis. Nō obstat, quod liberis testamento patris præteritis testamentū nullius momenti est, nam hæc substitutio, quæ fit mente capto, est testamentum eius, qui substituit, nam is testamentum mente capto facere intelligitur, non mente captus sibi. Hæc Papiniani ratio est ad defendendum testamentum impuberis aduersus querelam, quæ aut matri, aut fratri impuberis manere potest, *in l. Papin.* §. *sed nec impub. D. de inoffic. testam.* Nec dubium, quin hanc rationem senserit Iustinianus, cum dixerit aduersus testamentum huiusmodi mente capti, querelam non dari, ad exemplum pupillaris substitutionis.

Et hoc rursum notandum est, † distare hac parte hanc à substitutione pupillari: Nam in substitutione pupillari, potest pater filiis impuberibus, quos in potestate habet, & suos heredes, & extraneos substituere, prout velit, *l. sed si plures,* §. *quos. leg. vel singulis, de vulg. substit.* Non male igitur hoc loco quæritur, cum hæc substitutio mente captorum introducta sit ad exemplum substitutionis pupillaris, cur placeat tam multis in rebus, etiam extra personas esse dissimiles? Resp. Cum hæc substitutio cōtra rationem iuris communis introducatur, consultum fuit, quam minimum in ea à iure communi recedere, etiamsi aliud constitueretur in substitutione pupillari. Quod si in hac constiturione ampliusin aliqua parte constituitur, non alia huius rei ratio est quærenda, quam quod hæc constitutio est beneficium principis. Licet autem vnicuique modum beneficio suo statuere, quem voluerit.

Substitutione mente captis rite facta secundum formam supra scriptam, restat posttemum, vt de effectu videamus. Is est in eo, vt intelligatur, quatenus substitutio valeat, & ad quæ bona filij mente capti substitutus admittatur. Prius expressum est in hac substitutione, cum dicutur, ita valere hanc substitutionem, vt ad exemplum pupillis substitutionis, inofficiosi testamenti querela aduersus eam non competat. Posterius ex eo intelligitur, quod hæc substitutio testamentum filij nominatur sic testamentum filij est, si substitutus ei succedat, siue eius bonis; nam vt diximus *ad l. si testamento, supr.* id demum cuiusq; testamentum est, in quo heres ei instituitur. Quod si ex hac substitutione succeditur filio mente capto, apparet substitutum non capere tantum bona patris, aut eius parentis, qui substitutionem fecit, sed filij quoque, vndecunque à patre quæsita, idque ad exemplum pupillaris substitutionis, de qua *ad d. si testamento.* dixi.

Ad L. penultim.

Imper. Iustinian. A. Ioanni præfecto prætorio.

Cum quidam duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis adiecit, si vterque impubes decesserit, illum sibi heredem esse: *dubitabatur apud antiquos legum auctores, vtrmne tunc voluerit substitutum admitti, cum vterque filius eius in prima ætate decesserit: an alterutro decedente, ilico substitutum in eius partem succedere. Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum vterq; decesserit. cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in eius portionem succedere, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Substitutus hoc modo*, si vterq; institutorum decesserit intra pubertatem, Titius heres esto, si vnus tantum decessit, *ex substitutione admittatur in partem.*

TEstator † duobus filiis heredibus impuberibus institutis, ita his substituit, *si vterque eorū decesserit intra pubertatē, Titius heres*

heres esto. Vnus decessit. Quæritur, an substitutus in eius partem ex substitutione admittatur? Iustinianus Sabini sententiam secutus constituit in hac specie non prius substituto locum esse, quã vterque impuberum decesserit, quod & ipsum scriptum est *in l. qui duos, D.h.* Id non tantum ratio personarum, sed etiam verba substitutionis exigunt, nam hic vna substitutio est facta, sub conditionibus duabus sed coniunctim adscriptis, omnes impleri oportere, vt substitutioni locus sit, §. *pen. Inst. de hered. instit. l. si heredi. de condit. & substit* Dubitatio nata videri potest ex eo, quod scriptum est *in l. falsa. D. de cond. & de monst.* vbi traditur pluralem orationem resolui in plures singulariter, vt cum testator dicat, *Stichum & Pamphilum do lego, si mei erũt, cum moriar*, tanti m valet, ac si testator ita dixisset separatim, *Stichum do lego, si meus erit, cum moriar, & item Pamphilum, si meus erit, cum moriar.*

Huic sententiæ conueniens esse videri potest, vt hanc substitutionem, *si vterque intrapubertatem decesserit*, sic accipiamus, quasi dictũ esset: *Si impubes decesserit, Titius heres esto*, rursum, *si alter posterior item impubes decesserit, idem Titius heres esto.* Sed hoc tãtum abest, vt colligatur ex superiori dicto, vt potius contrarium ex eo efficiatur. Nam cum testator ita dixit semel, *Titius heres esto*, hæc singularis non pluralis ratio est. Proinde vna substitutio, non plures. At cum dixit, *Si vterque impuberum decesit*; fatemur hanc orationẽ, quę collectiua est, pluralem orationem habere, quasi dictũ esset, *Si ambo impuberum decesserit*, & hanc orationem resolui in has duas, *si prior impubes decesserit, & si posterior item impubes decesserit.* Sed vtraque oratio nihil, nisi duas conditiones efficit diuersas, easque coniunctim adscriptas, vt efficiatur vna substitutio sub duabus conditionibus coniunctim adscriptis. Quod si verum est, constituitur magis sententia huius loci & ratio ea, quam reddidimus.

Obiiciuntur huic sententiæ tres potissimum loci. I. *leg. pen. D. de inuest. rupt.* vbi duobus heredibus institutis substituti dati proponuntur, & vno herede deficiente respondetur substitutum in partem eius admitti. Sed locus ad rem nihil facit; nam proponuntur pluribus heredibus institutis substituti dati, vnde intelligimus, singulis heredibus singulos substitutos datos, non sub hac conditione, *si omnes heredes decesserint*, sed, *si singuli.* Obiicitur etiã *l. Lucius*, §. *Caio ad Treb.* vbi duo heredes instituti Seius & Titia, ita rogati sunt restituere hereditatem, *Rogo vos Sei & Titia, post obitum vestrum hereditatem restituatis primo & secundo.* Hæc verba, *post obitum vestrum*, hoc exprimunt, *cum obieritis.* Hæc autem oratio conditionem habet; *si obieritis ambo, leg. si Titio, D. quando dies leg. ced.* Et tamen respondetur, vt fideicommissum debeatur primo & secundo, non esse exspectandum, dum Seius & Titia ambo decesserint, sed vno demortuo, fideicõmissi eius partem deberi. Hic locus nihil obstat. Hic enim sunt duo fideicommissa separatis conditionibus relicta: cum enim testator ita scribit: *Sei & Titia restituatis*: perinde est, quasi sigillatim dixisset: *Sei restituas post obitum tuum, & tu item Titia post obitum tuum*, ita vt sunt plura fideicommissa, ita plures conditiones distinctę. Hic autem agimus cum vna substitutio est, in qua substitutus vocatus est, si vterque heredum decessisset; id est, sub duabus conditionibus coniunctim adscriptis.

Maxime aduersari videtur *l. heredes mei*, §. *cum ita. ad Treb.* vbi duo filij heredes instituti sunt à patre, & fideicommissum ab illis relictum nepti, semel & vna oratione, sub conditione, *si vterque filiorum sine liberis decesserit*: Vnus decessit relicto filio, alter decessit sine liberis. Secundum verba & ita secundum sententiam huius legis dici debuit, nepti nihil deberi, quia vterq; filiorum non decesserit sine liberis; quod conditio fideicommissi & substitutionis exigebat. Nihilominus illic respondetur: Neptem in partem nouissimi filij sine liberis decedentis admitti. Sed ne hic quidem locus obstat. Nam Papin. ibidem testatur, secundum verba conditionis, neptem admitti nõ debuisse, neq; in totum, neq; in partem, in quo aperte sententiam huius rescripti confirmat: sed putat neptem in partem admitti propter voluntatem testatoris, quẽ verissimile sit in specie superiori voluisse vt neptis, vel vtroq; vel altero filio sine liberis mortuo admitteretur saltem in partẽ, & hanc voluntatem intelligi hic argumentis duobus. I. Quia duę illis factæ sunt substitutiones: Vna qua frater superstes fratri substituitur, si prior frater sine liberis decederet. Altera substitutio, qua substituitur neptis, si vterque filiorum sine liberis decesserit. Prior substitutio defecit, quoniam frater priori loco decessit relictis liberis, ex quo consequitur, posteriori constitutioni ex substitutione aut locum esse debere. Deinde, si vterque fratrum sine liberis decessisset nouissime, hereditatem totam haberet neptis. Consentaneum igitur est, si nouissime filius decesserit sine liberis, neptem saltem eius habere debere.

Ad L. vltim.

Imp. Iustin. A. Ioan. præfecto prætorio.

Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos vna cum alio tertio substituerit, & verba testamenti ita composuerit: quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres esto: *secundum quod apud Vlpianum inuenimus. mortuo impubere filio quærebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Pluribus heredibus institutis, aut substitutis siue coniunctim, siue disiunctim, quæ partes inter eos faciendæ sint.*

QVotiles plures heredes instituti, aut substituti sunt, & quidam instituti coniunctim, alij disiunctim, & quæritur de partibus hereditatis, † quæ inter eos faciendæ sint, ita veteres 1 definiuerunt, coniunctos vnius personæ partem tantum ferre, id est, non plus accepturos, quam si vna persona esset instituta, vt puta testator ita scripsit: *Et primus & secundus heredes sunto, Sempronius heres esto.* Hic tantum duo similes fient, ex quibus semper hic vnum solidum capiet, alterum primus & secundus, vt sic ambo non plus capiant, quam si vnus esset institutus, quod sunt coniunctim scripti. Regula hæc in legatis traditur *in leg. plane, in pr. de leg. 1.* Valet non minus in institutionibus heredum: Exempla sunt in *leg. Attius l. interdum, in pr. §. vlt. de hered. instit.*

Vt autem plures heredes coniunguntur particula, & aut similibus coniunctionibus, vt in exemplo subiecto. ita coniunguntur nomine appellatiuo & collectiuo, vel plurali, plures eiusdem generis homines sub se continente, vtpote testator plures heredes scripsit, & duos deinde ita substituit filio suo impuberi: *Heredes à me scripti & Sempronius filio heredes sunto.* Hic eædem partes fient, quæ supra, nempe semisses ex quibus vnum ferent heredes testatoris, alterum integrum Sempronius, *dict. leg. interdum, in pr. de her. instit.* Hoc ideo quia heredum nomen collectiuum & idem coniunctiuum est, quo scilicet plures colligantur in vnum corpus. & vna ratione, idem confirmatur *in leg. si quis in pr. de vsufr. accres.* Hinc nata est dubitatio huius coniunctionis, an idem dicendum sit, si testator filio impuberi ita substituerit heredem: *Quisquis mihi heres erit*, & *Sempronius filio meo heredes sunto.* Non enim videtur referre, vtrum testator dixerit, *omnes heredes mei*, an vero, *quisquis mihi heres erit.* Et Iustinianus constituit non idem esse, sed si duo heredes testatoris fuerint, & his adiectus Sempronius, pro numero personarum & capitum hereditatem impuberis dirigi. Itaque non duos semisses fieri, sed tres trientes, ex quibus singuli heredes vnum ferant.

Recte Iustinianus. Ratio enim differentiæ non est obscura, nam hæc oratio, *heredes mei*, collectiua est, & proinde coniunctiua: Verbum autem *quisquis*, distributiuum est, ac proinde disiunctiuum. Cum enim testator dicit: *Quisquis mihi heres erit*: perinde est, quasi ita dixisset: *Siue hic mihi heres erit, siue ille, siue omnes, quos scripsi heredes, & Sempronius, heredes sunto.* quam orationem totam esse disiunctiuam apparet. Ex eo quæsitum est de hac forma, si testator impuberi filio ita substituit, *Titius & Sempronius cum heredibus meis filio meo impuberi heredes sunto*, an hic Sempronius & heredes sint coniuncti in vnum corpus, ac proinde vnius personæ vice fungi debeant, vt sic hereditas diuidatur in duos semisses, ex quibus vnum capiat Titius, alterum Sempronius cum heredibus testatoris? Et placuit in hac oratione heredes non magis coniungi cum Sempronio, ac cum Titio, sed perinde habendum, quasi testator ita dixisset: *Titius & Sempronius & heredes mei filij heredes sunto.* Proinde hereditatem filij in tres trientes diuidendam esse, ex quibus primum habeat Titius, alterum Sempronius, tertium heredes scripti. Quod diserte scriptum est *in d. l. si quis auo. in fin. de vsufr. accres.*

Hinc altera dubitatio huius constitutionis, an idem probandum in

dum in hac substitutione : *Filius cum filijs suis, ac Sempronius heredes sunto ?* Et Iustinianus constituit hic duas tantum esse partes faciendas, ex quibus vna pars ad filium cum filiis eius, altera solida ad Sempronium referatur. Hic obiicitur *dict. l. si quis auo. de vsufru. accresc.* Respondeo : Dissimiles esse species horum locorum. Nam hic filius nominatus est cum filiis suis, hic filij in vnam orationem & vnum corpus coniunctim intelliguntur, non propter conditionem orationis, sed propter conditionem personarum. Nam filij cum patre coniuncti sunt, filij autem & patris vna & eadem persona intelligitur, quæ ratio redditur in hac constitutione, qua satis admonemur, non idem etiam dicendum fuisse, si alij extranei cum Titio coniuncti essent: veluti si ita dictum esset, *Sempronius & Titius cum heredibus meis heredes sunto.*

AD TITVLVM XXVII. COD. DE NECESSARIIS SERVIS HEredibus instit.

SVMMARIA.

1 *Seruus proprius instituí potest testamento domino non aliter, quam cum libertate.*
2 *Domina adulterij cum seruo commissi rea, eum heredem facere non potest.*
3 *Debitor, qui soluendo non est, heredem testamento seruum instituere non potest.*
4 *Seruus an sine libertate heres institui possit.*
5 *Liberti appellatio supponit manumissionem præcedentem.*
6 *Libertus quis sit.*
7 *Dominus si aliquid legauerit seruo proprio, an legatum inutile sit, an vero valeat.*

1 ETiam seruus proprius testamento domini heres institui potest, vt dictum *ad tit. de hered. inst. tit. Instit. de hered. inst.* Sed is † non aliter, quam cum libertate, vt idem prius liber sit, deinde heres, quoniam non est testamenti factio, nisi cum ciuibus Romanis, *l. 1. ad l. Falcid.* Huius rei argumentum est, quod si seruus à domino prius institutus sit, & libertas ei data sit sub conditione: institutio heredis differtur in id tẽpus, quo libertas data est, *l. 3. §. 1. de her. inst.* Quod confirmatur *in l. vlt. hic.* Quia ante euentũ conditionis liber esse nõ potest, nec potest esse heres domino, nisi prius liber sit, id est, ciuis Romanus. Atq; hinc etiam consequens erat, vt deficiente conditione libertatis, seruus neq; liber fieret, neque esset heres. Sed Iustinianus hanc distinctionem adhibuit *in d. leg. vlt. infra*, vt siquidem seruus liber esse iussus erit, sub ea conditione, quæ in potestate eius esset, neq; ei paruisset, non sit liber, eoque nec heres. Sin libertas data sit, sub conditione, aut casu alio, nihilominus deficiente conditione seruus liber fiat, & heres, etiam si hereditas soluendo non sit. Interim hoc manet, non prius seruum heredem futurum, quam si liber erit, eadem de caussa, quos quis testamento non potest manumittere, eosdem nec heredes testamento potest instituere.

Hinc tria genere dominorum, qui seruum proprium here-
2 dem instituere non possunt. Domina adulterij † cum seruo commissi rea, eum seruum heredem facere non potest, quia & liberum facere prohibetur, §. *est autem casus. Inst. de hered. inst.* De-
3 bitor, † qui soluendo non est, heredem testamento seruum instituere non potest, quia nec potest manumittere in fraudem creditorum, vt tante l. Ælia Sentia, nisi vnum instituat, qui ei heres sit solus & necessarius, *tit. Institut. quibus ex caus. man. in pr. tit. de hered. instit. in pr.* Quod etiam confirmatur *in l. is, qui infr. h.* Et hic tantum additur exceptio, nisi is, qui solus heres instituitur, sit aliis creditoribus pignori obligatus, *d. l. is, qui soluendo.* Et hoc tertium genus est eorum, qui seruum manumittere non possunt, si qui seruum pignori obligarunt, neq; debitor, neque pignus alienando, neque manumittendo, neque legando, neq; quouis alio facto deteriorem conditionem creditoris sui facere potest, *l. debitor. de pignor.* Sed hoc ita, si modo seruus obligatus sit specialiter: nam bonis generaliter tantum obligatis, licet domino etiam seruum manumittere, ac proinde instituere, vt liber & heres fiat, *l. ab eo. inf. de seru. pig. dat. manumiss. l. est differentia, quib. in caussis pig. tacite contrah.* Atq; hæc omnia efficiuntur ex eo, quod nemo dominus seruum proprium instituere potest, nisi cum libertate, & post constitutiones Iustiniani postremas.

Quid sibi vult † igitur, quod Iustinianus *in d. tit. de hered. instit. in* 4
pr. ait; *Ex sua constitutione seruum heredem institui posse etiam sine libertate?* nimirum hoc sentit, posse institui sine libertate nominatim adscripta. Hoc enim est, quod cõstituit præter ius, quod ius prius obtinebat: nam ita prius iuris erat, vt seruus proprius institui nõ posset, nisi aperte ei etiam testamento libertas data esset, & hoc secundum plurium sententias, vt ibidem dicitur: Ex quo nata est dubitatio & respõsum *l. cum serui. inf. h. t.* Testator seruos suos ita heredes instituerat: *Stichus & Pamphilus liberti mei heredes sunto*, neque adiecit, *& liberi sunto.* Quęsitum est, an institutio valeat? Resp. summo iure nõ valere, sed benigna interpretatione eam scripturam sic accipiẽdam, quasi testator heredes & liberos esse iusserit, sed hac ratione, quia instituit sub appellatione libertorum. Nam liberti † appellatio supponit manumissionem præcedentem. Est 5
enim libertus is, † qui ex iusta seruitute manumissus est. *tit. Inst. de* 6
libert. Ex quo satis intelligitur, si sub hac appellatione heredes instituti non essent, heredes etiã futuros non fuisse, vtpote inutili institutione constituta, cui libertas verbis adscripta non esset.

Sed Iustinianus constituit, vt etsi serui sine libertate instituti sint, id est, libertate nominatim non adscripta, tamen libertas tacite data intelligatur, vt instituti simul liberi fiant, & heredes, quemadmodum veteribus placuit, vt si seruus proprius tutor datus esset, libertate non adscripta, nihilominus & liber & tutor esset. Hoc Iustinianus *in l. quidam in pr. & §. 1.* quia prius non obtinebat, merito scripsit, §. *idemque iuris. Inst. quib. ex caussis manumitt.* se hoc constituisse noua ratione. Recte *noua*, quę prius non obtinebat: & tamen non minus vere idem scribit *sub tit. de hered. instit.* se hoc non induxisse, vt nouam sententiam, & nullis iuris auctoribus ante probatam. Noua igitur constitutio est, si ius spectes, non noua sententia, si eo spectemus, quibus antea placuit.

Hoc autem iure posito consequens est, quod scribitur *in eadẽ l. quidam. §. sed cum vet. inf.* vt si testator seruum testamento suo heredem instituerit, libertate non adscripta, deinde codicillis ei libertatem dederit, nihilominus is testamento & liber sit & heres. Ante constitutionẽ Iustiniani institutionem non valere, quia codicillis hereditas dari nõ potest, §. *codicillis. Inst. eod.* eoq; nec libertas, ex qua hereditas consequitur: sed hoc post cõstitutionem Iustiniani non metuimus. Etsi enim etiam nunc frustra hereditas & libertas, per quam hereditas sequitur, codicillis detur, tamen codicillis libertatem datam in specie proposita nihil nocere. Nam etsi omnino libertas seruo data non esset, nihilominus institutio valet ex superiori constitutione, tanquam libertate tacite data. Multo igitur magis valebit libertate codicillis data, etsi inutiliter data sit.

Per occasionem huius constitutionis quæsitum est, an si † do- 7
minus aliquid legauerit seruo proprio, legatum inutile sit, quasi libertate non data, an vero legatum valeat, quasi per legatum libertas tacite data sit, vt in institutione serui supra fieri dictum? De hoc Iustinianus cauit, ne idem ius exstet in legato, quod in institutione, vt si seruo legatum datum sit non adscripta libertate, nõ ideo seruus liber fiat, & tamẽ legatum ita valeat, vt præstetur seruo hereditatis ratione, hoc *in d. l. quidam. §. sed cum vet. vers. illo etiam obs.* Sed cur non idem constituitur in legato, quod seruo relictum est, quod instituit in serui institutione, cum non magis iure ciuili seruo heredi legatum dari possit, quam seruus heres instituí? Differentiæ ratio est, quia qui heredem instituit, sua caussa instituit, proinde qui heredem esse vult, ea etiam velle intelligitur, sine quibus heres esse nõ potest. At qui legat seruo, serui caussa legat, & ideo non continuo velle intelligitur, vt liber fiat, quoniam potest testamentum non valere, vt nihil interfit testatoris. Huc accedit, quod seruus heres esse non potest, nisi sit liber: at ex constitutione Iustiniani etiam seruo legatũ præstari debet, quamuis liber non fiat. Proinde etiam post hanc constitutionem manebit id quod dicitur *in l. si serui. inf. h.* vt si seruo proprio aliquid legatum sit, libertate ei nominatim non adscripta, non eo magis fiat liber, quamuis legatum ei datum sit sub appellatione liberti, de quo dictum *ad l. ex his verbis. sup. de test. milit.*

Ex eadem constitutione de libertate tacita data sunt & alia cõsequentia, de quibus cauet Iustinianus *eadem l. quidam.* In quibus est illud, vt si idem seruus heres institutus sit à domino libertate non adscripta, & idem legatus eodem testamento, is nihilominus liber sit & heres, & quoniam non simul potest esse liber & legatus, fit etiam vt inutile sit legatũ, hoc *in pr. & §. 1.* Non obstat, quod dicitur in testamentis manumissionem scriptam valere, *l. 12. §. vlt. de leg. 1.* hoc enim in libertate locum non habet. Nam si alicui

alicui libertas data sit, & idem sit legatus, ea scriptura valet, quæ tribuit libertatem, nisi manifeste appareat aliud sensisse testatorem, & hoc fauore libertatis, *leg. si pecul. praeleg. §. vlt. de milit. testam.* Eodem pertinet *l. quod dicitur. cum seqq. de condit. & demonstr.* Sicut autem Iustinianus voluit seruum à domino institutum simul libertatem accepisse videri, proinde libertas legato præualebit, vnde eueniet, vt legato inutili instituto, seruus & liber fiat & heres domino suo.

Ex eadem ratione consequens est, vt si idem seruus pure legatus sit & institutus heres sub conditione, legatum statim non sit inutile, sed exspectari debeat euentus cõditionis, sub qua seruus heres institutus est. Id constituit Iustinianus *in eadem l. quidam. §. vlt.* in hoc exemplo: Dominus seruum legauit Titio, eundem seruum secundis tabulis substituit filio suo impuberi heredem, si filius intra pubertatem decesserit. Veteres in hac specie idem statuebant, primum hunc seruum liberum non esse, quia non esset heres institutus adscripta libertate. Hinc consequens erat, vt legatum serui valeat. Quod ad substitutionem attinebat, quidam putabãt omnino hic non valere, quod substitutus est seruus proprius testatoris, sine libertate. Alij putabant valere, quod cum seruus legatus esset, videretur substitutus esse seruus alienus. Ex quo consequens erat, vt legatarius, idemq; dominus huius serui legati efficeretur heres ex persona, posteaquã iussu legatarij hereditatem adiisset. Iustinianus omnia contra, vtpote superiori suę constitutioni consequentia. Nam primum ex constitutione seruus heres institutus liber erit, hoc ipso, quod substitutus est libertate seruo data, consequens est, vt legatum serui sit inutile, si modo cõditio libertatis exstiterit. Erat autem hæc conditio substitutionis & libertatis, si filius intra pubertatem decessisset. Proinde placet, exspectari debere euentum huius conditionis, vt siquidem filius impubes decedat, seruus liber fiat & impuberi heres, legatario autem nihil deberetur. Si autem filius intra pubertatem non decessisset, tunc vtiliter legatus seruus intelligatur, vt qui neque liber factus sit, neque heres ex domini testamento.

Seruus ita institutus à domino, vt dixi, vt sit liber, ita domino sit heres, sed necessarius, non voluntarius, id est, ita vt fiat heres, siue velit, siue nolit, *§. 1. Institut. de hered. qual. & differ.* Sed duo concurrere oportet, primo, vt sit à domino institutus, deinde, vt ex domini testamento vtrumque consequatur & hereditatem & libertatem, *§. seruus autem. Institut. de her. instit.* Primo à domino institutum esse oportet. Hinc quæstio eiusmodi *in l. 3. h.* Tutor pupilli sui ancillam contubernio sibi iunxit, & moriturus eam liberam esse iussit testamento, & quidem instituit. Quæsitum est, an sit tutori heres necessaria & libera? Mouet dubitationem, quod tutor pro domino habetur, *l. tutor, qui tutelam. de administr. tut.* Respondetur, ancillam non magis eo liberam futuram. Quod ad institutionem attinet, ipsa adire hereditatem potest, sed iussu pupilli sui domini, qui cum extraneus sit, voluntarius erit heres, non necessarius. Non obstat, quod tutor dicitur loco domini esse. Hoc enim sic temperatur, dummodo tutelam administraret, non si pupillum spoliet & priuet suis bonis; vt fit cum seruus impuberis manumittere vult, *l. qui fundum. §. si tutor. ff. pro empt.*

Etiam alterum illud exigitur, vt seruus, quem necessarium heredem esse volumus, non tantum consequatur hereditatem testamento domini, sed etiam libertatem. Quare si libertatem aliunde consequitur, fit arbitrio suo heres, *d. §. seruus autem. Instit. de hered. instit.* Hinc rursum nata dubitatio *leg. cum quidam. h.* in specie huiusmodi: Dominus seruum suum testamento suo liberum esse iussit, & in secundis tabulis eundem seruũ filio suo impuberi substituit. Mortuo domino heredes testamento instituti heredes exstiterunt, & eodem tempore seruus liber factus est. Moritur deinde filius impubes, cui hic seruus substitutus erat. Seruus libertate quasi ex alio testamento accepta, quam ex testamento pupillari, non vult hereditatem adire. Quæritur, an fiat heres impuberi necessarius, nec ne? Mouet dubitationẽ, quod ex eodem gradu, id est, eodem testamento pupillari seruus non consequitur libertatẽ & hereditatem. Iustinianus constituit, nihilominus seruum impuberi necessarium heredem futurum, & recte, & secundum regulam suprascriptam traditam *in d. §. seruum.* Nam testamentum patris & filij vnum testamentum est patris, *l. patris & filij. de vulg. & pupill.* Quod si verum est, cõsequens est hunc seruum tameti ex primo gradu libertatem consequatur, ex secundo autem hereditatem, nihilominus vere dici vtrumque accipere ex eodem testamento domini.

Quod dicitur, seruum necessarium heredem domino fieri, hãc vim habet, vt seruus heres factus obligetur creditoribus hereditariis in solidum, siue sit hereditas soluendo, siue non sit, vt proinde si vendantur bona, dicantur bona serui venundari, non domini defuncti, *l. morte. de acquir. hered. §. vlt. Instit. de her. qual.* Et ad hoc onus defugiẽdum nihil seruo prodest, si minor erit annis. Nam aduersus hanc necessitatem nulla est restitutio in integrũ, *l. necessariis. in fin. de acquir. hered.* Et merito. Quia restitutio lapsis datur & aliquid gerentibus: non labitur autem, vel decipitur is, qui iure communi vtitur, id est, vtitur necessitate iuris communis *l. vlt. supr. de in integr. rest. min.* Et hoc sine exceptione verum est, quatenus patiuntur facultates patroni defuncti. Quod si seruus post mortem patroni aliquid acquisierit, placet id non attingi, si modo separationem bonorum seruus impetrauit, quam impetrare potest, *dict. §. vlt. Instit. de her. qual. & diff. leg. 1. §. vlt. de separ. bon.* Verũm hæc separatio sub conditione conceditur, si seruus eam tunc petat, cum bona patroni nondum attigit, nam si se iis immisceat, sera petitio est, *d. l. 1. §. vlt.* Sed hoc ita, nisi sit minor, qui hereditatem patroni attigit. Nam hic in integrum restitui potest, vt est *in l. ait prætor. §. non solum. de minor.* Quod sic accipiendum est, vt restitui possit, non vt non sit heres, quod nullo modo ei concẽditur, *d. l. necessariis. in fin. de acquir. her.* sed vt possit impetrare separationem, quam rebus integris poterat, cum nondum facto suo hereditati se obligasset.

AD TITVLVM XXVIII. COD. DE LIBERIS PRÆTERITIS vel exheredatis.

SVMMARIA.

1 *Liberi omnes aut heredes instituendi, aut exheredandi.*
2 *Particula* Omnes *quid in se contineat hic.*
3 *Liberi si non exheredantur, saltem ex aliqua parte instituendi sunt.*
4 *In forma exheredationis quæ sint obseruanda.*
5 *Liberi exheredandi sunt nominatim, & pure, & simpliciter.*
6 *Dictio* Nominatim *quid significet.*
7 *Filius simpliciter exheredatus vtrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab vno tantum, & si ab vno, à quo exheredatus intelligatur.*
8 *In caussis exheredationis quæ requirantur.*
9 *Præteriti testamento qui dicantur.*

IN his, quæ testamento cauentur, quæ desiderantur ad vim testamenti; non tantum hoc est, vt quis heres instituatur testamento, sed præcipuũ ius est in liberis exheredãdis, vel instituendis, *l. inter. delib. & posth.* de quo agitur hoc tit. cuius est hęc summa: Liberos omnes, quos quidẽ nemo gradu præcedit, aut heredes instituendos, aut exheredandos esse, neq; institutos, neq; exheredatos testamento, præteritos videri. Præteritionis hanc esse pœnam constitutam, vt testamentũ factum à patre vel inutile sit, vel postulãtibus iis, qui præteriti sunt, rescindatur. Hinc inscripto de liberis præteritis, quia hic traditur, quæ sit pœna præteritionis: non dicitur de liberis institutis & exheredatis, sed vtrumq; eandem significationem habet. Nam qui dicit, præteritionis pœnam constitutam esse hoc dicere intelligitur, liberos ad hanc pœnam euitandam instituendos, aut exheredãdos esse. Adiicitur de liberis exheredatis, quoniã præcipue hic traditur, quando liberi sint exheredandi, & quibus de caussis. De institutis nihil adiicitur, quia quomodo instituendi sint liberi, dictum est *in l. 4. sup. de inst. & substit.* Hæc pluribus explicanda sunt, vt quæstio & partes huius tituli intelligantur.

Primum igitur de liberis ita statuendum est. Liberi † omnes, 1
qui modo pari cõditione sunt, aut heredes instituendi, aut exheredandi sunt, *§. sed hoc idem. Inst. de exher. lib. l. maximum. inf. & Auth. non licet. inf. h.* Dixi *omnes*, † quia placet hoc ius ad omnes liberos 2
pertinere. Primo sine exceptione sexus, vt non minus filiæ instituendæ sint, aut exheredandæ, quam filij. Item sine exceptione gradus, vt non minus instituendi, aut exheredandi sint nepotes & deinceps reliqui liberi in infinitum quam filij, *l. maximum. inf. h.* Postremo etiam sine exceptione potestatis: nam qui liberi in potestate sunt, instituendi sunt, aut exheredandi iure communi, *tot. tit. Inst. de exhered. lib. in princ.* Emancipati vero præterea *§. emancipati. Inst. eod.* Reliqui, qui nunquam in potestate parentis fuerũt, vt sunt filij matris, aut auiq; item nepotes auo materno, hi instituí

aut exheredari debent eo iure, quo constitutum est de querela inofficiosi testamenti, §. *vlt. Instit. eod.* Solum hoc exigitur, vt liberi sint primi gradus. Nam filio viuo non est, vt nepotes instituantur, aut exheredentur, de quo *in l. 2. infra.*

Non solum autem liberi institui, aut exheredari debent, sed certo modo, & certis legibus institui, aut exheredari iubentur. Si instituuntur pure, potest etiam substitutio sub conditione fieri, quæ sit in eorum potestate. sub alia conditione non potest, nisi sub contraria exheredentur, de quo *in l. 4. sup. de instit. & subst.* vbi dictum. His autem rebus obseruatis, nihil refert, quota ex parte liberi heredes sint instituti. Qui ex vna vnciola hereditatis heres est institutus, recte institutus est, vt testamentum valeat. Debet quidem filius legitimam partem habere, olim quartam, nunc trientem ac semissem pro numero liberorum, *leg. Pap. §. quoniam. de inoffic. testament. Nouell. de trient. & semiss.* §. 1. Sed qui ex aliqua parte institutus est, hanc portionem legitimam supplebit ex his, quæ ei testamento relicta erunt: si nihil relictum erit amplius, aut relictum ad legitimam portionem non sufficiat, constitutum est à Iustiniano, vt, institutione firma manente, agat filius ad supplementum reliquæ legitimæ, *l. omnimodo. infr. de inofficios. testam.*

3 Interim hoc † exigitur, vt liberi instituantur saltem aliqua ex parte, nisi exheredentur, quod diserte cautum est *Nouell. 12. vt cum de appellat. §. aliud quoque capit.* Non obstat *Nouella, de triente & semisse, §. 1.* vbi dicitur, ad trientem suppleri omnia relicta, siue sint relicta iure institutionis, siue iure fideicommissi, legati, aut donationis caussa. Nam iis verbis non cauetur de iis, quæ desiderantur ad vim institutionis, sed de iis, quæ in legitima portione imputentur. Fatemur omnia relicta imputari, sed dummodo supponatur prius testamentum valere. Cognoscimus autem ex alia eiusdem Iustiniani constitutione, non valere testamentum, nisi aliqua ex parte liberi instituti sint. Sunt igitur instituendi etiam, quamuis priori illa *Nouella, de triente*, nominatim scriptum esset, licere parenti totam legitimam partem implere filio legatis & fideicommissis: tamen cum *Nouella, vt cum de app. cognosc.* posterior sit, priori derogat. Per posteriorem intelligimus, si quis liberos instituere non vult, potestas est exheredandi, quod quibus verbis recte fiat, dicitur *l. 3. infr.*

Sunt autem exheredandi certa ratione & modo, partim in for-
4 ma exheredandi, partim in exheredationis caussis. In † forma ex-
5 heredationis hæc obseruanda sunt. Debent † liberi exheredari nominatim, quod ius porrectum est constitutione Iustiniani &
6 ad filios & ad nepotes, *l. maximum h.* Nominatim † nõ significat, nomine filij appellato, sed filio aliquo signo, aut aliqua demõstratione ita designato, vt intelligatur, de quo testator sentiat, quod declaratur *in l. 1. 2. & 3. in princ. ff. h. & in §. nominatim. Inst. de exhered. lib.* Debent præterea exheredari pure, non sub conditione, quoniam certo iudicio exheredandi sunt, *l. 3. §. pure ff. eod.* Et hoc ideo, quia si sub conditione exheredati sint, contraria cõditione instituuntur, *d. l. 4 sup. de inst. & subst.* Debent exheredari simpliciter hoc modo: *Filius meus exheres esto.* aut si quid adiicitur, debent exheredari ex hereditate, non autem ex re certa, vtpote hæc exheredatio inutilis est: *Titius meus ex rebus Italicis heres esto. l. cum quidam. ff. eod.*

Obstabat huic sententiæ, quod receptum est, filios ex re certa, puta ex fundo recte institui. Quod, vt institutio valeat, perinde accipitur, quasi institutus esset detracta fundi mentione, *l. 1. §. si ex fundo. de hered. instit.* Respondeo: sciendum *in d. l. cum quidam*, hanc institutionẽ recipi, non summo iure, sed quia benigne interpretamur institutionem quasi fundi mentio non esset adiecta. Hæc benignitas & hereditatis interpretatio non est admittenda in exheredatione: est enim exheredatio res odiosa, quæ interpretatione adiuuanda non est.

Postremo debent liberi ab omnibus heredibus & ab omni gradu heredum exheredari, id est, tam ab institutis, quam à substitutis, si forte testator plures gradus heredum in testamento fecerit: si ab vno tantum ex heredibus institutis filius exheredatus sit, inutiliter exheredatur, *l. 3. §. filius. ff. eod.* Si ab vno aliquo gradu exheredatur, is gradus valet solus, is non valet à quo est præteri-
7 tus *l. 14. si posthumus. §. quod enim vulgo. ff. eod.* Hinc quęsitum, † cum filius simpliciter exheredatus est, vtrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab vno tantum, & si ab vno, à quo intelligatur exheredatus? Quæstio est *l. 1. inf h.* vbi explicabitur.

8 In caussis exheredationis † hoc ius est, vt non nisi meritis de caussis liberi exheredentur, quæ caussæ, quot & quales sint, & quid in iis obseruandum videatur, dicetur *Auth. non licet. infr. h.* Si autem omnino instituti liberi non sunt, aut non exheredati, aut sunt quidem vel instituti, vel exheredati, sed non vt oportet, hi sunt, † quos præteritos testamento dicimus, §. *eadem. Inst. de hered.* 9
quæ ab intestato. Præteritioni pœna constituta est, sed varia, prout sunt liberi, de quo dicitur partim *in Auth. ex caussa*, partim *in Auth. non licet infr. h.*

Ad L. Cum post omnes. 1.

Imp. Antoninus A. Fauiano.

Cum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adijciat testator ab omnibus se gradibus exheredare: non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiam si id nõ adijciatur, appareat tamen eum id eo consilio scripsisse, vt ab omnib. exheredaret: recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias filijs institutis & inuicem substitutis, filium exheredauerit, intelligendus est exheredationem ab vtroque gradu fecisse, &c.

SVMMARIA.

1 *Filius exheredatus à patre, vtrum ab omnibus heredum gradibus, an ab vno tantum intelligatur exheredatus.*
2 *Filius quando dicatur exheredari inter medias heredum institutiones.*
3 *Filio post omnes gradus exheredato, quid iuris sit.*
4 *Filius inter duos gradus exheredatus, ab vtroque gradu intelligitur exheredatus.*
5 *Filius exheredatus inter medias heredum institutiones, à toto gradu exheredatus videtur.*

A Quo gradu filius præteritus est, is gradus non valet. Regula est iuris, tradita *in l. si posthum. §. quod vulgo. ff. eod.* Hinc quæstio, cum † filius exheredatus est à patre, vtrum ab omnibus he- 1
redũ gradibus institutorum & substitutorum intelligatur esse exheredatus, an ab vno tantum? Hæc quęstio dicetur partim hoc loco, partim *l. 3. filius. vsq; ad fin. ff. eod.* Ex quibus coniunctis locis hęc sententia efficitur de ea quęstione. Si testator expressit, à quibus gradibus, quibusve heredibus vellet filium exheredatum esse, voluntas seruanda est. Itaque si nominatim filium exheredauit ab omnibus gradibus, is ab omnibus exheredatus est, vt hic respondetur *in pr.* Qua ratione si dixit se ab vno gradu exheredare, ab eo solo gradu filius exheredatus est. Similiter & si dixit, se ab vno herede exheredare, ab eo solo exheredatus filius intelligitur, quo casu exheredatio plane nullius est momenti, *d. l. 3. §. filius.* Quod si testator simpliciter filium exheredauit, hic sequimur quod verisimile est sensisse testatorem. Quod autem hic senserit, de eo varie statuitur pro loco, quo exheredatio est scripta. Est autem varietas hæc scripturæ in eo. Nam aut filius exheredatur ante heredis institutionem, aut post omnes gradus, aut inter duos gradus, aut in vno gradu inter medias heredum institutiones.

Quid sit ante heredis institutionem, quid sit post omnes gradus, quid sit inter duos gradus, notum est. Inter † medias autem 2
heredũ institutiones dicitur filius exheredari, cum pluribus heredibus institutis, inter eorum institutionem exheredatio filij interiicitur hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto. Filius meus exheres esto. tertius & quartus heredes sunto.* Igitur si filius ante heredis institutionem exheredatur, ab omnibus gradibus exheredatus intelligitur, *d. l. 3. §. ante hered.* Quia hoc cõsilio exheredatio in capite testamenti posita est, vt ad totum testamẽtum pertineret, posita est enim fundandi testamẽti caussa. Si † post omnes gradus 3
filius exheredatus sit, casus est huius rescripti, de quo ita respondetur: Filium hoc casu ab omnib. gradibus, id est, tã à substitutis, quam institutis exheredatum videri, si iidem instituti sint, qui & substituti, quod contingit, cum testator quos heredes prius instituerat, eosdem postea inuicẽ substituit. Et merito hoc casu exheredatio ad vtrumq; gradum pertinet. Nam cõstat eam pertinere etiam ad proximum gradum substitutorum. Non potest autem à substitutis filius exheredari in hac specie, quin ab institutis exheredetur, qui iidem erant instituti, qui & substituti sunt.

Ex hac

Ex hac conditione liquet, nõ idem probandum esse, si alij substituti sint, quã prius instituti erant, proinde filium extremo loco exheredatum, solum à substitutis exheredatum videri, non item ab institutis, argumento certissimo ducto per contrarium, *arg. l. 1. ff. de offic. eius, cui mand. est iur.* Idq; etiam intelligitur ex ratione, quã tradidimus supra quæ in institutis & inuicem substitutis locum solum habet, cessat autem in substitutis, qui non sunt instituti. Proinde etiam huic iuri locum nõ esse dicemus, *argumento l. quod dictum, de pact.* Si † inter duos gradus filius exheredatus est, ab vtroque gradu exheredatus intelligitur, *d. l. 3. §. ante heredũ.* Idq; omnino consequens est superioribus. Nam secuudum ea, quæ dixi, exheredatio subiecta ad proximum præcedentem gradum, præposita ad omnes sequentes pertinet. Idem placuit, si testator ita exheredauit filium inter duos gradus, vt gradus misceret, seu vt gradibus misceret exheredationem, quod ita fit, cum duobus heredibus institutis & in vnius locum substitutione facta filium exheredat, deinde in alterius heredis locum alium substituit, hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto, si primus heres non erit, tertius heres esto, filius exheres esto, si secundus heres non erit, quartus heres esto,* hoc in *d. l. 3. §. in eo.*

Quod † si testator filium exheredarit inter medias heredum institutiones, placet filium à toto gradu exheredatũ videri, id est, ab omnibus heredibus institutis, tam qui scripti sunt ante exheredationem, quam qui postea, *d. l. 3. §. filius.* Idque etiam plane his consequens, quæ dixi de exheredatione inter duos gradus interiecta, vt scilicet exheredatio tam ad præcedentem, quam ad sequentem gradum pertineat. Quod de pluribus gradibus dicitur, id nunc dicimus in pluribus personis. Verba autem Vlpiani in hac re expendenda sunt. Non dicit hoc casu filium exheredatum ab omni gradu, vt intelligeremus non esse exheredatum à substitutis, sed ab institutis tantum, in quorum institutione inclusa est exheredatio. Sed dixit *à toto gradu*, vt intelligeremus, non à proximis tantum heredibus institutis exheredatum esse, sed ab omnibus etiam remotis, qui eo gradu instituti sunt. Optima ratione, quia non potest exheredatio casu hoc valere, nisi intelligatur ab omnibus heredibus institutis facta esse. Nam si fingamus, ab vno aliquo herede filium esse præteritum, totus is gradus non valet, *d. l. 3. §. filius.*

Optima ratione, quia spectamus tempus mortis testatoris, vt testamentum exitum habeat, quo tempore non fuit necesse nepotem heredem institui, aut exheredari, cum eum filius præcederet, *l. si alienũ. §. 1. de hered. instit. §. in extraneis. Inst. de hered. qual. & differ.* Sed propter periculum rumpendi recte faciet auus, si filio instituto, aut exheredato, nepotem quoq; instituet, aut exheredabit. Nã fieri potest, vt filius viuo auo moriatur: quod si contingat, lege Velleia constitutum est, vt nepos in sui heredis deficientis locum suus heres succedat, & simul vt tanquam agnatione heredis rumpat testamẽtum, nisi sit institutus, aut exheredatus, quod in proposita specie huius loci accedit. *§. posthumorum. Inst. de exhered. liber. l. posthumorum. de iniust. rupt.* Sed notandũ est, quod in hac † lege subiicitur: *nepotem (præteritum videlicet) rumpere testamentum sine impedimento legis Velleiæ.* Non potest dici rumpi testamentum sine impedimento legis Velleiæ, nisi lex Velleia aut impediat, aut rumpat, aut impedire videatur. Atqui tantum abest, vt videatur impediri, vt eadem ipsa lege dicatur rumpi testamentum, si nepos, qui suus heres factus est, viuo auo non sit institutus, aut exheredatus, *d. §. posthumorum.* Et intelligendum est, vtrumq; recte dici, legem Velleiam velle, vt hic nepos præteritus rumpat testamẽtum, & rursum videri legem impedire, ne rumpat. Nam vt colligere licet *ex l. Gallus. §. ille casus. vers. denique. ff. eod.* posteriore parte legis Velleiæ cautum erat, vt si liberi, qui gradu pręcedunt, sui heredes esse desierint viuo auo, tunc nepos in suorum heredum deficientium locum suus heres succedat. Adiecit lex in eadem parte, *ne ob eam successionem eo minus ratum sit testamentum*, & hoc est, quod ait Scæuola *in d. §.* legem Velleiam in hac posteriori parte vetare testamentum rumpi, propter successionem superiorum. Itaque hactenus lex videtur impedire, ne nepotes rumpant testamentum. Sed eadem parte legis Velleiæ hæc conditio adiicitur: *Si modo nepos institutus, aut exheredatus erit.* Vnde intelligitur, si institutus, aut exheredatus non erit, tunc sine impedimento huius partis nepotem rupturum testamentum aui, siue testamento hereditatem accipiendo, siue impediendo, quod lex impedire videatur, ne rumperetur testamentum, re autem vera non impediebat.

Ad L. Si auus. 2.

Imp. Alexand. A. Heraclidæ.

Si auus tuus, qui patrem tuum & nouercam æquis portionibus heredes instituit, cum te quoque haberet in potestate, testamento nominatim non exheredauit. mortuo patre tuo viuo auo, sine impedimento legis Velleiæ succedendo in patris tui locum, rupisti aui testamentum, & ad te hereditas eius tota pertinuit. PP. 6. Id. Apr. Fusco. II. & Dextro CC. 226.

SVMMARIA.

1 *Si quis filium habet, & ex eo nepotem, aut generaliter liberos plurium & diuersorum graduum, an omnes instituere, aut exheredare teneatur, an sufficiat, si eum, qui primo gradu est, instituat, aut exheredet.*

2 *Verba huius legis*, sine impedimento legis Velleiæ rupisti testamentum, *examinantur.*

1 SI quis † filium habet, & ex filio nepotẽ, vtrumq; in potestate, & generaliter si quis liberos diuersorum graduũ habet, idque plurium nõ necesse habet omnes heredes instituere, aut exheredare, satis est filium, & eum, qui primo est gradu, heredẽ instituat, aut nominatim exhereder. Nepos præteritus non infirmat testamentũ, quamdiu filius, qui pręcedit, viuat, & ideo à principio statim testamentum valet, §. *posthumorum. Inst. de exher. lib.* Et si filius moriente auo viuet, nunquam postea nepos, quamuis pręteritus scriptis obstat heredibus, siue filius exstiterit auo heres institutus vt ex hoc rescripto colligitur, siue non exstiterit heres, vtpote à patre exheredatus, *l. si quis posthumos. §. si filium. ff. eod. l. 6. de iniusto, rupto.* Idq; adeo verum est, vt quamuis filius exheredatus decesserit deliberantibus heredibus de adeunda hereditate, atq; ita desierit filius obstare nepoti: tamen non eo magis nepos obstet heredibus, vt declaratur suprascriptis locis duobus.

Ad L. Si quis. 3.

Imper. Iustinian. Ioanni PP.

Si quis filium proprium ita exheredauerit: Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat; *talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exheredatus intelligitur. Cum enim manifestissimus est, sensus testatoris: verborum interpretatio nusquam tantum valeat, vt melior sensus exsistat. Dat. 10. Kalend. Mart. Constantin. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Formula institutionis & exheredationis veteribus vsitata.*

2 *An mutata formula exheredationis valeat exheredatio.*

QVemadmodum † institutionis formula vetus hæc erat, *Titius heres esto, titul. de vulg. Institut. h.* sic exheredationis formula hæc erat, *Filius exheres esto: §. nominatim. & §. sequent. Institut. de exheredat liberor. leg. 3. §. in eo. ff. de liber. & posthum.* Formulam institutionis si quis aliis verbis conciperet, dummodo idem sensus esset, recipiebatur institutio olim, citra controuersiam, vt si testator ita dixisset: *Titius hereditatis meæ dominus esto, l. his verbis. in pr. de hered. institut.* Sed † non idem placebat de formula exheredationis, veluti si quis ita filium exheredasset: *Filius meus ab hereditate mea alienus fiat*, quæ conceptio hoc loco proponitur. Verisimile est dubitasse veteres, an exheredatio hæc valeret? Neque ad rem pertinere exemplum institutionis, quoniam, vt est *in leg. cum quidam. de lib. & posth.* institutiones, vt beneficia, benigne accipiuntur, exheredationes, vt odiosæ, non sunt adiuuandæ interpretatione.

Hanc dubitationem sustulit Iustinianus hoc loco, & constituit, quibuscunque verbis filius remoueatur ab hereditate patris scriptura testamenti, satisfactũ esse iuri. Et generaliter definit, vbi sententia testatoris manifesta est, nunquam interpretationem

verborum, id est, orationem, quæ aliis verbis formulam vsitatam interpretatur, nunquam, inquam, hanc orationem tantum valere posse, vt potior sit sententia testatoris, vbi verborum interpretatio significat verborum sensum, vt interpretatur Accursius. Alioqui hic esset sensus: Nunquam sensum verborum tantum posse, vt sit potior sensu: quod est ridiculum & absurdum.

Hoc loco non male opponitur *l. si alij. ff. de vsufr. leg.* vbi si testator legauerit fundum Tusculanum vni, & vsumfructum eius alij, placet vtrumque in vsumfructum concurrere, quia fundi appellatione & vsusfructus & proprietas contineatur, secundum vim & significationem verbi. Idq; ita esse placet, quamuis errore testator aliud existimauerit, vt sic pluris scriptura valeat, quam id, quod sensit testator. Bene respondetur vulgo, *leg. si alij*, loqui de eo testatore, qui erret quidem, sed non constet, an velit ita esse, vt existimat. Hæc inquam recte. Nam si testator declarasset, se fundum legando, non amplius legare velle, quam fundi proprietatem, nemo dubitaret, quin eius voluntas seruanda esset. Nemo dicere intelligitur, quod non sentit, etiamsi verbo exprimat, *l. 3. de reb. dub.* Huc pertinet generale illud, voluntatem in testamentis dominari, nec præter voluntatem quicquam ratum esse, *l. 12. de leg. 1. l. ex pacto. §. rerum. de hered. instit.*

Ad L. Maximum vitium. 4.

Imp. Iustinian. A. Ioanni PP.

Maximum vitium antiquæ subtilitatis præsenti lege corrigimus, quæ putauit alia esse iura obseruanda in successione parentum, si ex testamento veniant, in masculis, & alia in fœminis, cum ab intestato simile ius vtrique sexui seruauerint. Et alijs verbis exheredari filium debere sanxerunt, alijs filiam, &c.

SVMMARIA.

1 *Differentia filiorum & filiarum, nepotum & filiorum, item posthumorum & iam natorum, in materia institutionis & exheredationis olim quæ fuerit, & quæ nunc sit. & num. 2.*

3 *Effectus liberorum ad infirmanda testamenta quis & quomodo accipiendus.*

1 CVm † de liberis instituendis, aut exheredandis agitur, alia erat conditio filiæ, quam filiorum: nepotis, quam filij, posthumi, quam iam nati. Nam filias non erat necesse instituere, aut exheredare, vt filios. Illis præteritis valebat testamentum, sed accrescebat heredibus scriptis, fratribus quidem pro rata portione, extraneis autem scriptis heredibus pro semisse, quem semissem illis auferebant, Theophilus §. 1. *Institut. de exhered. liber.* Quod si filiæ exheredabantur, non erat necesse exheredari nominatim, vt filios, sed poterant inter ceteros exheredari, vtputa, *Primus & secundus heredes mihi sunto, ceteri exheredes sunto.* Hoc verbo *ceterorum* intelligebantur contineri filiæ, si quas haberet testator, §. 1 *Instit. de exher. lib.* Eadem nepotum erat conditio, quæ filiarum, si modo nepotes viui essent, & nemo eos gradu præcederet, vt est *in eod.* §. 1. *de exhered. liber.* Posthumorum hæc erat conditio, vt siue masculi essent, siue fœminæ, pariter institui, aut exheredari deberēt. Sed hoc intererat in exheredatione, quod masculi nominatim exheredandi erant, fœminas licebat exheredare inter ceteros, dummodo eis aliquid relinqueretur testamento, ne præteriti viderentur per obliuionem, §. *posthumi. Institut. de exher. libr.*

2 Iustinianus † hic constitutione superiore differentia sublata, exæquauit fœminas masculis, nepotes filiis, posthumos iam natis. Et constituit, vt pariter omnes instituí debeant aut exheredari, & si exheredentur, vt exheredentur nominatim omnes, si aliter factum sit, cauet, vt omnes liberi eundem effectum habeant ad testamenta parentum infirmanda, quem habent filij, tam sui, quam emancipati. Differentiæ, quas dixi, exponentur *in tit. de exhered. liber.* §. 1. *& seqq.* Summa autem huius constitutionis comprehensa est *in §. sed hæc quidem. eod. tit.* Notandum est, quod Iustinianus dicit de eo effectu, quem vult li-
3 beros habere ad infirmanda testamenta. Is † autem erat, vt si filij præteriti in potestate essent, testamentum iam à principio nullius esset momenti: sin liberi essent emancipati, vt testamentum iure valeret, sed rescinderetur bonorum possessione contra tabulas petita, §. *emancipati. Institut. de exhered. liber.* Iustinianus intelligit, præteritis filiabus, præteritis item nepotibus idem iuris futurum, vt si in potestate fuerint filia, vel nepotes, testamentum nullius sit momenti. Sin autem emancipati erunt, habeant bonorum possessionem contra tabulas. Quod de liberis viuis accipiendum est: nam posthumis præteritis, non infirmatur testamentum, nisi iis natis. Quod & in fœminis & nepotibus posthumis eodem modo obseruandum est.

Authent. Non licet.

Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare, vel præterire, nisi is probetur ingratus, & ingratitudinis caussas nominatim inserat testamento. Caussæ vero ingratitudinis noua constitutione expressæ sunt quatuor decim.

Authent. Ex caussa.

Ex caussa exheredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones. cetera namque firma permanent.

SVMMARIA.

1 *Sententia harum authenticarum tribus capitibus comprehensa, & quibus.*

2 *Liberos omnes instituendos, aut exheredandos sine discrimine sexui, potestatis, ætatis. Hi præteriti non esse impune.*

3 *Liberos non solum rite, id est, nominatim, pure, & ab omni gradu exheredandos: sed hoc amplius ex constitutione Nouella ex iusta caussa ea constitutione comprehensa, & ea adscripta testamento, & ab herede probata.*

4 *Præteritionis liberorum pœnam quadruplicem esse iure vetere pro qualitate & differentia liberorum constitutam: & quæ sit:*

5 *Præteritionis pœnam & nunc eandem esse, neq; in eo ius vetus constitutione Nouella emendari: & quanti referat id nosse.*

6 *Exheredatis rite liberis solam fuisse olim propositam querelam inofficiosi testamenti: & nunc quoque esse post Nouellam Iustiniani, quamuis nulla caussa exheredationis adscripta sit testamento, aut non iusta.*

7 *Recte hic dictum, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis rescissa institutione cetera testamenti firma manere.*

8 *Hac constitutione sublata esse omnia iura vetera, quibus placebat institutione heredis sublata, nihil ex testamento deberi.*

9 *Præteritis liberis, quos testator se habere ignorauit, vnum argumentum esse, quo disputari possit, vna cum institutione heredis cetera testamenti euerti: sed verius esse etiam hoc casu institutione rescissa cetera eo testamento relicta valere.*

10 *Herede ex re certa instituto, si præteriti sint liberi, aut immerito exheredati, sic rescindi institutionem, vt res certa heredi relicta habeatur ex hac constitutione.*

11 *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata ab herede instituto hodie valere: at non item, si quæ relicta sunt à filio præterito, vel exheredato.*

12 *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis quātum rescindatur institutio, tamē legata, quæ hodie præstantur, ex testamēto peti, & valere.*

HIs † fragmentis duobus tria constituūtur. Primum, liberos 1
omnes heredes esse instituēdos, aut exheredandos. Alterū si exheredentur, certis cautionib. exheredari debere, quæ hic cōprehensæ sunt. Tertium, liberis præteritis, aut non ita exheredatis, vti supra comprehensum est, quæ sit præteritionis, aut exheredationis pœna. Duo priora comprehensa sunt *in auth. non licet.* Tertium *in auth. ex caussa.* Principio † lex ait, non licere parentib. 2
liberos præterire. Constituit eam sententiam, quam alibi explicatius positam legimus, liberos omnes instituendos esse, aut exheredandos: alioqui fore, vt testamētum non valeat *l. antepenult. ff. eod. tit. Inst. de exher. lib. in prin.* Nam præterire est, neq; heredes instituere, neque exheredare, etiamsi quid maxime liberis testamento legetur. §. *eadem. Instit. de hered. quæ ab intestat. defer.* Ex quo intelligitur, quantumuis aliquid legetur liberis, tamen si instituti, aut exheredati non sunt, pœnam præteritionis fore eam, quæ hic constituta est, vt apertius intelligitur ex *Nouell. vt cum de appellat.*

appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum. vnde *authent. non licet.* sumta est. De omnibus liberis lex scripta est, siue sint in potestate, siue non sint, siue primi gradus, siue sequentium in infinitum, siue masculi, siue fœminæ, vt plenius comprehensum est *in d. §. aliud quoque capitulum.* Quo magis confirmatur *l. maximum. supr. hoc tit.*

Alterum † caput pertinet ad exheredationem liberorum, docetque, quid hic seruari oporteat. Diximus alibi, & ita habet, in exheredatione, vt valeat, duo spectari. Primum, vt quis rite exheredetur, deinde, vt iustis de caussis. Rite, id est, vt nominatim, vt pure, vt ab omnibus gradibus, & tota hereditate exheredetur. de quibus alias. nihil enim nũc ista ad hunc locum. Vt autem iustis de caussis liberi exheredentur, etiam ius antiquum est, neq; aliter ab hereditate eos summouere licuit, *l. vlt. ff. de bon. dam.* Nihil hic mutat Nouella constitutio, vnde sunt hæc fragmenta. Sed plus de his Iustinianus exegit, quã iure vetere cauebatur. in quo ius ab alio constitutum est nouum. Quæ amplius exigit, tria sunt. Tot enim erant, de quibus olim non erat necesse testatorem esse solicitum, vt exheredatio consisteret. Primum non erat necesse filium exheredare ex aliqua caussa, quę nominatim legibus comprehensa esset, sed caussę exheredationis erant in arbitrio & æstimatione iudicum, nec vllo certo iure continebantur. Vnde illa veritas iudiciorum de rescindendis testamentis, quam ostendit Valerius Maximus, *lib. 7. c. 8. de testamentis rescissis.* Præterea si qua esset iusta caussa exheredandi, satis erat hanc allegari postea ab herede scripto: non erat necesse adscribi nominatim à testatore. Vnde querela de inofficioso testamento, id est, de eo, quod filius nulla de caussa merito esset exheredatus, non autem, quod exheredatus esset caussa non adscripta. Postremo caussa exheredationis adscripta à parente, non erat necesse heredi hanc probare, sed iniungebatur liberis necessitas, vt se purgarent, & docerent se semper in officio & obsequio parenti debito mansisse, *leg. liberi. sup. de inoff. test.* De his, inquam, tribus ius nouum constituitur superiore lege. Primum non posse liberos exheredari, nisi iustis de caussis, & iis, quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt à Iustiniano. Hæc autem sunt quatuordecim, numero & ordine exposita *in d. §. aliud quoq; capitulum. & seq.* Exigit amplius lex ibidẽ, vt caussa iusta nominatim adscribatur testamento, vt intelligamus, quamuis iusta caussa exheredationis fuerit, & paratus sit heres hanc probare, tamen hanc non nocere, vbi testamento prætermissa est. Tertio loco exigit Iustinianus, vt caussa quæcunq; adscripta erit, probetur ab herede, non probata nihil noceat liberis quantumuis de innocentia sua nihil docere velint. Duo hęc posteriora in *ead. Nou. §. siue igitur.*

Hoc iure de caussis constituto, si aduersus ea factum erit, sequitur præteritionis & exheredationis pœna: de qua & ipsa aliquid noui iuris hic constitutum est, estque id tertium caput ex iis, quæ his fragmentis contineri proposuimus. Est autem hæc pœna, vt si liberi præteriti sint, aut non exheredati secundum formam præscriptam, testamentum sit irritum, quod ad institutiones attinet: cetera firma permaneant, sic verba sunt *authen. ex caussa.* quæ deinceps expendemus. Apparet autem in his de iure constituto duas esse quæstiones. Vnam, quomodo testamentum hic irritum interpretemur. Alteram, quatenus. Et cum quęritur, quomodo testamentum irritum sit, siue non valeat, hoc quæritur, vtrum ex caussa præteritionis, vel exheredationis, vbi forma suprascripta seruata non est, testamentum à principio nullum sit, an vero valeat, sed postea rescindatur vel bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi testamenti perlata. Hoc quæritur maxime propter liberos, qui non sunt in potestate testatoris, & id ius, quod ante hanc constitutionem Iustiniani de his personis in hoc genere obtiniut. Quæritur enim, an id ius maneat etiam post hanc constitutionem, an vero hac constitutione emendetur, vt in his quoque liberis ex suprascriptis caussis testamentum nullum sit. Et quoniam ius vetus manere putamus, de eo prius dicemus, ac primum, quod ius fuerit vetus liberis præteritis ad testamentum infirmandum: deinde, quod liberis exheredatis.

4 Liberis † præteritis, præteritionis pœna quadruplex iure constitura est pro qualitate & differẽtia liberorum. Si filij & reliqui liberi iam nati, quos nemo gradu antecedit, qui iidem in potestate testatoris fuerũt, neque instituti sint, neque exheredati, id est, vt nunc loquimur, sint præteriti, ipso iure testamentum nullius momenti est, *leg. inter cetera. ff. de liber. & posthum.* Si posthumi præteriti sint, qui si nascerentur viuo patre, sui heredes essent futuri, id est, qui in potestate parentis essent, & primum locum inter liberos tenerent, hi, inquam, si præteriti sint, iure ciuili testamentum à principio valet, sed si postea nascantur, testamentum agnatione ipso iure rumpitur, & paterfamilias fit intestatus, *leg. 1. infra. tit. proxim. §. posthumi. Institut. eod.* Eadem caussa est nepotum præteritorum, qui posthumorum loco habẽtur. *§. posthumorum. Instit. eod.* In his præteritis omnium interpretum consensu nihil murat hæc constitutio, quin potius hoc ius aperte confirmat, cum lex ait, *non licere liberos præterire.* Hoc enim consequens est, his præteritis contra legem fieri, ac proinde testamentum pro infecto esse. *l. non dubium. sup. de legib.* nisi quid lege exciperetur postea, quo declararetur nominatim placere, vt testamentum valeret ab initio, sed postea petentibus liberis rescinderetur, quod in his generibus liberorum factum non est. vnde multo magis in iure vetere manere oportet. *l. præcipimus. in fin. C. de appellat.* Quod si liberi emancipati præteriti sint à patre, iure ciuili vetere testamentum valet: sed datur præteritis bonorum possessio cõtra tabulas, qua petita testamentum ita rescinditur, ac si à principio nullius momenti fuisset, quod ad institutiones heredum attinet. *l. non putauit. §. vlt. ff. de bon. poss. con. tab. §. emancipatos. Institut. eod.* Quod si præteriti sint ij liberi, qui neque sunt in potestate parentis, neque esse potuerunt, eoque nunquam fuerunt in eius potestate, vt sunt filij matri, nepotes auiæ, vel auo materno, testamentum & iure ciuili vetere, & iure prætorio valet, sed datur præteritis querela inofficiosi testamenti, *§. vlt. Instit. eod.* In qua si filius obtinet, non minus & hic ipso iure testamentum rescinditur, *l. Papinianus. §. vlt. ff. de inoff. test.*

Quæritur ergo, † an in his duobus & postremis generibus liberorum ius superius emendetur hac constitutione, vt scilicet non expectetur, dum emancipatis, vel ceteris liberis præteritis postulantibus testamentum rescindatur, sed statim à principio testamentum nullum sit? De quo non tam magnæ sunt dissensiones, quam magni errores, & non ferendi. Neque hæc quæstio de nihilo est, vtrum potius statui oporteat. Etsi enim rescisso testamẽto aut per querelam, aut petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum æque non valeat, ac si ab initio nullum fuisset, tamen hoc ita est, si actum fuerit querela inofficiosi, aut si petita sit bonorum possessio contra tabulas. Multis autem modis accidere potest, ne agatur de inofficioso testamẽto, vel quia filius repudiet querelam, vel quia intra quinquennium huic actioni præstitutum non egerit, vel quia prius, quam ageret, decesserit, *l. qui repudiantis. l. Papinianus. §. vlt. & l. si autem. seq. l. quemadmodum. ff. de inofficios. testam.* Idemque bonorum possessione dicendum est: quam repudiare potest filius, & quæ non competit, nisi intra annum, *l. 1. §. quib. §. largius. ff. de suc. ed.* intra quem fieri potest, vt eam non petierit. fieri etiam potest, vt priusquam peteret, decesserit: quibus omnibus modis accidit, vt testamentum sicut à principio valuit, sic nunc in totum confirmetur: vnde & admittantur scripti heredes exclusis legitimis: quæ contra euenire necesse est, si d xerimus testamentum ex caussa præteritionis nullum esse. Nam testamentum nullo constituto paterfamilias decedit intestatus, eoque hereditas ad legitimos heredes pertinet exclusis reliquis heredibus, *l. filio præterito. ff. de institut. vup. l. 1. sup. tit. prox.* Cum igitur tanti referat, vtrum dicamus, semper diu & multum quęsitum est, vtrum videretur constitui hac lege Iustiniani. Et inualuit sententia vetus interpretum hanc constitutionem pessime intelligentium, ex caussa præteritionis nullum esse testamentum, etiamsi liberi emancipati præteriti sint, atq; adeo si liberi præteriti sint, qui nunquam sui heredes esse potuerunt, id est, qui nunquã fuerunt in potestate morientis. Qua sententia deletur bonorum possessio contra tabulas, & quæ inde sequuntur. Deletur *§. emancipatos. Instit. eod.* item maxima ex parte titul. *de inoffic. testam.* cum in Pandectis, tum in Codice, & in Institutionibus. Item *leg. maximum vitium.* hic, vbi superiores rationes infirmandi testamẽti leguntur. Statuunt autem hanc sententiam ex his verbis, quæ sunt in *authent. non licet.* & in *Nouell.* vnde hoc fragmentum sumitur, *in §. aliud quoque capitulum*, cum dicitur, *parentibus non licere liberos præterire.* Sic enim colligunt; igitur lex vetat præterire. Ergo & si testamentum fiat his præteritis, apparet fieri contra legem. Quod si contra legem, etiam iure pro nullo esse fatendũ est. *l. non dubium. sup. de legibus.* Et habet argumentum maximam speciem veri. In quo & manendum esset, si ex aliis partibus constitutionis non intelligeretur, quæ sit sententia Iustiniani de hac re. Sed incuule est, nisi tota lege perspecta iudicare, vel respondere. *l. incuule. ff. de legib.* Porro ex iis, quæ consequuntur in constitutione

Nouel.

Nouel. liquido domonstrari potest, Iustinianum, cum de ratione infirmandi testamenti ob præteritionē liberorum quæritur, non tantum manere in vetere iure, sed etiam aperte id constituere. Primum igitur obseruandum est, constitutionem Iustiniani ius vetus emendare. Sic ius est, quidquid lege posteriore corrigente speciliter expressum non est, id veterum constitutionum regulis relictum intelligi. *l. præcipimus. in fin. inf. de appell.* At Iustinianus de caussis exheredationis tātum cauit, vt & iusta sit exheredationis caussa, & testamento adscripta, & ab herede probata, si quid autem horum obseruatum non sit, de ratione infirmandi testamenti nihil exprimit in hanc sententiam, vt velit testamentum nullum esse. Quocirca id mutare intelligi non debet, sed veteris iuris regulis relinquere. Nec aliud seruādum in præteritione. Nā ad rationem infirmandi testamenti communi verbo *rescindendi* & iisdem rationibus Iustinianus vtitur tam ex caussa præteritionis, quam exheredationis, *in §. siue igitur. & §. hæc autem*, vt postea pluribus ostendimus, cum ventum erit ad alteram quæstionem supra nobis propositam. Et circa præteritionem quoque eo magis in iure vetere manere existimandus est. Quod si contra statuerimus, tam multa delenda sunt in iure Pandectarum & Codicis, quā multa delenda esse supra diximus effici ex contraria sententia. quod minime legislatori est propositum, cuius officium est potius bonas & veteres leges tueri, *l. si quando princ. supr. de inofficios. testament.* Sed multo magis hoc statuendum est, si constabit Iustinianum non constituere, vt si superiora seruata non sit, testamentum nullum sit, sed vt petentibus liberis rescindatur. Id autē luce clarius apparet Iustinianum facere, cum ex verbis constitutionis, tum ex iis rationibus, quibus in hac re vtitur *in dict. Nouell. vt cum de appel. §. siue igitur.* Nam ita scribit, *Quod si hæc obseruata non sint, nolumus exheredatis liberis præiudicium fieri*, & addit, *sed quantum ad institutionem attinet*, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης quod significat, testamento irrito constituto. Nihil negotij erat totidem verbis dicere τῆς διαθήκης μηδεμίας ὄσης, id est, nullo testamēto constituto. Nunc autem dicit diserte testamento irrito constituto. Potest quidem testamentum, quod nullum est, dici esse irritum, sed fieri, aut constitui irritum non dicitur, nisi id, quod à principio valuit, vt diserte scriptum est *in §. alio. Instit. quibus modis testament. infirm.* Idem Iustinianus *in §. si autem hæc omnia. ead. const.* pro his verbis τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης vtitur his verbis, τῆς διαθήκης ἀνατρεπομένης, quod valet, testamento euerso, vel vt vulgaris interpres reddidit, testamento rescisso. Adsurdum est rescissum testamentum interpretari id, quod nullum est. Nam quod nullum est, rumpi, aut rescindi non potest, vt diserte scriptum est *in l. 5. ff. de iniust. rupt.* Et eadem verba vsurpat idem Iustinianus *in d. §. siue igitur.* cum ita scribit, μὴ ἀνατρεπέσθω ἡ διαθήκη ἐκεῖνοι, de legatis eo testamento relictis, in quibus vult testamentum non rescissum suam vim tenere. Ratio autem, quæ annectitur à Iustiniano *in dicto §. siue igitur.* hæc est, ne liberi falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in testamentis parentum patiantur. quorum alterum ad exheredationem, alterum ad præteritionem pertinet. Ex hac ratione perspicuum est, dummodo præteritis liberis ita testamentum confirmetur, vt præteritio liberis nihil noceat, constitutioni Iustiniani, & voluntati eius satisfactum esse. At non magis nocetur filiis præteritis, si detur illis bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, vbi res exigit, quam si testamentum ipso iure nullum sit, quia vtraque via rescinditur testamentum non minus, quam si à principio nullum esset, vt supra ostendimus. Et petenti bonorum possessio statim datur, & in querela statim vincunt filij, vbi aut iusta caussa non est, aut non est adscripta, aut non est ab herede probata. Nec ad rem pertinet, quod petere oportet bonorum possessionem, aut instituere querelam inofficiosi testamēti, cum testamento nullo constituto, nulla sit petitione, nullo iudicio opus. Nam & institutio, aut petitio querelæ est in potestate filij, & si non petit bonorum possessionem, aut non instituit querelam, de se queri debet, quemadmodum queri deberet de se ipso, si institutus fuisset sub conditione, quæ in eius potestate esset, & ei conditioni non paruisset, *l. suus. de hered inst.* Proinde, vt dixi, dum liberis præteritis detur bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, constitutioni Iustiniani satisfactum est. Præterea ex eadem ratione apparet Iustinianum in hac constitutione, dum iubet præteritionem non nocere, voluisse consulere liberis. Ex quo intelligitur noluisse eum consulere extraneis heredibus, eoq; noluisse introducere vllam infirmationem testamenti, per quam extraneis heredibus consulitur, non autem liberis. Collectio est Vlpiani *in leg. 3. §. sed vtrum. ff. de min.* Prætor, inquit, hoc edicto succurrere voluit minoribus. non est igitur ei propositum consulere maioribus.

At si dicimus pręteritis liberis omnibus testamentum ipso iure nullum esse, non liberis tantum consulitur, sed etiam extraneis legitimis heredibus defuncti. Quid enim, si filius repudiet hereditatem? quid, si viuo patre decedat? quid, si decedat prius, quam hereditatem adeat? dicemus nihilominus patrem intestatū decessisse, eoq; hereditatem pertinere ad cognatos eius. Contra vero si liberis præteritis damus bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi testamenti, filiis consulitur, & solis liberis, quia his bonorum possessionem non petentibus, aut de inofficioso non quærentibus, ratum est testamentum, & scripti heredes admittuntur, exclusis extraneis legitimis heredibus. Hanc igitur viam postetiorem voluit Iustinianus, priorem repudiauit aperte, nisi quatenus iure ciuili vetere testamentum nullū esset. Ratio, qua interpretes in contrariam sentētiam ducti sunt, mouere nos non debet. Constitutio *in §. aliud quoq; capitulum.* cauet, non licere parentibus liberos præterire. ex quo colligere eos dixi, si liberi prætereantur, testamentum contra legem factum videri, ac proinde infectum esse, *d. l. non dubium supr. de legib.* Hoc recte colligitur & statuitur, quoties lex simpliciter aliquid vetat fieri, nec vllam pœnam nominatim adiicit. hanc enim pœnam intelligimus, vt quod factum est, infectum sit. At cum lex aliquid fieri vetat, & si id factum sit, nominatim pœnam constituit, vt quod factum est, valeat aliquo modo, sed postea rescindatur, aduersus legis sententiam manifestam facere non debemus, sed ea erit pœna, quam lex voluit. Proinde quod factum est, valebit, vt lex vult: sed ita rescindetur, vt lex nominatim iubet. Id autē accidit in hac constitutione. Nam Iustinianus primo cauet non licere parentibus liberos præterire, sed hic non subsistit, verum postea, si hoc factum non sit, pœnam constituit *in §. siue igitur.* & nominatim hanc constituit, non vt præteritio: aut exheredatio testamentum nullum reddat, sed vt non noceat liberis: item vt valeat testamentum, sed postea rescindatur. vbiq; enim *rescindendi* verbo vtitur, & præterea manifesta eius sententia est, nolle eū testamentum ipso iure esse nullū. Proinde aduersus verba & manifestam eius sententiam hanc pœnam constituere prætēritionis, vt testamentum nullum sit, nec possumus, nec debemus.

Hæc de pœna præteritionis dicta sunt cum ex iure vetere, tum ex hac cōstitutione noua. Quod ad exheredationem attinet, iure vetere vna cum omnibus liberis exheredatis pœna cōstituta est, vt queri possint de inofficioso testamēto: dummodo sint rite exheredati, id est, nominatim, pure, & ex tota hereditate: neq; interest, vtrū filij exheredati in potestate parentis fuerint, an vero non fuerint. Generale ius est, exheredatos liberos neq; iure ciuili, neque prætorio turbare testamēta parentum, vnamq; his superesse querelam inofficiosi testamenti, *l. non putauit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Idq; ita erat, siue caussæ ingratitudinis adscriptæ essent, siue non essent: item siue constaret liberos ingratos fuisse, siue cōstaret, ne ingratos quidem esse potuisse. ideo etiā infante & posthumo exheredato testamentū valebat: quamuis daretur exheredato querela inofficiosi testamenti. *§. tam autem. Inst. de inoff. test.* Quod etiā Iustinianus confirmat *in l. si quis suo. §. vlt. sup. de inoff. test.* Quæritur, an hic quidquam immutarit Iustiniani constitutio? Et vulgo quoque hæc sententia recepta est, si aut exheredationis nulla iusta caussa sit, vt in infante, aut iusta caussa sit, sed non adscripta, testamētum ipso iure nullum esse, quicunq; liberi exheredati sint. Ceterum iusta caussa exheredationis cōstituta, & ea adscripta, valere testamentum, sed dari querelam exheredato, in qua vincet, si heres eam caussam non probauerit. Nos vero hanc sententiam itidem vt superiorem: constitutioni Iustiniani plane aduersari contendimus, & ita statuimus, dummodo liberi, quicunque erunt, rite sint exheredati secundum formam iuris veteris, quamuis nulla caussa sit exheredationis, aut non sit adscripta, tamē ius antiquum manere, & solum querelam dari exheredato, etiam infanti, iisdem argumentis, quibus supra vsi sumus. Primum, quia constitutio vult testamētum rescindi. Deinde, quia vult ita exheredari secundū formam illic præscriptā, vt si ea obseruata non sit, ea exheredatio non inutilis sit, sed non noceat: itē vt non noceat solis liberis, non autem, vt per hoc hereditas perueniat ad alios extraneos: quod futurum est, si dixerimus testamentum nullius momenti esse, non autem rescindi. Opponitur huic sententiæ *non putauit. §. non quæuis ff. de bon. poss. cont. tab.* vbi scriptū est, exheredationem non rite factam exheredationem non videri. Ex hac sententia

sententia sic vulgo argumentantur. Præteritis liberis qui sunt in potestate, testamentum nullius momenti est, vt supra confirmauimus. Præteriti autem intelliguntur, qui rite exheredati non sunt, *d.§.non quauis.* Quare liberis ita exheredatis testamentum nullius est momenti. Hæc concedimus, sed nihil aduersus id, de quo quæritur. Prius enim efficiẽdum fuit, liberos videri non rite exheredatos, qui exheredati sunt non iusta de caussa, aut caussa non adscripta: quod negamus, & recte. Nam dum nominatim, & pure, & à tota hereditate ex heredati sint, rite exheredati sunt ex iure vetere. Sunt etiam rite ex constitutione Iustiniani, quam tractamus, quoniam Iustinianus non iubet liberos exheredari iustis de caussis, & eas adscribi, vt testamentum à principio constet, sed vt, si contra factum sit, exheredato non noceat, *d.§.siue igitur. Nou. vt cum de appel. cog.* Vult igitur testamentum consistere, sed exheredatis id non nocere.

Ac de priore capite dictum est, quomodo ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentum irritum sit ex cõstitutione Iustiniani. Alterum quæritur, ex his caussis quatenus testamentum irritũ fiat? Et res ita definita est in *authent. ex caussa.* vt ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentũ irritum sit, quod ad institutiones heredum attinet: cetera autem in testamento relicta & constituta valeant. In quo posteriore ius singulare notandum est. Nam iure communi, cum testamentum rescissum est, nihil in eo testamento scriptum valet, *leg. cum mater. ff. de inofficios. testament.* de quo mox plura. Quam ob caussam multa circa hoc caput quæsita sunt, cum de caussis, propter quas testamentum infirmatur, tum de iis, quæ testamento relicta sunt, quæ constitutio iubet valere.

7 Ac † primum quod iubet valere cetera ex caussa exheredationis, id pro certo & perpetuo iure habendum est. Expressum est enim in *Nou.* vnde hęc *auth.* sumitur *in d.§.siue igitur.* his verbis, *quod si hæc obseruata non sint, sancimus exheredatis liberis nullum præiudicium fieri quod ad heredum institutiones attinet, certa omnia alia testamento constituta suam vim obtinere, quasi non rescisso testamento.* Quæsitum est, an idem probandum sit ex caussa præteritionis, & an recte hoc verbum adiectum sit ab eo, qui confecit hoc fragmentum, cuius initium est; *Ex caussa præteritionis?* Mouet dubitationẽ, quod Iustinianus *in d.§.siue igitur.* vnde est hoc fragmentum, de exheredatis tantum liberis loquitur, nihil nominatim adiicit de præteritis. Semper autem hæc regula interpretationis tenenda est, quod specialiter legibus posterioribus expressum non est, id veterum constitutionũ regulis relinqui oportere, *l. præcipimus. inf. de appell.* Quæ sententia apud plerosq; obtinuit. Sed bene hic dictũ est, cetera in testamento valere non tantum ex caussa exheredationis, sed etiam ex caussa præteritionis, idque recte sumtum ex constitutione Iustiniani. Nam primum *in d.§.siue igitur.* loquitur quidẽ initio de exheredatis liberis Iustinianus; sed sequitur postea, quod si in aliquibus talibus testamentis legata, aut fideicommissa relicta sunt, hæc suam vim tenebunt. His verbis, *si quæ sint talia testamenta*, aperte non intelligit ea, in quibus liberi tantum exheredati sunt. Nam hæc dici debuerunt eadem testamenta, vbi filij vel aperte, vel tacite remouentur à bonis paternis, aperte exheredatione, tacite præteritione. Deinde in *eod.§.* Iustinianus iubet testamentum irritum esse, si priora, de quibus locutus erat, obseruata non fuerint. Proposuerat autem initio non tantum de exheredatis liberis, sed etiam de præteritis *in §.aliud quoque capitulum.* Proinde hæc verba: *si hæc obseruata non sint*, ad vtrumque caput referenda sunt. Id euidentius apparet ex ratione subiecta *in d.§.siue igitur.* Ait enim Iustinianus ideo se iubere, vt testamentũ irritum sit, ne filij falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in parentum testamentis patiantur. Accusatio falsa est in exhedatione, circumscriptio est in pręteritione, vtramque igitur caussam Iustinianus intelligit, vt quamuis *exheredatorum* verbo vsus sit, tamen intelligi debeat, verbo generali eum omnes liberos ab hereditate remotos comprehendisse. Præterea hoc constitutum esse debet, etiamsi Iustinianus tantum iuberet legata ex testamento valere, vbi liberi immerito exheredati sunt, tamen vel hoc ipsum certum argumentum esse, legata æque valere debere liberis tantum præteritis. Nam vbi minor est iniuria testatoris, æquum est illius voluntati plus tribui, quam vbi maior est eius iniuria. Maior autem ea est, cum aperte falsis accusationibus liberos exheredat, quam vbi silentio præterit, vbi eos verbis non lædit.

Quare si ex caussa exheredationis hoc tribuitur patri, vt legata ab eo relicta valeant, multo magis hoc ei tribuendum, vt valeant liberis tantum ab eo præteritis. Sed omnem dubitationem sustulit §. *hæc autem. in ead. Nou. in fin.* vbi Iustinianus cõstitutionis summam complectens ita concludit, solum sibi propositum esse à parentibus & liberis pręteritionis & exheredationis iniuriam arcere. Item, ex his constare, ad vtriusq; partis vtilitatem & cautionem præsentem legem fuisse latam. Quæ apparet referri non tãtum ad testamenta liberorum, de quibus proxime locutus erat, sed etiam ad testamenta parentum, de quibus egerat prius. Hoc idem & cordatioribus interpretibus placet.

Sed † siue ex caussa exheredationis tantum placet cetera testamenti valere, siue etiam ex caussa præteritionis, opponuntur huic sententię innumeri loci, in quibus traditur, testamẽto nullo constituto, aut rescisso, nihil in eo testamento relictũ valere. Verum hanc dubitationem sustulit Iustiniani constitutio non tantũ *in d.§.siue autem.* sed multo magis *in §.si autem hæc omnia.* vbi diserte cauet, si in legatis & ceteris relictis, quę iubet valere, aliud cautũ sit veteribus legibus, nolle se eas leges valere. Et ideo sciamus hos locos omnes & sententias veteris iuris ad normã huius constitutionis emendari, hoc modo: Filio, qui in potestate est, præterito, placebat neq; legata, neq; libertates deberi, *l. filio præterito. ff. de iniust. rupt.* hodie & legata & cetera debebuntur. Item posthumo præterito placebat eius agnatione rumpi testamentum ita, vt paterfamilias intestatus decederet, nec quidquã ex eo testamento deberetur, *l. 1. inf. tit. proxim.* hodie legata & cetera præstabuntur. Item filio emancipato præterito, bonorum possessione contra tabulas petita ita resciedebatur testamentum, vt ius rediret itidem ad caussam intestati. *l. non putauit. §. vlt. ff. de bonor. possess. contra tabul.* nisi quod legata præstabantur ex eo testamento certis personis, puta liberis & parentibus, *l. 1. ff. de leg. præst.* hodie præstabuntur omnibus, & omnia. Item rescisso ex caussa querelæ inofficiosi testamento, placebat neque legata, neque libertates præstari, *leg. Papinianus. §. vlt. l. cum mater. ff. de inofficios. testament.* hodie etiam ex hac caussa legata valebunt, & cætera relicta ex eo testamento. Postremo ita est ius vetus, vt ex quo testamento hereditas adita non est, ex eo nihil omnio debeatur, *leg. si nemo 1. ff. de test. tut. leg. si nemo. ff. de regul. iur.* hodie hoc ita est, si ex aliis caussis accidat, ne debeatur hereditas à scriptis heredibus. ceterum ex caussa præteritionis vel exheredationis si adita non erit ius nouum hic est, vt cetera in eo testamento veleant præter institutionem.

Et † circa caussam institutionis minime dubitatur legata tunc 9
valere, cum testator sciuit se liberos habere, & cõsulto eos præterit. tunc enim apparet testatorem voluisse legata præstari omnia. Quæsitum est, an idem probandum sit, si testator ideo liberos præteriit, quia se habere ignorabat? Finge patrem falso rumore perlato de filij morte existimasse illum esse mortuum, & ob id alios instituisse heredes testamento, & eo testamento quædã legata reliquisse. Constat ex voluntate testatoris, heredes scriptos nõ futuros heredes, sed filium. De legatis quæritur, an etiam hęc debeantur ex hac constitutione, an vero non debeantur, quia tunc relicta sint, cum pater se filium habere non putaret? Bartolus nõ ineptis rationibus motus contendit, hoc casu nec institutionem, nec legata valere. Mouetur voluntate testatoris, quia non est verisimile, si pater putasset se filiũ habere, alios heredes eum instituturum fuisse, aut legatis oneratum filium. Vtitur autem ad eã rem tribus argumentis. Primum ductum est à militis præteritione. Nam si miles pręteritis liberis omnibus heredes instituat, testamẽtum non valet: sed ita, nisi liberos se habere ignorauerit. hoc enim casu præteritio militis non nocet liberis, *l. sicut. & l. si cũ cum. seq. sup. de test. milit.* proinde & in pagano idem dicendum est. Nam & in paganorum testamentis legata contra voluntatem testatoris deberi non possunt, cum in testamento totum voluntas testatoris faciat, *l. quoties. in pr. l. ex facto. §. rerum. ff. de her. inst. l. 12. in fin. ff. de l. 1.* Alterum argumẽtum est, quod non sit verisimile quẽquam suis successoribus alienos præferre velle. quæ & coniectura voluntatis pro certa cõfirmatur *l. cum auus. ff. de cond. & demonst. l. cum acutissimi. infr. de fideicom.* Tertium argumẽtum *ex l. si vnquam infra. de reuoc. donat.* vbi placet, quæ quis donauit viuus, cum liberos non haberet, liberis postea susceptis reuocari, & redire in dominium donatoris. Si hoc placet in donationibus puris & inter viuos factis, multo magis in legatis testamento relictis recipiendum est, quoniam donationes maiorem vim obtinent, quam legata. Donationes statim perficiuntur, nec reuocantur postea ex pœnitentia, §. *aliæ. Inst. de don.* legata perpetuo reuocari possunt quamdiu testator viuit. *leg. 4. ff. de alim. leg.* Et posset hæc sententia

recipi,

recipi, nisi diserte contra scriptum esset duobus in locis, *in l.vlt.ff. de her.inst.* & præcipue *in l.cum mater.ff.de inoff.test.* quo in loco posteriore proponitur mater falso rumore perlato quasi filium suũ in prælio amisisset, dum putat se liberos non habere instituisse extraneos heredes, & quædam legata, item libertates testamento reliquisse. Tamen in hac specie illic scribitur Diuum Hadrianum decreuisse hereditatem matris ad filium pertinere, ita vt legata & libertates præstarentur. Nec mutatur hęc sententia postremis verbis eius loci, sed magis confirmatur. Verba hæc sunt: *Hic illud adnotandum est, quod de libertatibus & legatis adijcitur. nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Adnotare non est reprehendere & corrigere, sed notare tanquam rem notatu dignam, & singularis iuris. & ratio singularis iuris subiicitur, quia iure communi in omnibus testamentis, quæ rescinduntur, hoc seruatur, vt rescisso testamento nihil inde debeatur. quod cum contra hic decretum sit, merito decretum hoc adnotatum esse dicitur.

His autem verbis, *hic adnotatum est*, non corrigi præcedentia, ex eo plus quam euidenter liquet, quod adnotatio hæc est iuris interpretum, sententia autem, quæ præcedit, est sententia Imperatoris. Ineptum est putare iuris interpretem, qui potestatem iuris condendi non habuit, mutasse, aut emendasse constitutionem Imperatoris, quæ ius publicum facit. Huc accedit, quod illa sententia sine vlla correctione confirmatur *in d. l. vlt.ff.de her.inst.* Et frustra tentat Bartolus hæc responsa eludere. Nam aut institutio scripti heredis in hac specie ideo non valet; quia filius præteritus est; aut quia mater voluit hoc casu filium remouere, & alios heredes, qui scripti sunt, instituere. Si volumus institutionem non valere ex caussa præteritionis, legata debebuntur ex hac constitutione. Si volumus institutionem non valere, quia scripti heredes deficiuntur voluntate testatoris, etiam hoc casu legata debebuntur ex suprascriptis legibus, & præsertim *ex leg. vlt. ff.de her.inst.* vbi hoc significatur non obscure, ideo hereditatem ad filium pertinere, quia non videatur testator voluisse non instituere eum, quem se habere ignorabat. Non obstat exemplum militis. Nam cum miles præterit filium, quem ignorat se habere, in institutione heredis admittitur hæc distinctio, vtrum sciat se habere filium, an ignoret, vt si ignoret, institutio non valeat. Non eadem distinctio adhibenda est in legatis. Nam si miles ignorans se filium habere, alios heredes instituit, & quædam ab his legauit nihilominus legata debebuntur. Hic enim placuit ea deberi ex testamento pagani, idque ex eius voluntate. *d. l.cum mater. & d.l. vlt.ff.de her.inst.*

Multo ergo magis in eadem caussa debebuntur ex testamento militis, vt voluntas militis conseruetur. Non obstat, quod dicitur, neminem propriis successionibus alienos præponere velle: nam & nos in hac specie idem admittimus. Cum enim testator præteriit filium, quem ignorabat se habere, & alios heredes instituit, ex superiori ratione dicimus successionem ad filium pertinere, non ad heredes scriptos. sed quod de successione dicitur, ad legatum transferendum non est. Nihil enim prohibet testatorem filium suum heredem esse velle, & nihilominus ab eo quædam relinquere. Certe quotidie id vsu venire videmus, vt parentes liberis institutis, nihilominus quædam testamento legent, qua ratione solum nititur, quod responsum est *in dict.l.cum mater.ff.de inofficios.testam. & in dict.leg.vlt.* Non obstat *leg.si vnquam.infra, de reuoc.donat.* Nam illic reuocantur donationes liberis postea susceptis: sed eæ donationes, quæ à patrono in libertos collatæ sunt, ceterorum donationes non reuocantur, tametsi vulgo contra receptum sit. de quo scripsimus postea ad eam legem. Tum autem, vt concedamus eam legem in omnium donationibus locum habere: tamen non recte transfertur ad legata. Nam in vna re donationes inter viuos maiorem vim habẽt, quam legata: nempe in eo, quod reuocari non possunt viuente donatore, legata possunt. Sed in eo plus est firmitatis in legatis, quod cum reuocata non sunt à testatore, præcipue placet ea conseruanda esse, quia testator aliud amplius non potest, *l.1.sup.de sacros.eccles.* Vnde dictum publice expedire testantium voluntates exitum habere, *l.vel negare.ff.quemad.test.aper.* Stet igitur iam hæc sententia, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis verissimum & perpetuum esse, quod in hac *authent.ex caussa.* dicitur, ex his caussis ita institutionem nõ valere, vt cetera firma permaneant: neque interesse, quare testator præterierit liberos, vtrum quia sciebat se habere, & volebat præterire, an vero quia se habere ignorabat.

Deinceps quæ infirmet, aut confirmet hæc constitutio, consideremus. Ait institutionem ex suprascriptis caussis non valere.

Hic † quæsitũ est de eo, qui institutus est ex fundo, aut alia re certa. In eo institutionem nõ valere constat. Sed an saltem ei fundus, aut alia res certa debebitur tanquam legatum? Dici potest ei nihil deberi ex verbis huius constitutionis. Nam cum quis instituitur ex fundo heres, iubetur detrahi fundi mẽtio: qua detracta fundus legatus dici non potest, *l.1.§.si ex fundo ff.de her.inst.* Rursũ ex hac constitutione institutio non valet. Sed si legatũ valere potest ex testamento, placet illum tanquam legatariũ eam rem certam, ex qua institutus est, iure legati habiturum. *l.quoties.sup.de her. inst.* Porro in hac specie legatum rei certæ ex testamento deberi potest ex hac constitutione. Quare & hic fundum, aut aliam rem certam, quæ appellata sit, deberi dicemus. Ait constitutio cetera firma permanere. *Ceterorum* verbo quæ intelligantur, expressum est in d.Nou. *vt cum de appell. cog.§.siue igitur. & §.si autem.* vbi nominatim hæc commemorãtur, legata, fideicommissa, libertates, tutelæ dationes: adde his substitutionem pupillarem: quam placet valere, quotiescunq; ex testamento patris legata relicta præstantur, *l.2 §.1.ff.de vulg.subst.* Sed quod † dicitur de legatis, hæc ex suprascriptis caussis deberi, non de omnibus legatis accipiendũ est, sed de iis tantum, quæ ab institutis relicta sunt. Si quid autem pater à præterito filio relinquit, neq; iure vetere valuit legatum, *l.2.ff.de leg.2.* neq; ex hac lege confirmatur, quia *in dict.§.siue igitur,* diserte scribitur, *ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata suam vim obtinere, tanquam si testamentum rescissum non esset.* Ex quibus verbis intelligimus, ea sola legata hic confirmari, quæ valerent, si heredes instituti hereditatem adiissent.

Sed † vnde, & quo iure legata petentur? vtrum ex testamento, an ab intestato? non videntur ex testamento peti posse; quia id nullum est sine heredis institutione, *l.1.ff.de vulg.& pup.subst.§.ante heredis.Inst.de legat.* Nulla autem institutio est, quæ est irrita. Rursum ab intestato non magis videntur posse peti, quia testamento relicta sunt, non ab intestato. nisi quis dicat peti posse conditione ex lege. Sed verum est, ea ex testamento peti posse, & valere. Id enim diserte expressum est *in d.Nou. vt cum de appell.cog.§.siue igitur.* Hic opponitur regula iuris, quæ vetat in paganis testamentum pro parte valere, & pro parte non valere, seu quæ vetat aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. *l.ius nostrum.ff.de reg.iur.* Sed hanc obiectionem hic metuere non debemus. Nam Iustiniano ita placuit, vt ex caussa exheredationis vel præteritionis pro parte, id est, pro institutione, testamentum nõ valeat, pro his autem, quæ eo testamento relicta sunt, valeat, *d.§. siue igitur.* Huc accidit, quod in *ead.Nou.§.siue autem,* nominatim cauet, si quid sit huic parti in veteribus legibus contrarium, nolle se id valere.

AD TITVLVM XXIX. COD. DE POSTHVMIS HEREDIBVS INstituendis, vel exheredandis vel præteritis.

Ad L.1.2.& 3.

Imp.Anton.A.Brutatio.

Si post testamentum factum, quo post humorum suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit, intestato vita functus est: cum agnatione posthumi vel posthumæ, cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi, neq; peti posse exploratiuris est. Dat.& PP.IV.Kal.Iul.Antonino A.IV.& Balbino Coss.214.

Impp.Dioclet.& Maximian.AA.& CC.Soterico.

Vxoris abortu testamentum mariti non solui: posthumo vero præterito, quamuis natus ilico decesserit, non restituit ruptum, iuris euidentissimi est. S.XII. Kal.Mart.Sirmij.Cæsarib.Coss.

Imp.

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfect. præt.

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri exsisteret, si non alius eum antecederet, & nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc quidem orbem deuolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is posthumus ruptum facere testamentum posset: & veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit, &c.

SVMMARIA.

1 *Summa huius tituli.*
2 *Posthumus quis, & quando præteritus intelligatur, & num. 3.*
4 *Suus heres quis.*
5 *Posthumus præteritus rumpit testamentum, & quomodo.*
6 *Nasci quomodo intelligatur.*
7 *Si Posthumus natus illico decesserit, an nihilominus irritum sit testamentum, an vero ruptum restituatur.*
8 *Quid iuris sit, si posthumus natus non solum statim decesserit, sed etiam decesserit, priusquam vocem ederet.*
9 *Quod iuris est de filio superstite præterito, idem in posthumo præterito seruandum est.*
10 *Iniustum testamentum quot dicatur modis.*
11 *Posthumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, & num. 12.*
13 *An, si posthumus mortuo testatore nascatur, & deinde illico decedat, testamentum restituatur.*

1 SVmma † tituli hæc est: Posthumus præteritus, qui natus suus heres futurus esset, si nascitur, rumpit testamentum, eoque modo fit, vt testamentum non valeat, videlicet, si à principio natus esset præteritus, *l. si posthumus à princ. D. de lib. & post. l. 3. de iniust. rupt. §. posthumi, Instit. de exher. lib.* Singula huius definitionis explicanda. Posthumus † intelligitur non tantum is, qui post mortem patris nascitur, qui proprie posthumus dicitur, sed etiam qui nascitur viuo patre post testamentũ factum: Nam & hic præteritus rumpit testamentum lege Velleia *l. 3. in pr. de iniust. rupt.* Præteritur † autem posthumus, qui neque institutus est, neque exheredatus, *§. eadem, Instit. de her. quæ ab intest.* Hoc eo pertinet, vt si neq; institutus sit posthumus, neque exheredatus, quamuis ei aliquid legatum sit testamento; tamen natus rumpit testamentum, *§. posthumi. Inst. de exher. lib.* Si exheredatur, siue sit masculus, siue fœmina, hodie nominatim exheredandus est, alioqui intelligitur præteritus, *l. maximum. supr. t. prox. §. sed hæc quidem, Instit. de exher. liber.* secundum quam sententiam accipi oportet, quod *in l. 1. h.* dicitur de posthumo, cuius pater nullam mentionem habuit.

Exigimus, vt sit is posthumus, qui natus inter suos heredes
4 futurus esset. Suus † heres est, qui ex liberis est, & in potestate morientis, & inter liberos primum gradum tenet, *§. sui. Instit. de hered. qual. & differ.* Exigimus igitur in posthumo, vt natus sit ex numero liberorum. Hoc eo spectat, vt si mulier aliquid ediderit, sed non posthumum, verum portentosum, id non rumpat testamentum, vt est *in l. pen. in fi. h.* scilicet quia non sunt liberi, id est, filij, qui contra formam humani generis nascuntur, *l. non sunt liberi de stat. hom.* Exigimus etiam ex hac definitione, vt posthumus si nascatur, sit in potestate patris, *l. quod dicitur. D. de liber. & posthum.* Nam emancipatos, & ex emancipatis conceptos posthumos iure ciuili impune præterire licet, tantum præteritis datur bonorũ possessio contra tab. *§. emancipatos. Instit. de exher. lib.* qua non petita si decedant posthumi nati, non obstant scriptis heredibus. Hoc ius etiam post constitutionem Nouellam Iustiniani mansisse & manere supra docuimus *ad Auth. non licet, cum seq.* Ex eadem definitione exigimus, vt posthumus, qui nascatur, primum gradum inter liberos teneat. Nam si testator habeat filium, & ex eo nepotem, nihil necesse est nepotem instituere, aut exheredare, *l. si quis posthumos, D. de lib. & posth.*

5 Posthumus præteritus rumpit testamentum. Sed hac conditione, si nascatur, *d. §. posthumi*, ex quo colligitur, quamdiu pendet, an nascatur, testamentum valere. Item si posthumus non nascatur, siue quod mulier ventre vacuo fuit, quæ prægnãs putabatur, siue quod abortiuum fecerit, nihil esse impedimento, quo minus
6 heredes scripti adeant, *l. 2. h. & d. §. posthumi.* Nasci autem † intelligitur, vbi animal natum est non tantum, vbi secundum consuetudinem naturæ partus editus sit, sed etiam cum exciso ventre extractus est, *l. quod dicitur. de lib. & posth.* Natus rumpit testamentũ id est officit, vt non magis valeat testamentum, quam si ab initio natus esset præteritus. Hic quæsitum est. Quid si posthumus † natus illico decesserit, an nihilominus irritum erit testamentũ, 7
an etiam ruptum restituetur? Et placet rumpi testamentum, nec restitui ruptum. Rumpitur testamentum, quia vere filius natus est, lex autem solam agnationem posthumi exigit, vt testamentum rumpatur. Quod non restituitur testamentũ, eo fit, quia quod cœpit non valere, tractu temporis non potest confirmari, siue ab initio non constiterit, siue postea ruptum dissolutum sit *l. quod initio, de reg. iur. leg. si res. §. aream. de sol. l. inter. §. sacram, de verb. oblig.*

Quid † si posthumus natus non solum statim decesserit, sed 8
etiam decesserit, priusquam vocem ederet? Iustin. constituit hio idem esse, *l. pen. h.* secutus Sabinorum sententiam optima ratione, quod non eo minus partus vitalis est, etiamsi vocem non edat. argumento est, quod nemo negat partum editum esse, si mutus editus sit, quem tamen constat vocem emittere non posse. His de caussis fit illud, quod supra dixi, vt posthumo nato ita rumpatur testamentum, ac si natus ab initio esset præteritus. Nam & in filio præterito hoc idem accidit, vt statim testamentum nullius sit momenti. Et quamuis viuo patre mortuus sit, non eo magis tamen conualescit testamentum, *l. si filius, de lib. & posth.*

Sed huic sententię opponitur *l. posthumus, de iniust. rupt.* vbi superioribus casibus datur scripto heredi bonorum possessio secundum tabulas. Et ita quod testamentum iure ciuili ruptum esse dicimus, nec vllo modo restitui, iure prætorio confirmatur. Parum autem interest, vtrum scripti heredes iure ciuili admittantur, an prætorio, dummodo admittantur. Et vt hic locus explicetur: quod † de filio superstite prætorio iuris est, idem in
9 posthumo præterito seruandum est. *l. 3. §. 1. de iniust. rupt.* De filio autem præterito, qui item viuo testatore decessit, scriptum est *in d. l. posthumus vers. itemque*, dari hoc casu bonorum posses. scripto heredi, sed hac conditione, *si bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque succedere potuit.* Id significat Vlp. cum ait: Idemque circa iniustum testamentum dicendum est; nam prius de posthumo dixerat, si is præteritus, nascatur viuo testatore, & eodem viuo decedat, posse scriptum heredem bonorum posses. secundum tabul. petere. Subiicit, idem esse, si filius superstes præteritus viuo testatore decedat: Idem, nempe vt tametsi subtilitate iuris testamentum nullius momenti sit, tamen ex æquo & bono heredi dari bonorum possessionem secundum tabul. Id iniusti verbo eo loco significat. Nam iniustum testamentum † duob. modis dici- 10
tur: Primo id, in quo solemnia iuris deficiunt, *l. 1. de iniust. rupt.* Altero id, in quo filius præteritus est, sic appellatur nominatim *in l. 3. §. ex his apparet, de iniust. rupt.*

Prior significatio *leg. posthumus*, non conuenit, nam secundum testamenti tabulas, quod solemniter factum non est, prętor non dat bonorum possessionem, *§. non tamen. Inst. quib. modis testam. infirm.* Restat igitur altera significatio, quam illic sequamur. Sed cũ ibi dicitur filio pręterito, si is viuo testatore decedat, dari bonorũ possessionem secundum tabulas, adiicitur nominatim hæc conditio, *si modo ei data sit, qui ab intestato quoque hereditatem auferre potuit.* Ex quo intelligimus, si scripti heredes extranei fuerunt, & alij heredes legitimi, prætereritione filij ita nullum esse testamentum, quod ad institutionem attinet, vt neque iure ciuili valeat, neque iure prætorio, secundum quod non datur bonorũ possessio scriptis heredibus extraneis aduersus legitimos heredes. Similiter & si filius præteritus, mortuo patri superstes, abstineat se hereditate patris, placet scriptis heredibus bonorum possessionem dari, sed hac lege, si & ipsi legitimi heredes futuri erunt. Id significatur *in l. filio præterito de iniust. rupto.* vbi filio vno præterito cęteri eius fratres heredes instituti erant, placet, si præteritus nõ auocet hereditatem, fratribus voluntatem ex æquo & bono tuendam esse. Quod sic intelligi debet, tuendam esse, non iure ciuili, quo iure testamentum nullius momenti sit, sed iure prætorio, data bonorum possessione secundum tabulas fratribus scriptis heredibus, *iuxta d. l. posthumus. eod.*

Sed non adiicitur in lege, fratribus bonorum possessionem dari, si ab intestato quoque possint succedere, videlicet quia non fuit necesse hoc adiicere, satis enim constat, hos patri intestato legitimos heredes esse. Quod de filio præterito deinde mortuo, aut abstinente se dixi, idem de posthumo præterito intelligendũ

est, vt si is viuo patre natus decedat, iure ciuili non restituatur omnimodo testamentum; sed tamen scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas; verū ac eadem conditione, qua supra, si detur iis heredibus, qui ab intestato quoq; poterant succedere. Opponitur huic sententiæ initium *d.l.posthumus.* vbi hoc casu dicitur scripto heredi bonorum possessio dari sine vlla conditione. Respondeo, conditio, quæ in ea lege adiecta est, *in vers. idem circa*, non solum ad proxime præcedentia referenda est, sed etiam ad superiora omnia, vt sit sensus, in supra scriptis omnibus casibus bonorum possessio secundum tabulas datur scripto heredi, sed in omnib. hac conditione, *Si modo bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque rem auferre poterat.* Id ita interpretandum, his argumentis euidenter demonstratur. Nam quod in filio iuris est, idem in posthumo seruatur, nec ratio diuersitatis reddi potest vt est *in l. 3.§.1.in fi.de iniust.rupt. l. si posthumus à primo, de lib.& posth.*

11 Deinde † quia posthumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, vt declaratur *in l. 5.cur.fin.D.de iniusto, rupt.* Proinde filio præterito deinde mortuo, non datur scriptis heredibus possessio bonorum secundum tabulas, nisi legitimi quoque heredes essent, multo minus posthumo præterito, si viuo testatore natus decedat, dabitur scriptis heredibus bonorū possessio, nisi & iidem legitimi heredes futuri erunt. Tertia ratio cum iure ciuili testamentum non valet, idque fit iusta de caussa, veluti ex caussa præteritionis, etiam prætor debet iure ciuili in eo obsequi, nec dare bonorum possessionem secundum tabulas, *l. scio.ff.de testib.* Adde hanc rationem, quod non potest hoc casu bonorum possessio dari extraneis heredibus, sine manifesta iniuria legitimorum heredum, nam vbi posthumus præteritus natus est, & iure ciuili rumpitur testamentum, statim vocantur legitimi heredes, qui ab intestato succedunt. Hoc ius illis à prætore adimi non debet; *l.2.de his, qui sunt sui, vel.l.vlt.de pact.*

Non audiendi sunt, qui vulgo hanc rationem diuersitatis reddunt inter filium præteritum & posthumum præteritum, quod dicunt, posthumo præterito saltem ab initio constitisse testamētum, facilius vero restitui, quæ aliquando valuerunt. Nam hoc posterius falsum est. Quemadmodum vero quæ ab initio non valent, tractu temporis non confirmantur: sic quæ semel rescissa sunt, ex euentu non restituuntur *l.inter §.facta, D.de ver.obl.l. si res §.area.D.de solut.* Idque in posthumo verissimum est, qui natus

12 † magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, vt dictum *dict.l 5.de iniusto, rupt.* Quorsum hæc? Nempe vt intelligatur, cum *in l.2.& 3.h.* dicitur, si posthumus præteritus viuo patre natus, eodem viuo decedat, rumpi testamentum, nec restitui: hoc verissime dici & esse perpetuum, scilicet vt non restituatur hoc casu testamentum, neque iure ciuili, neque prætorio iure. De iure prætorio intelligi potest ex his, quæ supra dixi. nam hoc casu extraneis heredibus, qui ab intestato succedere non possunt, non datur bonorum possessio secundum tabulas, vt supra effectum est. His autem heredibus, qui & legitimi futuri essent, datur quidem bonorum possessio secundum tabulas, *d.l.posthumus. de iniust. rupt.* sed hæc possessio est inutilis scriptis; nam sine hac hereditatem quoque ab intestato obtinerent.

Cur igitur in hac possessione bonorum danda dubitabant veteres? Propter legatarios & fideicommissarios. nam testamento confirmato, legata & fideicommissa debentur ex testamento, & hoc est, quod dicitur in *d.l.posthumus.* Idcircoque legatarii & fideicommissarii legata & fideicommissa habebunt securi. Sed hodie hæc bonorum possessio, vt scriptis heredibus qui ab intestato succedere possent, inutilis est; sic etiam inutilis est legatariis. Nā *ex Auth.ex caussa.sup.prox. tit.* Etiamsi ex caussa præteritionis succedatur ab intestato, nihilominus legata & fideicommissa debēntur. Atque hæc dicta sunt de posthumo præterito, qui natus viuo

13 testatore decessit. Quod † si mortuo nascatur, & deinde illico decedat, superuacuum est quærere, an restituatur testamentum. nā hoc casu posthumus natus statim sibi locum facit, vt est *in l. 5. de iniust.rupt.* Qui cum sit suus heres, statim heres existit patri ipso iure, & moriens hereditatem sibi iure quæsitam transmittit ad quosuis heredes legitimos *l.3.prox.t.* Hæc si dicuntur in posthumo, qui natus statim decessit, sine dubio in eo, qui natus viuit, ita rumpetur testamentum, vt non sit locus scriptis heredibus. Placebat olim etiam ex eo testamento nihil deberi, *l.1.h.* Sed hoc ius hodie in institutione locum habet: hæc vero infirmatur vt olim; cetera autem in eo testamento constitura firma manent, *ex Authen.ex caussa, supra tit. prox.* Ex his satis exposita est *l.1.2.3.h.*

Ad L. VII.

Imp. Iustinian. August. Iohanni præfect. præt.

Quidam cum testamentum faciebat, his verbis vsus est: Si filius, vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto. *Vel ita dixit*, filius, vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, heredes sunto. *Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento & hoc ruptum facere, &c.*

SVMMARIA.

1 *Postumus quomodo recte instituatur.*
2 *Si testator in institutione alterum tantum nascendi tempus expresserit is, qui altero tempore natus erit, præteritus videtur.*
3 *In hac institutione*, si quis mihi post mortem meam intra 10. menses nascetur, heres esto, *quid iuris sit?*
4 *Item quid in hac*, si quis me mortuo nascetur, heres esto.

POstquam † posthumus heres instituendus est à patre non exheredatus, quæsitum est, quando commode instituatur, de quo scriptum est *in l.commodissime, de liber.& posthum.* ad hanc sententiam: Posthumum recte institui hoc modo: *Quisquis mihi postea natus erit, heres esto:* aut si testator adiicere velit tempus nascendi, ita commode instituetur, *siue quis viuo, siue mortuo me nascetur, heres esto.* vtroq; scilicet tempore nominatim expresso. Quod † si alterum, tantum tempus testator expresserit, placet eum, qui altero tempore natus erit, præteritum videri, & ideo esse eam hanc pœnam præteritionis, de qua supra dixi. Vt puta testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam nascetur, heres esto*, aliquis viuo testatore natus est, habetur pro præterito; quia non est natus, vt testator scripsit.

Iustinianus hic hanc sententiam ex parte emendauit. Constituit enim, † vt si testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam intra 10. menses nascetur, heres esto.* Constituit, inquam, in hac constitutione Iustinianus, posthumum natum recte institutum videri, non tantum si mortuo testatore natus erit intra 10. mēses morti proximos, sed etiam si viuo testatore natus erit. Si quis obiiciet huic loco *leg.commodissime.* recte respondemus, hanc esse vnam ex 50. decisionibus Iustiniani, qua veteri iuri derogauit, vt Iustinian. initio declarauit. Sed monendi sumus, hic emendari ius vetus in hac specie, vbi testator instituit eum, qui se mortuo nascetur his verbis adiectis, *intra menses.* Quid ergo si testator simpliciter dixerit, *si quis me mortuo nascetur, heres esto*, an hoc quoq; casu emendatur *l.commodissime?* Quidam ita putant, quod probandū non est duabus de caussis. I. Quia quicquid lege corrigente specialiter expressum non est, id veteris iuris regulis relinquendum est, *l.præcipimus in fin.infr, de appellat.* II. Quia inter has species & formas multum interest, vt proinde quæ ratione certa distinguuntur, etiam iure distingui debeant.

Diuersitas hęc est non obscura. Nam cum testator dicit, *si quis me mortuo nascetur*, apparet hæc verba, *me mortuo*, non posse esse addita, nisi ad distinguendum, & excludendum eum, qui viuo testatore nascetur. Proinde viuo testatore natus & verbis & sentētia verborum excluditur. Contra vero vbi testator ita dicit: *Si quis me mortuo intra 10. menses nascetur*: addit hæc verba, *intra 10. menses*, non ad distinguendum & excludendum, qui nascetur viuo testatore, sed ad excludendum, qui nascetur mortuo quidem testatore, sed non intra 10. menses. Voluit enim solum excludi eū, qui post mortem eius nascetur, vltra 10. menses; quoniam hunc pro legitimo filio habere noluerit. Quare cum hunc solum excludi voluerit per hæc verba, *intra decem menses*, ex eo intelligitur, ceteros omnes, qui quandocunque nascentur, se velle heredes esse, ac proinde cōstitutione hac Iustiniani hæc voluntas cōfirmatur.

AD TITVLVM XXX. COD. DE iure deliberandi, & de adeunda, vel acquirenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *Summa titulorum præcedentium, & ratio ac series sequentium breuiter ostenditur.*

2 Here-

2 *Hereditas quot modis acquiratur.*
3 *Heredum distinctio.*
4 *Necessarius heres quis, & cur ita dicatur.*
5 *Sui & necessarii heredes qui, & cur ita appellentur.*
6 *Voluntarii heredes qui.*
7 *Voluntariis heredibus quomodo acquiratur hereditas. & num. 9.*
8 *Hereditas quomodo acquiratur iis, qui sunt in aliena potestate.*
10 *Adita & quæsita hereditatis effectus.*
11 *Remedium duplex ad incommoda, ex hereditate adita emergentia, euitanda.*

1 VT series † & ratio sequentium titulorum facilius intelligatur, paucis colligenda est summa eorum, quæ antecesserunt. Agitur hic de rebus per vniuersitatem acquirendis, quod fit inter cetera, cum alicuius nobis hæreditas quæsita est. Acquiritur hereditas, cum delata est, iustis & constitutis ad eam rem modis, sed prius delatam esse oportet. Defertur autem testamento, vel ab intestato patrefamilias mortuo. Vocantur aliqui lege ad hereditatem. Ex testamento ita defertur, si & testamentum sit, & sit iustum, & eo testamento heredes instituti simus. An fuerit testamentum, testamenti definitio declarabit. Iustum testamentum efficitur aliter in milite, aliter in paganis. In milite iustum testamentum est, quandocunque miles fieri aliquid post mortem suã voluerit. In paganis vt testamentum iustum sit, tribus in rebus positum est, in persona testantis, in solemnibus testamentorum, & his, quæ testamento cauentur. In persona testantis est, vt sit is, qui ius testandi habeat; nam non omnibus testamentum facere permittitur. Huc pertinet *titulus, qui testam. fac. possunt, supr.* De solemnibus testamentorum, quæ & qualia sint, explicatur *sub tit. de testamentis.*

In his, quæ testamento cauentur: Primum caput est, vt aliquis heres instituatur, ac sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Institutus heres intelligitur, non tantum qui scripto iussus est esse heres, aut verbis nuncupatus; sed is, qui præterea recte institutus, quod fit, si & sit cum eo testamenti factio, vt heres institui possit, & instituatur eo modo, quo oportet. Hic tit. consequentes, *de heredibus instituendis, & institutione & substitutione,* quorum in priore ius explicatur de persona heredum, in posteriore de instituendi modo. Et quoniam ad quæstionem de heredibus recte instituendis pertinet, intelligi, an plures heredes instituere liceat, & quando ordine factum sit. Nam de hac quoque re ius subiicitur, ad hanc summam, licere non tantum plures heredes instituere, sed etiam plures heredum gradus facere, vt alij instituti, alij substituti sint, vbi & de iure & effectu institutionum dictum est. Id agitur *in titulo, de impuber. & aliis substitut.*

Alterum caput ad vim testamenti pertinet in his, quæ cauentur testamento, vt si testator liberos habet, hos heredes instituat, aut exheredet nominatim, siue hi iam nati sint, siue post nascentur, hinc *tit. de liber. instit. vel exher. & de posthum. her. instit.* Cum hæc ita transacta sunt, intelligemus, quando deferatur testamento hereditas. Sic enim incipiet deinceps deferri, si testator mortuus sit, & heres pure institutus, aut sub conditione, quæ iam exstiterit. Hoc modo delata hereditate sequitur, vt quibus modis delata acquiratur, cognoscendum sit: id ergo optimo ordine agitur *hoc tit. & seqq.* per contrarium.

2 Acquiritur † hereditas dupliciter, prout est conditio & qualitas heredum, non tantum ex testamento, sed etiam ab intestato.
3 Ob hanc † caussam hæc distinctio heredum traditur. Quidã sunt necessarii heredes, quidam voluntarii, id est, quidam, quibus hereditas iure acquiritur etiam nolentibus, quidam, quibus nõ nisi volentibus. Necessariorum duo genera sunt, quidam, qui necessarii tantum dicuntur, quidam sui & necessarii, vt est *in pr. tit. de*
4 *hered. qual.* Necessarius † heres est seruus à domino heres institutus cum libertate, ita vt ex testamento hereditatem simul & libertatem capiat. Necessarius ideo dicitur; quia heres est domini, siue velit, siue nolit, ita vt nec edicto prætoris fiat ei potestas abstinendi, de quo genere dictum *supr. de necej. seru. her. & in d. §. 1.*
5 *Inst. de her. qual. & differ.* Sui & necessarii † sunt liberi, qui cũ primo gradu essent, in potestate morientis fuerunt, vt ostenditur *in §. sui d. tit.* Necessarii dicuntur; quia itidem vt serui à domino instituti fiunt heredes, seu nolint, seu velint: proinde inuiti: quod si inuiti multo magis sui iuris ignorantes, vt sunt furiosi & infantes, §. *sui Instit. de here. quæ ab intestat.* Quam ob caussam etiam decedentes prius, quam de iure suo cognoscerent, aut quicquam statuerent, transmittunt hereditatem ad quosuis heredes, *l. 3. infr. hoc tit.* Sed iniuriosum videri potest liberos oneribus hereditariis inuitos implicari, præsertim cum extranei heredes non cogantur hereditatem adire, *l. nec temere, inf. hoc tit.* Pugnare etiam videtur cum regula, quæ dictat, inuito beneficium non dari, *l. inuito, de regul. iur.* Hæc soluuntur hac adiectione, qua dicuntur *sui.* Scire enim debemus suos heredes dictos esse, quod sint sui toti heredes, siue sibiipsis heredes, quod ex ea re fit; quia sui heredes etiam viuo patre domini existimantur bonorum paternorum, *l. in suis. de lib. & posthum.*

Hoc declaratur nomine paterfamilias & filiifam. quibus distinguuntur personæ patris & filij, sed in verbo *familias* coniunguntur, vt intelligatur familiam vtrique esse communem familiam, id est bona, quod est argumentum Pauli eo loci. Nec huic sententiæ obstare, ait Paulus, quod licet parentibus suos filios exheredare, id est, remouere à bonis suis; nam non eo minus domini erant liberi eorum bonorum. Non igitur exheredare potest pater liberos; quia bona ad eos non pertinuerint, sed quia hoc ius patri pro potestate sua tributum sit, vt etiam bona, quæ liberorum sunt, possit adimere. Argumentum est, quod & pater potuit occidere, quod primum est argumentum superioris sententiæ. Nam nihil tam omnium hominum proprium esse solet, quam vita à Deo tributa, quam tamen pater iure potestatis potuit adimere, neque quisquam ex eo colliget, vitam nõ esse liberorum propriam: sic nec ex eo, quod pater potest ordinare bona liberis, colligere possumus bona non esse liberorum etiam viuo patre. Sunt ergo bona liberorum propria, etiam viuo patre, vt supra diximus. Hinc efficitur, vt mortuo patre liberi, qui sunt sui heredes, fiant quidem heredes patri, sed fiant etiam heredes sibiipsis, vt qui in priore statu etiam bonorum domini fuerint.

Quorsum hoc ad necessitatem hereditatis acquirendæ? Respondeo: Id vero ad hanc rem optime pertinet; nam bona oblata nemo cogitur acquirere, incommoda oblata nemo cogitur suscipere, vt efficitur & regula iuris, de qua dixi, & exemplo extraneorum heredem. At bonis quæsitis iam ante, etiam inuiti & ignorantes retinemus incommoda suscepta, multo magis, vbi non consentiunt hi, quibus obligati eramus: sic fit, vt verbo, *necessariorum,* intelligamus suos heredes & iure fieri, & inuitos: ex verbo autem *suorum,* intelligamus rationem hic contineri, cur fiant inuiti, quod alioqui iniustum & iuriosum videri poterat. Sed acerbum est non tribuere liberis in potestate paterna, quod tribuitur extraneis: etsi enim fictione iuris domini habiti sint viuo patre; reuera tamen domini non fuerunt, sed nec cum creditoribus paternis quicquam contraxerunt. Idcirco prætores hanc acerbitatem iuris ciuilis mitigarunt, & fecerunt potestatem liberis abstinendi se hereditate paterna, de quo *titul. seq.* sed hac lege, si se non immiscuerint hereditati paternæ, de quo *in l. si te bonis, infr. h.*

Voluntarii † heredes sunt ceteri omnes, qui non sunt in numero necessariorum heredum. Atque hi omnes vno verbo extranei dicuntur, in est, qui nec in potestate morientis fuerunt, aut si fuerunt, non tenuerunt primum locum inter liberos, §. *ceteri. Instit. de her. qual. & diff.* His non acquiritur hereditas inuitis, sed tantum volentibus, *l. nec temere, infr. hoc tit.* Vnde voluntarii heredes à iuris auctoribus sunt appellati. Hinc fit, vt liceat his hereditatem repudiare, de qua repudiatione agitur *tit. seq.* Fit etiam, vt priusquam voluerint heredes esse, heredes nõ fiant, etiam si maxime his delata sit hereditas. Proinde si interim decedant, hereditatem delatam non transmittunt ad heredes, *l. 3. in fin. infr. hoc t.* 6
Sed † cum his sola voluntate acquiratur hereditas, an amplius quid desideratur ad acquirendum; Et placet extraneis heredibus sola destinatione animi hereditatem acquiri, *l. si auiæ, infr. hoc tit.* 7
Nec interest, quomodo id clarius declaretur, verbis, an re aliqua & facto; Verbis adeundo, re & facto gerendo se pro herede. Vnde dicitur omnis, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato.

Aut heres adeundo fit, aut pro herede se gerendo, §. *vlt. Instit. de hered. qual. & diff.* Aditionis verbum occurrit *in l. cretionum scrupulosam. seq. infr.* Pro herede se gerere quid sit, dicetur *ad l. 1. & 2.* Sed hoc modo acquiritur hereditas his heredibus, qui sunt sui iuris. His autem, qui sunt † in aliena potestate, ita destinatione animi volentibus hereditas acquiritur, si præcesserit eorum iussus, in quorum sunt potestate, *l. si quis mihi, §. iussum. de acquir. hered.* de quo *in l. filiofam. infr. h.* Interim in omnibus heredibus ad acquirendam hereditatem destinationem animi esse oportet, ex quo intelligitur, eos, qui 8

iudicio præditi non sunt, & quorum animi destinatio nulla potest esse, hos per se acquirere hereditatem nõ posse. Hinc quæsitum de pupillo, cui delata est hereditas, de quo *in l. potuit, inf.* Hinc de infante, de quo *in l. si infanti. h.*

9 Sed † hoc modo acquiritur heredi[illegible]as extraneis heredibus, verum non statim, sed his tribus conditionibus. Prima est, de qua iam initio diximus, omnium heredum, tam necessariorum, quã extraneorum communis, si his delata sit hereditas, *l. si quis extraneus. §. 1. de acquiren. hered. l. si curatoris, infr. hic.* Quod quando contingat, supra expositum est. Altera conditio est, si sciat heres extraneus sibi esse delatam, id est, vt aliis verbis expressum est, *Instit. de hered. qual. & differ. §. vlt.* si heres sciat defunctum testatum, aut intestatum decessisse, seque ei heredem esse, id est, aut se testamento institutum, aut sine testamento proximum se cognatum esse, qui lege, aut edicto prætoris vocetur ad successionem. Et hoc proprium est solum extraneorum heredum. In suis heredibus & necessariis scientia sui iuris non requiritur, vtpote qui ignorantes, & inuiti fiunt heredes, *l. cum quidam, §. seruum, de acq. hered.* In extraneis heredibus contraria de caussa requiritur, vt de iure suo certi sint; his enim destinatione animi acquiritur, vt dixi, hereditas. Placet autem quæ destinatione animi geruntur, non nisi vera & certa scientia peragi posse. *leg. in totum, de reg. iur.* Tertia conditio est in heredum persona, si, quo tempore hereditatem adierunt, aut pro herede se gerunt, sit cum illis testamenti factio, *§. in extraneis. Instit. eodem.* Quod non item in suis & necessariis exigitur, quia vnum & idem tempus est, cum heredes existimant, & tempus, quo testator moritur, nam statim eo mortuo heredes fiunt, etiam ignorantes.

10 Aditæ † & quæsitæ hereditatis hic est effectus, vt heres, siue suus, siue extraneus sit, in omne ius defuncti succedat, suscipiatque eius rei commodum & incommodum, *l. 1 2. 3. in prin. de bon. possess.* Commodum in eo, quod succedunt in dominium rerum omnium hereditariarum, itemque in actiones, quæ defuncto competierunt, *l. heres in omne, de acquir. hered.* Incommodum in eo, quod creditoribus hereditariis heres incipit obligari, non secus, quam defunctus, idque siue hereditas soluendo sit, siue non sit, *leg. vlt. infra de hered. actionibus, leg. morte. de acquiren. hered.* Hoc periculo proposito admonemur, vt delata hereditate rebus adhuc in
11 egris caueamus hoc incommodum. Ad † id euitandum duo sunt remedia, vnum in deliberando, alterum in inuentario rerum hereditariarum faciendo. Deliberatio hoc præstat, vt cognoscamus de facultatibus hereditatis, quibus cognitis si putemus expedire, hereditatem adibimus, sin minus, repudiabimus. Quod si etiã deliberatio hoc non præstitit, vt omne æs alienum cognosceremus, vt sæpe multa latent, aduersus omne periculum ratio inuenta est & constituta à Iustiniano, vt heres inuentarium faciat rerum hereditariarum, secundum formam ab ipso præscriptam, tum sine periculo adeat, de quo *in l. vlt. infr. h.*

Ex his intelligitur, quæ sit ratio huius inscriptionis, de iure deliberandi, & de adeunda, vel acquirenda hereditate. De iure deliberandi, quoniam deliberatio ante aditam hereditatem necessaria est: de adeunda hereditate, quia adeundo extraneis acquiritur: acquirenda, quia non sola aditione acquiritur, sed etiam ipso iure, nempe necessariis heredibus.

Ad L. 1. & 2.

Imp. Antoninus A. Titiæ.

Si à patre emancipata, eo defuncto bonorum possessionem non agnouisti: frustra vereris, ne hereditatis paternæ sis obligata, quod seruum eius nullo iure manumisisti, res quoque & mancipia quædam propter funeris impensas distraxisti, PP. Calend. Iulii. Messala & Sabino Coss. 215.

Imp. Alexand. A. Florentino militi.

Cum debitum paternum te exsoluisse alleges: pro portione hereditaria agnouisse te hereditatem defuncti non ambigitur. PP. VI. Id. Feb. Maxim. II. & Æli. a. Coss. 224.

SVMMARIA.

1 *Tria recensentur facta, quibus heres pro herede se gerere intelligitur.*

2 *Conciliatio* legum *1. 2. & 12. cum* §. vlt. Instit. de hered. qualitat. & differ. & num. 4.

3 *Quis pro herede se gerendo heres fiat.*

DVbitatio horum locorum hinc nascitur: ius certum est, eum, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato, heredem fieri, se pro herede gerendo, *§. vlt. Instit. de hered. qual. & diff.* In his autem † duobus rescriptis ita facta propo- 1
nuntur, quibus heres pro herede se gerere intelligitur, qui ea facit, quæ suo nomine vtiliter facere non potest citra ius & nomen hereditatis, id est, nisi sit iure & nomine heres, *l. pro herede in pr. de acq. her.* Huius generis facta hæc sunt, de quibus hic agitur, seruũ hereditarium manumittere, distrahere res hereditarias, exsoluere æs alienum hereditarium. Nam manumittere seruum nemo potest, nisi dominus, qui prius seruum in manu & potestate habuit, cum manumissio sit missio è manu & potestate, *Inst. de libert. in pr.* Non potest autem seruũ hereditarii quisquam dominus esse, nisi sit heres defuncti, si modo eo is seruus legatus non sit.

Similiter nec quisquam res hereditarias distrahendo in alium transferre potest, nisi qui earum sit dominus. Non enim plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habuit, *l. nemo, de reg. iur. l. traditio. de acquir. rer. dom.* nec dominus rerum hereditariarũ esse potest, nisi qui heres est defuncti, si ei res legatæ non sint. Idem dicendum est de eo, qui exsoluit æs alienum, nam suo nomine exsoluere nemo potest, nisi debitor, nec potest ex persona defuncti quisquam debitor fieri, nisi eius heres. Proinde qui hæc omnia facit, recte dicitur se pro herede gerere. Potest quidem heres æs alienum soluere non suo nomine, sed defuncti, vel hereditatis nomine. Quod si apparet eum hoc animo fecisse, pro herede se non gerit, sed in re dubia qui exsoluit, magis suo nomine soluere videtur, quam alieno, *l. merito, D. pro soc.* Ob hanc caussam de eo, qui seruum hereditarium manumisit, diserte responsum est, eum qui id fecit, obligari oneribus hereditariis, quasi pro herede se gessisset, *l. Iulianus. §. pen. de acq. her.* Idem traditur de eo, qui res alienas distraxit, nihil testatus de sua voluntate, cur scilicet eas res distraheret *d. l. pro herede, cir. pr.* Et is, qui æs alienum hereditariarũ persoluit, dicitur hoc facto iudicium defuncti agnouisse, *l. parentib. de inoff. testam.*

Hęc cum ita sunt, consequens esse videbatur, vt *in l. 1. h.* respõderetur filiam emancipatam, quæ patre defuncto, horum quid fecit, heredem fieri & obligari hereditariis oneribus quia reuera pro herede se gesserit. Nunc autem contra respondetur *in l. 1. h.* Augetur difficultas *ex l. 2.* quia ex eiuscemodi factis respondetur, heredem videri agnoscere hereditatem & pro herede se gerere. Quæritur † igitur, quam recte hęc tam varie dicantur, & quo- 2
modo cum superiore definitione conueniant eius, qui pro herede se gerat. Et recte sane omnia dicuntur, & nihil aduersantur superiori definitioni, aut his locis, in quibus dicitur, his factis vnumquemque heredem pro herede se gerere videri. Animaduertendum est † enim, non dicere nos omnem, qui pro herede se gerit, heredem fieri, & hereditatem acquirere, sed eum solum, cui delata est hereditas, & vt est *in d. §. vlt. Instit. de hered. qual. & differ.* eum tantum, qui extraneus heres vocatur ad hereditatẽ vel ex testamento, vel ab intestato. Proinde pro herede se gerendo is solum heres fit, & obligatur hereditariis oneribus, qui vocatur ad successionem iure ciuili, non etiam qui vocatur ad successionem iure prætorio tantum. Nam prætor heredem non facit, sed tantum dat bonorum possessionem, §. *quos autem. Inst. de bon. possess.* His autem, quibus bonorum possessio tantum datur, non acquiritur hereditas, cum pro herede gesserint, quia bonorum possessio tantum datur his, qui eam à magistratu petunt, vt olim erat necesse petere, aut apud magistratum agnoscere, quod ex constitutionibus nobis nunc facere satis est, *l. vlt. infr. qui admit. ad bon. possess.* Hoc cognito intelligi debet, emancipatam, de qua agitur *in l. 1.* non fuisse patri heredem, seu eam, quæ vocaretur iure ciuili ad hereditatem patris, sed eam, cui tantum daretur bonorum possessio in hereditate patris. Vnde intelligimus hoc quoque, non fuisse eam institutam testamento patris, nam ex testamento defertur hereditas, *l. 1. 2. h. t. l. lege obuenire, de verb. sign.* sed aut testamento patris fuisse præteritum, quo casu ei tantum da-

tur iure prætorio bonorum possessio contra tabulas, §. *emancipatos. Inst. de exher. liber.* aut eius patrem intestatum decessisse, quo casu emancipata iure ciuili non succedit, sed datur ei bonorum possessio vnde liberi, §. *emancipati, Inst. de her. quæ ab intest.*

Sed vnde colligimus talem filiam hic proponi, cum nihil exprimatur de eo? Respondeo: Intelligitur ex duabus partibus rescripti: I. quod proponitur filiam vocari ad successionem vt emãcipatam. Si instituta esset, non vocaretur ad hereditatem patris, vt emancipata, sed vt quiuis extranei instituti heredes: sed filia emancipata vocatur, cum datur præteritæ bonorum possessio secũdum tabulas, aut ab intestato datur ei bonorum possessio, vnde liberi. Colligitur præterea ex illis verbis, quod dicitur manumisisse seruum nullo iure, distraxisse res hereditarias nullo iure, priusquam bonorum possessionem agnouisset. Nam si ad hereditatem vocaretur iure ciuili, hæc omnia suo iure posset facere, cum vellet sine vlla bonorum petitione, quia hereditas sola animi destinatione acquiritur, vt dictum, *l. si auia, h.* Non obstant ergo ii loci, in quibus traditur, eum, qui seruum hereditarium manumisit, aut res hereditarias distraxit, pro herede gerere videri, *d. l. pro herede, l. Iulianus. §. pen. de acq. her.* Nam & hic fatemur filiã emancipatam, quæ litem fecit, pro herede se gerere voluisse, sed negamus ideo heredem fieri, quia non erat vocata, sed tantum admissa ad bonorum possessionem iure prætorio. Hæc autẽ nullo extraiudiciali facto acquiritur, sed agnatione apud magistratum testata, *d. l. vlt. qui admitti ad bon. poss.*

Quod si filia in proposito à patre heres instituta esset, quia iure ciuili ei hereditas deferretur, dicemus eam iis factis pro herede gerere, & oneribus hereditariis implicari. Idem hodie dicemus, si ab intestato patri succedat. Nam *ex Nouell. de hered. ab intest. §.* omnes liberi vocantur ad successionem patris, seruato ordine gradus, sed sublata differentia patriæ potestatis & emancipationis. Solum huic rescripto locus erit hodie cum filia emancipata testamento patris præterita erit, quemadmodum hoc casu testamentum iure ciuili valere dixi, tantumque emancipatæ relinqui bonorum possessionem contra tabulis, *Auth. non licet, & seq. de lib. præter.* Cur † ergo *in l. 12. h. t.* dicitur simpliciter eum, qui æs alienum exsoluit, id est, qui aliquo facto pro herede se gessit, statim videri hereditatem agnouisse? Respondeo, quia de eo agitur, qui iure ciuili sit heres, seu qui iure vocatur ad hereditatem. Id quidem non exprimitur aperte, sed non obscure intelligitur ex eo, quod dicitur, ex solutione æris alieni agnouisse hereditariã portionem. Nam hoc verbo, *hereditariam portionem*, supponitur, eam pertionem, de qua quęritur, fuisse hereditariam, id est, ad hunc iure hereditario pertinuisse: sed solum quærebatur, an heres videretur hanc portionem agnouisse, dum æs alienum exsoluit. Ex his apparet infirmari, quod dixi de ratione acquisitæ hereditatis in extraneis successionibus, vt scilicet tunc illis acquiratur, cum animi destinatione iis deferatur iure ciuili hereditas, diuersum esse, cum iis deferretur iure prætorio bonorum possessio.

Ad L. Si fratris. 3.

Imp. Gordianus A. Florentino militi.

Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate: siue ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit exsistere: siue ex parte, nihilominus statim suus ei heres exstitit: nec ea propter, quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad eiusdem fratris tui potes accedere successionem. Quod si cum iuris sui esset, ante aditam hereditatem decessit, tu que fratri tuo legitimus heres exstisti: siue intra tempora edicto præfinita, bonorum possessionem agnouisti: quæ hereditariarum facultatum sunt, vel quæ ab alio iniuria detinentur, præsidis diligentia tibi restituuntur. PP. XV. Kal. Sep. Gordian. A. II. & Pompeiano. Coss. 242.

SVMMARIA.

1 Pater relicto filio herede, relicto item fratre, decessit: filius ante aditam hereditatem moritur, institutis extraneis, quæritur, vtrum successio ad extraneos, an vero ad patruum peruenia?

2 Hereditas non adita ad heredes eius, cui delata erat non transmittitur.

PAter decessit relicto filio vel herede instituto, vel legitimo herede relicto, decessit idem & relicto fratre suo, eodemque filii patruo. Filius defuncto patre priusquam adiret hereditatem, aut bona hereditaria patri attingeret, statim decessit institutis forte extraneis heredibus. Hic successionem defuncti fratris vindicat frater eius superstes, de quo dixi, aut vindicat res hereditarias singulas contra heredes defuncti filij eam successionem ad se pertinere contendunt. Quæstio est, † ad vtros pertineat successio defuncti patris? Quæstio in eo, vtrum patris hereditas filio adhuc viuenti quæsita esset? Nam si quæsita sit, transmittitur ad heredes suos, sin minus, datur locus fratri defuncti legitimo heredi. Horum vtrumque efficitur ex defuncti hereditate. nam hereditas huius filij de quo quæritur, est successio in vniuersum ius, quod is filius moriens habuit, non in ius alienum, *l. hereditas, de reg. iur. l. nihil aliud, de verb. sign.* Inde mota controuersia fratri defuncti patris, consulit Imperatorem, quid iuris.

Rescriptum est accommodatum ad eam dubitationẽ, de qua dixi, hac distinctione: Referre, vtrum filius, de quo quæritur, fuerit in potestate morientis patris, an vero fuerit emancipatus, vel alio modo sui iuris factus viuo adhuc patre. Si in potestate patris, statim heres exstitit, id est, ipso iure sine alia aditione, aut immixtione, §. *sui. Inst. de hered. quæ ab intestat. leg. in suis & legitim.* & clausis etiam tabulis testamenti. quod hic adiectum est, propter ius vetus, quo cautum erat, hereditatem non posse adiri ante apertas tabulas testamenti, *l. vnica. §. in nouissimo infr. de cad. toll.* Sed hoc ius locum habebat in extraneis heredibus, quibus non potuit acquiri hereditas, nisi certis de iure suo. Non videbantur enim iuris sui certi esse posse, pr usquam tabulæ aperirentur, ex quibus de iure suo cognoscerent. At in suis heredibus, quemadmodum destinatio animi, & certitudo iuris sui non desideratur; semper placet hoc ius ad suos heredes non pertinere. Et hoc est, quod dicitur, aperturam testamenti ius sui heredis non mutare; id est, non impedire eos, quo minus iure heredes exsistant, siue apertæ sint tabulæ, siue non, *leg. 2. §. apertura. de hered. Instit.*

Scriptum quidem est, *leg. 5. §. vlt. de iur. & facti ignor.* qui ex asse heres est, posse petere bonorum possessionem, etiam ante apertas tabulas. Sed aliud iuris est in hereditate adeunda. Hæc non poterat adiri olim, nisi apertis tabulis. Sed hoc ius hodie sublatũ est, & effectum, vt non tantum sui heredes clausis tabulis heredes exsistant, sed etiam vt clausis tabulis adiri possit hereditas ab extraneis heredibus, *d. §. in nouissimo. inf. de cad toll.*

Hereditate hoc modo iure filio quæsita, consequens est, quod hic dicitur, fratrem superstitem ad fratris successionem accedere non posse. Nam si filius is, qui heres patri exstitit, alios heredes instituit, quam hunc fratrem, patruum suum, ad institutos pertinet & filii & fratris hereditas. Si filius intestatus decessit, pertinebit quidem hereditas, & successio ad hunc fratrem, vt legitimum heredem eius, sed non pertinebit vt successio fratris, sed vt successio filii, cui iam ante erat quæsita. Quod si filius hic sui iuris fuerit viuo patre, & non adita hereditate decesserit, non quæsiuit hereditatem, vt initio dixi. Proinde mansit semper hereditas, ex quo consequens est, eam pertinere ad omnes heredes patris defuncti legitimos: inter quos cum sit defuncti frater, consequens est, hereditatem ad eum pertinere, si adierit hereditatem, aut quouis alio modo agnouerit. Quod si defuncti fratris hereditas ad eum pertinet, etiam in rerum singularium dominium succedit, sine alia rerum singularum apprehensione, *leg. cum heredes, de acquirend. hered.* Quod rursum, si ita est, efficitur, quod extremo hoc loco dicitur, hunc fratrem defuncti fratris res hereditarias singulas iure vindicare posse, seu in rem actione petere & consequi, vt à quouis possessore sibi restituatur. Nam in rem actio cõpetit ei, qui iure gentium, aut ciuili acquisiuit dominium, *l. in rem de rei vindic.* Obiter † hic illa sententia notanda est, hereditatem non aditam, ad heredes eius, cui delata erat, non transmitti; de quo plura *ad l. quoniam infr.*

Ad L. Filiofam. 4.

Imper. Decius A. Athenaidi.

Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri, sæpe rescriptum est, PP. X. Kalend. Mart. Decimo A. & Grato Coss. 251.

SVMMARIA.

1 *Hereditas seruo, aut filiofamilias delata, domino, vel patri non acquiritur, nisi volentibus & adire iubentibus.*
2 *Hereditas filio delata, an patri, si consentiente filio pro herede se gerat, acquiratur,* & num. 4.
3 *Pro herede se gerere quis dicatur?*
5 *Post constitutionem Iustiniani, an ad hereditatem filio acquirendam, & patris iussus & filii consensus sit necessarius.*

1 PEr seruum & filiumfamilias qui in potestate nostra sunt, ceteræ res acquiruntur etiam nobis inuitis. Hereditas † autem illis delata non acquiritur, nisi volentibus nobis, atque ideo iubẽtibus, vt hereditatem adeant, *l. acquiritur. l. etiam inuitis. de acquir. rerum. domin.* Quod hac ratione constituitur; quia ceteræ res singulæ acquiruntur sine onere & incommodo nostro, hereditas autem ære alieno nos obligat, *l. pure. de acquirend. hered. l. si hereditas D. mandat. l. vlt. sup. de hered. actio.* Ratione ciuili & naturali permissum est vnicuique alterius conditionem meliorem facere inuiti & ignorantis, deteriorem autem facere non licet, *l. soluendo, de negot. gest.* Ob hanc caussam ius ita constitutum est, vt siue seruo hereditas delata sit, siue filiofamilias, iussus patris & domini præcedere debeat, sequi aditio filiifamilias, aut serui, *leg. si quis mihi bona. §. iussum de acquir. hered.*

2 Hinc † quæsitum est, an hereditas filiofamilias delata acquiratur patri, si consentiente filio se pro herede gerat? Dubitationis caussa manifesta est ex eo, quod supra dixi. Nam hic non mandat pater, vt filius hereditatem adeat, sed filius mandat patri, aut consentit, vt pro herede se gerat. Præterea filius hereditatem non adit, sed pater solus pro herede se gerit. Itaque vtrumque contra supra scriptam sententiam fieri videtur, ideoque nec videtur hereditas patri hoc modo acquiri posse. Hic rescriptum est, nihilominus hoc modo recte acquiri; quia solemnitati iuris satisfactũ sit. Hoc vero dicitur: Satisfactum enim est in hac specie solemnitati iuris, si non secundum verba, at secundum sententiam superioris iuris, s. non recte, at certe per sequentiam. Nam primo pater pro herede gerendo declarat se velle hereditatem filii acquiri, ac nihil aliud egisset, si mandasset, filio, vt ipse adiret. Nihil aliud enim hoc mandatum significaret, quam patrem velle sibi hereditatem acquiri, vt sic intelligatur hereditatem sibi non acquiri inuito, iuxta *l. qui in aliena. de acq. her.*

Sed hæc in proposita specie voluntas patris de acquirenda hereditate præcedit, quamdiu exigimus, vt iussus præcedat. Prius est enim, vt pater velit, hereditatem acquiri, quam vt acquirẽti filio consentiat. Ergo hic omnino mandato & iussu patris præcedente confirmatur sententia. Quod ad aditionem filii attinet, hoc pro certo haberi debet, hereditatem filio delatam sine aditione filii acquiri non posse; nam nec delata seruo acquireretur, nisi seruo adeunte, *l. 3. supr. de instit. & substit.* Et merito; quia soli filiofamilias hereditas defertur iudicio testatoris, aut legis, *l. qui liberis, §. vlt. de vulg. & pup.* Sed intelligendum est; cum in proposito filius consentit, vt pater pro herede se gerat, hoc ipso, quod consentit, hereditatem adire videri. Nam hereditas patri acquiri nõ potest, nisi filio prius adeunte, vt dictum. Proinde filius permittendo id, quod est consequens, intelligitur simul velle id, quod est antecedens, nempe hereditatem aditi, *argum. in l. illud, de acquirend. hered.* Quinimo filius permittendo patri pro herede se gerere,
3 hoc ipso intelligitur & ipse se pro herede gerere. Nam † pro herede gerit, qui id facit, quod nisi heres facere non potest. At permittere patri, vt fiat heres, nemo potest, nisi filius, qui ipse heres est; quoniam nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet, *l. nemo plus, de reg. iur.* Proinde filius hoc permittendo etiam pro herede se gerere intelligitur. Recte igitur dictum est in hoc rescripto: Cum pater voluntate filii pro herede se gerit, solemnitati iuris satisfactum esse, id est, perinde habendum esse, quasi iubente patre filius hereditatem adiisset, aut pro herede se gessisset.

Interim hoc rescripto & definitione ea, quam supra posui, cõ-
4 stituitur hoc, vbi † filiofamilias hereditas delata est, hanc patri non acquiri, nisi aut filius mandato patris, aut pater voluntate fi-
[illegible]reditatem acquirat, & ita vtriusque voluntatem in hac actione concurrere debere. Videri potest huic sententiæ ad-
[illegible] *l. qui in aliena, §. 1. de acquiren. hered.* vbi scriptum est: Filiofa-
[illegible] delata hereditate, si pater diu possederit hereditatem, vi-
deri ipsum & hereditatem admisisse. Item *l. si filiusfam. de pet. her.* vbi conuerso modo dicitur, si filiusfamil. delata hereditate filius hereditatem domini possederit, videri commodum hereditatis patri quæsiuisse. Sed hi loci non obstant; quoniam in his non agitur de acquirenda hereditate filiofamilias delata, sed de probatione acquisitionis. Si de acquisitione quæritur, vtriusque voluntas est necessaria & filii & patris, vt hic declaratur, neque refragatur id superioribus locis. Siue enim pater possideat hereditatem, exigimus, vt filio consentiente id fiat: siue filius ipse possideat, exigimus, vt fiat voluntate patris, alioqui hereditas inuito nõ acquiritur. Sed si quæratur, an pater filio, aut filius patri consenserit? Illis locis ostenditur, id non solum testibus probari posse, sed etiam longa hereditatis possessione.

Quæritur, † an hodie post constitutionem Iustiniani, iussus 5
patris & consensus necessarius sit ad hereditatem acquirendam, quæ filiofamilias delata sit? Nam constituit Iustinianus omnium aduenturorum proprietatem filiofamilias acquiri, & inter cetera etiam delatę hereditatis proprietatem, *l. cum oportet, l. vlt. infr. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas person.* Et puto hodie vtriusque consensum non esse necessarium, si filius adire hereditatem voluerit, licebit ei hoc facere etiam ignorante patre; nam potest adire etiam patre inuito, *l. vlt. inf. de bon. quæ lib.* multo igitur magis ignorante patre, *l. qui potest. de reg. iur.* Quod si filius hereditatem adire volet, fit potestas patri hereditatis adeundæ, idque sine voluntate filii qui iam repudiarit, *d. l. vlt.* Quod si filius hereditatem patri acquirere volet, hic quidem voluntas patris necessaria erit, ne inuitus pater obligetur hereditati. Sed non est necesse etiam hoc casu vtriusque consensum interuenire. Nam repudiante etiam filio patri volenti hereditas acquireretur, vt dixi. Neque tamen sublatũ est ius, quod hic traditur, & *in d. l. si quis mihi bona. §. iussum. ff. de acq. her.* Nam si filiofamilias hereditas delata est contemplatione patris, hęc videtur à patre potius profecta, & patri acquiretur per filium. *arg. in l. sed si plures, §. in arrogato, de vulg. l. profectitia, de iur. dot.* Porro etiam constitutionibus Iustiniani bona profectitia ad patrem redeunt, eique acquiruntur pleno iure, *d. §. 1. Instit. per quas pers. nob.* Proinde & in hoc quoque genere hereditatis necessarius erit consensus & iussus patris ad acquirendam hereditatem.

Ad L. Potuit. 5.

Valerianus & Gallienus. AA.
Paulo.

Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. PP. XVI. Cal Iul. ipsis IIII. & III. AA. Coss 258.

SVMMARIA.

1 *Pupillus an acquirere possit.*
2 *An omnis pupillus possit acquirere.*
3 *Pupillus quando acquirere possit.*
4 *Pro herede se gerere, item hereditatem adire, quid sit.*
5 *Pupillus an solus, an vero non, nisi alterius, & cuius auctoritate acquirere possit,* & num. 6.
7 *Actus & voluntas pupilli ad hereditatem sibi per tutorem acquirendam necessario requiritur.*
8 *Caussę, propter quas tutor pupillo inuito acquirere nequeat.*
9 *Tutor pupillo inuito possessionem bonorum acquirere non potest, & cur.*

PVpillo, id est, impuberi, qui non sit sui iuris, *l. pupillus, de verb. significat.* delata est hereditas, siue quod heres institutus sit, siue quod tanquam proximus agnatus defuncti vocetur ad successionem. Circa hereditatem hanc acquirendam duæ sunt summæ quæstiones. Vna, an ipse pupillus hereditatem possit accipere suo facto? Altera, an possit tutor ei acquirere eius nomine adeundo? In priore capite hæc quæruntur. Primo, an possit pupillus acquirere. Secundo, an omnis pupillus, etiã infans. Tertio, quando. Quarto, an solus, an vero non, nisi alterius auctoritate. Quinto, cuius auctoritate. Primũ, † an simpliciter pupillus he- 1
reditatẽ acquirere possit, ideo quæritur; quia hereditas destina-
tione

tione animi acquiritur, *l. si auia, seq.* Nulla autem animi destinatio esse videtur in ea ætate. Et placuit pupillum delatam sibi hereditatem posse acquirere sibi, vt *hic, & leg. pupillus, de hered. acquirend.* Sed fauorabiliter, vt dicitur *in dict. l. pupillus*, id est, non summo iure, sed benignitatis caussa pro fauore pupilli, vt hereditas acquiratur. Nam reuera non est in his destinatio animi certa. Neque tamen, cum dicimus eum posse hereditatem acquirere, fit contra præcepta iuris, quæ desiderant desiderantem nationem animi; quia quod iudicio pupilli deest, suppletur auctoritate tutoris, vt est *in leg. quamuis, § vlt. de acqu. hered.*

Sed an † omnis pupillus hereditatem possit acquirere, quod
2 propter infantem quæritur, cuiusmodi ætas pupillorum nullum intellectum habet, nec multum à furioso differre putatur, *§. pupilli, Instit. de inutil. stip.* Et placet etiam infantem posse acquirere se pro herede gerendo, vt est diserte scriptum *in l. seruo, §. si pupillo, D. ad Trebellian.* Vnde & sine exceptione iuris, recte hoc loco definitum est de omni pupillo.

Sed obstat *d. l. pupillus, de acq. her.* vbi excipitur pupillus, qui fari non potest, cum dicitur, pupillum, qui fari potest, hereditatem posse acquirere. Obstat etiam conditio ætatis, cum in infante nullus sit intellectus. Respondeo, obseruandum est *in d. l. pupillus*, generaliter definiri, pupillum hereditatem acquirere posse, quod declaratur, posse eum acquirere quouis modo, & adeundo, & pro herede se gerendo. Cum ita definitur, recte excipitur infans; quia infans non potest quouis modo hereditatem acquirere. In hac autem lege non dicitur simpliciter pupillum successionem consequi posse, pro herede se gerendo, quorum vtrumq;
3 recte dicitur, & inde est sequens quæstio, Quando † pupillus, vel infans, vel maior infante hereditatem possit acquirere? Et respondetur, quod maior infante hereditatem acquirere possit adeundo, multo magis pro herede se gerendo, *l. si infanti. §. vlt. h. tit.* Infans autem pro herede gerendo acquirere potest, vt hic generaliter definitum est, adeundo acquirere non potest, vt declaratur *in d. l. seruo, §. si pupillo. ad Trebell.*

4 Differentiæ ratio est; quia se † pro herede gerere est, tanquam dominum res tractare hereditarias, vel ad heredem pertinentes: hoc etiam potest facere heres infans, cum ei tanquam domino res in manus traduntur. Adire vero est verbis declarare voluntatem de agnoscenda hereditate, vt suo dicetur loco. Hoc vero infans præstare non potest; quia loqui non potest. Sed † an so-
5 lus pupillus hoc modo, scilicet, pro herede se gerendo hereditatem acquirat, vetus fuit quæstio, propterea, quod cum de acquirendo agitur, non est pupillo necessaria tutoris auctoritas, *Instit. de auctor. tut.* Hic autem de acquirenda hereditate agitur, sed non solum de ea acquirenda agitur, verum etiam de pupillo obligando; quia hereditas nos æri alieno obligat, *leg. more, de acquirend. hered.* Et ideo iam olim receptum est, nec hereditatem acquiri, nec bonorum possessionem, nec fideicommissum hereditatis pupillo restitui posse, sine tutoris auctoritate, *§. neque, Instit. de auct. tut.* Et hoc ita intelligendum est, nisi sit infans, *l. si infanti.* vt dicetur infra.

6 Desideratur † autem hic nominatim auctoritas tutoris; quia curatoris auctoritas est ad acquirendam hereditatem inutilis pupillo, etiamsi fingamus curatorem datum esse pupillo tutorem habenti, vt in aliquibus caussis receptum est, *leg. cum in vna. §. vlt. de appellatio.* Idque commune est; quia curator rebus datur; non personæ. Tutor autem personæ, non rebus, *§. 2. Institut. de curat.* In hereditate autem acquirenda noua persona magis suscipitur, quam nouum dominium, & per consequentiam dominium rerum suscipitur; nam heres in personam & locum defuncti succedit, *leg. quadam, §. 1. de edendo.* Vnde dicitur heredis personam eandem esse cum defuncti. *Nouell. de iureiurand. à mor. præst. in medio.* Sciendum tamen est, si pupillo tutor non sit, posse pupillum adire magistratum, cuius decreto si hereditatem agnoscet pupillus, solemnitatibus iuris satisfactum est, & hereditas pupillo acquiretur, *leg. si infanti, §. vlt. infr. leg. bonorum, supr. qui admit. ad bonor. possess.* Hæc de hereditate pupilli per ipsum acquirenda.

Hic dixerit aliquis, cur laboremus, an hoc, an illo modo, an huius, an illius auctoritate hereditas acquiratur, cum sit com-
7 pendiaria via ad acquirendum, si tutor, qui iudicio valet, potest eius nomine adire hereditatem, eique acquirere. Et ne frustra in superiori definitione laborauerimus, subiicitur hic, quod ad posteriorem quæstionem pertinet, Nempe † ipsius pupilli actum & voluntatem, ad acquirendam hereditatem necessarium esse: Tutorem autem ipso ignorante ei acquirere hereditatem non posse. Quod ait rescriptum: Actum & voluntatem pupilli in acquirenda hereditate esse necessariam, videtur aduersari. *§. vlt. Institut. de hered. qual. & differ. & leg. si auia, sequ.* vbi traditur, hereditatem sola animi destinatione, & sola voluntate acquiri.

Respondeo: Hæc non sunt contraria. Nam hereditas non acquiritur, nisi aut pro herede gerendo, aut adeundo, id est, verbis voluntatem suam testando de acquirenda hereditate, vt explicatur *in d. §. vlt. Instit. de hered. qual. & differ.* Proinde si pupillus se pro herede gerit, hic manifeste vtrumque requiritur, & actus gestionis, & voluntas, quatenus voluntatis pro suo captu capax est. Sed etsi pupillus hereditatem adit, hic quoque vtrumque requiritur & actus & voluntas. Voluntas, vt velit hereditatem agnoscere; deinde actus, vt hanc voluntatem testetur, vt est *in dicto. §. vlt. Instit. de hered. qual. & differ.* Et quod dicitur sola animi destinatione hereditatem acquiri, id intelligendum est, ita sola destinatione, quæ tamen testata est, *d. §. vlt.*

Quod † additur: Tutorem pupillo hereditatem acquirere
8 non posse, duabus de caussis recte constituitur. Primo; quia nemo hereditatem acquirere potest, nisi cui delata sit, *dict. leg. si quis extraneus, §. 1. de acquir. hered.* Defertur autem hereditas pupillo non tutori; deinde hereditas obligat nos æri alieno, vt supra dictum. Tutor autem inuitum pupillum hereditati obligare non potest, non magis, quam filius patrem, aut seruus dominum, *dict. leg. qui in aliena.* Quod † de hereditate dicimus, idem
9 etiam de bonorum possessione dicendum videtur, tutorem inuito pupillo bonorum possessionem acquirere non posse, ob eam, quam dixi, caussam. Non obstat *l. tutor, & l. si pupillo, de bonor. possess. l. bonorum, sup. qui ad bonorum possess. adm.* vbi constanter traditur, tutorem pupillo bonorum possessionem petere posse. Aliud enim est bonorum possessionem petere pupillo, aliud possessionem ipsi acquirere. Prius recte fit, sed non acquiritur pupillo, nisi aut iam ante consenserit, aut petitionem postea ratam hebuerit, *argumentum in leg. 3. §. acquirere, de bonor. possess.* Hæc tamen temperata est *in leg. si infanti, infra.* in infante, de quo constituitur, vt tutor eius nomine hereditatem adire possit. Secundum quam exceptionem & *l. potuit*, interpretanda est, iuxta regulam iuris, in toto iure generi per speciem derogatur, *l. in toto, de regul. iur.*

Ad L. Si auia. 6.

Impp. Diocletianus & Maximian. AA. Philippæ.

Si auia tua patrem tuum ex duabus vnciis scripsit heredem, ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat: Igitur, si testamento suo easdem vncias ad te pertinere decreuit: apud rectorem prouinciæ duarum vnciarum ius persequi poteris, PP. XVI. Calend. August. Sirmij ipsis IV. & III. A. Coss. 298.

SVMMARIA.

1 *Hereditatem aperte non agnoscens, si vel in testamento, vel alibi dixerit, se velle vt hereditas ad heredes suos perueniat, hoc ipso heres fit; & hereditatem transmittit.*
2 *Hereditas vnde adita intelligatur.*

QVI † hereditatem sibi delatam aperte verbis non agnouit; 1
vt diceret se velle heredem esse, neque quicquam hereditarium in ea hereditate attigit, si moriens in testamento, aut alibi dixerit, se velle, vt ea hereditas ad heredes suos vel institutos, vel legitimos perueniat, hoc ipso heres fit, & hereditatem transmittit ad heredes. An quo ? hic de hereditate auiæ agitur, quæ ex constitutione Theodosii filio delata transmittitur ad nepotes etiam non adita? *l. vn. inf. de hu, qui ante aper. tabul. hered. transm.* Minime. nam nondum edita illa Theodosii fuit constitutio. Iraq; non potuit hic dici hereditatem transmitti ad nepotem, nisi quia à patre erat adita. Sed vnde † aditam intelligimus, cum non acquiratur hereditas, nisi aliquo modo heres testatus sit voluntatem suâ
2 de hereditate acquirenda, *§. vlt. Inst. de her. qual. & differ.*

Respondeo, Qui dixit se velle, vt hereditas sibi delata ad suos heredes peruenirat, satis declarauit, se velle eam hereditatem patris ad se pertinere, ideoque se heredem esse, nam nisi quæsita esset ei hereditas, non peruenirat ad eius heredes, vt tempore huius rescripti ius fuit: qui voluit aliquid, id etiam voluisse intelligitur, quod necessario antecedit, *l. illud, de acquir. hered.* Proinde qui se velle dixit hanc hereditatem peruenire ad extraneos, eam ad eos transmittet.

Ad L. Quædam. 7.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Eusebino.

Quoniam sororem tuam prius functam esse proponis, quam agnosceret, an à fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum: manifestum, atque euidens est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. PP. Cal Maij, Thiralli AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Hereditatem, quam quis sibi delatam ignorat, adeundo, vel pro herede gerendo acquirere nemo potest.*
2 *Hereditas non adita, quamuis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes non transmittitur.*
3 *An ius adeundi ad heredes transmittatur.*
4 *Hereditas non adita certis in casibus ad heredes transmitti potest.*
5 *Caussa, cur hereditas non adita transmitti possit, duplex assignatur.*

1 HIc statuuntur duæ sententiæ, quas initio huius tituli attigi. Prior † est: Neminem posse adeundo, aut pro herede gerendo hereditatem acquirere, quamuis sibi delatam, si ignoret eam hereditatem sibi delatam esse, quæ sententia expressa est *in §. vlt. Instit. de hered qual.*

2 Altera † sententia est, hereditatem non aditam, quamuis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes eius non transmitti, regula iuris antiqui, quæ refertur & confirmatur *leg. vnica. §. in nouissimo.*
3 *inf de cad. tollend.* Sed an † heres ius adeundi saltem, quod habuit, ad heredes suos transmittit? Ergo regulæ sententia hæc fuit: hereditatem, neque ius hereditatis adeundæ transmitti. Quod optima ratione constitutum est. nam heres heredis, qui hereditatem non adiit, aut voluit eam hereditatem adire, vt hereditatem sui antecessoris, & id facere non potuit; quoniam illi quæsita non fuit: aut voluit adire, vt hereditatem eius, cuius iussu & à quo delata erat suo antecessori, & hoc multo minus facere potuit; quia illius non est heres. Cum igitur nullo iure possit hanc hereditatem acquirere, bene statuitur hanc hereditatem ad eos non transmitti.

4 Hoc tamen † ius non est perpetuum, sed quibusdam in casibus hereditas non adita ad heredes transmittitur, quod statuitur partim ex persona, partim ex caussa. Ex personis tunc, cum agitur de hereditate parentum in liberis transmittenda, de qua est constitutio Theodosii *l. vnic. inf. de his qui ante aper. tab.* cuius mentio est *in d. §. in nouissimo, de condit. toll.*

Caussa † cur placeat hereditatem non aditam transmitti, est
5 duplex. Prima, si heres, cui ius deliberandi tribuitur constitutione, intra tempus ad deliberandum præstitutum decesserit, *leg. cum in antiquioribus, infr. hic.* cuius item mentio est *in dict. §. in nouissimo.*

Altera caussa est, si is, qui legitimus heres esse poterat defuncto, institutus sit ab eo, testamento suo, in quo is, qui in vtero erat, præteritus sit. Nam si hic, dum pendet, an posthumus nascatur, nec ne, decesserit, non adita hereditate, placet eius heredes petere posse bonorum possessionem ex æquo & bono, *leg. illud, §. vlt. l. sequen. de bonor. possess. contra tabul. leg. ventre, de acquirend. hered.* Has quoque exceptiones attigimus supra *ad l. emancipata. supr. qui ad bon. poss. admit. poss.*

Ad L. Licet. 8.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Claudio.

Licet incontinenti sui heredes se paternis non immiscuerint bonis: tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem, longi temporis præscriptione, quo minus hanc recte vindicent, excludi non possunt. S. XVII. Calend. Ianuar. Sirmij. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *An vindicanti hereditatem obstet longi temporis præscriptio.*
2 *Quid si possessor triginta annis possederit hereditatem?*

FIlius, qui in potestate patris morientis fuit, patri defuncto exstitit ipso iure suus heres; etiamsi ignoret patrem defunctum esse, *leg. 3. supr. hic.* Heres factus hereditatem sui iuris recte vindicat à quibusuis possessoribus, qui hereditatem pro herede, vt possessores possident, *l. regulariter. ff. de hered. petit. l. hereditas, supr. d. titu. de pet. hered.* Quæsitum † est, an vindicanti ob-
1 stet longi temporis præscriptio, si is, à quo hereditas vindicatur, bona fide eam hereditatem longo tempore possederit, id est, 10. annos inter præsentes, 20. inter absentes, *l. vltim. infr. de long. temp. præscript. l. vlt. de vsucap. transfor. infra.* Mouent quæstionem constitutiones, quibus efficitur, his, qui rem aliquam bona fide & iusto titulo initio possident, competere præscriptionem longi temporis, *l. 2. & tot. tit. infr. de præscr. long. temp.* Et placet hereditatem vindicanti non obstate longi temporis præscriptionem, quicunque heres sit, qui hereditatem vindicabit, vt hic traditur, *& leg. hereditatis, supr. de pet. hered. leg. diutina, infr. de præscript. long. tempor. l. hereditatem, infr. in quibus caussis long. temp. præscript. cess.*

Non obstat, quod longi temporis præscriptio bonæ fidei possessori datur. Non enim solum hac conditione datur, si quis bona fide possederit, sed hoc amplius, si iusto titulo, *dict. leg. 2. & leg. penult. l. nullo. de rei vindicat.* Is autem, à quo hereditas petitur nullo iure possidet. quæ ratio significatur *in dict. leg. diutina, infr. de long. tempor. præscript. & dict. leg. hereditatem, infr. in quib. caussis cess. long. temp. præscript.* idque intelligitur ex definitione possessionis. Nam petitio hereditatis competit aduersus eum, qui pro herede, proue possessore possidet, *dict. l. regulariter, de hered. pet.* Is autem possidere dicitur pro herede, qui putat se heredem esse, & non est. Pro possessore autem possidet prædo, id est, is, qui non putat etiam se heredem esse, *l. pro herede. in prin. & §. vlt. cum l. seq. de pet. hered.* Neuter igitur istorum titulo possidet, cum neuter sit heres, nec illi prodest, si putet se heredem esse. non enim ideo heres est; quia se esse putat. Denique error tituli vsucapionem non adfert, *l. Celsus, de vsucap.* Quid si † 2
possessor hereditatis 30. annis possederit hereditatem? Respondeo; Nocebit vindicanti heredi triginta annorum præscriptio, siue sit filius defuncti, siue extraneus, *l. sicut, infr. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

Ad L. Si te bonis. 10.

Impp. Diocletia. & Maximin. AA. & CC. Sabinæ.

Si te bonis maternis maior quinque & viginti annis immiscuisti: neque inopia patris te excusat, neque vis fratris portionem tuam vel testamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui iure ciuili pro hereditaria portione te conuenient, potest. S. XVI Kal. Ian. Sirmij, Cæsaribus Coss.

SVMMARIA.

1 *Heres bonis paternis sese immiscens, si hereditas eius soluendo non fuerit, vtrum creditoribus ita teneatur, vt de suo soluere cogatur.*
2 *Quid si frater, vel alius portionem eius hereditariam occupauerit, vt in satisfacere non possit.*

Quod

QVod in extraneis hereditatis aditio, aut pro herede gestio, id valet in suis heredibus immixtio. Heres extraneus hereditatem adeundo, aut pro herede gerendo fit heres, ita vt iure ciuili postea repudiare non possit *l.inf.prox.tit.* Eodem modo & suus heres, cum se bonis paternis immiscuit, ita efficitur iure ciuili suus heres, vt nec iure prætorio habeat abstinendi facultatem *l.necessarius, de acq.her.* In suis heredib. immiscere se bonis idipsum est, quod in extraneis pro herede gerere, id est, ita se immiscet filius bonis paternis, cum aliquid gerit tanquam heres patris, *l.eum bonis, de acq.her.* Sed extraneus dicitur adire & pro herede, id est, tanquam heres gerere; quia venit ad bona nondum quæsita, sed oblata tantum, idque facit, non quia iam sit heres, sed quasi heres. Suus autem priusquam sese immisceat patri heres est, & dominus rerum hereditariarum: ideo si eas res attingit, dicitur se suis bonis immiscere.

Et hæc de maiore 25. annis herede dicta sunt, vt initio huius rescripti dictum est; quia minor siue hereditatem adierit, cum esset extraneus, siue suus se immiscuerit, ita fit iure cõmuni heres, vt tamen possit impetrare in integrum restitutionem, vt sibi repudiare, aut sese abstinere liceat bonis, *tit fi.vt minor se abstineat hered.sup.* Heres ita factus, vt supra dictum est, statim obligatur creditoribus hereditariis, de quo effectu hic agitur, quæriturq; primum, † quid si hereditas eius non fuerit soluendo?

1 Respondetur, eum nihilominus obligari hereditariis creditoribus, pro qua parte heres est, vt si non soluendo sit hereditas, de suo dependere cogatur, *l.more, de acquir. hered.* Rursum † quid
2 si huius heredis frater, vel aliu portionem eius hereditariam ei occupauit, vt non habeat, vt satisfacere possit creditoribus? Respondeo hoc ei nihil prodesse aduersus creditores, optima ratione: Nam quod portio eius hereditaria occupatur ab aliis, casus fortuitus est. Porro neque incendium, neque quiuis alius casus fortuitus, ære alieno eximit creditorem, *leg.incendium, sup.si cert. pet.* Præterea hæc ipsa occupatio iniuria est, quæ fit heredi: iniuriam sibi facta heres ad aliorum iniuriam proferre non debet: seu iniuria vni facta, non debet nocere aliis, *l.si per imprudentiam. in princ. de euict.*

Ad L. Renitente. 11.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Philumenæ.

Renitente te pater tuus, in cuius fuisti potestate, neque spem delatæ tibi legitimæ quærendæ successionis absumere, neque hereditarios manumittendo seruos, his præstare libertatem potuit. S.6.Id Feb. Sirmij, CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Delata filiofamilias hereditate pater non potest inuito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare.*

HEreditate filiofamilias delata, quamuis hereditas adita acquiratur patri in totum, aut saltem acquiratur eius fructus; tamen soli filio hereditas defertur, ita vt nisi filio adeunte acquiri non possit; quia si recusabit hereditatem, cogi non potest. Hoc ius in seruo herede instituto locum habet, multo magis in filiofamilias, *l.3.sup.de instit. & substit.* Huc facit *l.qui liberis, §.vlt.de vulg. l.si posthumus. de lib. & postu.* Ex hoc iure hæc sunt consequentia,
1 quæ hoc rescripto tranduntur, scilicet delata † filiofamilias hereditate, patrem non posse inuito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare, & in summa ius filii inuiti imminuere facto suo non potest: non potest pater eam hereditatem repudiare sine filio; quia nec eo inuito acquirere potest, *l.si qui heres, §.vlt.l.si potest.de acquir.hered.* Non potest pater eam hereditatem acquirere inuito filio; quia solus acquirere potest, cui delata est, *l.si quis extraneus, §.1.de acquir.hered.* Filio autem delata est hereditas, non patri. Quod si pater inuito filio acquirere non potest, palam est, eum seruos hereditarios manumittere non posse, res hereditarias vendere, aut de ceteris rebus statuere: hæc enim solus dominus facere potest, iuxta regul. iuris: *Nemo plus, &c. de reg.iur.* Iam autem effectum est primum dominum non esse. Hinc intelligi potest licere filio hereditate sibi delata procrastinare aditionem, & in id tempus reiicere, dum sui iuris efficiatur, vt sui iuris factus hereditatem adeundo sibi acquirat in totum, & quod ad proprietatem, & quod ad vsum fructum attinet, *l.non est dubium, inf.h.*

Ad L. Non est dubium. 15.

Imp. Constant. A. ad Leontium Comitem Orientis.

Non est dubium, si priusquam filius iussu patris adierit hereditatem, propriæ potestatis effectus sit, arbitrio suo eundem hanc sibi potuisse quærere. Dat. 17. kal. April. Limenio & Catulino Coss 349.

SVMMARIA.

1 *Filiusfam. sui iuris factus an suo arbitrio hereditatem antea sibi delatam adire possit, & si potest, vtrum sibi, an patri acquirat.*
2 *Vnumquodque patri per filium duabus de caussis acquiritur.*

FIliofamilias delata hereditate, si priusquam adiret, sui iuris factus sit, puta à patre emancipatus, quæritur, † si postea he-
1 reditatem adire velit, vtrum suo arbitrio possit, & si potest, vtrum ei, an patri acquiratur eatenus, quatenus acquisitum esset, si dum erat in potestate, eam adiisset? Et respondetur, eum non solum arbitratu suo adire posse, sed etiam si adiret, sibi hereditatem acquirere in solidum, nihil patri. Mouebat in contrariam sententiam exemplum stipulationis & contractuum. Nam si filiusfamilias stipulatus sit sub conditione, si nauis ex Asia venerit, quamuis emancipato eo conditio postea exsistit; tamen nihilominus obligationem & actionem acquiri patri, non filio, vt spectetur id tempus, quod ante fuit, non id, quo conditio exsistit. At hereditas cum defertur filiofamilias, omnino sub conditione acquiritur, si eam adeat; proinde si pendente conditione hac, sui iuris fiat, & postea hereditatem adeat, eodem exemplo videtur dici debuisse hereditatem patri acquiri, non filio, vt spectetur id tempus, quo conditio exstitit. Ius de conditionali stipulatione supra dictum est *in leg.si filiusfamilias, de verb. obligat.*

Respondeo: exemplum nos mouere non debet. Nam inter omnes iuris auctores constitit, differre in hac re stipulationes à testamentis, seu differre, vtrum filiusfamilias stipuletur aliquid, & hoc sub conditione: an vero filiofamilias deferatur aliquid testamento. Sub conditione stipulatio fit, vt omnimodo acquiratur patri, quandocunque conditio exstiterit. Quod autem testamento relictum est sub conditione, id non aliter acquiritur patri, quam si filio manente in potestate, conditio exstiterit, *l. quæ legata. de regul. iuris. leg. si vxorem infra, de condition. insert.* Idque significatur *in dict. leg. si filiusfamilias, de verb. obligat.* Differentiæ ratio multum quæsita est, in quo aliis aliud videtur. Hæc ratio, quam dicam, certa est. Vnumquodque † per filium patri ac-
2 quiri potest duabus de caussis; vel quia filiofamilias iam quæsitum sit; vel quia in eo acquirendo filiusfamilias aliud fecerit. Nam quod filiusfamilias fecit, dixitue, quod ad acquirendum pertineat, id fecisse & dixisse pater videtur voce filii, *§. si vero. § post mortem. Instit. de inutil. stipul. l. quodcunque. de verb. obligat.*

Ex hac ratione fit, vt stipulatio conditionalis à filiofamilias interposita, statim acquiratur patri; quia etsi pendente conditione nulla obligatio esse potest, quæ acquiratur vel patri, vel filio; tamen filius stipulatus est, vt proinde habendum sit, quasi pater stipulatus esset. Quod si pater stipulatus esset, nemo negaret, quandocunque conditione exsistente, obligationem acquiri patri. At in legatis & hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur, vel expressa, vel tacita, nulla ex his caussis intercedit pendente conditione, propter quam caussam hereditas, aut legatum patri acquiri possit. Nam pendente conditione legati, aut hereditatis nulla res est, quæ acquiratur, etiã filio, nedum patri, *arg. l. cedere, de verb. signif.* Sed nec in legato, aut hereditate voluntas filiifamilias interuenit, qua legatum, aut hereditas deferatur. Hæc enim deferuntur sola voluntate testatoris sine facto heredis, aut legatarii. Manifesta igitur ratio est, cur neque legatum

gatum conditionale, neque hereditas patri acquiratur, si filio emancipato legati conditio exsistat.

Ad L. Nec emere. 16.

Imperatores Arcadius & Honorius AA. Annodio.

Nec emere, nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur. Datum VI. Kal. Ian. Olibrio & Probino Coss. 395.

SVMMARIA.

1 *Nemo rebus adhuc integris emere, aut vendere cogitur, secus si res non fuerint integræ, & num. 2.*
3 *Nec hereditatem inuitus quispiam adire compellitur.*

1 NEmo † emere compellitur, aut vendere, *leg. inuitum, supr. de contrahend. emti.* quia emtio contractus est, & is, qui solo consensu perficitur, *leg. 1. §. vlt. de contrahend. emt.* Et quamuis solo consensu non perficeretur; tamen consensu vacare non posset, si esset contractus. Nullus est contractus sine conuentione & consensu, *d leg. 1. §. 1. de pact.* Non consentit autem, qui cogitur; nihil enim tam contrarium est voluntati, quam vis, *l. nihil consensui de reg. iur. l. 1. quod metus caussa.* Sed hoc ita est, † si ab initio de
2 re emenda agatur rebus adhuc integris. Nam si quis partem communis fundi emerit, & iudicio communi diuid. altera pars adiudicata sit emtori, hæc quoque pars venditori inuito accedit, *l. Iulianus. §. idem Celsus, de act. emti.* Quod item fit; quia qui semel partem emit voluntate sua, ea voluisse intelligitur, quæ necessario accederent. Idemque in hereditate acquirenda receptum est. Nam ab initio nemo cogitur subire hereditatem; si tamen hereditatis partem adierit quis, deinceps reliquorum coheredum portiones deficientes inuitus accipiet, *l. quidam. infr. hic.* Nemo donatum accipere cogitur, *leg. inuito. de reg. iur. leg. hoc iure. §. non potest. de donation. l. inuitus. §. vlt. de regul. iuris.* Idque eadem ratione; quia nemo emere cogitur; quia nemo rem accipit, nisi volens, nec transfertur dominium, nisi cum ex vtraque parte tradentis & accipientis concurrat affectus, *l. in omnibus. de obligat. & action.*

Non aduersatur huic sententiæ, quod dicitur per seruum etiam inuito domino acquiri, *l. seruus vetante. de verb. obligat. l. etiam inuitis. de acquir. rer. dom.* Item quod dicitur, vnumquemque pro debitore soluendo ignorantem & inuitum debitorem liberare, *Instit. quib. mod. oblig. toll. in pr. l. soluendo, de neg. gest. l. solutionem. de solu.* Nam nec donatum seruo inuito acquiri posset inuito, sed à seruo quæsitum acquireretur inuito domino: verum in persona domini non est donatum aut etiam simpliciter datum. Non enim vt datum dominus acquirit, sed vt rem, quæ à seruo data est tanquam fructum serui percipit per consequentiam rei suæ, quemadmodum & fructus ex sua re perciperet & perceptos acquireret, *l. qui scit. §. 1. de vsur.* Sed & illud, quod quis nomine debitoris soluit, creditori nunquam inuito acquiritur. Nam creditor nunquam accipiet, nisi volet, cum autem accepit, debitor inuitus liberatur; non quia illi quicquam detur inuito, sed quia inuito obligatio adimitur, quod per rerum naturam facere licet. Eadem ratione
3 † nec hereditatem inuitus quisquam compellitur adire: acquiritur enim hereditas extraneis heredibus volentibus, *§. vlt. Instit. de her. qual. & differ.* Acquiritur quidem hereditas necessariis heredibus iam inuitis, vt seruis & si iis, qui in potestate morientis fuerunt, in quibus est superuacua, *d. l. in suis. de suis & legit.*

Ad L. Cretionum. 17.

Impp. Arcad. & Honor. & Theodos. AAA. Anthemio, præfecto prætorio.

Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Dat. 5 Kal. April. Constantinop. Honorio 7. & Theod. AA. Coss. 407.

SVMMARIA.

1 *Hereditas heredibus extraneis quot acquiratur modis? & nu. 7.*
2 *Pro herede se gerere quid.*
3 *Adire hereditatem quid.*
4 *Adire hereditatem, & pro herede gerere, quid differant.*
5 *Adire hereditatem vnde dictum.*
6 *Aditio olim solemni verborum formula fiebat, & quæ illa.*
7 *Agnoscere hereditatem quid.*

ET *adeundi* verbum, quod supra vsurpatum est, & *cretionis*, quod hic commemoratur, nos admonet, vt quæramus, non solum quid his verbis significetur, sed etiam quibus modis acquiratur hereditas extraneis heredibus, quem locum initio huius tituli obiter attigimus. Et acquiritur † extraneis hereditas 1
sola animi destinatione, *l. si auia. sup.* sed hic animus declaratur aut adeundo, aut pro herede gerendo. Vnde totidem modis hereditas acquiri dicitur extraneis heredibus; tunc enim ponuntur in his locis, *l. cum in antiquioribus. inf. l. & si quis. §. si quis. de religio. l. quamdiu institutus. de acquir. her.* Quæ genera ita distincta sunt, vt neque qui adit, pro herede se gerere, neque qui pro herede gerit, secundum significationem verbi adire intelligatur: vnde dubitatio *in l. si quis mihi bona. §. sed quid si, de acquir. her.* Pro herede † gerere, est facere 2
aliquid, quod non possis facere vtiliter, nisi sis heres, vt *ad l. 1. & 2.* dictum. Sic dictum, quasi pro domino gerere, *§. vlt. Inst. de hered. qual. & differ.* Adire † autem hereditatem est aperte & recta pro- 3
fiteri, se velle heredem esse. quod fit verbis, vt est *in d §. vlt.* vel nutu, cum quis interrogatur, an velit heres esse, & annuit, *l. seruo. §. si pupillo, ad Trebell.* vel scripto, dum se velle heredem esse scribit, *arg. in l. 1. de acquir. her.* Ex † quibus definitionibus intelligitur, adire 4
esse nudæ voluntatis; pro herede gerere esse facti & administrationis. Item adire habere apertam professionem voluntatis de hereditate acquirenda: pro herede autem gerere nullam voluntatis professionem habere, sed factum ipsum, ex quo deinde ratiocinando animus agnoscendæ hereditatis colligitur.

Adire † hereditatem ita dictum est, quasi dicas ire ad hereditatem, vt eam habeas. Vnde pro verbo *adeundi* veteres hac vsi sunt 5
formula, vt dicerent: Eum heredem, qui vellet heres esse, accedere ad hereditatem, seu successionem, *l. 3. sup. h. tit. l. vlt. de acqu. her.* Aditio † olim fieri solebat solemnibus verbis, vt dicimus ex fra- 6
gmentis Vlpiani *tit. de hered. instit.* Solemnis autem formula hæc erat: *Cum me Lucius heredem instituerit, eius hereditatem adeo, cernoque.* Ex quo verbo postremo genus aditionis *cretio* appellatum est. Tunc autem necesse erat verbis his solemnibus hereditatem cernere, cum testator heredem instituerat cum cretione, vt testis est ibidem Vlpianus, id est, cum ita eum heredem instituerat, vt simul iuberet eum cernere hereditatem suam intra certos dies, quos illi præstituebat, vt vellet eos dies vtiles esse, quibus sciret heres, posset que cernere: interdum ita, vt vellet esse continuos. Hoc posterius dicebatur cretio continua, quod exigeret dies continuos.

Prius cum faciebat, dicebatur cretio vulgaris, quod vulgo testatores in cretione iniungenda, dies vtiles exigerent, quibus heres sciret, posset que hereditatem cernere, ad quod allusit Anton. *lib. 2. de orator.* cum ita loquitur: *Et dicam, quod scio poterque, vt est in cretionibus.* Sic enim legendum esse post edita illa fragmenta Vlpiani intelligimus, vt prius perperam & nullo sensu lectum sit, vt est in conditionibus. Hac constitutione cretionum solemnitas sublata est, postquam constitutione effectum est, vt ad acquirendam hereditatem nihil interesset, vtrum quis pro herede gereret, an adiret, & in adeundo vtrum solemnibus verbis vteretur, an non? Et hoc est, quod *in §. vlt. Inst. de her. qual.* dicitur; *Quibuscunque verbis declarauerit quis voluntatem suam de acquirenda hereditate, hereditatem acquiri.* Neque eo minus tamen etiam nunc recte dicetur aditi & cerni hereditas: vtrumque enim per translationem dicitur, & alterum sine altero in acquirenda hereditate esse non potest. Nemo enim adit hereditatem, id est, accedit ad hereditatem, vt acquirat, nisi cernat animo, tanquam suam, nec cernit quisquam, nisi qui prius ad eam accesserit, id est, vno verbo, qui eam adierit.

Manent † igitur duæ illæ species distinctæ, acquirendæ here- 7
ditatis, quas supra posuimus, aditio & pro herede gestio, neque plures species leguntur, vt apparet ex iis locis, quos de iis duabus speciebus supra retulimus. Neq; adeo plures esse possunt, si hereditas sola animi destinatione acquiritur, vt acquiritur. Sũt tamẽ q

hac

hac diuisione vsi sunt, vt dicerent hereditatem acquiri, aditione, pro herede gestione, cretione, immixtione, agnitione, quæ diuisio ex ignorantia verborum, & manifesta imperitia iuris nata est. Nam primum certi iuris est, immixtione hereditatem acquiri nõ posse, nisi suis heredibus, in quibus solis locum habet immixtio, vt dictum *ad l. si te sup.* Nam sui fiunt heredes, siue se immiscuerint, siue non, vt dictum supra *ad l. 3.* Cum ipso iure illis hereditas quæsita sit statim ab initio: eam nullo suo facto postea amplius quærere possunt, §. *sic itaque. Inst. de action.* Iure quidem prætorio iis, qui se immiscuerint, denegatur abstinendi facultas, *l. necessariis de acquir. her.* Sed non item immixtione acquiritur iure prætorio. Acquiritur ipso iure tam ex legibus, quam ex edicto prætoris, sed acquisita retinetur iure prætorio post immixtionem; quoniam si se immiscuerint, postea abstinere non possunt. Cretione autem acquirebatur olim hereditas, sed cretio nihil aliud erat, nisi aditio solemnis, vt testantur verba cretionum; *Eius hereditatem adeo, cernoque.* Quæ verba coniunguntur, non quia diuersæ hic res sunt adire & cernere, sed vt magis animus adeuntis intelligeretur.

Agnitionem autem distinguere ab aditione, & nouam speciem acquirendæ hereditatis facere, summæ est imperitiæ. Nam 8 † *agnoscere hereditatem* nihil aliud est, quam testari se heredem esse velle, *l. si auia. sup.* Hoc autem nihil aliud est, quam hereditatem adire. Quod si propter verbum *agnoscendi* noua species acquirendæ hereditatis statuenda est, debuit etiam dici hereditatem acquiri admissione, amplexatione, susceptione. Nam & heredes cum adeunt hereditatem, dicuntur hereditatem admittere, *l. 6. §. 1. de acquir. her. l. quidam. infr. h.* Dicuntur etiam amplecti hereditatem, *l. quæsitum. de acquir. hered. l. si liberti sup. de bonis liber.* Dicuntur etiam suscipere hereditatem, *l. eum bonis. de acquir. her. §. vlt. Instit. de hered. qual. & diff.* Sed hæc omnia plura verba sunt, sed vnam eandemque rem significantia, nempe aditionem, & testationem voluntatis de acquirenda hereditate. Nam hæc tria, *agnoscere, amplecti, admittere hereditatem*, dicta sunt per translationem, ducta ab iis, qui aliquos tanquam amicos suos agnoscunt, pro suis amplectuntur, & salutati ad se admittunt & suscipiunt, vt probent se illos vere pro suis agnoscere, quod in hereditate acquirenda facit is, qui vult heres esse. Eadem translatio est in verbo *adeundi*, quod in prioribus verbis hereditas sic accipitur, quasi esset res mobilis, quæ ad nos veniat. In *adeundi* autem verbo sic de hereditate agitur, quasi res sit immobilis, ad quam accedamus, & ad quam intromittamur. Qua ratione heres cum adit hereditatem, non tantum dicitur hereditatem admittere, sed etiam dicitur eodem sensu admitti ad hereditatem, *l. si seruum. de acquir. her. sup. qui admitti ad bon. poss. possunt.*

Ad L. Si infanti. 18.

Impp. Theodos. & Valentin. AA. ad Senatum.

Si infanti, id est, minori septem annis, in potestate patris, vel aui, vel proaui constituto, vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata à matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere. ¶ 1. *Sed si hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem deuoluta, iure patrio quasi iam infanti quæsita capere.* ¶ 2. *Parente vero non subsistente, siquidem post eius obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto eius nomine adire hereditatem, siue viuo parente, siue post mortem eius ad eum deoluta: vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere, &c.*

S V M M A R I A.

1 *Hereditatem infanti, qui parentem masculum habet, delatam solus pater infantis nomine adire, eiq; acquirere potest.*
2 *Pater hereditatem infanti delatam adire negligens, eam, mortuo infante, iure patrio capere potest, ac si infanti fuisset quæsita.*
3 *Hereditas infanti delata, si defuncto parente in tutoris sit potestate, quomodo acquiratur & ad quos transmittatur? & nu. 4.*
5 *Hereditas, tutore non adeunte, ad quem post mortem infantis transmittatur.*
6 *Hereditas pupilli, qui maior est infante, quomodo & acquiratur & transmittatur.*

HAc lege ius constituitur inprimis animaduersione dignum de hereditate, quæ pupillo delata sit, tum acquirenda, tum non quæsita transmittenda. Sic quoque aliud ius lex constituit in infante, aliud in eo, qui sit maior infante. In infante vtraque in parte, id est, tum in acquirenda, tum in transmittenda hereditate lex ius constituit singulare & nouum, à quo posterioribus constitutionibus recessum non est. In eo autem, qui maior est, ius antiquum obtinet. Rursum in infante distinguitur is infans, qui patrem, aut alium parentem masculum habet, ab infante, qui parente mortuo est in potestate tutorum. De eo, qui patrem habet, ius est constitutum *in princ. & vers. a.* Ac primum de hereditatis infanti acquirendæ ratione, ad hanc sententiam.

Quæcunque † hereditas delata erit infanti, qui parentem 1
habet masculum, hanc pater solus infantis nomine adire potest, eique acquirere. In quo si regulas iuris sequemur, multa sunt, quæ huic sententiæ aduersantur, sed, vt dixi, ius singulare est constitutum & nouum, ideo quæ contradicuntur, nihil negotii est diluere. I. Opponitur *l. potuit. sup. h.* vbi cauetur hereditate pupillo delata ipsius actum & voluntatem esse necessariam in hereditate accipienda. Respondeo: Hac lege infantem excipi, in quo propter vtilitatem infantis ab eo Iure consulto discessum sit, & merito. Nam infans neq; hereditatem adire potest, vt illius dominus, neq; pro herede vllo modo gerere; si vere iudicare volumus. Nam pro herede gerere facti est, sed & nihilominus animi est, nec quisquam gerit, nisi qui animo agnoscit hereditatem, *l. pro herede. l. gerit. de acquir. her.* Proinde priusquam hereditas infanti amittatur, recte constitutum est, vt ei acciperetur à patre, quamuis ipso ignorante, nec consentiente, qui alioqui nullum intellectum habet, §. *pupillus. Inst. de inut. stip.*

Pugnat etiam hoc ius cum regula iuris de acquirenda hereditate. Nam quibus ex caussis repudiari hereditas non potest, iisdem nec acquiri potest, *l. si quis extraneus. §. 1. de acquir. her.* Pater autem sine consensu infantis repudiare hereditatem non potest, *l. is, qui heres, §. vlt. de acquir. her.* Proinde nec secundum hanc regulam acquirere potest ignorante infante. Sed hic ius singulare est pro vtilitate infantis constitutum, vt ei acquiratur hereditas. Postremum est commune ius, quo constitutum est, ne cui hereditas ignoranti acquiratur & inuitus obligetur ære alieno, *l. 6. in pr. de acquir. her.* quo placet pupillum, ne auctore quidem patre, obligari posse, *l. vlt. §. pupillus. de verb. oblig.* Sed & hic, vt dixi, ius singulare est, vbi non de obligando tantum infante agitur, sed hereditate ei acquirenda: neq; iniquum est, infantem ignorantem, per consequentiam obligari. Nam si maiora sunt commoda hereditatis, quam incommoda, nullum damnum est infanti hereditatem acquisiuisse. Quod si maiora erunt incommoda, quæ præter spem emerserunt, vt fit, ne hoc quidem ei damnosum est; quia licet ei, cum adoleuerit, aut sui iuris factus fuerit, impetrare in integrum restitutionem, *l. vlt. §. vbi autem. inf. de bon. quæ liberis.*

Vt autem singulare ius est in ratione hereditatis infanti accipiendæ, cum patrem habet, ita & singulare ius est in hereditate transmittenda. Nam hic *in vers. a* ita constituitur. Si † pater he- 2
reditatem infanti delatam adire neglexerit, patrem eam hereditatem mortuo infante iure patrio capere posse, quasi infanti fuisset quæsita. In quo primum singulare ius est, quod constituitur de hereditate transmittenda, quæ adita non fuerit, neque ab infante, neq; à patre. Est enim contra regulam iuris; quia hereditas non adita non transmittitur, *l. vn. §. in nouissimo. inf. de cond. tollen.* Et ideo hic casus notandus est, & adiiciendus his, in quibus regulam iuris locum non habere dixi *ad l. 1. sup.* Deinde & illud singulare, quod placet, hanc hereditatẽ non transmitti ad heredes quosuis infantis, sed ad parentem masculum duntaxat. Ait enim constitutio, *iure patrio*: deinde *in §. sin vero. eadem lege.* constituitur ita, si infans, qui non habet parentem, decedat hereditate non adita, vt hereditas non transmittatur ad eius heredes, sed redeat ad eos, ad quos pertineret, si infanti non esset delata.

Hic quæsitum est, quo iure pater eam hereditatem capiat & an ca-

an capiat iure peculij: nam quotiescunque filius familias intestatus decedit, vt hic infans, qui fuit in potestate, decessit, toties pater bona filij occupat tanquam sua, peculii iure, etiamsi essent bona castrensia, aut quasi. multo magis si erunt aduentitia? *l. 2. de pecul. castr.* Hoc autem ideo quæritur; quia si pater hanc hereditatem peculii iure occupat, eam capit ipso iure sine vlla aditione, suo iure, eoque etsi ea adita non erit, nihilominus eam transmittet ad quoscunque heredes. Et dicendum est, eam hereditatem patrem peculij ratione & iure occupare non posse. Prius est enim, vt ea hereditas fuerit in peculio infantis, vt tanquam peculium infantis occupari possit. Nunc autem in peculio infantis esse non potuit, cum illi non fuerit quæsita. Præterea hanc hereditatem peculij iure non capere patrem, argumentum certissimum est, quod placet in hac ipsa constitutione eam hereditatem etiam ad parentem pertinere, si infans sui iuris fuerit, non in potestate patris, *vers. ea vero.* Infantis vero & eius filii, qui in potestate patris non est, nullum peculium est, *l. vlt. quando act. de pecul. l. vlt. cir. fin. sup. de inoffic. test.*

Sed an pater hanc hereditatem capit tanquam heres? Respondeo: Nec id quidem, alioqui si tanquam heres caperet, etiam ea hereditas ad reliquos infantis heredes pertineret, vbi pater non esset, quod secus est, §. *fin vero. infr.* Quo iure igitur capiet? Id expressum est in constitutione. Capit iure patrio, id est, vt heres quidem, sed non solum vt heres, verum etiam vt pater, ac nisi pater esset, non caperet in quo singulare ius perspicitur patris causa maxime constitutum. Hoc loco quæsitum est, an recessum sit ab hoc iure *ex Nouell. constit. Iustin. de hered. ab intest. venientibus. §. 1.* Cuius summa comprehensa est *in Auth. defuncto inf. ad Tertull.* Nam illic constitutum, si quis intestatus decesserit sine liberis, relicto patre & matre & fratribus, hereditatem inter ipsos ex æquo diuidi, non solum ad patrem pertinere. Num ergo idem dicemus in hac hereditate infanti delata, quæ nō adita ad patrem iubetur pertinere? Respondeo, speciem huius legis ad constitutionem Iustiniani non pertinere vllo modo, & ideo manere huius legis constitutionem. Nam Iustiniani constitutio loquitur de hereditate defuncti, quam vult inter suprascriptas personas ita diuidi, vt diximus. Nunc autem ea hereditas, de qua ibi agitur, infantis non fuit. Non obstant verba huius constitutionis, cum dicitur, patrem eam hereditatem capere, quasi infanti esset quæsita. Hæc enim verba sunt similitudinis, quæ non significant vere quæsitam esse, sed cum de transmittenda agitur, perinde habēdam esse, quasi quæsita esset, vt acquiratur patri, sic *in l. precibus. de impub. in fin.* dicitur hereditas restitui, verum ex causa fideicommissi; vbi tamen nullum fideicommissum est.

3 Hæc de infante, qui parentem habuit. Quod † si parente defuncto infans sit in potestate tutoris: hic singulare ius est in ratione acquirendæ hereditatis: in transmittenda autem hereditate ius antiquum est. Nam *in §. parente*, ita statuitur, etiam tutorem infantis nomine hereditatem adire posse, eique quærere, quod hic singulare est, constitutum contra *l. potuit sup.* & contra eas rationes, quas illic reddidimus. Sed hoc, vt dixi, infantis causa est constitutum, cum per ipsum hereditas quæri non posset, vt qui nullum intellectum habeat.

4 Et † notandum tutore ita adeunte, sic acquiri infanti hereditatem, vt eo mortuo transmittatur ea hereditas ad quosuis eius heredes; tum enim solum non transmittitur, cum hereditas à tutore adita non est, vt est *in §. fin vero.* vbi colligitur differentia notanda inter infantem & furiosum. Nam si furioso hereditas delata sit, placet quidem hereditatem ei viuo tribui, vt administretur per legitimum curatorem, tāquam furioso quæsita. Ceterum si furiosus in eodem morbo decedat, non pertinet ad furiosum hereditas, sed ad eos, ad quos pertineret, si furioso non esset delata, *l. vlt. §. pen. sup. de curat. furiosi.* Differentiæ ratio est in auctoritate tutorum & curatorum. Tutor hereditatem aecipere & acquirere potest infanti; quia infantis quodān. odo loco est. Tutor enim personæ datur: curator non personæ, sed rebus, *l. in copulandu. sup. de nupt.* Et ideo dicitur curatoris auctoritas inutilis esse pupillo ad acquirendam hereditatem, *l. cum in vna. §. vlt. de appell.*

5 Quod † si tutor hereditatem non adierit, infans postea decedens hereditatem non transmittet ad heredes suos, sed redibit hereditas ad eos, ad quos pertineret, si infanti delata non esset, vt est *in d. §. fin vero.* Quod ita intelligendum est, nisi fuerit hereditas patris, cuius in potestate fuerit infans. Nam hæc infanti quæritur ipso iure, vt de suis heredibus dixi *ad leg. 3. sup. §. sui. Institut. de hered. quæ ab intestato.* Quæsita infanti non potest, quin ad eius heredes pertineat. de quo quia quidam dubitant propter verba huius loci, non abs re erit, hanc sententiam paucis confirmare. Statuitur autem certa auctoritate & manifesta ratione. Expressa est hæc sententia *in leg. 3. sup.* sed apertissime *in l. apud hostes. de suis & legitimis heredib. l. qui duos. §. cum bello. de rebus dubiis.* Ratio autem certa hæc est: Hereditas defuncti ad eius heredes legitimos citra controuersiam pertinet. At hereditas patris infanti delata est, si infans suus heres exstitit. Probatur ex definitione hereditatis: nam hereditas cuiusq; est successio in vniuersum ius, quod is moriens habuit. At infans, qui suus heres exstitit, hereditatem patris habuit, vt pote iure ipso sibi quæsitam. Ergo hæc ad quosuis legitimos eius heredes pertinebit. Non debemus moueri in cōtrarium verbo huius §. *fin vero.* eo quod constitutio loquitur de qualibet hereditate infanti delata. Nam temperamentum adiicitur, ex quo intelligimus, de hereditate extraneo infanti delata agi. Agitur enim de hereditate, quæ à tutore adeunda sit, §. præcedenti, deinde de hereditate deuoluta, item de hereditate non adita. Hæc etiam verba suis heredibus non conueniunt, sed extraneis. Nam in suis heredibus aditio nulla est, *l. in suis. de suis & legit.* Præterea hereditas patris ad liberos suos heredes, non tam deuoluta dicitur, quam dominium continuari, ita vt videatur nulla successio fuisse, *l. in suis. de lib. & posthum.*

Hactenus de hereditate infanti delata. Quid † si pupillus maior erit infante? De eo constituitur *in §. vlt. hic.* & constituitur ita, vt ius antiquum seruetur, tum in ratione acquirendæ hereditatis tum in hereditate non adita transmittenda. Est autem hæc summa: Huiusmodi pupillum sine facto & voluntate sua hereditatem quærere non posse, *iuxta l. potuit sup.* Sed ei auctoritate opus esse ad hereditatem acquirendam. Adhibebitur autem patris auctoritas, si est in eius potestate, *l. more. §. vlt. de acquir. hered.* Si pupillus sui iuris est, adhibebitur auctoritas tutoris, aut nullo tutore constituto adhibebitur decretum iudicis. Hereditate enim ita non adita, placet secundum regulam iuris, vt aditam non transmitti.

Ad L. Cum in antiquioribus. 19.

Cum in antiquioribus legibus, & præcipue in quæstionibus Iulij Pauli inuenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse & in suam posteritatem hanc transmittere: & aliis etiam quibusdam adiectis, quæ in huiusmodi personis præcipua sunt: eam deliberationem & in omnes successores, siue cognatos, siue extraneos, duximus esse pretelandam, &c.

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*
2 *Heres an post annum, quo hereditatem sibi delatam cognouit, hereditatem adire possit.*

SVmma † hæc est: Heres hereditatem sibi delatam & non aditam, nec tamen repudiatam, decedens, & vna ius adeundi transmittit ad quosuis heredes, dummodo sciens hereditatem sibi delatam decedat, & decedat intra annum, ex quo sibi delatam cognorat: sic vero transmittit, vt quod ex eo anno reliquum est, tantum relinquat heredibus suis ad deliberandum, non amplius. Tribuitur hoc ius in hereditate delata. Nam non delata hereditate, heres neque hereditatem habet, neque ius eius acquirendæ. Qui nihil habet, nihil potest heredi suo tradere iuxta regulam iuris *l. nemo plus, &c. ff. de reg. iur.* Tribuitur præterea in hereditate non adita, non quod hereditas non adita multo magis transmittatur, sed vt intelligamus, hic beneficium constitui à Iustiniano, contra regulam iuris, qua efficitur, hereditatem non aditam non transmitti, *l. vn. §. in nouissimo. infr. de cond. toll.* Tribuitur præterea in hereditate non repudiata: nam hereditas repudiando in totum amittitur, vt nec ipse heres, qui repudiauit, si viueret, possit eam adire, *l. 4. infr. tit. prox. l. in, qui heres. de acquir. her.*

Hoc ius tribuitur duabus conditionibus. Vna, *si heres, cui delata est hereditas, cognouit aliquo modo sibi delatam esse*; proinde qui ignorauit delatam, nihil transmittit. In quo retinetur ius antiquum etiā in hac parte quod traditur *in l. quoniam. sup. eod.* Et ratio est,

est, quia est constitutio de iure deliberandi transmittendo. Non potest autem dici deliberare heres, si ignoret esse, de quo deliberet. Altera conditio est, *si decedat intra annum, ex quo sibi delatam hereditatem cognouit*, quæ pars nullam aliam rationem habet, quam voluntatem legislatoris, cui visum est beneficium hoc suum intra hoc tempus concludere. Quid si annus is excesserit,
2 † & heres adhuc viuat, quæsitum est, an possit postea hereditatem adire, propter verba huius constitutionis, cum scribit ita Iustinianus: *Quod si is annus præterierit, heres cum sua successione ab huiusmodi beneficio excludatur.* Sed in promtu responsio est, iis verbis non excludi ius adeundi, sed ius transmittendi arbitrii, seu transmittendæ deliberationis. Nam de hoc iure transmissionis prius constitutum erat. Ius adeundi tributum lege heredibus perpetuum est, nisi à magistratu impetratum est tempus præstituendi ad deliberandum, vt *ad l. si curatoris. supr.* At ius transmittendæ deliberationis non concludetur, & ideo verborum Iustiniani hic sensus est: Si heres post annum, quo sibi delatam hereditatem cognouit, decedat, neque ipse ius deliberationis ad suos transmittit heredes: neque heredes eius, si intra alterum annum, ex quo eam hereditatem olim fuisse delatam cognouerint, decedant, ius hoc transmittent, optima ratione; quia non acceperunt.

Ad L. Quidam elogio. 20.

Quidam elogio condito heredem scripsit in certas vncias, & post certa verba testamenti eundem in alias vncias, vel tantas, vel quantascunque, & tertio vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam vnciarum modum: ille autem vnam institutionem, vel duas admittens, vnam, vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur, &c.

SVMMARIA.

1 *Si quis delata hereditate dicat, se velle partem adire & partem repudiare, nihil agit.*
2 *Si quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes quandoque sibi delatas inuitus admittere cogatur. & num. 3. 4. & seqq.*
7 *Heres pupillo exheredato substitutus, an post aditam paternam hereditatem repudiari possit.*
8 *Substitutus filio heredi ex parte instituto, si impubes hereditate patris sese abstinuerit, an partem eam admittere cogatur.*
9 *Si coheres impuberi datus, eique substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, & paternam omittere, an ei id permittatur?*
10 *Qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, in ceteras quoq; quamuis delatas habere nequit.*
11 *Omittere partem hereditatis & omittere aditionem partis, quid differant.*

DIximus initio, & significatur *in l. si auia. sup. & l. nec emere.* liberum esse extraneis heredibus, delatam hereditatem aut agnoscere, aut repudiare; quoniam volentes, non inuiti sunt heredes. Hoc loco admonemur recte dici, si de tota hereditate agnoscenda, aut repudianda agitur, non idem ius esse de singulis partibus. Hic enim regula iuris veteris traditur, neminem eiusdem hereditatis sibi delatæ, seu eius, quam acquirere potest, partem agnoscere posse, partem repudiare. Eadem ratio exstat *in l. 2. de hered. acqu. l. vn. §. his ita. infr. de cad. toll.* Ex hac ratione, veluti ex fonte, tria consequuntur, quæ totidem regulis iuris veteris comprehensa sunt, ex quibus vna hoc loco explicatur.

I. Illud efficitur, si quis † delata hereditate dicat, se velle par-
1 tem adire, & partem repudiare, nihil agere eum, *l. 1. de acquir. her.* Quia qui ita adit & ita repudiat, contra ius adit & repudiat, vt quod pro imperfecto sit, quod ita agitur, *l. non dubium. supr. de legib.* II. Ex eadem ratione efficitur, si † quis hereditatis partem
2 simpliciter adierit, reliquas partes eius hereditatis quandoque sibi delatas, inuitus admittere cogitur, quod ita efficitur. Nam heres, qui ex aliqua parte heres exstitit, aditam portionem repudiare non potest, *l. 4. inf. proxim. tit.* Quod si eam retinere cogitur, hic locus sit regulæ, quam supra posuimus, eum, qui vnam partem habet, reliquas habere debere. Idque ita est, quocunq; modo reliquæ partes deferantur ei, qui aliquam partem agnouerit; id est, siue deferantur ei iure accrescendi, seu ex institutione, siue ex substitutione tum vulgari, tum pupillari: Iure accrescendi reliquæ partes deferuntur, hoc modo: cum is, qui portionem aliquam adimit institutus cum aliis coheredibus, & hi portiones suas repudiauerint, aut non adita hereditate decesserint. Nam horum portiones iure accrescendi deferuntur ei, qui portionem suam ademit, ne idem defunctus pro parte testatus, &c. *l. ius nostrum. de regul. iuris.*

Sed an † volenti defertur, an etiam inuito? Et placet inuito. 3
Hinc regula alia de iure accrescendi: Qui ex aliqua parte heres defuncto exstitit, eum deficientium partes etiam inuitum accipere, siue sint plures coheredes ex testamento, siue ab intestato, *l. qui ex duob. § vlt. de acquir. her. l. si ex pluribus. de suis & legitim. l. vn. §. his ita. inf. de cad. toll.* de quo dictum *ad l. vn. sup. quando non partes.* Dixi & *ad l. testamento. sup. de imp.* Idem iuris est, si portiones reliquæ deferantur ex institutione ei, qui aliquam partem adimit; quod tunc contingit, cum quis solus heres institutus sit ex pluribus partibus disiunctim, vt puta; *Titius ex semisse heres esto: idem Titius ex triente, idem heres esto ex duabus vnciis.* Hic dicimus, si Titius hereditatem adierit ex duabus vnciis, statim in totum heredē futurum, quæ species est huius legis in princ. Idque † adeo verum est, vt 4
quamuis quis heres institutus sit ex vna parte pure, ex altera sub conditione, *si nauis ex Asia venerit*, & adierit hereditatē ex puta institutione, statim in totum fit heres, etiam pro reliqua parte, non exspectato euentu conditionis; quia etiam deficiente conditione nihilominus heres est, *l. cum heres. §. vlt. l. qui ex duobus. de acq. her.*

Idem ius est, & si reliquæ portiones deferantur ex substitutio- 5
ne, veluti duo sunt heredes instituti, primus & secundus; primus secundo heredi suo substitutus. Primus portionem suam adiit, secundus repudiauit, secundi portio defertur primo ex substitutione vulgari. An volenti, an vero inuito? dicimus inuito accrescere, *l. testamento. sup. de impub.* vbi dictum. Idem probandum † est, & si 6
ei heredi, qui partem hereditatis adimit, reliquæ partes eiusdem hereditatis deferantur ex substitutione pupillari, quæ species est altera hoc rescripto decisa. Est autem hæc species facti. Testator filium impuberem, quem habet in potestate, heredem instituit ex parte, & Titium extraneum ex altera parte, & huic filio substituit pupillariter, id est, sub hac conditione, *si intra pubertatem filius decessit mortuo testatore.* Impubes heres exstitit patri ipso iure vt suus: extraneus coheres portionem suam adiit; deinde filius impubes moritur, cū impuberis hereditas deferretur coheredi substituto, sed videretur ei damnosa, nolebat eam admittere, & contendebat, se non cogi eam habere; quoniam hęc alia esset hereditas; quam patris. Placuit eum, qui paternæ hereditatis partem haberet, etiam impuberis hereditatem admittere cogendum; quod quibusdam ex veteribus primum visum est, vt Neratio, cuius hac de re sententia exstat *in l. qui patri. de acq. her.*

Sed cum sententia haberet dubitationem, placuit Iustiniano eam hoc rescripto confirmari. Hæc igitur sententia hanc habet rationem; quia in hereditate impuberis est portio hereditatis paternæ, cuius qui partem habet, consequens est, vt reliquam eius hereditatis partem sibi ex substitutione pupillari delatam agnoscere cogatur, secundum regulam, quam initio posuimus, quæ efficitur non licere ei eiusdem hereditatis partem habere & partem repudiare. Quod si coheres, idemque pupillo substitutus cogitur admittere eam partem paternæ hereditatis, ex qua pupillus heres exstitit, & illud consequitur, vt totam hereditatem impuberis admittere cogatur; quoniam vna hereditas impuberis fuit, constans & rebus à patre acceptis, & rebus, quæ aliunde obtigerunt. Porro eandem hereditatem delatam separare non licet, *l. sed si plures. §. 1. de vulgar. & pupillar.* Et hæc ratio est, quam obscurioribus verbis intelligit Neratius *in d. l. qui patri. de acq. her.* Nam inquit: Pater pupillum impuberem inuitum obligat hereditati suæ. Facit enim eum necessarium heredem, quod si paternam hereditatem necessario habet pupillus, reliqua eius hereditas cōiungitur paternæ: coniunctam substitutus totam habere debet; quia partem hereditatis paternæ accipere cogitur.

Sed hæc sententia videtur recipi non posse. Nam non potest coheres impuberis, qui partem hereditatis paternæ adiit, cogi, admittere hereditatem impuberis, nisi in hereditate impuberis sit portio hereditatis paternæ. Nam duabus hereditatibus diuersis delatis, nemo prohibetur vnam adire & alteram repudiare, sed tantum prohibetur eiusdem hereditatis partem adire & partem

repudiare, *l.2.de acq.her.l.vn.§.his ita.inf.de cad.toll.* At duæ sunt hereditates in specie proposita, quæ coheredi substituto deferũtur: Vna patris, ex qua heres exstitit: altera impuberis, quę defertur ex substitutione, quæ altera hereditas esse dicitur *in §.igitur.Instit.de pupill.subst.* Proinde hereditatem repudiare non prohibetur, licet paternam agnouerit. Respondeo: Hæc hereditas, quæ ex substitutione pupillari defertur, est hereditas, sic tamen, vt in ea pars reperiatur hereditatis paternæ, quam ideo necessario accrescere diciमus, & vna cum ea reliquas partes hereditatis pupillaris.

Sed rursum hic occurritur. Nam posteaquam pupillus patri heres exstitit, desinit esse patris hereditas, & incipit esse patrimonium impuberis, & hereditas; vnde dicitur substitutio pupillaris fieri in bonis impuberis, non testatoris, *l.sed si plures.§.ad substitutos.de vulgar.* Et ideo eadem, quæ supra, manet obiectio? Respondeo: Si portio paterna, ex qua impubes heres exstitit, sit impuberis, vt fiat, quamdiu impuberis est. Ceterum vbi impubes moritur, retro recte intelligitur hereditas patris fuisse. Vnde dicitur in substitutione pupillari, patrem substituere bonis suis, quatenus de bonis eius ad pupillum peruenit, *l.in ratione.1 §.quod vulgo.& §. seq.* vbi dicitur, patrem impuberi substituentem pupillariter, perinde habendum, quasi in bonis patris institutum sub conditione, si filius impubes decesserit, *l.in ratione.2.ad l.Falcid.* Rursum aliena ratione non videtur coheres idemque substitutus pupillo, cognita parte hereditatis paternæ, cogendus esse admittere pupillarem hereditatem. Nam ei, qui ex aliqua parte heres exstitit, ita demum inuito accrescunt reliquæ portiones eiusdem hereditatis, si defecerint ceteri heredes, *l.qui ex duab.§.vlt.de acquir.her.* At in proposita specie impubes mortuo patre patri heres exstitit. Idque ita fingamus. Proinde portio illi quæsita ad heredes eius legitimos pertinebit, non autem coheredibus accrescet, aut non inuitis accrescet. Respondeo: In pupillari substitutione, cũ filius moritur impubes, dicitur deficere: deficit vero natura, cum mortuus hereditatem habere nequeat. In substitutione quidem vulgari heres, cum quis substitutus est, non dicitur deficere, cum hereditatem adierit, sed hoc fit propter voluntatem testatoris, qui ex hac substitutione non vult hereditatem ad substitutum pertinere, nisi hac conditione, *si institutus heres non erit.* Non autem eo minus heres secundum naturam deficere dicitur, cum moritur. At in substitutione pupillari substitutus ex iudicio testatoris vocatur, siue impubes heres non erit, siue heres erit, & impubes decesserit.

Oppugnatur præterea hæc sententia hoc dilemmate. Aut enim portio hereditatis patriæ, ex qua pupillus heres exstitit, iuncta est reliquæ impuberis hereditati, aut iuncta non est. Si iuncta est, non est amplius hereditas patris, atque ita iuncta coheredi accrescere non potest. Si iuncta non est, ipsa quidem accrescet coheredi, sed non accrescet reliquæ hereditati impuberis; quia iuncta hereditas non est, sed sunt duæ hereditates. Respondeo: Dici potest portionem hereditatis patriæ, ex qua impubes heres exstitit, & impuberis esse, & patris, diuersis rationibus. Impuberis ita; quia ei quæsita est: patris ideo; quia permittitur patri de ea statuere, vt de suis bonis, vt dictum supra, *argu.in l.Papin.§.sed nec impuberi.de inoffic.testam.* Non est, quod responderi potest; tamen apparet rem scrupulo non caruisse. Quamobrem Iustinianus recte fecit, quod hac constitutione eam sententiam confirmauit, tametsi eadem *in d.l. qui patri.de acquir.hered.* exstat, quod ideo monemus, ne stulte videatur Iustinianus vnam ex suis decisionibus in hac specie posuisse; cum tamen hic videatur, nihil noui iuris constituisse.

Obseruandum est autem, in hac specie dici eum heredem, qui paternam hereditatem adiit, cogi admittere pupillarem, si idem pupillo substitutus sit, sed dici hac conditione, *si pupillus quoque patri heres exstitit*, vt sic intelligatur eiusdem hereditatis paternæ pars esse. Quid †igitur, si heres, qui hereditatem peternam adiit
7 pupillo exheredato sit substitutus? Respondeo: palam est, duas hic esse hereditates separatas. Vna patris, altera impuberis. Proinde qui vnam admittit, alteram repudiare non prohibetur, *d.l.2. de acquir.hered.& d.l.vn.§.his ita.inf.de cad.toll.* Quid si †substitu-
8 tus sit filio heredi ex parte instituto, sed impubes se abstinuerit hereditate patris? Respondeo: Pars hereditatis paternæ, à qua se abstinuit, inuito substituto accrescet, cum sit pars eiusdem hereditatis paternæ, sed reliqua hereditas impuberis non acceder, neq; acquiretur inuito; quia separatæ sunt hereditates patris &
9 impuberis, propter impuberis abstentionem. Quid † è conuerso dicemus, si coheres impuberi datus eidemq; substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, & paternam omittere, an ei permittitur? Resp. Hic eadem distinctio & responsio adhibenda est, quæ supra, si pupillus patri heres exstitit, nec se abstinuit, substituti hereditas separari non potest, *l.sed si plures.§. filio.de vulg.* Idemque efficitur ex hac constitutione in extremo. Quod si heres substitutus erit filio exheredato, non prohibetur pupilli hereditatem amplecti, omissa patris hereditate, dummodo ex testamento patris quis heres exstiterit, vt tabulæ pupilli confirmentur. Hæc species est *l.quæsitum.de acquir.hered.* Quod si heres à patre substitutus sit filio impuberi item heredi instituto, & si impubes abstinuerit hereditate, placet omnino hoc casu substitutum pupillarem hereditatem adire posse, repudiata patris successione, *l.filius qui se.l.Iulianus.de acquir.her.* Neq; hoc casu exigimus, vt aliquis heres ex testamento patris hereditatem adeat, quo tabulæ pupillares confirmentur. Satis enim confirmatur testamentum patris hoc ipso, quod suus heres pupillus patri exstitit. Hæc omnia efficiuntur ex eo, quod secundum colligi dixi ex illa regula: Neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, & partem omittere.

III. Ex eadem regula efficietur, quod pertinet ad eum heredem, qui partem hereditatis repudiet. Quemadmodum igitur, qui partem hereditatis simpliciter adit, vna aditione ceteras delatas admittere cogitur. Ita † contra, qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is ceteras quoque quamuis delatas, 10
habere nequit. Hæc sententia vulgo non recipitur, propter errorem, qui nascitur *ex l.si tu ex parte.§.vlt.de acquir.her.* Sed ea sententia nihil verius. Primum diserte positum est *in l.sed si plures.§. filio in fin.de vulg.* Præterea certissima ratione hæc sententia nititur: vt enim qui partem hereditatis adit, eam partem amittere nõ potest, ex quo consequitur, vt reliqua necessario postea accedat: sic certi iuris est, eum, qui partem hereditatis repudiauit, amplius eam partem habere non posse, *l.4.inf.prox.tit.* Ex quo consequẽs est, vt vna ceteræ quoq; partes amittantur, alioqui eueniet, vt heres eas habere possit, & non possit habere eam, quam iam repudiauit, quod est contra regulam superiorem, qua fit, neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, partem non habere.

Mouentur in contrarium vulgo *ex d.l.si tu ex parte.§.vlt.de acquir.her.* vbi dicitur, si quis ex parte heres institutus sit, & ex parte coheredi suo substitutus, deinde ex substitutione ea deferatur, esse in potestate heredis omittere aditionem ex institutione, & postea ex substitutione adire, & è conuerso. Sed multum †inter- 11
est inter omittere partem hereditatis, & omittere aditionem partis. Is omittit partem hereditatis, seu hereditatem, qui repudiat. Hoc qui facit, reliquas partes habere non potest neque ex substitutione, neq; ex institutione, *d.l.sed si plures.§.filio.de vulg.* Omittere autem aditionem hereditatis, seu partis, est specialiter non adire, etiamsi non repudies. Estq; hic illius loci sensus: Cum eidem heredi pars hereditatis defertur ex institutione, pars ex substitutione, vnius partis aditione totam hereditatem acquiri. Nec refert, vtrum partem habeat ex institutione, altera parte non adita ex substitutione, an vero ex substitutione partem habeat, omissa aditione ex institutione.

Ad L. Cum aliquis.21.

Imp. Iustinian. A. Ioanni PP.

Cum aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium eius vindicabat, in iudicio aduersabatur, is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum heredem imperabat, vt acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino et parere, &c.

SVMMARIVM.

1 *De statu suo litigans seruus, heres institutus ab extraneo, quando hereditatem adire cogendus sit, quando non?*

IS, qui ex possessione † hereditatis se liberum esse contendens 5
de statu suo iudicio litigat, si institutus ab extraneo heres iubeatur ab eo, qui se dominum dicit, hereditatem adire, hic constituitur, interdum adire eum cogendũ, interdum vero non cogendum. Si institutus est cum hoc elogio & demonstratione illa.

Illius

Illius seruus mihi heres esto, placet cogendum esse adire, tanquam institutum contemplatione possessoris, qui pro domino habeatur. Sin simpliciter institutus sit, placet non esse cogēdum, sed exspectandum euentum iudicii liberalis. Quo casu autem dicitur cogendus esse hic, qui de statu suo litigat? adiicitur eum cogendum esse per iudicem. Merito. Quia ordinata liberali caussa, seruus pro libero habetur, *l. ordinata. de liber. caussa.* Et sic consequens fit, eum qui non putatur habere dominum à iudice cogi posse. Cogendi autem ratio est in minis & verberibus, quæ in seruum hominem cadunt. Itaq; cogetur à iudice, his rebus adhibitis, quibus à domino cogetur, si dominum haberet.

Sed videtur hic seruus cogi non posse vllo casu hereditatem adire. Id enim *in l. 3. in fin.* scriptum est, *sup. de instit. & substit.* idque scriptum est de eo, quem constat seruum esse, diciturque eum nō posse adire. (apparet ex glossa, difficultatem esse summam) Respondeo: Necessitas est duplex: Vna absoluta & præcisa. Altera, quæ dicitur à Cicerone necessitas cum adiuncto, necessitas consequentiæ. Absolute & præcise seruus heres institutus cogi non potest; licet enim ei conterrito omnibus minis & verberibus obstinate hereditatem non adire: at cogi potest ex necessitate, quam consequentiæ dicimus. Adhiberi enim possunt minæ & verbera, quæ in se ille noluerit suscipere. Hoc autem posito consequitur necessitas adeundi. Nam nisi adeat ille, suscipere cogitur, quæ dixi. De priore genere loquitur *l. 3. sup. de instit. & substit.* De posteriore autem hoc loco.

Ad L. vlt. incip. *Scimus.*

Imp. Iustinian. A. ad Senatum.

Scimus iam duas esse promulgatas à nostra clementia constitutiones: vnam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimauerint: aliam autem de improuisis debitis, & incerto exitu per diuersas species eis imposito. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam diuus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt, &c.

SVMMARIA.

1 *Constitutionis huius duo capita.*
2 *Ius inuentarij conficiendi duas partes continet.*
3 *Inuentarium quid sit.*
4 *Vnde dictum inuentarium.*
5 *Ritus in inuentario conficiendo requisitus.*
6 *Intra quantum tempus inuentarium confici debeat.*
7 *Quæ circa hoc tempus heredi sint obseruanda.*
8 *Inuentarium quæ præter descriptionem rerum continere debeat.*
9 *Inuentarij rite confecti effectus.*
10 *Commoda hereditaria quæ sint.*
11 *Incommoda hereditaria tria.*
12 *Heres potest omnes impensas necessarias hereditatis caussa factas retinere.*
13 *Impensæ necessariæ hic quæ sint.*
14 *Creditores qua actione consistant aduersus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt.*
15 *Tempus deliberandi adeundæ hereditatis quorsum peti attineat.*
16 *Incommoda inuentarii.*
17 *Tempus deliberandi adeundæ hereditatis à quo impetretur.*
18 *Tempus id quantum sit.*
19 *Tempus deliberandi non impune peti.*
20 *Heredi an liceat statim adire, aut repudiare hereditatem spretis his duobus beneficiis inuentarii conficiendi & deliberationis.*

INitio huius tituli dixi, hereditatem obligare nos ære alieno. Aduersus hoc incommodum remedium quæritur. Id autem remedium vnum veteribus ante tempora Iustiniani positum fuit in deliberando. Nam si quis res hereditarias diligenter agnouisset, poterat statuere, vtrum hereditas soluendo esset, vel non, vt si putaret heres expedire, eam adiret, sin minus, vt damnosam repudiaret. Sed experientia docuit, hanc etiam viam esse periculosam. Nam diu deliberabis, & mature tamen potest emergere æs alienum, quod prius latebat. Fieri enim potes, vt quæ res putabantur hereditariæ, non sint. Ob hanc caussam visum est Iustiniano, hic remedium inducere, quo adhibito secure heres hereditatem adire, sine vlla deliberatione, potest. Id autem est, si inuentarium conficiat secundum formam præscriptam. quod tamen remedium hic ita introduxit, vt nihilominus ius deliberandi relinqueret integrum heredibus, verum hac conditione, vt si deliberationem petierit heres, non impune id faciat, quæ huius constitutionis est sententia. Itaque eius constitutionis † 1
duo sunt capita summa. I. De inuentario faciendo. II. De deliberando. De priore agitur *in §. fin.* Et hoc quidem vsque ad finem legis.

Iuris † de inuentario hæc summa est: Si quis heres delata he- 2
reditate ex præscripto huius legis inuentarium confecerit rite, is statim ab initio secure hereditatem adit, & sine periculo. Hoc ius duas partes continet: vna est de ritu, qui hic sit obseruandus: altera, quis sit effectus inuentarii recte confecti. Inuentarium † 3
autem est descriptio rerum hereditariarum literis consignata, quod & Repertorium vocatur, *l. tutor, qui repertorium. de administ. tutor.* Inde † dictum, quod sit scriptura eiusmodi, vbi res quæsitæ 4
inueniri & reperiri possint. In † ritu à Iustiniano præscripto hæc 5
obseruanda sunt: intra quod tempus hoc confici debeat, per quas, quibus personis, & quid continere debeat. qui ritus comprehensus est *in §. fin autem dubius.* Tempus † huic rei præstitutum 6
aliis sunt sex menses, aliis annus. His quidem, qui degunt in iis locis, in quibus hereditas, aut maior pars hereditatis sita est, sex menses; his autem, qui absunt, annus. Sed sex menses computandi ex eo solum tempore, ex quo delatam sibi hereditatem cognouit; annus autem ex die mortis testatoris. hæc indicantur *in §. fin autem dubius. in prin. & vers. fin autem à locis.* item *in §. donec.* Circa † autem hoc tempus legitimum monendi sumus, ita hoc tem- 7
pus præstitui, vt si intra hoc tempus heres inuentarium non patefecit, teneatur omnibus hereditariis creditoribus: *§. fin vero.* priusquam autem hoc tempus præteriit, totum id spatium liberum esse heredi, quamuis adierit hereditatem sub beneficio inuentarij, vt vulgo loquimur, id est, adierit testatus se velle inuentarium conficere, & beneficio huius legis vti.

Sic autem liberum illi hoc spatium esse dicimus, vt inquietari non possit, nec à legatariis, nec à creditoribus hereditariis, *§. donec.* Hoc tamen adiecto, vt si creditores interim præscriptionēs tēporis metuant, illis præscriptio non cedat; quoniam agere non possunt iuxta id, quod vulgo traditur, ei, qui agere non potest, nō currit præscriptio, *l. 1. §. 1. inf. de annali except.* per quos tabell. conficiuntur. Quod ex iis verbis Iustiniani intelligitur, cum iubet inuentarium confici sententia tabellariorū, *d. §. fin autem dubius.* His autem verbis intelligitur non solum debere præsentes esse tabularios, sed ita præsentes esse, vt per eos conficiatur. nam alias infra superuacua requireretur subscriptio heredis: deinde non adhibentur tabularij, vt testamentum faciant, alioquin quiuis populares sufficerent, sed adhibentur, vt pro officio publico tabulas faciant, & notandum, tabularios exigi, non tabellarium, vt sciamus, si tabellarii adhibentur, plures adhibendos. Cum enim nō subscribitur, duo sufficiunt, *l. vbi. de testam.* Personæ etiam aliæ præsentes sint. Adiicitur enim *dict. §. fin autem dubius.* sub persona ceterorum, qui ad eam confectionem sunt necessarii. Quibus verbis verisimile est intellexisse Iustinianum vel alias personas, quæ publico munere fungerentur, præter tabularios, vel alios testes, si forte vnus tantum tabularius esset adhibitus. Hodie autem ex constitutione. Nix. intelligimus adhiberi debere ad hanc cōfectionem, præter tabularios, etiam legatarios & fideicommissarios, quibus itidem aliquid testamento relictum est, & si absunt debere ad minimum adhiberi tres idoneos testes.

Continere † autem inuentarium debet præter descriptionem rerum, quæ à tabulario facta est, etiam subscriptionem heredis, 8
qua profiteatur heres, se agnoscere quantitatem rerum ibi descriptarum, apud se res eas esse, præterea nihil se adhuc in illis dolo fecisse; neque porro facturum. Quod si heres literas non nouerit, aut scribere non poterit, cauetur, vt eius loco alius tabularius adhibeatur, qui eius nomine idem subscribat, adhibitis idoneis testibus, qui & heredem norint, & interfuerint, cum mandaret tabulario subscriptionem. Hæc *in dict. §. fin autem dubius.* Inuentario hoc modo rite confecto effectus hic † est, vt heres se-
cure & sine periculo hereditatem adeat. Ista enim duo conti- 9
net, vt quæcunq; commoda sunt hereditaria, ea heres habeat: quæcunque autem sunt onera & incommoda, ea non noceant heredi. Commoda † hereditaria duo hæc sunt: Primum, vt 10

heres succedat in ius & dominium omnium rerum hereditariarum, *l. heres in omne. de acquir. heredit. l. cum heredes. de acquir. posses.* Hoc ius cum omnibus ceteris heredibus tribuatur, etiam qui non fecerint inuentarium, dubium non est, quin ad eum, qui inuentarium fecit, pertineat. Deinde hoc lege Falcidia tribuitur heredibus, vt si supra dodrantem hereditatis legata relicta sunt, possit heres de singulis legatis quartam retinere, *l. 1. ad l. Falcid.* Et hoc beneficio vtetur heres, qui inuentarium confecit, *Instit. h.*

11 Incommoda † autem hereditaria hæc tria sunt. I. Quod hereditate adita obligatur heres æri alieno, *l. more. de acquir. heredit.* II. Quod si heres hereditate adita, quid impendit, quamuis necessario in res hereditarias, aut propter commodum hereditatis, nullam eo nomine actionem habeat. Non enim potuit sibi obligare hereditatem, cum eam iam haberet, & secum negotium ipse haberet, non cum hereditate. Non poterit etiam obligare defunctum; quoniam cum illo nihil contraxit. III. Quod si heres aliquas actiones habuit aduersus defunctum, hæ adita hereditate, confusione amittuntur, *l. si actionem sup. de pact. l. si Stichum. §. à Titio. de fideiussor.* Hæc incommoda ex hac constitutione non metuit heres, qui rite fecit inuentarium. Primo enim non tenetur legatariis, aut creditoribus hereditariis vltra vires hereditatis, §. *etsi præfatam.* Et hoc nullam dubitationem habet, si constet de viribus hereditatis.

Quod si de his controuersia inter heredem & creditores & legatarios erit, qui plus in hereditate fuisse dicant, quam in inuentario descriptum sit; placet in hac controuersia iure dubio stare inuentario, sic tamen, vt postulantibus creditoribus & legatariis heres iurare debeat, nihil se amplius scire, quam illic contineatur. Quod si creditores, vel legatarii docere parati sunt, plus esse in hereditate, audiēdi sunt, & si probauerint, aliquid amplius esse, vel etiam heredem id amouisse, vel subtraxisse, vult Iustinianus non tantum id habendum in hereditate, quod reuera est hereditarium, verum etiam heredem in duplum, id est, in alterum præstandum, damnandum esse, vt vel præstet, vel in hereditatem computet. Hæc summa est §. *licentia.*

12 Quod ad impensas † ab herede factas per caussam hereditatis attinet, placet eum omnes necessarias eius generis impensas retinere posse, §. *in computatione.* vbi notandum est, inter necessarias impensas numerari impensas factas in funus, item in insinuationem testamenti, de quo *sub titulo, Quemadmodum testamenta aperiantur. infra.* & † in confectionem inuentarii factas, tametsi hæ videri possint vtiles esse magis, quam necessitate vlla factæ, cum heres non cogatur inuentarium facere: illa citra controuersiam necessaria sunt, cum iumenta & pecora pauit, familiam hereditariam aluit; item cum res hereditarias fulcit & restaurat; item cum ea, quæ seruari non possunt, distraxit, & in ea distractione aliquid impendere coactus est. Tertium incommodum confusionis remouetur itidem hereditate, *d. §. in computatione.* vt scilicet heres, qui aliquam actionem aduersus defunctum habuit quamuis adierit hereditatem; tamen debitum possit retinere, nō minus, quam ceteri creditores extranei, cum quibus eodem iure vtetur, de quo mox dicemus.

Solum hoc onus iniungitur heredi, qui inuentarium rite facit, vt teneretur legatariis & creditoribus, quatenus facultates patrimonii ferant. in quo hoc tamen ei commodum præstatur, vt quibuscunque primo loco soluerit petentibus hoc, nihil ei noceat: & ideo si primo legatarii veniunt, iis recte soluet legatum, quibus solutis, si nihil superest creditoribus hereditariis, nihilominus securus est heres. Item si inter creditores hereditarios hi primo locō veniant, qui iure temporis posteriores sunt, nihilominus his recte soluet heres, nec tenetur antiquioribus creditoribus, si prioribus dimissis nihil superest in hereditate. Sed hæc non nocent creditoribus, quæ summa est §. *etsi præfatam.* Nam si res agetur inter legatarios & creditores, & hereditas omnibus soluendo non sit, semper præferentur creditores legatariis, qualescunq; creditores sint, siue sint hypothecarii, siue chirographarii, id est, hi, qui nullas hypothecas habētes constitutas chirographo nituntur, vt crediti cautione. Idq; æquissimum est; semper enim magis fauendum est repetitioni, quam aduentitio lucro, *l. non debet. de reg. iu.* Constat autem creditores certare de repetitione & damno vitando, legatarios autem de lucro ageret. Sed ita creditores præferuntur legatariis, vt si legatarii prius legata consecuti sint, & exhausta sit hereditas, creditores regressum habeāt non aduersus heredem, qui legata soluit, & eo facto liberatus est; non etiam aduersus emtores hereditariarum rerum, quas vendidit heres, & quarum pretium vertit in præstationem legatorum, aut in dimittendis aliis creditoribus: sed aduersus ipsos legatarios, qui priore loco legata immerito sunt consecuti, cum creditores illis oporteret præferri.

Quæritur, † qua actione creditores consistant aduersus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt? Et datur duplex actio hoc loco aduersus legatarios, aut hypothecaria, aut condictio ex lege. 14 Hypothecaria tunc locum habet, cum res hereditariæ aliquæ præstitæ sunt legatariis, quibus erant legatæ, & si creditores agunt, quibus res hereditariæ obligatæ erant pignori. Condictio autē ex lege tunc locum habet, cum creditores non persequuntur hypothecas, sed tanquam debitum à legatariis petunt. Hanc actionem hic introduci oportuit; quia reuera legatarii cum creditoribus nihil gesserunt negotij, cum legatum acceperunt, & ideo condictioni ex lege locus est, ex definitione, quæ traditur *in l. vnica. de condiction. ex leg.* Similiter si ex creditoribus hi occuparunt debitum, qui hypothecas posteriores tempore habent, aut qui nullas habent, ab iis debitum auocabunt hi creditores, qui hypothecas habent, & eas antiquiores, qui hypothecas habent, & eas antiquiores. Ex quo colligimus, si hi creditores, quibus adhuc solutum non est, nullas hypothecas habeant, non habere regressum aduersus eos creditores, qui suum iam consecuti sunt, quantumuis hi, qui nunc agunt, sint priuilegiarii, id est, hi, quibus debetur ex ea caussa, quæ inter creditores prærogatiuam habet, vbi bona à creditoribus possideri iussa sunt. Hæc, inquam, summa est *totius.* §. *etsi præfatam.* Quod si heredi debeatur aliquid à defuncto, heres in eadem caussa erit cum reliquis creditoribus, vt dicitur *in d. §. etsi præf.* Sensus est: Potest heres debitum suum retinere, sed si qui creditores hypothecas tempore priores habebunt, hi heredi præferuntur. Hæc disputatio huc redit, vt intelligamus ita heredem tenerī legatariis & creditoribus hereditariis, intra modum facultatum hereditariarum, vt tamen etiam in hac parte eius solutio, qualis erit, non noceat. In quibus omnibus spectantur commoda inuentarii recte confecti. Et hactenus de priore cap. huius legis.

Alterum caput est de deliberando, de quo agitur *in §. & hæc quidem. vsque ad fin.* in quo hæc summa constituitur. Tametsi superiori beneficio inuentarii constituti, non est necessaria deliberatio heredibus ad adeundam hereditatem; tamen liberum illis relinqui etiam ius deliberandi impetrare: & adiicitur, à quibus impetretur, quod tempus præstituatur ad deliberandum. Postremo non impune deliberationem peti, contemto superiori beneficio: & adiicitur, quæ in eo incommoda sint.

Peti † igitur deliberandi tempus potest, sed quorsum petiatur? 15 tinet, aut potius quis post superius beneficium tam stultus erit, vt rem non necessariam cum incommodo postulet? Respondeo: Inuentarii confectio etiam sua incommoda habet, quæ plerique fugientes malunt ius deliberandi impetrare.

Inuentarii † incommoda sunt. I. Quod non sine magnis sum- 16 tibus fit inuentarium, in magnis præsertim hereditatibus, non etiam sine sumtu aluntur tabularij, personæ publicæ & testes, qui adhibentur, nec statim res hereditariæ discutiuntur, vt discussæ & cognitæ rectius inuentario describantur. Et tametsi in damnosa hereditate heres hos sumtus ante omnia deducit, §. *in computatione.* tamen si hereditas soluendo est, certum est hereditatem his sumtibus valde minui. Alterum incommodum, cur plerique inuentarium fugiunt, est, quod detegunturfacultates patrimonij, quas latere pleriq; volunt, vel propter inopiam latentem, vel inuidiam, quæ sequitur locupletes heredes. Ob hanc caussam et am nunc non est inutile ius deliberandi, ad adeundam hereditatem impetrare.

Hoc † impetratur à iudicibus, aut Principe, §. *etsi præfatam.* Sed 17 quid necesse postulare hoc ius à magistratu, cum heres apud se posset deliberare de hereditate? Nihil necesse est, si heres non vrgeatur à creditoribus hereditariis; sed illis suum persequentibus, alterum cogitur facere heres, aut his soluere, aut bonorum hereditariorum distractionem pati, nisi magistratus auctoritas interueniat. Ob hanc caussam ius deliberandi à magistratu petitur, vt intra hoc tempus non inquieteretur à creditoribus heres, de quo dixi *ad l. si curatoris sup.*

Tempus † ad deliberandum præstitutum summum est, vt 18 à iudicibus non amplius dentur, quam nouem menses: à Principe annus duntaxat, ea lege, vt si amplius datum sit etiam à Principe, quasi non datum sit, neque verum tempus ad deliberandum liceat petere, *eod. §. & hæc quidem.*

Sed

Sed videntur aduersari huic constitutioni quidam loci, *l.2.de iure deliberandi.* vbi centum dies præstituuntur cum minimum, deinde *l.1.eodem.* dicitur, totum hoc tempus esse in arbitrio magistratus, vt pro rei qualitate id tempus statuat. Sed inter hæc optime conuenit. Sunt enim inter hæc tempora quod ad minimum, quod ad summum, quædam interiecta tempora. Si minimum tempus quæritur, quod dandum est, non minus, quam centum dies dari oportet: si summum tempus quæritur, non licet excedere nouem menses iudices, Principis rescripto frustra exceditur annus. Sed non idcirco magistratus non potest aut amplius dare, quam centum dies, aut minus præstituere, quam nouem menses, sed id tempus statuet, quod satis sit ad deliberandum pro conditione hereditatis & distantiæ locorum: atque ita moderatum tempus statuet, vt est *in d.l.si curatoru.sup.*

19 Sed non impune † petitur tempus ad deliberandum. Nam quædam incommoda denuntiantur his, qui contemto beneficio Iustiniani deliberandi ius petierint, & constituuntur hæc incommoda. I. Adeunti. II. Non adeunti. III. Repudianti. Ei, qui intra tempus ad deliberandum constitutum hereditatem adit, duo hæc incommoda denuntiantur. I. Quod omnibus creditoribus hereditariis in solidum obligetur, etiamsi inuentarium rerum hereditariarum fecerit: deinde hoc incommodum, quod iubetur etiam post deliberationem impetratam inuentarium facere, & nisi fecerit, hæc pœna est, quod non solum tenetur creditoribus in solidum, sed legatariis; quia legis Falcidiæ beneficio carebit. Ei autem, qui intra tempus constitutum adierit, tria hæc incommoda denuntiantur. Primo, quod etiamsi aperte non adierit, nihilominus perinde habetur, quasi adiisset, eodemq; modo obligatur creditoribus hereditariis in solidum, & non vtetur beneficio l. Falcidiæ, si inuentarium non fecit. Ei autem, qui intra tempus constitutum aperte repudiat, hoc iniungitur incommodum, vt nihilominus inuentarium faciat, priusquam repudiet. Quod si non fecerit, hæc pœna statuitur, vt res omnes hereditarias restituat creditoribus, aut his, qui ad hereditatem vocantur, quantitatem rerum iureiurando eorum, quibus restituuntur, æstimandam quæ summa est. §. *sin autem.pen.*

20 Quæritur, si quis † neutro ex his beneficiis vti velit, sed statim aut adire hereditatem, aut repudiare, an non heredi liceat? Et scriptum est *in §. fin. legis huius.* vtrumq; vniculque heredi licere, vt si adierit, statim subeat omnia onera hereditatis vna cum commodis hereditariis: sin repudiarit, nullo modo teneatur creditoribus, aut vllis oneribus hereditarijs.

AD TITVLVM XXXI. COD. DE REPVDIANDA, VEL ABSTINENDA hereditate.

SVMMARIA.

1 *Repudiare hereditatem quid & eius Synonyma. ibid.*
2 *Hereditas quomodo & facto repudietur.*
3 *Eius est nolle, qui & velle potest.*
Non quiuis hereditatem repudiare potest.
4 *Vt quis hereditatem acquirere possit, quæ requirantur.*
5 *Hereditas nisi delata nec adiri, nec repudiari potest.*
6 *Delatæ hereditatis definitio.*
7 *Hereditatem vt quis possit consequi, quibus rebus efficiatur.*
8 *Viuentis nulla est hereditas: itaq; ea nec adiri, nec repudiari potest.*
9 *Hereditas quot modis deferatur.*
10 *Testamento quomodo deferatur: quomodo item ab intestato.nu.11.*
12 *Hereditas delata nisi ab sciente acquiri & repudiari non potest. Ratio ibid.*
13 *Hereditatem adire non potest, nisi, qui vult adire, possit obligare eum, qui acquirit, Idem in repudianda hereditate.*
14 *Pupillus & filiusfamilias cur hereditatem adire non possint.*
15 *Repudiationis hereditatis effectus.*
16 *Abstinere hereditate quid.*
17 *Heres suus quando abstinere se intelligatur.*
18 *Ad impetrandam abstinendæ hereditatis facultatem an prætor adeundus sit.*
19 *Abstinendi facultas puberibus & impuberibus dissimili conditione data est. Rationes monstrantur ibid.*
20 *Immiscere se bonis quando suus heres dicatur.*
21 *Abstentionis hereditatis effectus.*
22 *Abstentionis potestas quando finiatur.*

EXceptis seruis necessariis heredibus, nemo omnium heredum inuitus hereditatem habere cogitur, sed à se remouent aliter extranei, aliter sui. Extranei repudiando: sui abstinendo: Hinc *tit.de repud.& abstin.here.* vt sit de omittendo tam suis, quam extraneis, quæ altera pars est *tit.de acquir.hered.ff.* De repudianda agitur *in l.4.& seq.* De abstinenda reliquis legibus *1.2.3.& vlt.* De his igitur ordine dicemus.

Extranei heredes vt hereditatem adire, ita repudiare possunt. Repudiare est † nolle hereditatem ad se pertinere, *l.filium.de acquir.her.* vbi omittere hereditatem, & nolle ad se pertinere hereditatem, pro eodem vsurpantur. Hoc idem iuris auctores dicunt recusare. *l.recusare.de acquir.her.* Item omittere *d.l.filium.eod.* Item prætermittere, *l.qui patri. eod.* Vt hereditas animi destinatione acquiritur, sic contra destinatione repudiatur, §. *vlt.Instit. de her. qual.& differ.* Ad hanc destinationem animi non est necesse, verbis id testari, sed re & facto hereditas recte recusatur, & quouis indicio voluntatis, *d.l.recusare.eod.* Quomodo repudietur verbis, notum. 1

Re autem & facto † repudiari hereditas intelligitur, quoties heres aliquid facit, quod vtiliter facere non potest, nisi vellet prius repudiatam hereditatem. Huius generis exempla sunt duo: Primum si is, qui legitimus heres esse poterat, sit idem à testatore institutus heres, & cum putet, se non institutum, hereditatem ab intestato repudiauit. Nam hic etsi prius aperte non repudiauerit testamentariam; tamen facto suo repudiasse intelligitur, hoc ipso quod repudiauit legitimam; quoniam nisi omissa, aut repudiata hereditate testamentaria, non potest legitimam repudiare, *l.nec in §. vlt.l.illud.de acquir.her.* Secundum exemplum est, si proponas filium esse exheredatum, aut prætermissum immerito, ita vt competat ei querela inofficiosi testamenti, & is ab herede scripto vel hereditatem emat, vel conducat res hereditarias, vel quod debet, defuncto soluat, *l.si ponas.§.1.de inoffic.testam.* Nam qui hæc fecit, hereditatem scriptam pro iusto herede agnouit, id est, pro vero domino, quod facere nõ potest, nisi ipse querelam repudiauerit. Quia vni duo in solidum heredes esse non possunt. 2

Videndum est, quis hereditatem adire possit, & quando, tum quis sit repudiationis effectus, qui duo loci attinguntur *in l.4.& seq.* Non statim quiuis heres hereditatem repudiare potest; vt possit repudiari hereditas, videndum est, an ne is, qui repudiat, possit acquirere, si velit. In quo hæc regula traditur: Eius † est nolle, qui & velle potest, *l.eius de reg.iu.* Eius est velle hereditatem, qui & adire potest; proinde eius etiam est nolle adire, qui adire potest. Hinc regula ad hanc speciem translata, & ita definitur, is, qui potest repudiare, quod sit, qui etiam acquirere potest, *l.is, potest.l.4.de acquir.her.* Quare qui quando hereditas acquiri potest, nolit: idem eadem opera quando & à quo repudiari possit, nolet; proinde vtrumque iisdem præceptis continetur. Vt quis † hereditatem adire & acquirere possit, tria summe necessaria desiderantur. I. Vt ei delata sit hereditas. II. Vt sibi sciat delatam. III. Vt sit in ea caussa, vt obligare possit eum, cui hereditatem acquiret, siue alii acquirat. 3

Ante omnia delatam esse oportet hereditatem. Nemo † enim hereditatem adire potest, cui delata non est, proinde nemo repudiabit, cui non sit delata, *l.si quis extraneus.§.1.l.iii qui potest.de acquir. hered.* Delata † hereditas definitur, quam quis consequi possit adeundo, *l.delata.de verb.sig.* Vt † possit quis hereditatem consequi, tribus rebus efficitur: primo si testator mortuus est, de cuius hereditate agitur: deinde si hereditas delata sit iis modis, quibus oportet: postremo si hereditas heredi nondum quæsita sit. Primo mortuum oportet esse eum, de cuius hereditate agitur; quia † viuentis nulla hereditas est, *l.1.de hered. vel act.vend.* Non potest autem delata dici hereditas, vbi nulla est, hinc illa tradita sunt: neminem pro herede posse gerere viuo eo, de cuius hereditate agitur, *l.nemo.de acquir.hered.* Hinc consequens de repudiatione, neminem item viuentis repudiare posse hereditatem, *l.qui superstitis eod.* Vtrumque, vt dixi, ex eo, quod viuentis hereditas non defertur. Non potest autem acquiri, aut repudiari, quæ nondum est delata. Mortuo eo, de cuius bonis agitur, videndum est, an hereditas delata sit iis modis, quibus iure deferri potest & solet. Defertur † autem duobus modis, ex testamento & ab intestato. §. *vlt. Inst.per quas pers.* Testamento † defertur, non si testamentum solum valet, sed etiam si concurrit voluntas testatoris, quod ita fit, si heres pure sit institutus, aut institutus sub conditione, quæ iam 4 5 6 7 8 9

exstiterit. Pendente autem conditione hereditas non defertur. Proinde placuit pendente conditione hereditatem neminem adire posse, eoque nec repudiare, *l.iu qui heres.in prin.ff.h.* Hac de caussa placuit, quamdiu institutus admitti potest, tamdiu substitutum neq; adire, neq; repudiare posse, *l.quamdiu.l.in plurium.ff.eo.* Quia substitutus omnis substituitur sub conditione, si institutus
11 defecit. Ab intestato † defertur hereditas, cum nullum testamentum est, aut siquidem est, non valet. Hinc rursum illa regula: Quamdiu ex testamento adiri hereditas potest, tamdiu ab intestato nec adiri, nec repudiari posse, *l.quamdiu.eod.* Et si forte plures erunt heredum legitimi gradus, nunquam posteriores adeundo, aut repudiando quicquam egerint, priusquam priores exclusi sint, quamuis posterioribus h.l. defertur hereditas, *d.l.in plurium.ff.eod.* Nihil prodest aliquando iis modis delatam fuisse hereditatem, si ea hereditas iam quæsita sit heredi; quæsita repudiari non potest; quoniam nec amplius acquiritur: nam quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit, §. *sic itaq; Inst.de act.* Queritur autem hereditas extraneis heredibus, si delatam adierint. Hinc est, quod dicitur *in l.*4. neminem, qui semel adierit hereditatem, aditã repudiare posse; quia nec acquirere amplius potest. Is autem repudiare potest, qui & acquirere, nec potest acquirere; ideo quia non est delata. Tunc enim intelligitur etiam delata hereditas, cum quis eam consequi potest: non autem consequi potest, vt dixi, eam, quã iam acquisierit. Suis autem heredib. acquiritur statim hereditas ipso iure. Hinc rursum illud efficitur: Neminem suum heredem hereditatem adire posse, eoque nec repudiare potest, *l.iu, qui putat.ff.h.*

12 Hoc primum † genus est, quod ad acquirendam vel repudiandam hereditatem necessarium esse dicimus. Alterum illud est, vt qui hereditatem adire volet, sciat sibi delatam esse hereditatẽ §. *vlt.Instit.de hered.qual.& differ.* Cuius rei hanc rationem reddidimus initio superioris tituli, quod hereditas animi destinatione aditur, aut acquiritur. Nihil autem animi destinatione geri, nisi & scientia certa potest, *l.in totum.de reg.iur* Proinde in repudiatione idem ius seruabimus. Hinc regula de hac specie: In repudianda hereditate, vel legato, certus esse debet de iure suo is, cui hereditas, aut legatum defertur, *l.in repudianda.ff.h.de acq.vel omitt.her.* Quod rursum eadem ratione efficitur, qua superius. Nam & contraria animi destinatione repudiari, exemplo erũt hæ species, in quibus dixi hereditatem non deferri. Vt ergo si viuentis hereditas non defertur; ita si quis dubitet, an testator viuat, nec ne, hereditatem eius nec adire, nec repudiare potest, quantumuis reuera decesserit is, de cuius bonis agitur, *l.iu qui.eod.* Similiter vt hereditas ex testamento, quod non valet, adiri non potest, aut repudiari; itemq; vt pendente conditione nec adiri, nec repudiari potest: ita si testamentum valeat, & quis de viribus testamenti dubitet; item si conditio exstiterit, aut etiam si nulla conditio adiecta sit; si tamẽ de eo dubitet heres, hereditatem frustra adibit, frustra repudiabit, *l. heres institutus.l.seq.ff.eod.* Similiter si quis sit extraneus heres, cui vere sit delata hereditas, & nondum quæsita; si tamen se necessarium heredem putat, neque hereditatem adire, neq; repudiare potest, vt si sit emancipatus, qui aliquo errore vel facti, vel iuris non putet se emancipatum, aut qui putat se iure emancipatum, *l.iu qui putat.& l.seq.eod.*

13 Tertium † genus necessarium esse dicimus ad acquirendam hereditatem, vt is, qui hereditatem adire vult, possit obligare eũ, cui acquirit. Hoc qui non potest, hereditatem adire non potest; quoniam hereditas obligat nos æri alino, *l.more.ff.eod.* Si acquirere non potest, nec repudiare potest. In hac autem caussa sunt duo
14 genera personarum: Pupillus, † cui delata est hereditas, & filiusfamilias. Pupillus sine auctoritate tutoris obligari non potest, & ob hanc caussam nec delatam sibi hereditatem adire, §. *neq; Instit. de auctorit.tutor.* Hinc fit, vt nec repudiare possit sine tutorum auctoritate, *l.pupillum.h.* Filiusfamilias non potest, nisi consentiente & iubente patre acquirere hereditatem, ne inuitum patrem hereditate obliget, *l.6. in princ.ff.h.* Ideo nec repudiare potest sine consensu patris, *l.iu, qui.§.vlt.ff.h.*

Sed in hoc genere notandum est, quod dissimile est à primo. Nam ita exigimus, vt hereditas delata sit, vt heres habeat facultatem hereditatis adeundæ, aut repudiandæ, vt velimus etiam heredem hoc certo scire. In hoc postremo generaliter accipitur: satis est enim, si quis heres sui iuris & pubes sit, vt hereditatem adire possit, & repudiare, non est necesse, vt sciat hanc suam conditionem.

Itaque qui de ea conditione dubitat, nihilominus recte adit & repudiat, *l. sed etsi. eod.* Similiter & pubes, si hereditatem adeat; quamuis se pupillum falso existimat, tamen is error non nocebit, *l.qui se pupill.ff.h.* Differentiæ ratio est, quia tametsi quis filiusfamilias esset, aut impubes, nihilominus ei æque hereditas delata esset. Cum dicimus hereditatem acquiri aut repudiari non posse, antequam heredi delata sit, & antequam delatam sciat, & antequam obligare possit eum, qui acquirit, hoc dicimus, etiamsi non adita, aut repudiata sit; tamen non prohiberi heredem postea delata hereditate, eam repudiare, quam prius ignoret, & adire eam, quam prius repudiarat. Qui superstitis voluntatem agnouit, non prohibetur eo mortuo repudiare, quia aditio præmatura nihil egit: & contra si superstitis quis hereditatem repudiauit, non prohibetur eo mortuo adire hereditatem, aut pro herede gerere, quia repudiatio præcedens nihil egit, *l. qui superstitis.ff. eod.*

Repudiationis † effectus est aditioni contrarius. Vnusquisque 15
hereditatem adeundo sic acquirit, vt quæsitam postea repudiare non possit, duabus de caussis. I. Quia iam delata esse desiit, postquam quæsita est. II. Quia heres hereditate adita obligari cœpit creditoribus hereditariis. Nemo autem se facto suo liberat à creditoribus, nisi aut soluendo, aut satisfaciendo. Solutione eius, quod debetur, tollitur obligatio. Satisfactio autem pro solutione est, nec aliis modis facto debitoris obligatio tollitur, *l.si rem.§. omnis.de pignoratit.action.l.si seruum.§ nunc videamus.de verb.obligatio.* Contra repudiando vnusquisque hereditatem amittit, *l.iu, qui heres.ff.eod.* Quod eam vim habet, vt quamuis postea velit adire repudiatam, non possit; quoniam post eius delationem desiit esse delata. Nemo autem non delatum acquirit, quorum vtrumque traditur *in l.4.* Sed posterius accipiendum est de his, qui repudiatam hereditatem nolentes adire constituunt, quod nullis licet. Ceterum interdum ii, qui repudiant, coguntur adire, quod receptum est in his heredibus institutis, qui iussi sunt hereditatem restituere. Nam quamuis semel repudiarunt; tamen Senatusconsulto coguntur adire postulante fideicommissario, *l.nam quod.*§.1.*ad Treb.* Horum vtrumque ita est, si is, qui adiit hereditatem, aut repudiauit, sit maior viginti quinque annis, vt adiicitur *in d.l.4.h.* Nam si minor hereditatem adiit, aut repudiauit, beneficio ætatis restitui in integrum potest, vt sibi repudiare liceat, quam adiuit, & adire, si repudiauit, *l.ait prætor.* §. *non solum.& §.restituitur.de min.tit.si minor her.se abst.supr. & tit.si vt omiss. hered.sequ.*

Sui quoque heredes hereditatem à se remouere possunt, itidem vt extranei, sed hoc consequuntur non repudiando, sed abstinendo hereditate. Fit enim eis abstinendi potestas, edicto prætoris, *l.necessariis.eod.* Non possunt repudiare; quia repudiamus oblata, nondum quæsita, *l.1.§.decreta.de succes.edict.* Suus autem iam statim heres exstitit, ex quo hereditas deferri cœpit, sed potest se bonis abstinere. Nam abstinemus rebus præsentibus & nostris. Hic videndum est, quid sit † abstinere, quando sui se abstineant, quibus detur abstinendi facultas, & abstentio quid efficiat. 16
Abstinere proprie est non attingere res hereditarias: sed intelligendum, abstentionem, de qua loquimur, non esse huius facti solius, si quis non attingat, & ideo si quis suus heres est, priusquam attingeret res hereditarias, quam decesserit, si nihil aliud de voluntate sua testatus est, nihilominus hereditatem ad suos heredes transmittet, *l.3.sup.prox.tit.* Quia non attingendo non dicitur se ideo abstinuisse, sed abstinere animi est, non solius facti. Itaque breuiter suus heres se abstinere dicitur hereditate, cum testatur se nolle hereditatem retinere: nam hoc verbum describitur *in l.seruum quis.§.prætor.ff.eod.*

Abstinere † se intelligitur suus heres, cum hoc de voluntate 17
sua est testatus, non tantum si in iudicio & iure id faciat, sed etiam si extra iudicium quouis loco. Dubitari vero potuit, an † cum 18
edicto prætoris abstinendi facultas concederetur, necesse sit in eo prætorem adire, qui hanc daret facultatem, vt hoc modo recte abstineretur hereditate. Et placuit in eo necesse non esse adire magistratum, *l.ei qui,*12.*ff.eod.* Omnibus suis heredibus abstinendi facultas datur, non tantum impuberibus, sed puberibus etiam, dissimili tamen conditione. Nam impuberibus † sine 19
conditione data est, siue se immiscuerint bonis, siue non, *l.impuberibus.l.necessariis.in princ.eod.* Pluribus autem duabus his conditionibus, si se non immiscuerint, & si per eos factum non sit, quo quid de hereditate amoueretur.

Vnde intelligimus, ex puberibus duo genera esse eorum, quibus abstinendi facultas non est. Primum est eorum, qui se bonis immi-

immiscuerint, *d. l. necessariis. eod.* Immiscere † se bonis dicitur suus
20 heres, cum bona hereditaria tractat vt heres, & vt breuiter dicã, qui remoto potestatis vinculo pro herede se gerit, *l. eum bonis. ff. h.* id est, quid id facit in hereditate patris, quod filius emancipatus faciendo diceretur pro herede gerere, eo quod dixi *ad l. filius, qui bonis.* Quid sit pro herede gerere dixi *ad l. 2. eod. tit. sup.* Hæc igitur qui fecit in hereditate patris, hereditatem postea non potest reiicere, quoniam nec hereditatem repudiare potest extraneus, qui adeundo eam quæsiuisset vel pro herede gerendo.

Hinc quæsitum *l. 3. huius tit.* pubes patri suus heres exstiterat, & se immiscuerat bonis, cum esset præteritus testamento patris, & iniustum testamentum patris diceret: deinde controuersia orta inter eum & scriptum heredem transegit cum herede, & cauit se nihil amplius de hereditate ea petiturum: deinde cœpit petere. Duo videbantur ei obstare. I. Quod videretur superiore conuentione se abstinuisse hereditate, eamq; respuisse, ac proinde repudiasse. II. Obstabat & transactio. Rescriptum est, conuentionem ei nihil obstare, quominus sit heres, quia hereditatem quæsitam sic accipit; se immiscendo. Deinde non obstare transactionem in specie proposita, quia facta esset transactio, nullo retento nullo dato, nullo promisso, cuius generis transactiones non valent. Interim hæc sententia confirmatur, & in suis heredibus hoc iur valet, vt si se immiscendo quæsierunt hereditatem, postea contraria voluntate eam reiicere non possint.

Alterum genus eorum est, qui non solum quid amouerunt ex hereditate, sed etiam qui dederunt operam, vt amoueretur, *l. si seruum. eod.* bi hic locus vsque ad finem l. dilucide explicatur.

21 Abstentionis † effectus hic est, vt quamdiu suus heres in eadem abstentione manet, ea omnia consequatur, quæ tribuuntur extraneis heredibus, cum repudiauerunt *l. pro herede §. Papin in fin. D. h.* Vnde suus heres abstentione duo consequitur. I. Vt non teneatur creditoribus hereditariis, non magis, quam extraneus, qui repudiauit *d. l. necessariis eod.* II. Si quas actiones aduersus patrem amisit, dum patri heres exstitit, illi restituuntur integræ actiones, postquam abstinuit hereditate, *d. l. eum demum, §. vlt. D. eod.* Sed quemadmodum abstinenti non nocet aliquem heredẽ exstitisse, sic ei hereditas non prodest. Itaque hereditatem non habet, & si interim decedat, hereditatem ad suos heredes non transmittit, *l. filius, qui se. l. Iulianus. seq. D. h.*

Sed hi effectus sunt in persona sui heredis, quamdiu in eadem abstentione perseuerat. Ceterum extra personam impuberis, & aliis in rebus diligenter tenendum est, suum heredem, postquam se abstinuit, nihilominus iure ciuili heredem manere, qui semel exstitit, quoniam, vt supra dixi, semel teneri cœpit creditoribus hereditariis, ab his nullo suo facto liberari potest. Et hæc definitio est iuris certi, eum, qui semel exstitit heres, nunquam heredẽ esse postea desinere, *leg. ait prætor, §. sed Papinianus, de minor. l. ei, qui soluendo, 88. de hered. instit.* Neque vero sine effectu hoc statuitur, vt quis putet rem hanc esse positam in subtilitate iuris ciuilis. cũ iure prætorio is, qui se abstinuit, pro herede non habeatur. Huius iuris effectus tres sunt. Primus in confirmatione testamenti, vt si ad res aliquas confirmandas, quæ testamento erant datæ, opus sit herede, ibi ad earum rerum confirmationem satis sit suũ heredem exstitisse, quamuis se postea abstineat, quia & post abstentionem heres manet; vtputa libertates testamento datæ nõ debentur, vbi nemo heres exstitit, *leg. 9. de testamen. tut.* Et hæ valebunt, si semel heres aliquis suus exstiterit, quamuis postea se abstineat, *l. sciendum, de man. test. l. cum quæsi. §. sed & si quis, vers. sed & si suus, de fid. lib.* Idem & in secundis tabulis contingit. Secundæ tabulæ, seu pupillares, id est, substitutio pupillaris non valet, vbi ex testamento patris nemo heres exstitit, *l. 1. §. 1. de vulg.* dicimus, vt secundæ tabulæ valeant, satis esse, si quis suus heres patri exstiterit, quamuis se postea abstineat, *l. Iulianus, l. filius, qui se de acquir. her.*

Secundus effectus est in rerum hereditariarum administratione, quas suus heres ante abstentionem administrauit. Nam quæcunque heres suus gessit in rebus hereditariis, omnia rata sunt & manent, quamuis postea se abstinuerit, dummodo bona fide, *l. quoties, de acquir. hered.* Vtputa, debitores hereditarii soluebant has res, quæ seruando seruari non possunt; heres easdem res distraxit, & pretium consecutus est, dicimus, quamuis postea se abstineat, tamen & debitores recte liberatos esse: & emtores de rebus emtis inquietari non posse, quamuis pupillus omnia, quæ consecutus erat, amiserit, *dict. leg. quoties.* Bona autem fide in his rebus versatus intelligitur, cum eatenus liberauit debitores, quatenus ab his accepit, & cum res conseruari non poterant, vendidit, & tanti vendidit; quanti valebant. Non bona fide autem res gesta est, si debitores vltro, antequam soluerunt, liberauerit vel paciscendo, vel acceptum his ferendo, aut si res multo minoris vendidit.

Tertius effectus est, & is præcipue animaduertendus, qui cernitur in hereditatis acquisitione, longe dissimilis repudiationi. Nam cum quis volũtarius heres hereditatem repudiat, repudiatione hereditatẽ amittit *l. si is. de acq. hered.* id est, vt explicatur *in l. 4. h.* ita desinet heres esse, vt si velit hereditatem postes adire, non possit. Abstentionis longe dissimilis effectus. Nam suus heres abstentione tamdiu heres esse desinit iure prætorio, quamdiu in eadem voluntate manet, ceterum ex pecunia si volet esse heres fiet; quinimo si immiscuerit se bonis paternis post abstentionem; nisi probet se alio animo fecisse, quam vt heres esset, obligatur inuitus creditoribus hereditariis vt suus, *l. si quis suus. de iur. deliber.* Quæ sententia *in l. vlt. infr.* confirmatur, sed id colligitur præcipue *ex l. 1. & 2.* Nam *in l. 1.* dicitur: Si suus heres, postquam se abstinet, habitet in domo hereditaria; non posse eum à creditoribus conuenirí, si habitauerit non vt heres, sed vt inquilinus & custos. Vnde contraria conditione recte & manifeste colligitur, si here inhabitet, teneri eũ creditoribus hereditariis, ac proinde esse heredem, quia aliter creditoribus teneri non possit: In *l. 2.* dicitur: item, si suus heres, postquam se abstinuit, comparauerit res bona fide hereditarias à creditoribus, non teneri eum creditoribus posterioribus. Vnde rursum intelligitur teneri eum sub contraria conditione, si mala fide cõparauerit. Hinc quæstio in his duabus legibus, vtrum his factis, quæ hic proponuntur, dicendus sit suus heres se immiscuisse, an non? de quo paulo post in extremo dicetur.

Sed & hęc potestas abstentione iterum hereditatem acquirẽdi intra certas metas conclusa est, *l. vlt. infr. h.* Ad hanc sententiam fin tur hæc potestas duobus modis. Primo, si res hereditariæ, seu bona omnia hereditaria distracta sint, quod ius etiam olim obtinebat, *dict. leg si quis suus. de iur. deliber. l. quod si minor. §. Scæuola, de minor.* Confirmatur *in prin. leg. vlt.* Et adeo olim hereditatis rebus distractis non poterat suus heres post abstentionem redire ad eandem hereditatem, vt nec in integrum restitutio ea caussa vlli concederetur, vel aduersus substitutum, qui vendidisset bona, vel aduersus legitimum heredem, qui post abstentionem hereditatem adiisset, vt traditur *in dicta leg. quod si minor.* Iustinianus autem in hac parte restitutionem dedit minoribus *in hac l. vlt. circa fin.* Vnde intelligimus hac Iustiniani lege derogatum esse *dict. leg. quod si minor, §. Scæuola.* Nam constitutio Iustiniani est vna de 50. decisionibus eius.

Præterea † finitur superior potestas tempore, quamuis rebus 22
adhuc integris in hereditate manentibus, nempe finitur post triennium, quod cedit varie. Nam his, qui in vigesimum nonum annum se abstinerent, hoc triennium cedit tantum ex fine vigesimi noni anni. His autem, qui post hanc ætatem se abstinuere, cedit statim post triennium, ex quo se abstinuere. Ex hac parte quæsitum est, quando videatur heres, qui se abstinuit, ex quibus factis videatur abstinere, quæ sunt quæstiones *leg. 1. & 2. hic.*

Ex his autem rescriptis hæc summa colligitur: Videri suum heredem immiscuisse bonis paternis, quoties aliquid de bonis paternis tractaret, vel inhabitando ædes, vel res hereditarias possidendo, tenendoue, nisi eluceat alio se animo tractasse, & alio iure quam hereditatis.

Exempla sunt hæc, si inhabitauerit in domo hereditaria, videtur se immiscuisse, nisi vt inquilinus, aut custos id fecit, quod exemplum *l. 1.* Quod si de eo ambigatur, an inhabitauerit vt inquilinus, aut custos, vter probare debet, aduersatiusne eum habitasse vt heredem, an vero hic, qui inhabitauerit, se non pro herede, sed vt inquilinum habitasse? Et ex rescripto perspicuum est, suum heredem ad sui defensionem dicere debere, se inhabitasse vt inquilinum, aut custodem, ex quo intelligitur id probare debere eum; quia est regula iuris: Eum probare, qui dicit, nõ qui negat, *l. 2. de probat.* Itaque & in re dubia vt heres inhabitasse intelligitur.

Sed cur potius vt heres existimatur id fecisse, quam vt inquilinus, cum proniores debeamus esse ad liberandum, quam ad obligandum, *l. Arrianus de obligat. & action.* Respondeo; quia quotiescunq; quis re aliqua suo iure vti potest. & in eadem re furtũ face-

re, aut prædari, benignius & procliuius creditur eum suo iure fecisse potius, quam aut furtum commisisse, aut prædatum esse, *l. merito autem pro socio.* Similiter si filius suus heres res hereditarias teneat & possideat, videbitur, vt heres fecisse, nisi doceatur eum alio iure fecisse, quã hereditario. Id autẽ probatur, si res emit à creditorib. hereditariis, quod est exemplũ *l.2.* Nã qui emit nõ hereditario iure, sed emtoris possidet, id est, si filius suus heres bona fide res comparauit. Vnde intelligimus, si cõparauerit mala fide, pro eo haberi, atq; si se immiscuisset, *l. si is, qui, de acq. hered.* Probatur autem fraus & mala fides alias recte & aperte, vt cum probatur de cõsilio fraudandi inter creditores & filiũ inito. Probatur item ex coniecturis, sunt autẽ hæ, si filius per suppositam personã emtoris emerit, & si apposuerit aliquem, qui emerat à creditoribus & ipse deinde ab eo emtore possidere reperiatur, quæ coniectura est *in d.l. si is, qui bonis, de acq. hered.* Potest hæc quoq; coniectura fraudis esse, si creditores non iusto pretio res vẽdiderint. Item, si prius vendiderint, quam bona possidere cœpissent.

Adiicitur *in eadem l.2.* cum filius bona fide compararit à creditorib. res hereditarias, non posse eũ conueniri à posteriorib. creditoribus, quibus eædem res pignori erãt obligatæ; & recte, quia filius à prioribus emendo in eorum locum succedit, ita vt vltro actiones habeat ad persequendum pignus aduersus posteriores creditores. Multo igitur magis aduersus eos possidens retentionem habebit, *l.1. infra, si antiq. creditor.* Quod si autem filius familias ab his emerit, primum heres erit, vt dixi, deinde recta à posterioribus creditoribus conuenietur, duabus de caussis. I. Quia non emit, cum emit, si res illius sunt hereditario iure, rei autem nostræ non consistit emtio, quæ pars confirmatur *in l. debitor. de pign. actio.* Deinde, quia in prioris creditoris locum succedere non potest, cui à defuncto deberi nihil potest. Non potest autem heredi quicquam deberi ex caussa hereditaria, quoniam etsi ei deferretur, prius tamen aditione hereditatis obligatio tolleretur, *l. creditori. l. debitori. supr. de pact.*

AD TITVLVM XXXII. COD.
Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, & describantur.

SVMMARIA.

1 *Interest heredi ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, vt de iure suo possit ex illis tabulis cognoscere.*
2 *Deinde interest heredis tabulas testamenti non quouis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magistratum.*
3 *Competens magistratus quis sit.*
4 *Per libellum quando adiri dicatur magistratus.*
5 *In aperiendis tabulis qui seruetur ordo.*
6 *Reipublicæ interest suprema iudicia hominum exitum habere.*
7 *Tabulæ testamenti quibus modis aperiri debeant.*
8 *Testamentum insinuari & publicari debet.*
9 *Insinuare testamentum est actis insinuare.*
10 *Referre in acta quid sit.*
11 *In re dubia à verborum significatione recedi non debet.*
12 *Improbum est, sollicitum esse de hereditate viuentis.*

INterest heredis ad adeundam hereditatem aperiri tabulas testamenti, & eorum omnium interest, quibus quid eo testamẽto est relictum, vt si forte quid sub conditione relictum sit, conditioni pareant, si conditio iam exstiterit, sciant relictum ad se pertinere. Interest amplius istorum omnium, non tantum aperiri testamentum, sed certo modo aperiri per magistratum, vt fides earum tabularum confirmetur. Interest præterea ad publicam & perpetuam fidem non tantum eas tabulas per magistratum aperiri & approbari, sed etiam insinuari. De his igitur tribus agitur hoc titulo, & D.eod. Quæ cum pertineant ad hereditatem adeundam partim, partim ad eam ex testamento retinendam, recte & ordine hæc tractatio superiori adiicitur.

1 Principio † interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, vt de iure suo possit ex illis tabulis cognoscere, quod priusquam cognouit, hereditatem adire non potest, nec repudiare, §. *vlt. Insti t. de hered. qual. l. in repudianda, de acquir. hered.* Nam quod dicitur *in l. vnica. §. in nouissimo, infr. de cad. toll.* posse hodie heredem & apertis tabulis & clausis, hereditatem adire, de herede accipiendum est, qui alio modo sciat se heredem esse, quã apertis tabulis, cuiusmodi est is, qui interfuit, cum testator testamentum fecit, & palam suum testamentum recitandum curauit. Quod si heres nõ potuit cognoscere aliunde, an heres scriptus esset, nec ne, opus est, vt ex tabulis testamẽti id cognoscat, nec prius hereditatem poterit adire, quod significatur *in l. vlt. §. 2. supr. de iur. delib.* Ad hanc autem rem nihil interest, quando tabulæ testamenti aperiantur, neq; quæ tabulæ testamenti. Si tabulæ testamẽti sua natura sunt patefactæ, vt sæpe testatores eas non claudunt, sufficiet eas tabulas per se aperire & inspicere, vt heres de iure suo certus esse possit, neq; necesse erit magistratum adire, quo iubente tabulæ aperiantur & inspiciantur, *l. si in duobus, §.1. D. eod.* Si testator duobus exemplaribus testamentum fecit, eadem solẽnitate in vtraque adhibita, & alterum exemplum apertum est, sufficit ad adeundam hereditatem, neq; necesse est alterum exemplar aperiri & cognosci: etiam si enim duo sint exemplaria, vnum tamen est testamentum. *d. l. si in duob.*

Quod si testator vnum testamentum fecerit, deinde ex eo exemplum descripserit sine solemnibus, tabulæ testamenti apertæ intelliguntur. Aperto autem exemplo nihil est actum, neque ea res ad cognitionem iuris suo heredi proderit, *l. vlt. D. eod.* quia ita ius est, vt exempla fidem non faciant, *l.2. de fide instrumen. auth. si qui in aliq. supr. de edendo.*

Interest † amplius heredis, tabulas testamenti nõ quouis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magistratum, ita vt fides earũ tabularum confirmetur, si quando opus erit aduersus legitimos heredes testamento controuersiam facientes. Idemq; fieri & legatariorum interest, & omnium, quibus quid eo testamento relictum. Ob hanc caussam in hac parte edicti præscribitur certus modus, quo tabulæ testamenti aperiantur. In eo magistratus & iudex adeundus est, quo iubente tabulæ testamenti aperiantur. Iubetur autem adiri competens iudex, vt est *in l.1. h.* Competens † est magistratus, qui iurisdictioni præest. puta olim Romæ prætor, in prouinciis præses, *l. ab initio. eo. l.2. in fi. h.* In eo autem non necesse est; adire magistratum sedentem pro tribunali, sed etiam adiri per libellum potest, vt est *in d. l.1. in fi.* Sensus est, posse eum adiri de plano. Per libellum autem † dicitur adiri magistratus, quoties libello supplici ab eo postulatur, quod eius auctoritate transigi debet, sine caussæ cognitione, *l. nec quicquam, §.1. de officio proconsul.* Talis est hæc postulatio de aperiendis tabulis testamenti. 2 3 4

In his autem † aperiendis hic seruatur ordo & ratio earum cõfirmandarum. Magistratus iubet per apparitores suos cogi adesse testes, eosdemq; signatores testamenti, vt præsentes sigilla sua recognoscant, vel sua esse negent, *l. cum ab initio, & l. seq. D. eod.* Sed quare iubet hoc fieri? Vt recognitis sigillis, declaret magistratus, recognita esse sigilla à testibus, eoque testamentum esse legitimum, id quod postulatum est, & idem esse solemne. 5

Quod si testes & signatores negabunt, sua signa esse, incipiunt suspectæ esse tabulæ, si vel vnus id fecit, *l.1. in fin. eod.* Notandum est autem hic duas ad res cogi testes & signatores. Primo, vt iussi conueniant apud prætorem, id est, iussi agnoscant sigilla sua, vel esse negẽt, *dict. leg. cum ab initio.* Conuenire & adesse iubentur, sed hi, qui præsentes sunt in his locis, vbi aperitur testamentum; si signatores absunt, mittitur ad eos domum, non euocantur, vt domi signa recognoscant, *leg. sed si quis, D. eod.* Coguntur autem omnes, siue præsentes, siue absentes, ad quos domum mittitur, iussi signa sua cognoscere, aut repudiare. Vbi quæritur, quare necesse sit, ad eam rem cogi signatores, vbi forte controuersia non sit de testamento, & nulla necessitas litis præsentis cogat testimonium ferre? Aduersus hanc rationem ratio redditur *in leg. vel negare, D. eod.* quia reipublicæ † interest suprema hominum iudicia exitum habere. Quod si iussi signatores adesse, aut recognoscere signa sua non pareant? Respondeo: Iam dixi à prætore eos cogendos, cogendi ratio est, vt iis mulctam dicat, quam ab iis exigat, nisi pareant. Est enim vnum ex remediis prætoriis, seu magistratus ad cogendos inobedientes ciues. 6

His rebus † peractis prætor iubebit testamentum aperiri & recitari, sed ne quid falsi postea admittatur, aut ne quid suspectum fiat, aperietur testibus præsentibus, idque fit tribus modis. Primo, testibus iisdemque signatoribus testamento præsentibus, si omnes adsint: deinde his non præsentibus, si maior pars adsit, *leg. si maior. D. eodem.* Postremo, si testes, iidemque signatores non adsint, & necessitas aliqua vrgeat, vt testamentum aperiatur & cognoscatur, curet magistratus id aperiri interueniẽtibus aliis honestis personis, quibus præsentibus aperitur & recitatur testamentum, & ab iisdem postea testamentum descriptum 7

ptum obsignari. *leg. sed si quis, in fin. D. eod. leg. 2. h. t.* Sed in omnibus his hoc cauetur, vt si testamentum apertum erit, priusquam alii ex signatoribus præsentes recognouerint sigilla sua, ad eos postea mittatur, vt sigilla sua recognoscant. Hæc ideo desiderantur, vt intelligamus, siue testes mortui sint, qui sigilla sua non recognoscant, siue præsentes negent sigilla sua esse, siue his agnoscentibus testamentum, non sit apertum iubente magistratu, testamentum non facere fidem, vel negante vno teste signum suum etiam tabulæ suspectæ fiunt. *leg. 1. in fin. supr.* His demortuis & non agnoscentibus sigilla sua, significatur *in leg. vel negare, D. eodem.* supremum iudicium defuncti exitum non habebit. Proinde recte initio diximus hoc modo, atque ordine testamenta aperiri interesse & heredis & omnium, quibus quia relictum est, vt testamenta imposterum fidem faciant. Cum autem res isto ordine transacta erit, nihil imposterum deerit ad fidem tabularum testamenti, vt probetur à testatore scriptum id factum esse.

Sed tabulæ testamenti intercidere possunt, vel casu amitti, vel incendio, vel alio casu, vel ita subtrahi, vt non exstent. Proinde, ad certam & firmam fidem testamenti, interest id tertium
8 fieri, de quo † initio proposuimus, nempe testamentũ insinuari & publicari, de qua specie agitur *in l. 1. & 2. h.* vt verba publican-
9 di & insinuandi testamenti declarant. Insinuare † testamentum, est insinuare actis, hæc enim duo pro eodem accipiuntur, *l. in hac l. in donationibus infr. de donationib.* Id autem tum fit, cum testamẽtum ita apertum est, vt supra dixi. Magistratus iubet apud acta testamentum publice legi & recitari; deinde à scriba pro officio suo iubet testamentum describi & in acta iudicialia publica de-
10 scriptum referri, seu mandari actis publicis. Referre † in acta est, quod recentiores Imperatores dicunt insinuare actis, quasi dicat efficere, vt res actis accipiatur, & illis commendetur.

Hoc cum ita factum est, exemplum testamenti, quod in acta publica relatum est, deinceps sine vllis testibus publicam fidem facere potest, *leg. in donationibus de donat.* Sed hac lege, si priores tabulæ testamenti casu non interciderint. vt traditur *in leg. 2. de testamen.* vbi plura dixi, & præterea ostendimus, apud quos iudices testamenta nostra insinuentur, de quo *l. testamenta & l. consulta. supr. de testamen.* item *ex dict. leg. in hac, de donatio.* Ex quibus locis intelligitur, quis sit ille competens iudex, qui commemoratur *in lege. 1 h.* per quam publice testamentum recitari debet, & publicari. Ex fide autem publica, quam exempla in acta relata nanciscuntur, factum est, vt quod instrumentum insinuatur actis, idem dicatur publicari.

Hæc omnia facile transiguntur, cum testamentum est penes eum, qui aut cognoscere vult, aut eo modo aperiri & publicari, vt dixi. Nam si testamentum sua sponte patefactum est, potest apud se inspicere, si est clausum, potest ad magistratum referre & petere, vt solemniter aperiatur. Sed quid si testamentum sit penes alium, qui non patiatur testamentum, vel ab herede, vel legatario, vel aliis desiderantibus inspici & proferri? In hac re altera parte edicti prætori prospicitur desiderantibus, vt id consequi liceat. Est autem in hac parte hæc sententia edicti: Pollicetur prætor omnibus desiderantibus tabulas testamenti inspicere & describere, ad quos ea res pertinere dicetur, iurantibus non calumniæ causa se id petere, potestatem se facturum inspiciendi describendique, quodcunque ad caussam testamenti pertinebit, præter pauca quædam, quæ eo edicto, vel sententia edicti excepta sunt, idque se constituturum aduersus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit: & si is potestatem facere nolit, adiicit prætor se compensaturum.

In hoc edicto, seu in hoc iure hæc capita spectanda sunt. I. Quibus personis id concedat prætor, & qua conditione. II. Quid cõcedat, aduersus quos, quibus in rebus. III. Quando concedat & effectum det, quod concedit. Principio prætor pollicetur hoc beneficium omnibus sine exceptione desiderantibus tabulas testamenti inspicere, seu describere, *l. 1. D. eodem* Ergo omnibus, siue eorum interfit, siue non, & hoc ita est, si tamen hi, qui desiderant, dicant sua interesse; vel quia illis aliquid relictum sit vel quia impliciam cum aliquo controuersiam habeant, de qua iudicari non possit, nisi cognitis testamenti verbis, vt colligitur ex ratione *d. l. 1. & 2. in prin.* Sed intelligendum est, cum quis dicat eam rem ad se pertinere; non tamen id debere probare, neque summatim: sed tamen vt desideranti imponatur prius, vt iure non calumnię causa id se petere, id est, sua interesse ita, vt dicit, quæ pars indicatur *in l. 3. in pr. h.* Ex qua conditione satis confirmatur id, quod in edicti sententia confirmamus, non concedi hoc beneficium, nisi his, ad quos ea res pertinere docetur, cum id confirmare debeant iureiurando ita esse.

Pollicetur autem prætor se desiderantibus potestatem facturum inspiciendi & describendi, *d. l. 1. D. eod. & l. 3. h.* Cuius autem rei inspectionem & descriptionem concedit prętor? Eius quicquid ad caussam testamenti pertinebit, vt intelligitur *ex d. l. 2. §. 1. D. eod.* & ideo *l. 3.* iisdem verbis vtitur, vt intelligamus eam translationem esse ex edicto. His verbis continentur 1. tabulæ testamenti. Sed an cuiusuis testamenti? Quid enim si testamentum vel imperfectum, vel iniustum sit, & denique si non valeat. Mouet quæstionem, quod edictum *testamenti* verbo vtitur. Non est autem proprie testamentum id, quod non valet. Porro † in re dubia à significatione verborum recedi non oportet, *l. 1. §. in re. de exercit. act. l. non aliter, de leg. 1.* Et placuit edictum 11
ad cuiusuis testamenti tabulas pertinere, siue iustum sit, siue non iustum, siue perfectum, siue imperfectum, *d. l. 2. §. 1.* Id quod dictum est ex sententia edicti. Nam propositum est prætori in hac concessione inspiciendi describendique testamenti, vt cognosci possit, quid testamento scriptum sit, & qualis sit scriptura. Hoc enim non minus de iniusto & imperfecto testamento cognosci potest & debet, quam de iusto & perfecto. Cognita autem sententia scriptoris recedimus à significatione verborum propria & sententiam scrutamur, *d. l. non aliter. de leg. 1.* Sic tamen, quod vis testamenti contineatur verbis edicti, vt intelligatur testamentum mortui, non viuentis. De viuentis testamento nihil pollicetur prætor, & ideo si dicetur adhuc viuere testatorem, cognoscet prætor an ita sit, nec ne, & si liquebit eum viuere, nihil de testamento statuet, *l. 2. §. si dubitet. D. h.* Et merito; nam † improbum est, sollicitum esse de hereditate 12
viuentis, *l. 3. §. interdum, de vulg.*

Iisdem verbis præter testamentum continentur codicilli ad testamentum pertinentes, id est, tabulæ secundæ, seu pupillares, seu substitutio pupillaris. Nam & hæc pars est paterni testamenti, ideoque, vt & hæc inspiciantur, describantur que, vnusquisque desiderare potest ex hoc edicto, *l. pen. D. eod.* Sunt tamen hic quædam res, quæ excipiuntur. I. Excipit prætor diem & consulem testamento adscriptum. Vtrumque & describi & inspici etiam prohibet, ne quid falsi fiat, *l. 3. §. diem, D. eod. l. 3. h.* Consulem dicit; quia erat in more Romanorum, annos notare consulibus; nam singulis annis noui creabantur consules. Itaque hodie intelligimus his verbis excipi diem & annum, qui testamento sit adscriptus. His enim temporibus cognitis facile aliud testamentum fieri potest, quasi eodem die & tempore scriptum, vt idem cum vero testamento esse dicatur. Excipit præterea ius eam partem testamenti, quam testator noluit aperiri, *d. l. 1. h.* & recte; nam quæcunque hic cauta sunt, eo computata sunt, vt supremæ volũtates exitum habeant, *l. vel negare, D. h.* Proinde & in hac parte max me volunras testatoris est seruanda, ne quid aduersus voluntatem eius aperiatur, retineatur, cognoscatur. Intelligitur autem testator id negare, non tantum aperte sed etiam in tabulis pupillaribus, cum eas separatim scribit & claudit. Itaque ob hanc caussam 11 clausæ tabulæ pupillares non aperiuntur à magistratu, nisi caussa cognita, *l. pupillares eod.* Caussa autem interdum exigit, vt etiam hæ aperiantur, vt si mulier ventris nomine (ni substitutio facta est) in possessionem missa sit. Ideo enim tum necesse est aperire tabulas pupillares, vt sciatur quis, quomodo curator detur bonis, *leg. si mulier, D. eod.*

Tertio loco ius excipit eas partes testamenti, quæ ad ignominiam alicuius scriptæ intelliguntur, *d. l. 3. h.* Exempli gratia, si testator ita heredem instituat, *ille, qui nuper in hac vrbe fustibus cæsus est, heres esto.* Hanc partem non permittit prætor aperiri & cognoscit prætor repugnantem ei, qui tabulas testamenti penes se habet: nam hæc pars ad ignominiam heredis est scripta. Et merito non permittit prætor hanc partem aperiri, quia desiderantis nihil interest. Quisquis vero ita scribitur, eius institutio nullius est momenti, idemque est, si quid sub eiusmodi signo alioue relinquatur, *l. quoties, §. si quis nomen, de hered. instit.* Initio autem dixi, non fieri potestatem describendi testamenti, nisi his, qui sua interesse dicant. An autem pars aliqua, ad cuius ignominiam scripta sit, ipse prætor cognoscet, & si ea lecta deprehenderit, talẽ esse, non permittet inspici, multoq; minus describi. Hanc petitionem inspiciendi & describendi testamenti, non pollicetur prætor se facturum, aduersus omnem possessorem testamenti, sed aduersus eum tantũ, qui tabulas testamẽti apud se esse nõ negauit; *l. 2. §. vlt. D. h.* Quid ergo si quis dicatur tabulas testamẽti apud se habere,

& eo negante se habere actor dicat se esse paratum id probare, an non poterit consequi, vt sibi tabulas inspicere describereue liceat? Imo poterit, sed id consequitur non hoc edicto, sed ordinaria via, nempe actione in factum de tabulis exhibendis, vt adiicitur *in dict. l. 3. in fin. D. eod.* Multum autem interest, vtra via quis experiatur hoc edicto, an vero interdicto de tabulis exhibendis. Nam in interdicto de tabulis exhibendis, si quis neget tabulas testamenti apud se esse, iudicium instituitur, in quo de ea re cognoscitur, si iudicio probatum erit, tabulas apud eum esse, cum quo agitur, iubebitur arbitrio iudicis exhibere eas, ac describendi & inspiciendi potestatem facere. Quod si reus arbitrio iudicis non paruerit, sequitur condemnatio, quanti ea res erit, id est, quanti actoris intererit tabulas exhiberi. Hic ordo est arbitrij & condemnationis in omnibus actionibus in rem & ad exhibendum. Regula iuris generalis est *l. qui restituere, de rei vindicat. l. 3. §. 2. de tabul. exhiben.* Quod si controuersia erit, quanti interfit actoris, non exigentur ab eo probationes sed & iureiurando eius æstimabitur, vt fit in huiusmodi actionibus, quæ sunt in rem & ad exhibendum *l. in actionibus, de in lit. iur. l. qui restituere, de rei vindicat.*

At ex hoc edicto cum aliquis non negarit tabulas testamenti apud se esse, si neget se exhibiturum actio aduersus eum non datur, sed officio magistratus compellitur exhibere tanquam iudicatus. Nam confessio in iure pro iudicato habetur, *leg. vnic. infra. de confess.* Hæc est illa compulsio, de qua *in dict. leg. penult. D. hic* Compellit autem magistratus remediis suis, id est, aut vi & manu, dum per apparitores auferet testamenti tabulas, si exstabũt, vt fieri solet in his iudiciis, in quibus magistratus decretum suum exsequitur, *argumen. dict. leg. qui restituere, & leg. 3. ne quis eum, qui in poss. miss.* aut mulctam dicet reculanti possessori, & pignora capiet, vt his distractis mulcta exigatur. Et hæc remedia sunt prætorum, vt dictum *l. 1. § ex hoc. de vent. inspic.*

Hæc omnia, quæ supra dixi, de aperiendis & recitandis tabulis aguntur in his locis, vbi testamenta scripta sunt, nisi testator testamentum iusserit alio transferre, veluti si exiturus Roma, testamento facto iubeat testamentum in patriam suam perferri. Nam ex voluntate testatoris recte in patriam perferretur, nec alibi cogetur quis aperire, inspiciendi potestatem facere; quo pertinet *lex 2.* vbi adiicitur testamentum in his locis, in quæ testamentum testator perferri voluit, aperiri secundum consuetudines moresue locorum, quod de eo dictum est, ne quis putet apud magistratum census tantum aperiri posse ex præscripto *leg. testamenta. a. l. consulta. de testament. supr.* sed vt sciamus, apud quosuis iudices eorum locorum testamentum recte aperiri iuxta formam *leg. in his, supra, de testamen.* Hæc de testamentis aperiendis dicta sunt, sed quæ nihilominus etiam ad codicillos aperiendos pertinent, vt si clausi sint codicilli, & de his aperiendis agatur initio, vt fidem faciat, aperiantur secundum ordinem supra expositum, de quo cauetur *in l. vlt. h.*

AD TITVLVM XXXIII. COD. DE edicto diui Hadriani tollendo, & quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.

SVMMARIA.

1 *Petitio hereditatis, interdicto quorundam bonorum & missio in possessionem an aduersus omnes competant.*
2 *Summa huius constitutionis & quibus hoc remedium comparatum sit.*
3 *Institutus heres quis dicatur.*
4 *An omnis scriptus heres in possessionem mittatur ex hac lege.*
5 *Substituti si cum institutis eodem testamento se mitti postulent in possessionem, an impetrare possint.*
6 *Fideicommissarius an huius constitutionis beneficio vti possit.*
7 *Scripti heredes, vt in possessionem mittantur, nullum in testamento vitium, & solemnibus iuris munitum esse oportet.*
8 *Solemnia testamenti quæ sint.*
9 *Depositio testium quid.*
10 *An ob omne vitium testamentum inutile fiat.*

HEreditate adita, de quo hucusque actum est, consequens est, vt ius hereditatem in rebus hereditariis tueatur. Etsi autem heres, posteaquam heres factus est, statim sine aliqua apprehensione dominus fiat omnium rerum hereditariarum, *l. cum hereditas, de acq. poss.* tamen nihil prodest dominum esse, nisi heres rebus hereditariis vtatur fruatur, quod facere non potest, nisi eas teneat, possideat. Consequens est igitur, vt & hæc possessio ei iure tribuatur. Ad hanc consequendam sunt hæ viæ tres iure constitutæ aduersus eos, qui hereditarias res tenẽt, petitio hereditatis, interdictio quorum bonorum & missio in possessionem ex constit. de quo agitur hoc tit.

Petitio † hereditatis maxime & pleno iure hanc possessionem consequitur, sed non aduersus omnes competit, & longa via est. 1
Interdictum quorum bonorum iudici breuius est, quoniam est possessorum, sed & hoc non competit aduersus omnes rerum hereditariarum possessores, neq; omnibus heredibus, & est etiã paulo longius, vt extremo loco dicetur in istorum remediorum comparatione. Breuis & expedita ratio est possessionis nanciscẽdæ constituta in hac missione in possessionem, de qua his constitutionibus agitur, sed ea est tantum constituta scriptis heredibus. Summa huius iuris comprehensa est constit. Iustin. *l. vlt. h.* ad cuius interpretationem reliquæ duæ leges referri debent.

Summa † autem iuris est hæc: Scriptus heres si apud competentem iudicem proferat testamentum, in quo scriptus est, quod careat omni vitio, quod sub sensum cadat, mittitur in possessionẽ rerum hereditariarum, omissa omni quæstione, an testamentũ verum sit, an falsum, iure valeat, an non valeat; idque aduersus omnes rerum hereditariarum possessores, qui quouis titulo quãuis singulari dicant se eas res possidere, præterquam si aduersus eum agatur, qui itidem ad defensionem eiusdem iuris simili testamento, nec vitioso vtatur, inter quos si inciderit controuersia, res cognoscetur, & is vincet in possessione, qui potiore iure niti videbitur. estque hoc hic constitutum omnibus heredibus, intra quodcunque tempus desiderent, se in possessionem mitti, nisi præscriptio temporis submoueatur; qua submouerentur si hereditatem peterent. 2

Vt liqueat de hoc iure, partes eius nobis considerandæ sunt. Continetur autem hoc ius his locis; Quis ex dicta parte iuris mittatur in possessionem rerum hereditariarum, & qua cõditione, in qualium heredum possessionem mittatur, aduersus quos mittatur, per quem iudicem, intra quod tempus, & missionis huius quis sit effectus. I. Hoc remedium comparatum est tantum scriptis heredibus testamenti caussa, vt magis beneficium testamento videatur tributum, *in l. 3.* Iustin. loquitur de instituto herede; siue sit ex asse heres institutus, siue ex parte. Institutus † autem dicitur heres, non tantum, qui scribitur testamento, sed etiam, qui sine scriptura nuncupatur, *l. 1. §. 1. de hered. instit.* Vnde quis existimet, hoc beneficium propositum esse non tantum scriptis heredibus, sed etiam nuncupatis, sed verba quæ sequuntur *in l. 3.* restringunt id, quod prius generalius scriptum erat. Nam dicitur mitti in possessionem heres institutus hac conditione subiecta; si testamentum scriptum proferat, quæ conditio non potest, nisi ad scriptos heredes pertinere. Itaque sententia hæc rata erit, non esse propositum beneficium huius legis, nisi scripto heredi. Hinc versio huius legis de scripto herede tantum concepta est. Hinc illa verba *l. 2. heres scriptus in possessionem mitti solet.* Ex quo intelligitur legitimos heredes eodem modo non in possessionem rerum hereditariarum mitti. Merito, quia nullam eiusmodi probationẽ proferre potest in præsentia, qualem scriptus heres: probare quidem potest testatorem intestatum decessisse, & se cognatum esse proximum defuncti, & testibus & instrumentis. sed earum rerũ fides sub sensum non cadit, & statim non potest expediri. At testamentum, quod sine vllo vitio profertur, sub sensum cadit, & statim ostendit se, quale sit.

Idem dicemus de nuncupatis heredibus, qui se mitti postulant in possessionem rerum hereditariarum, hos nimirum ex hac parte iuris mittendos nõ esse; quoniam nullam talem probationem statim proferre possint, qualem hic exigimus. Non deest tamen his omnibus heredibus aliud remedium, quo possessionẽ nanciscantur, interdictum quorum bonorum, sed ita hac interdum vtuntur, si bonorum possessionem apud magistratũ agnouerint. Sed an omnis scriptus † heres in possessionem mittitur ex parte hac? Verba legis generalia sunt, & ad omnem scriptum heredem pertinentia. Hinc dubitatio *l. 1. supr. h. t.* Si forte eodem testamento † quidam sint instituti heredes, quidam substituti, & substituti postulent, de mitti in possessionem cum instituto, an impetrare debeant? Verba facere videntur, quod debeant. Rescriptum est *in d. l. 1.* Solos institutos in possessionem mitti debere, idque efficitur & verbis & sententia Nam substitutus est quidem 4 5

dem institutus & heres *l. mulier §. vlt. de condit. instit.* Sed substitutus instituitur sub conditione, si heres institutus heres non erit, *l. 1. de vulg.* Instituto hereditatem adeunte conditio substitutionis deficit. Proinde eo res deducitur, vt substitutus nec substitutus videatur.

Idem de substituto dicemus, etsi is se mitti postulet in possessionem bonorum aduersus quosuis, alios rerum hereditariarū possessores. Nam etsi nondum certum est institutum hereditatē adisse; tamen quamdiu hereditas ab eo adiri potest, tamdiu substituto non defertur, *l. quamdiu, de acquir. hered.* Reuera is non est heres, cui hereditas non defertur.

6 Quid si fideicommissarius beneficio huius constitutionis vti velit? Finge testamento aliquem instituturn heredē rogatum esse vt Lucio Titio restituat hereditatem, hereditatē heredem adisse, & restituisse fideicommissario Titio, quod fit, si vel aliquam rem hereditariā ei restituerit eo modo, vt tota hereditas restituta haberetur, *l. restituta ad Trebell.* Quæritur, an de ceteris rebus hereditariis, quæ illi restitutæ non sunt, agere possit ex hac parte iuris: & desiderare, vt mittatur in rerum earum hereditariarum possessionē? Mouet quæstionē quod, fideicōmissarius heres est. Dicēdum est, & ad fideicommissarium hoc beneficium pertinet; nam heredis loco habetur restituta hereditate; cum in eum transeunt omnes actiones heredum & aduersus eum, *l. 1. D. ad Treb. §. sed quia. Inst. de fideicom. her.*

7 Hæc missio proposita est † scriptis heredibus, hac conditione, si testamentum proferatur, quod in scriptura nulium vitium omnino ostendat, & quod solemnib. iuris omnino munitum, sit, vt est *in pr. l. 3. vers. sancimus.* In scriptura exigitur, vt nihil sit cancellatum, id est, nihil deletum in scriptis, inductis lituris. Item vt nihil sit abolitum, id est, vetustate ita deletū, vt legi non possit. Itē nulla formæ suæ parte vitiatum. Formam intelligimus id, sine quo testamentū iure ciuili nō consistit. est enim forma, quæ facit, vt res sit, *l. si is, qui. 400. §. vlt. D. ad l. Falc.* Hæ autem res in scriptura testaméti sunt dies & annus, vt more vsuq; Romanor. dies & cōsules, & quæ reliqua desiderātur in testamētis. Itē, heredū institutiones, *§. ante heredis. Inst. de leg.* Ex quib. intelligimus, si aut totum testamentum abolitum non sit, deletumue, aut non sit vitiatum in his, quæ formam & substantiam scripturæ ac testamenti continent, tametsi aliud quid deletum sit in aliis partibus; tamen id scripto heredi non nocere, quo minus in possessionem rerum hereditariarum mittatur.

Et hoc ita est, si nihil adiiceretur amplius in constitutione Iustiniani. Sed adiicitur id, quod omnem dubitationem eximit, cū in scriptura desideratur, vt testamentum prima facie sine vllo vitio appareat. Quibus verbis aperte remouetur heres à possessione, si vel minimum vitium in scriptura testamenti appareat. Quid ergo? dicemus testamentum non valere, aut fidem non facere, si quid in eo deletum sit? Valet nihilominus testamētum, siue quid consulto deletum sit, siue non deletum sit consulto, vt constat *ex l. 1. de his quæ in test. delent. l. si neque, supr. de testam.* sed hoc tunc locum habet, cum aduersus testamentum nihil obiicitur. Quod si quid obiicietur, id testamentum heredi non proderit ad impetrandā missionem in possessionem, priusquam de vitio aliquo testaméti cognitum sit, quasi cœperit esse suspectum ob id, quod in scriptura aliquid deletū, aut corruptum est. Ceterum cum aduersus testamentum nihil aliud obiicitur, probandum est ea, quæ delentur, aut inducuntur in partibus testamenti, quæ ad substantiā testamenti non pertinent, non eo minus scripturam fidem facere, quod confirmatur *in cap. ex literis, de fid. instrumen.* Hęc de scriptura testamenti.

In solemnibus præterea exigitur, vt suis solemnibus testamētum munitum sit, quod significatur illis verbis *l. 3.* & depositionibus testium legitimo modo vallatum sit, Solemnia † testamenti constant iis rebus, iusto numero testium, & eorundem subscriptione & obsignatione. *§. sed computat. Inst. de testam. ord. l. hac consultissima, supr. de testam.* Numerus testium hic expressus est. Depositionem autem testium, quæ hic appellatur à Iustiniano, recte intelligemus subscriptionem & signationem testium, quæ à testibus in testamento deponuntur, id est, in testamentum confe-
9 runtur. Depositio † testium ex vsu recentiorum Imperatorum dicuntur testificationes, seu ea, quæ testes testimonio dicunt, *in exercendis supr. de fid. instrum. l. si quis testibus.* Sed difficile est, vt eam significationem hoc loco admittamus. Nam in testamentis conficiendis non munitur testamentum testimonio testium, sed testium præsentia, audientium testamentum testatoris, & deinde subscriptione & subsignatione, *dict. leg. hac consultissima supr. de testamen.* Deinde si viginti annis, aut amplius post conditum testamentum, illud ab herede scripto proferatur, difficile est, vt eo tempore omnes testes viuant, qui agnoscant suas subscriptiones & sua sigilla. Proinde, quod loco conueniat, melius est, si depositionem testium hic interpretemur, vt supra fecimus, nempe ea, quæ testes in testamenta conferunt: ea autem sunt subscriptio & obsignatio. Si quis tamen depositionem testium hic interpretetur testificationes testium, qui vocati sunt, vt agnoscerent sigilla sua, non errauerit. Nam etsi id *in leg. 3. infra.* prætermittatur; tamen intelligendum est ex his, quæ sup. titul. posuimus, testamentum, vt fidem faciat, non recte aperiri, nisi præsentibus testibus & signatoribus, sigilla sua agnoscentibus. Neque eo minus desideramus solemnia testium, vt scriptus heres secundum testaméti scripturam mittatur in possessionem. Nam solemnium exactio satis cōtinetur illis verbis *leg. 3.* cum desideratur, vt testamentum nulla formæ suæ parte sit vitiatum. Nam solemnia testamenti ad formam & substantiam testamenti referenda sunt.

Ex his, † quæ de vitiis testamenti hic cauentur, apparet, testamē- 10
tum inutile fieri non ob vitium quoduis, sed tantum ob vitium, quod ex inspectione testamenti seipsum ostēdat, quod vulgo dicunt vitium visibile, ex quo satis colligitur, si quod vitium obiiciatur aduersus testamentum, quod ex inspectione testaméti nō appareat, qualecunque id sit, heredi non obstare, quo minus heres mittatur in possessionem rerum hereditariarū, si modo proferat testamentum tale, quale supra exigimus. Hæc pars etsi satis colligatur *ex dict. leg. 3. infr. h.* tamen aperte confirmatur *in leg. 2. h.* Ideoque ad hanc partem ea l. referenda est. Vitium, quod sub sensum non cadit, in testamentis duplex est, aut enim testamentum falsum est, aut iure non valet: idque præter omissionem solemnium testamenti contingit, aut ex persona testantis, aut ex omissione eorum, quæ in testamento iure caueri oportuit. Ex persoua, si is testamentum fecerit, qui ius testandi non habet, veluti si seruus fuerit, si filiusfamilias, si prodigus, si furiosus, *tit. instit. quibus non est permiss. facere testament.* Ex omissione, eorum, qui in potestate sunt, præteritio, *l. inter. D. de liber. & posthum.* eorundemque exheredatio contra officium parentis facta, & vno verbo exheredatio inofficiosa, *Authent. non licet. & Authen. ex caussa, supra de liber. præter.* Hinc dicimus, si heres scriptus postulet se mitti in possessionem rerum hereditariarum aduersus filium defuncti, mittendum esse nihilominus in possessionem prolato integro testamento, quamuis filius aliquid eorum, quæ supra dixi, aduersus testamentum dicat, puta falsum esse, se præteritum esse testamento inofficioso, testatorem seruum fuisse, aut in aliqua conditione exstitisse, propter quam testamentum facere non potuerit.

Atqui hæc certissima vitia sunt testamenti, non minus, quam omissio solemnium, aut cancellatio, aut alicuius partis testamenti obliteratio: cur igitur hæc eadem vitia heredem non submouent? Quoniam ex inspectione testamenti non apparent: neque ideo fit iniuria filio, aut alii possessori. Nam is si est vere heres, testamento irrito constituto, hereditatem petere potest ab herede scripto, & statim vincet, si quid eorum, quæ supra obiiciebantur, probauerit, sed hæc non nisi directo iudicio, in quo plena sit cognitio, sequuntur, *l. 3. §. ibidem. D. ad exhib.* Quod tamen in *d. l. h.* dicitur de suprascriptis vitiis, quæ ex inspectione testamenti statim non apparent, duas exceptiones habet. Prima est, quam omnes interpretes dicto loco vulgo recte agnoscunt, si is, qui hæc vitia obiicit aduersus testamentum, se paratum esse dicat eodem die vitium probare, id est, statim & sine dilatione. Nam hæc exceptio ab omnibus reis admittitur, etiam in caussis maxime summariis & momentariis, *l. 3. in pr. D. vt in possess. bonor.* Huiusmodi probatio semper adferri potest, si possessor dicat testatorem fuisse prodigum, & ad manum habeat acta magistratus, quibus ipsi bonis interdictum est.

Altera exceptio est in eo, quod dicitur de filio, qui se testamēto præteritum esse dicit. Quod enim cauetur *in dict. l. 2.* nihilominus heredem scriptum aduersus filium, qui se præteritum dicit, mitti in possessionē, sic interpretandū est, si heres scriptus neget aduersarium esse filium defuncti. Nam hæc quæstio, an sit filius, altiorem indagationem desiderat, de qua ex inspectione testamenti constare nihil potest. Sed si heres scriptus fatebitur eū filiū esse, puto heredem non esse admittendum, idq; duabus, de caussis. I. Quia herede hoc confitente præteritio filii incipit

esse

esse vitium, quod ex inspectione testamenti statim appareat: nam lecto testamento statim apparere potest, filium neque heredem institutum esse, neque exheredatum: is autem præteritus intelligitur, qui neque institutus, neque exheredatus est, *Inst. de her. inst.* Proinde testamentum pertinere incipit ad constitutionem Iustiniani, vt dicatur testamentum non apparere prima facie sine vllo vitio. Idem dicendum est, si is, quem constat esse filium defuncti, dicat, testamentum esse inofficiosum; quoniam immerito sit exheredatus: nam constare potest ex verbis testamenti statim, cum sit exheredatus caussa non adscripta, & si adscripta est, cum sit vna ex quatuordecim, quæ commemorantur *in Auth. ex caussa. supr. de liber. præter.* Quod si caussa exheredationis adscripta erit, & erit caussa legitima, hic locum habebit, quod dicitur *in l. 2. h.* non nocere heredi scripto, quominus mittatur in possessionem quãuis filius dicat testamentum esse inofficiosum. Altera ratio est, cur, vbi constat eum, qui se filium, eundemque esse præteritum, aut non iuste exheredatum, non debeat scriptus heres aduersus eum mitti in possessionem rerum; quoniã hoc modo heres dolo facit, petens eam possessionem, quam statim & certo restituturus est. Ac proinde exceptione doli mali merito à filio submoueri potest, *l. dolo. D. de doli mali except.* Nec ad rem pertinet, quod hoc iudicium possessorium est & summarium, in quo hæc exceptio obiicitur scripto heredi: nam generaliter tenendum est, etiam in iudiciis maxime summariis & præparatoriis exceptiones omnes æstimari, & remouere agentem, si ita euidentes sunt, vt aperte agentem remoueant, *dict. leg. 3. §. ibidem. D. ad exhib.* Talis est autem hæc, cum dicitur, quod scriptus heres, qui fateatur filium esse præteritum, aut immerito exheredatum, petat se mitti in possessionem aduersus eum, quem constat iure certo testamẽto irrito constituto heredem esse, *Auth ex caussa, supr. de lib. præter.*

Ad L. Edicto. 3.

Imperator Iustinian. A. Iuliano præfect. prætorio.

Edicto diui Hadriani, quod sub occasione vicesimæ partis hereditatis introductum est, cum multis ambagibus, & difficultatibus, & indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia & vicesima hereditatis ex nostra recessit Republica: antiquatis nihilominus & aliis omnibus, quæ circa repletionem, vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt: sancimus, vt si quis ex asse, vel ex parte institutus, competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, &c.

SVMMARIA.

1 *Ob vitium testamenti, quod ex inspectione eius apparet, heres à possessione submouetur.*
2 *In quarum rerum possessionem mittatur heres ex hac parte iuris.*
3 *Quid iuris, si res, de quibus agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor tales esse neget.*
4 *An in possessionem omnium rerum hereditariarum mittatur heres non tantum si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles.*
5 *Aduersus quos missio in possessionem constituta sit.*
6 *Pro herede quis possidere dicatur.*
7 *Pro possessore quis.*
8 *Aduersus quos heres in rerum possessionem non mittatur.*
9 *Quoties ex duobus aliquid defertur vni vel lege, vel testamento, neque intelligitur vtri deferatur, neuter admittitur.*
10 *Intra quod tempus heres desiderare possit se mitti in possessionem rerum.*
11 *Per quem iudicem, seu à quo heres consequi possit missionem in possessionem.*
12 *Heres quomodo mittendus sit in possessionem.*
13 *Missionis in possessionem rerum effectus.*
14 *Petitio heredit atis & missio in possessionem quid differant.*
15 *Missionis remedium quid differat ab interdicto quorum bonorum.*

SVmma hæc est: Ob † vitium testamenti, quod ex inspectione testamenti statim apparet, heredem à possessione submoueri, quod non apparet, non submoueri, nisi aduersarius offerat præsentem probationem. Secundo loco videndum est, in quarum rerum † possessionem mittatur heres ex hac parte iuris. Et expressum est *in dict. leg. 3. h.* mitti eum in possessionem earum rerũ, quæ testatoris tempore mortis fuerunt, quibus verbis duo exiguntur. Primum, vt res testatoris fuerint. His verbis intelligimus non tantum eas, quæ dominio testatoris fuerint, sed etiam, quæ possessione eius fuerint, siue in bonis eius fuerint, siue periculum earum ad eum pertinuerit. vt puta, mittetur heres etiam in possessionem vectigalium prædiorum, ædium, quæ testatoris fuerant: item, in possessionem rerum ab eo bona fide possessarum, item rerum illi pignori obligatarum, & eo nomine possessarum, quouiam hæ omnes sunt in bonis, *l. bonorum de verb. significat.* Hoc amplius, etsi res testatori commodatæ, aut apud eum depositæ fuerunt, consequetur heres hac parte, vt mittatur in earum possessionem; nam & hæ ad periculum testatoris pertinuerunt.

Hæc ex eo dicimus: Primo, quod omnes hæ res ad ius & possessionem defuncti pertinuerunt. Est autem æquius eas res ad heredem defuncti pertinere, quam ad alios detentores, qui nihil iuris habeant. Deinde, quia constat supra scriptas omnes venire in possessionem hereditatis, id est, hereditatem petenti has res omnes restitui debere, *l. & non tantum de petit. hered.*

Porro facilius ex hac parte iuris consequi debet heres rerum hereditariarum possessionem, quam petitione hereditatis, quoniam hæc pars iuris habet beneficium momentaneum, nempe possessionem & detentionem nudam, quæ possessio in iudicio directo non præiudicat. Postremo etsi præfacte retineremus verba Iustiniani, vt heres mitti deberet in possessionem rerum, quæ plane testatoris fuerunt, tamen hoc consequeretur heres, si solum doceret eas res à testatore possessas fuisse. Nam aduersarius, qui diceret eum dominum fuisse, id probare deberet & maneret in suo loco possessor, *l. 2. supr. de probat.*

Alterum exigitur, vt res fuerint testatoris tempore mortis eius. Quid ergo si mortuo testatore iacente adhuc hereditatis aliquæ quæsitæ sint; puta per seruos hereditarios: item, alluuione aliquid accreuerit, fundo hereditario, aut vsusfructus earum, qui alienus erat, finitus est, & ita cum proprietate coniunctus: item, si fructus rerum hereditariarum ab aliquo percepti & collecti sunt: namque hæc omnia acquiruntur hereditati, fiuntque hereditaria *leg. hereditas in multis. de acquir. rer. domin.*

Responsio etiam his superioribus verbis continetur, mitteturque heres ex hac parte in earum rerum possessionem: hoc ipso videntur hæ res defuncti, quod sunt hereditatis adhuc iacentis. Nam hereditas non adita defuncti personam sustinet, *leg. hereditas, de acquir. rerum domin.* Ita in summa efficitur heredem ex hac parte mitti in possessionem rerum hereditariarum, seu defuncti vere fuerint, cum viueret, seu postea hereditariæ esse cœperint. Quod si res neque defuncti fuerint, neque hereditati sint postea quæsitæ, non mittetur heres in earum rerum possessionem: & merito, quia nihil ad heredem pertinere potest, nisi quod sit hereditatis: nihil autem hereditatis est, nisi quod defunctus habuit, & est definitio hereditatis *leg. heredit. us. de reg. iur. l. nihil aliud, de verb. significat.* non habuit autem defunctus, nisi tunc habuit, cum defunctus est, idque apertius exprimitur in definitione bonorum possessionis, *leg. 3. §. bonorum igitur, de bonorum possess.* Quid † si res, de quarum possessione agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor hereditarias esse neget, & de eo sit controuersia? Respon. Heres debebit probare esse hereditarias; quoniam non ex hac parte aliter ad rerum possessionem admittitur, quam si res defuncti fuerint. Proinde ad fundandam petitionem hereditatis, necesse habet intendere res hereditarias esse, quę à Lucio Titio possidentur, in quarum possessionem ob id se mitti postulat. Id cum intendat, probare debet, secundum regulam iuris, & eo non probante reus absoluendus est, *leg. 3. D. de probat. l. qui accusare, supr. de edendo.*

Sed an † in possessionem omnium rerum hereditariarum mittetur heres, non tantum, si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles. Mouet dubitationem, quod proprie dicũtur illi

illi mitti in possessionem, qui ire iubentur in possessionem; imus autem in res immobiles quemadmodum & de his solis deijcimur, res autem mobiles manu capimus. Sed vsus iuris hic est, vt in verbis legis, mittitur quis in possessionem, intelligatur mitti in possessionem rerum omnium, etiam incorporalium, vt declaratur *l.5.§ qui in possess. & §.sequen. D. vt in possess. legat. vel fideicom. seruc. causa esse liceat.*

5 Tertius locus est, † aduersus quos sit hæc missio in possessionem constituta; & constituta est hæc missio aduersus possessores rerũ, vt significatur illis verbis *l. 3. non autem legitimo modo ab alio detinentur.* Quod si has res nemo possideat, an etiam ex hac parte postulari debet à competente iudice missio in possessionem? Et vulgo existimant peti posse & debere, hoc est ineptissimum. Nã non ob aliam causam iudex adeundus est, cuius auctoritate possessionem rei occupemus, quam ne vim faciamus, & vi facta possessionem rei amittamus, *leg. ex stat. D. quod metus causa, leg. si quis in tantam. inf. vnde vi.*

At heres, qui res hereditarias à nullo possessas auctoritate sua occupat, iure occupat & nulli vim facit, nec ad superiores constitutiones pertinet, quæ vim facienti constituunt pœnam. Proinde in his rebus non est necesse adire magistratum; sed recte res à nullo possessas, vt suas & hereditarias occupabit sine vllo iudice. Quinimo huius rei causa adire iudicem & impetrare ab eo potestatem earum possidendarum, inutile est & ridiculum; quia hæ res heredi nõ magis prosunt, quam si à iudice impetrasset. Nam quisquis possessor earum rerum, aut qui se dominum dicet, eas res repetet ab eo herede; qui eas occupauit, non oberit repetenti vlla exceptio rei iudicatæ. Primo; quia res ante non est iudicata, cum nulla fuerit condemnatio, aut absolutio, *leg. 1. de re iudic.* Secundo; quia non est iudicata aduersus eum, qui nunc agit. Ei autem, aduersus quem res iudicata non est, res iudicata non nocet, *l. sæpe, de re iudic.* Possideri igitur res hereditarias oportet, vt aduersus possessorem petat heres se mitti in possessionem earum rerum, si petitione & missione aliquid agere volumus.

Mittetur autem heres aduersus omnes possessores rerum, quæ defuncti fuerint tempore mortis eius, aut postea hereditariẽ esse cœperint, quocunque tandem titulo eas res possideant. Id colligimus ex illis verbis *dict. leg. 3. Non autem legitimo modo ab aliis detinentur. &c.* Nam in illis verbis & præcedentibus, illas res, quæ fuerunt testatoris tempore mortis, opponit his rebus, quæ ab alio detinentur legitimo modo, nempe per aduersatiuam, *autem* ex quo colligitur eas res, quæ testatoris fuerunt tempore mortis, non legitimo modo detineri, à quocunque tandem detineantur; si modo constet defuncti fuisse, & post mortem eius detineri cœpisse, idque non immerito constituitur. Nam qui res, quæ defuncti fuerunt tempore mortis eius, postea detineri cœpit, necesse est, aut eas res pro herede possideat, aut pro possessore, aut singulari aliquo titulo, veluti pro emtore, pro donato, pro lega-
6 to. Pro herede titulus non est constitutus. nam is † pro herede dicitur possidere, qui non est heres, sed se putat heredem, aut se dicit esse, *leg. pro herede, D. de petitio. hered.* Et titulum non esse, diserte scriptum est in *leg. diuina. inf. de præs. longi temporis.* Pro pos-
7 sessore multo minus titulus est. Nam † pro possessore possidet prædo, id est, qui nullam aliam causam suæ possessionis reddit, quam quod possidet, *dict. leg. pro herede, §. vlt. & §. seq. de petit. hered.*

Singulares autem tituli, pro emtore, pro donato, &c: etsi sint iusti; tamen si post mortem defuncti nati sunt, incipiunt fieri iniusti. Nam is, qui rem se emisse dicit, pro se rem occupauit sine emtione, & mentitur. Quod si vero ab alio emit; tamen auctor eius eam sine vllo titulo occupauit; quoniam hereditariam & defuncti rem fuisse posuimus, quam nemo sua auctoritate possidere potest, nisi pro herede, aut possessore, qui non sunt iusti tituli, vt dixi. Hæc autem vitia etiam successori in hac possessionis missione nocebunt.

Solum igitur relinquitur possessori ad defensionem, vt dicat, se eas res, quas possidet, etiã viuo testatore possedisse & habuisse, neque esse hereditarias; quod cum fit, iam diximus, heredis esse probare eas hereditarias esse, quod non difficile probabit, siue doceat, eas fuisse in possessione defuncti, cum moreretur, seu doceat, eas à defuncto aliquando possessas fuisse. Nam possessione præcedente probata, ex eo existimatur in futurum quoque defunctus possedisse, nisi aduersarius probet, eum transtulisse in alium possessorem, *leg. si emancipati, supra, de probat.* Id autem si aduersarius probare paratus sit, quod dicat in se possessionem trãslatam esse ex iusta causa, audiendus est, & heredem submouebit ex iisdem verbis *dict. l. 3.* Quia scilicet tunc legitimo modo detinet.

Ex possessoribus tamen, qui res, quæ defuncti fuerunt, detinent, duo genera hic excipiuntur, aduersus † quos heres non 8
mittitur in possessionem rerum. Primum genus est eorum, qui post mortem defuncti rem ita possidere cœperunt, vt etiam possessione temporis præscriptionem sibi acquirerent, de quibus dicitur *in versic. penult. & vlt. dict. leg. 3.* & nos paulo post dicemus plura suo ordine. Secundum genus est eorum posessorum, qui itidem à se proferunt testamentum non vitiatum, quo & ipsi scripti sint heredes. De hoc genere contradictorum agitur *in dict. leg. 3. in §. sui autem.* Loquitur quidem constitutio generaliter de contradictore, nec exprimit, quem contradictorem intelligat, sed id ex sequentibus verbis intelligi potest, cum dicit: *Inter heredem & hunc contradictorem, de quo loquitur, eum acquirere possessionem, qui potiora iura & legitimos modos ostendat.* Legitimi modi acquirendæ, vel retinendæ possessionis in hac parte, de qua nunc agitur, sunt testamentum proferre, & proferre nulla sui parte vitiatum. Deinde hæc verba pertinent ad duos, qui eadem iura ostendunt, in quibus tamen aliud sit alio potius. Quisquis contradictor ostendet aliud testamentum integrum, quo sit scriptus heres aduersarius, qui desiderat se mitti in bonorum possessionem, prolato alio testamento eiusdem generis, non mittetur in possessionem.

Quid ergo an in totum submouebitur? Minime, sed adiicit Iustinianus *in dict. leg. 3. §. Sin autem.* controuersia inter istos orta, examinari debere causas in possessionem missionis & contradictionis. Causa, cur quis in possessionem mitti debeat, ex hac parte est ea, quam iam diximus, si proferat testamentum & proferat non vitiatum. Eademque causa contradictionis est, vt quis possessionẽ rerum hereditariarum retineat. His causis cognitis, id est, cognitis testamentis ijs, quæ ab vtraque parte proferuntur, is possessionem acquiret, qui potiora iura ostendet, vt sunt verba constitutionis. Sed quæro, cum ab vtraque parte proferatur testamentum, nulla sui parte vitiatum, quomodo dici possit, vnum esse altero potius?

Respond. Id ita continget, si ea, quæ in vno scripta sunt, magis conueniant personis, locis, temporibus, & testes integriores & honestiores habent. Exempli causa in vno testamento heres scriptus est, sed ignotus, aut extraneus scriptus est, aut ea manu, quæ non satis agnoscitur, scriptum est testamentum, eo tempore, quo vehementer testator laborare dicebatur, adhibiti sunt testes; sed ignoti, aut non sunt exploratæ fidei. In altero autem heres institutus proponitur amicus, vel cognatus defuncti, testes, qui subscripserunt, noti & integræ fidei. Hoc posterius testamentum vincet, *argum. leg. ob carmen. §. vlt. ff. de testib.*

Quid si in vtroque testamento omnia paria conueniant? Respond. Neuter mittitur in possessionem, idque certissima ratione defenditur. Aut enim necesse est, vtrumque mitti, aut alterum duntaxat, aut neutrum. Vtrque mitti nequit natura possessionis repugnante, quoniam duo in solidum possidere non possunt, *leg. 3. §. ex contrario. de acquiren. possess.* Vnum tantum in possessionem mitti non decet; quoniam is non plus iuris habere proponitur, quam alter.

Restat igitur, vt neuter admitti debeat, & est generaliter pro-
bandum, quoties † ex duobus aliquid defertur vni vel lege, vel 9
testamento, neque intelligitur vtri deferatur, neuter admittitur. Vt puta, Titius testamento tutor datus est, duo sunt Titij neque intelligitur de vtro senserit testator, placet neutrum tutorem fore, *leg. 2. D. de testamen. tut.* Item, Titio quid legatum est, duo sunt Titij, neque intelligitur, de quo senserit testator. Item legauit testator ei, qui prior montem ascenderit, duo pariter ascenderunt, neutri debetur legatum, *leg. si fuerit, de rebus dubiis.*

Quarto † loco videndum est, intra quod tempus desiderare 10
possit heres se mitti in possessionem ex hac parte iuris. Iustinianus cauit *in dicta leg. 3. §. sin autem.* perpetuo id desiderari posse, non autem intra annum duntaxat. In qua parte edictum. Diui Adriani, quod de hac parte erat constitutum, antiquauit Iustinianus.

Verisimile est enim eo edicto cautum fuisse, ne post annum admitteretur heres scriptus ad possessionem rerum hereditariarum nisi vicesimam partem hereditatis fisco soluisset. Iustinianus & post annum hanc missionem desiderari posse constituit, & voluit ius vetus de vicesima hereditatis sublatum etiam in

hac parte manere, vnde inscriptio tituli de edicto Diui Adriani tollendo, & quæ sequuntur. Id colligi potest ex initio *dictæ leg. 3. hic.* colligitur ex eo, quod Iustinianus annale tempus *in versic. penult.* commemorat. Sed quando hoc edictum fuerit, ad rem nihil pertinet, satis est intelligi, quid de hoc tempore constituat Iustinianus. Sed hic est ea exceptio constituta, vt heres desidera e possit perpetuo, se mitti in possessionem bonorum; aduersus possessores; nisi tamen tempus præterierit, quo aut possessori res vsucapta sit, aut sine dominio posit præscriptione temporis actorem submouere. Ergo si possessor post mortem defuncti cœpit rem hereditariam possidere ex iusta causa & bona fide, rem mobilem vsucepit triennio, immobilem decem annis inter præsentes, viginti annis inter absentes, *leg. vnica. in fin. infra. de vsucap. transform. leg. vlt. infra, de præscript. longi temporis.* Hoc tempus si præteriit, & ita possessor tutus est, non mitretur heres in possessionem rerum ita vsucaptarum. Quo casu dicitur ab vtraque parte longinquitas temporis occurrere heredi, *dict. leg. 3. in fin.* occurrere, id est, submouere heredem. Nam à parte possessoris actor submouetur propter diligentem possessionem possessoris, cui lex fauet, cum vult dominia rerum in incerto non esse, *leg. 1. de vsucap.* A parte item actoris hæc vsucapio eum submouebit, propter actoris negligentiam, qui rem negligendo videtur alienare voluisse, *leg. alienationis, de verb. signific.*

Sine vsucapione autem rei præscriptio temporis intentionem heredis submouet, si possessor qualis qualis rem de qua agitur, triginta annis possederit, *leg. sicut. infr. de præscriptio 30. vel 40. an.* Quo casu in *dicta leg. 3. in fin.* dicitur longinquitas temporis occurrere heredi ab vna parte, nempe à parte ipsius heredis, propter eius negligentiam tam diuturam, non etiam à parte possessoris, qui hanc prescriptionem habet, etiamsi fuerit malæ fidei possessor. Ideo autem submouetur heres à possessione; quia etiam his modis causa principalis sopitur, vt est in *fine leg. 3.* vbi principalis causa intelligitur petitio heredis, in qua de iure hereditatis quæritur. Hæc submouetur vsucaptis rebus hereditariis; quoniam petitio hereditatis non competit aduersus eos, qui iusto titulo singulari pendent, *leg. hereditatis. in fin. supr. de petitio. hereditat.* & præterea rebus non vsucaptis submouebitur præscriptione triginta vel quadraginta annorum, vt diximus.

11 Quinto loco videndum est, per † quem iudicem seu à quo heres consequi debeat missionem in possessionem. Et constitutio Iustiniani *in dict. l. 3. vers. sancimus.* exigit iudicem competentem. Competens iudex in hac causa est, qui & pro potestate sua potest in possessionem mittere, & cuius territorio subiectæ sunt res, de quarum possessione agitur. Solus potest in possessionem mittere, qui non iurisdictionem tantum, sed imperium habet sine iurisdictione; hæc enim res dicitur esse magis imperij, quam iurisdictionis, *l. iubere, de iurisdict.* In hac autem causa est magistratus populi Romani, seu magistratus à principe constitutus, non autem municipalis, id est, magistratus à ciuitate constitutus. Proinde magistratus municipalis frustra aditur huius missionis impetrandæ causa, *leg. ea, quæ ad municipal.* Non est satis magistratum posse pro iurisdictione sua in possessionem mittere, sed oportet etiam res, de quarum possessione agitur, esse in eius territorio; quoniam ibi quisque mittendus in possessionem, vbi res sunt sitæ, & causæ missionis ibidem transigendæ, *l. 1. supr. vbi de hered. agatur. l. cum vnus. §. iu. qui. D. de reb. auctor. iud. poss.*

12 Sexto loco docet constitutio, † quomodo heres mittendus sit in possessionem, & ait, id fieri sub testificatione publicarum personarum, *dict. leg. 3. versic. sancimus, in fin.* His verbis intelligitur, heredem iussum à iudice ire in possessionem, non occupaturum sua auctoritate possessionem vi deiectis possessoribus, sed induci in possessionem per apparitores magistratus, aut eas personas, quæ sunt in officio magistratus, per quas magistratus suum exsequitur decretum, vt sunt iudices, qui dicuntur commissarij, vt sunt scribæ graphiarij, quorum opera vtitur interdum magistratus; nam per istos magistratus sententiam exsequitur, *l. si pign. de euict.*

13 Sequitur effectus huius † missionis. Est autem hic. Consequitur ex hac parte heres possessionē rerum hereditariarū. Diligenter hic videdum est, quid verbo hoc, *hereditariarum*, contineatur. Et animaduertendum est, quod non continetur id solum, quod continetur, cum ex aliis partibus iuris quis in possessionem rerū mittitur, vt cum mittitur legatarius in possessionem legatorum hereditariorum seruādorum causa, cum mittitur creditor in possessionem debitoris rei seruandæ causa, & cum missio fit ex similibus causis, de quo comprehensum est *leg. quib. ex causis in possess. eatur.* Nam in his omnib. nihil amplius consequitur is, qui mittitur in possessionem, quam custodiam & obseruationem rerum, vetere domino nihilominus in possessione manente, *leg. cum legati quibus ex causis leg. iu. qui. D. vt in possess. legat.*

At ex hac parte iuris consequitur heres plēnam detentionem rerum, eo, qui prius possidebat, possessione cedente, vt solus detineat, qui in possessionem missus est, id quod liquet *ex dict. leg. 3. §. sin autem*, vbi ex duob. litigatoribus, qui de possessione contendunt, ex hac parte iuris dicitur, in totum posse acquiri, nimirum ei, qui potiora iura ostendit, interim nihil amplius cōsequitur heres, quam possessionem rerum. Non igitur dominium consequitur. Proinde veteri possessori nihil hic præiudicatur, quominus si se heredem esse putet, hereditatem vindicet ab herede scripto, qui in possessionem missus est: aut si se putet dominum rerum, vindicet res singulas: vt fieret, si heredi res restitutæ essent ex interdicto quorum bonorum. ex quo itidem, vt ex hac parte, nihil consequitur heres, nisi possessionem rerum, id probatur *in leg. vlt. infra, quorum bonor.*

Quid fuerit hoc remedio opus? Respond. nihil opus esset, si nullas vtilitates haberet, præter eas, quæ superioribus actionibus continentur, sed suas proprias & singulares commoditates habet, quibus bene & vtiliter à superioribus distinguitur, & propter quas tutius & commodius est ad hoc remedium confugere. Differt † à petitione hereditatis, quia & probatione facilius, & peti- 14
tione plenius est. Faciliorem & expeditiorem probationem habet; quia in petitione hereditatis non sufficit heredi, testamentum non vitiatum proferre, vt res ei eo iudicio restituatur, sed si quid contra testamentum dicitur, exceptiones sunt admittendæ, & de his plene cognoscendum.

Veluti si possessor dicat, se esse filium præteritum, aut exheredatum contra officiū pietatis, de hoc cognoscendū erit, nec prius vindicet heres, quam pronuntiatum fuerit, testamentum non esse inofficiosum, *leg. Papinian. § si filius. D. de inofficios. test.* Et generaliter tuendum est in omnibus directis iudiciis, id est ijs, in quibus de proprietate & pleno iure actoris agitur, iudices oportet rem plena inquisitione cognoscere, sic deinde causa cognita statuere, *leg. iudices, supr. de iudic.* At in hac missione in possessionem, quæ petitur ex hac parte iuris, sufficit testamentum non vitiatum proferre, neque ideo fit iniuria possessori; quia nihil ei aufertur, nisi possessio momentanea, quam in causa pari æquius est apud eum esse, qui testamento mittitur.

Est & remedium huius partis plenius. Nam petitio hereditatis non competit, nisi aduersus hos, qui pro herede, aut pro possessore possident, non datur aduersus eos, qui pro emtore, aut ex alia iusta causa singulari possidēt, *l. hereditatis, supra, de petit. heredit.* At hoc remedium dixi competere aduersus omnes possessores, earum rerum, quæ probantur testatoris fuisse, cum is moritur, nisi tamen tantum temporis intercesserit, vt possessori præscriptio acquireretur.

Differt etiam † hoc interdictum ab interdicto quorum bono- 15
rum: quia plenius est. Nam inter scriptos heredes competit aduersus plures & plurib. competit: interdictum quorum bonorū non datur omnibus heredibus, seu scriptis, seu legitimis, sed his tantum, quibus ex edicto prætoris bonorum possessio data est, id est, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt, *leg. 1. D. quorum bonor.* vsq; adeo, vt ijs, qui bonorum possessionem non agnouerunt, ne vtile quidem interdictum quorum bonorum competat, vt alias dictum *ad leg. infr. quorum bonor.* etsi verba eius legis vulgo refragari existimentur. At remedium ex hac parte iuris omnibus scriptis heredibus datur, seu possessionem apud magistratum petierint, seu non petierint, dummodo testamentum non vitiatum iudici ostendatur. Præterea interdictum quorum bonorum similiter, vt petitio hereditatis datur aduersus eos tantum qui pro herede, aut possessore possident, *d. l. 1. quorum bonor.* Iam autem dixi hoc remedium constitutum esse aduersus omnes rerum hereditariarum possessores.

Donellus Auctor.

Consulto præterimus titulos duos, scilicet 34. & 35. Prior enim saltem lectione diligenti indiget: alter circa aliquas difficultates versatur, quæ quia non raro accidunt, minus sunt difficiles.

AD

AD TIT. XXXVI. COD. DE CODICILLIS.

SVMMARIA.

1 *Codicilli quid & vnde dicantur & quomodo à testamentis differant, & num. 2.*
3 *Codicillorum vis quæ.*
4 *Codicilli vt valeant, ex tribus rebus pendet.*

1 Codicilli † sunt scriptura, non in hoc instituta, vt testamentum esset, voluntatem minus solemnem continens de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit. Scripturam esse cõstat; non enim aliter, quam scribi codicillos, declaratur *in pr. l. 1. de codicill.* Declaratur etiam significatione verbi latinis nota. Nam vt codex non est, nisi scriptus; sic nec codicilli, nisi scripti sunt, seu breues scripturæ. Est enim verbum à superiore per diminutionem deriuatum, non quod nemo possit voluntatem suam testari sine scripto, imo potest, vt dicetur *ad leg. vlt. §. infr.* sed ea testatio codicilli non sunt. Scripturam esse volumus de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, id quod etiam constat *ex dict. leg. 1. de codicill. in princ.* Et hactenus conuenit inter testamentum & codicillos. 2 Sed hoc † proprium est codicillorum, quod continent voluntatem minus solemnem, & vt dicitur *in dict. leg. 1. de codicill. in fin.* nullam solemnitatem iuris desiderant, quod quomodo interpretandum sit, suo loco dicemus *ad l. vlt. §. vlt. h.* At testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, *leg. 1. D. qui testam. fac. poss.* Iusta, id est, legitima, & secundum regulas iuris de testamentis & supremis voluntatibus constitutas. Ea autem res duab. rebus continetur: solemnibus, quæ extrinsecus adhibentur, & heredis institutione. Solemnia sunt in testibus, in numero testiũ, in eorum signis & subscriptionibus, §. *sed cum paulatim, Instit. de testam. ordin.* Heredis institutio ita testamentum facit, vt sit caput & fideicommissi & testamenti, §. *antè heredis, Inst. de legat. leg. 1. de vulg. leg. vlt. D. de iur. dot.* In quibus hæc duo interueniunt, ea testatori sunt testamenta, si quid horum deest, non erit testamentum, sed erunt codicilli; sed hoc ita, nisi scriptura instituta sit in hoc, vt testamentum fieret. Nam si quis voluerit testamentum facere, etsi facere opinatus sit lege id testamentum non valebit. Nec faciet ea scriptura vt codicillus, quamuis iure codicilli valere possit, nisi testator voluisset & nominatim hoc expresserit, vt diceret, se velle eam scripturam pro codicillo valere; *l. 1. D. eodem tit. l. coheredi, §. cum filiæ, vers. sed ita, D. de vulg.* Et hoc est, quod in definitione adiecimus, scripturam, non ad hoc instituram, vt esset testamentum.

3 Codicillorum † vis & ius hoc est: quicquid codicillis relinquitur, id iure debetur, præterquam si hereditas verbis directis relicta sit, *l. 2. in fi. §. codicillis. Instit. eod.* Sed hoc ita, dummodo codicilli iure valeant. 4 Id † autem pendet ex tribus rebus, ex conditione personæ testantis, ex obseruationibus quibusdam, quæ adhiberi debent, ex testamento, ad quod codicilli pertinent. Ex conditione personæ; quia non omnes codicillos facere possunt, non magis, quam testamentum, vt furiosus, *leg. 4. h.* Ex obseruationibus; quia etsi codicilli solemnia testamenti non desiderent; tamen desiderant nonnullas obseruationes, de quibus *leg. vlt. §. vlt. infra.* Ex testamento, ad quod codicilli pertinent; quia enim codicilli pertinent ad testamentum; ideo ius & conditionem testamenti sequuntur, eoque infirmato & codicilli euanescunt, *de quo in leg. 1. h.*

Ad L. Rupto. 1.

Imp. Alexander A. Mocimo & aliis.

Rupto quidem testamento posthumi agnatione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit, sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emisisse proponatis, quibus præcedens iudicium confirmauit: Prætor nihil contra ius fecit, si nouissimam eius voluntatem secutus, relictum testamento reipublicæ fideicommissum, vt ex codicillis relictum, præstandum esse pronunciauit. PP. 3. Kalend. Iul. Maximo 3. & Paterno Coss. 234.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio huius legis explicatur.*
2 *Codicilli ad testamentum pertinentes testamenti conditionem sequuntur: ad id non pertinentes, per se ipsos consistunt, nec ex testamenti viribus pendent, & nu. 5. & 8.*
3 *Qui codicilli ad testamentum pertineant.*
Codicilli post testamentum facti, quamuis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent: quod limitatur, ibidem.
4 *Ad testamentum pertinere, quid sit.*
6 *Testamentum iure ruptum codicillis postea factis & recenti testatoris voluntate confirmari nequit.*
7 *An quod codicillis relictum non est, ex codicillis deberi possit. Item, an quod codicillis nominatim scriptum non est, codicillis relictum dicatur.*
9 *Codicilli iam facti an agnatione posthumi rumpantur.*

Testator † testamentum iure fecit, sed testamento facto, ei filius natus est, quem neque instituerat, neque exheredauerat, id est, suo verbo quidem præterierat testamento, agnatione huius posthumi testamentum ruptum fuisse constat, *leg. 1. & 3. D. de iniusto, rupt.* Deinde literas emisit, id est, codicillos, quib. suum iudicium confirmauit, id est, declarauit se rata velle esse omnia, quæ in priori testamento scripta erant, & ita decessit. Posthumus ab heredibus legitimis fideicommissum petit: hi erant pupilli, iidemque filij defuncti, qui in potestate tutorum erunt. Tutores negant fideicommissum deberi argumento hoc: Quod si debeatur, non possit deberi, nisi aut ex testamento, aut ex codicillis postea factis. Non potest deberi ex testamento; quia id ruptum est, neque sola voluntate conualescere potuit: Non potest deberi ex codicillis; quia ius est, rupto testamento, simul codicilli non valent. Re apud prætorem agitata, prætor pronuntiauit, fideicommissum deberi. A qua sententia appellatum est ad præfectum prætorio; aut principem. In hac appellatione consulitur Imperator: Num fideicommissum debeatur, & num recte prætor pronuntiarit? Et afferuntur hæ rationes, quas diximus, cur nõ videatur deberi. Respondet Imperator: Recte pronuntiasse prætorem deberi fideicommissum. Ad ea autem, quæ contra dicebãtur, ita Imperator occurrit: fatetur fideicommissum in proposito ex testamento rupto deberi non posse; quia nuda voluntate non potuerit confirmari, sed deberi aut ex codicillis: non obstare, quod dicitur, testamento rupto codicillos etiam rumpi, à cuius obiectionis solutione statim orditur. Nam rupto testamento, rumpuntur quidem codicilli, sed codicilli ad testamentũ pertinentes. In proposito autem; quia codicilli rupto ante testamento facti sunt, non pertinent ad testamentum ruptum. Proinde ex his, vt iure constitutis, fideicommissum recte deberi.

Hic multa notanda & expendenda sunt. I. Notandum est de iure codicillorum, codicillos † ad testamentum pertinentes conditionem testamenti sequi, non pertinentes autem ad testamentum, per seipsos consistere, neque ex viribus testamenti pendere. Videndum est, qui codicilli ad testamentum pertineant, qui non, & quid sit hoc, pertinere ad testamentum. Ita definiendum est: Quoties † testator testamentum iure factum habet, si per id tempus, quo testamentum consistit, codicillos habeat, quocunque tempore codicilli facti sint, ad testamentum pertinent, *l. ab intestato circa fin. ff. eod.* vtpote codicilli, quos fecit primo; deinde testamentum iure fecit, ad testamẽtum pertinent, idq; sequuntur, etsi testamento nominatim confirmati non sint, *l. 3. §. vlt. ff. eod.* Papin. adiiciebat hanc conditionem, si modo aliquo indicio voluntatis eos testator confirmasset, *l. ante. ff. eod.* Sed Diui Seuerus & Antoninus codicillos valere voluerunt, etiamsi nihil aperte his confirmandis testator ostendisset, dummodo contraria nulla testatoris ostenderetur; quæ sententia §. *1. Instit. eod.* probata est. post quam sententiam receptam ita responsum Papin. *in d. l. ante, &c.* interpretabimur, vt videatur testator codicillos confirmasse nouo testamento facto, hoc ipso, quod non aperte repudiauit.

E conuerso si testator primo testamentum fecit, deinde codicillos, & hi quoque codicilli, quamuis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent, *d. l. ab intestato. ff. eod.* Sed hoc posterius ita accipiendum est, dummodo codicilli posterius facti, tunc facti sint, cum testamentum adhuc iure consistat. Quod si tunc facti sint, cum iam testamentum ruptum, aut irritum factum esset, codicilli ad testamentum non

pertinebunt, eoque nec conditionem testamenti sequentur, quæ sententia hoc declaratur rescripto. Et merito hi codicilli ad testamentum prius ruptum non pertinent, quoniam vt dicantur codicilli ad testamentum pertinere, prius est, vt sit aliquod testamentum, ad quod pertineant, idque natura ipsa efficit. Nullum est autem testamentum, quod ante ruptum fuit: intestatus enim definitur is, non tantum qui omnino testamentum non fecit, sed etiam, cuius testamentum, quod prius fecerat, iure rescissum est,
4 *Inst. de hered. quæ ab intest.* Pertinere † ad testamentum est partem testamenti esse, *l. quidam vers. nimirum. ff. eod.* Vnde codicilli dicuntur pars esse testamenti *l. en. ff. quemadmodum testam. aper.*

5 Quod † dicuntur codicilli pars testamenti esse, hanc vim habet, vt intelligantur codicilli ad testamentum pertinentes legem & conditionem testamenti sequi, vt si testamentum valet, codicilli valeant, si testamentum non valet, nec codicilli valeant, *d. l. ab intestato. d. l. quidam. vers. nimirum. l. 3. §. vlt. ff. eod.* Ex quo per contrarium intelligimus, si qui sunt codicilli ad testamentum non pertinentes, quales sunt hi, qui testamento iam ante rupto scripti sunt, hos per se valere, nec conditionem testamenti sequi, quod exemplo huius loci euidenter confirmatur.

6 II. Notandum † est testamentum iure ruptum codicillis postea factis, & recenti voluntate defuncti nõ confirmari, quantumuis iusserit rata esse, quæ eo testamento scripta erant. Id aperte colligitur ex hoc rescripto: hic enim dicitur, testamento ita confirmato, vt supra dictum est, fideicommissum quidem deberi, sed non ex testamento. Et merito dicitur testamentum non confirmari codicillis, aut alia voluntate. Nam testamentum agnatione posthumi ruptum efficitur iure, seu ius rumpi debet, pactis & voluntatibus priuatorum iuri publico derogari non potest, *l. quod bonis. ad l. Falcid.* Proinde non potest, quod ius ruptum esse iubet, priuata voluntate fieri, vt valeat. Non obstat *l. qui ex liberis. §. vlt. de bon. pos. sec. tab.* vbi dicitur: Si testamentum priori testamento facto ruptum sit, id conualescere, si testator posteriores tabulas ruperit, vt priores valerent. Item dicitur, testamentum capitis diminutione testatoris irritum factum, recenti voluntate testatoris confirmari, si is sui iuris factus testamentum valere voluerit. Hæc, vt dixi non obstant. Dicta sunt enim de eo testamento non solum quod testator valere voluit, sed etiam à quo impedimentum remotum erat, quod prius testamento obstabat. In hac autem lege agitur de testamento rupto agnatione posthumi, qui adhuc viuebat. Proinde hoc vitio testamenti manente iure publico priuata defuncti voluntate derogari non potest. Et merito. Hic respondeatur, fideicommissum ex testamento hoc non deberi. Non obstant verba rescripti huius, cum dicitur, testator, literis supremam voluntatem confirmasse. Hæc enim verba ad factum testatoris, non ad ius referenda sunt: Testator supremam voluntatem suam condicillis confirmauit, id est, verbis; quia id ratum esse iussit, sed iure non confirmauit; quia non potuit. Hic autem de facto quærebatur, quod præcesserat, secundum quod Imperator respondet.

7 III. Notandum † est, quod relictum testamento, ex testamento non valuit, id ex codicillis peti possit, quasi relictum codicillis. Et quomodo, quæret aliquis, ex codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non fuit? Quomodo autem dici potest codicillis relictum, quod codicillis nominatim scriptum non est? Respond. Nihil codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non est: sed intelligi potest id codicillis relinqui, nõ tantum, quod codicillis speciatim & nominatim relinquitur, sed quod verbis generalibus, eam speciem, de qua agitur, continentibus relinquitur, quod in ea specie accidit. Nam cum testator voluit in testamento ea valere, quæ scripta erant, voluit etiam ea præstari. Verbo testamenti omnia continentur, quæ sunt in testamento, perinde quasi specialiter expressa essent. Et generaliter definiemus nihil interesse, vtrum quid testamento, aut codicillis aperta exprimatur, vt videatur ibi relictum; an vero relinquatur per reiectionem ad eum locum, vbi id continetur. Exempla sunt *in l. asse toto. de hered. Instit. & in l. Institutio. de cond. Instit.*

* * *
* * *
* *

Hæc quæstio hodie non est necessaria; quia ex constitutione Iustiniani, ex causa præteritionis, institutiones quidem irritæ sunt, sed cetera testamento relicta debentur, & quidem ex testamento rupto, *Aut bent. ex causa sup. de liber. prater.* Quod si id fit testamentorum nullis codicillis confirmato; multo magis idem admittemus, si recenti iudicio testamentum ruptum confirmauit. Sed non ideo hoc rescriptum inutile est; quoniam potest prius testamentum rumpi ex alia causa, quam præteritionis. Deniq; hoc rescriptum locum habebit in hac specie: Testator testamentum fecit, quo nihil Reipub. deinde aliud testamentum fecit, quo nihil Reipub. relictum est: constat posteriori testamento prius ruptum esse. Deinde & post secundum testamentum filius testatori natus est, qui secundo testamento præteritus erat, ita & secundum testamẽtum agnatione posthumi ruptum est. Ad extremum testator codicillos fecit, quibus prius testamentum confirmauit. Si quæratur, vtrum fideicommissum Reipubl. debeatur, quod priori testamento relictum erat? necessario ad hoc rescriptum confugiendum est, vt dicamus, fideicommissum vt codicillis relictum, & codicillis iure consistentibus ex codicillis deberi. Nam ex testamento quamuis confirmatio deberi non potest, ex constitutione Iustiniani; quia id testamentum ruptum non est ex causa præteritionis, non ideo; quia confirmatum sit recenti voluntate defuncti; quia defunctus posteriores tabulas non incidit, vt priores valerent, quo casu priores confirmare possent, *l. qui ex liberis §. vlt. de bon. poss. secund. tab.* Ita solus locus relinquitur codicillis, de quibus quæretur, an valeant? Respondebimus ex hoc rescripto, & hoc amplius fideicõmissum vt iis relictum deberi. Interim † ius manet, quod dictum, pertinens ad vim codicillorum, 8
nempe si idem testamentum habeat iure factum, & præterea codicillos, ius codicillorum ex testamento pendere, & rupto testamento rumpi codicillos. At si quis aut nullum testamentum habeat, aut habeat non iure perfectum, codicillos postea factos per seipsos consistere, neque ideo rumpi, quia testamentum prius ruptum fuerit agnatione. Sed hoc dictum, cum filius agnatus est defuncto ante codicillos factos. Quid † si codicillis factis filius 9
agnatus sit defuncto, an hoc casu agnatione posthumi codicilli rumpentur? Et placet ne hoc quidem modo codicillos rumpi, quamuis certum sit rumpi testamenta agnatione posthumi, de quo dicetur oportunius *ad l. 3. infr.*

Ad L. Hereditatem. 2.

Impp. Philippus A. & Philippus C. Asclepiodotæ.

Hereditatem quidem neq; dari, neq; adimi codicillis posse, manifestum est. Verbis tamen precarijs per huiusmodi etiam nouissimi iudicij ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Vnde inefficaciter te codicillis rogatam esse, vt quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta, alius restitueres: falso tibi persuasum est. PP. Idibus Octobr. Peregrino & Æmiliano Coss. 245.

Summaria.

1 *Hereditas codicillis neq; dari, neque adimi potest, & num. 2.*
3 *Codicillis conditio hereditati instituto adiici nequit.*
4 *Conditio institutioni adiecta codicillis detrahi non potest.*
5 *Regula hereditatem codicillis dari non posse, quatenus valeat.*
6 *Hereditas quando directis, quando precariis verbis dari intelligatur.*
7 *Fideicommissum an recte codicillis ab intestato relinqui possit, ita vt ab herede legitimo præstetur.*
8 *Si hereditas directo codicillis relicta sit, an plane inutilis institutio.*

TEstator mulierem quandam testamento ex parte heredem instituit, & codicillis postea factis, mulierem rogauit, vt quibusdam rebus contenta, portionem hereditatis restitueret Titio. Titius petit ab ea fideicommissum: mulier negat deberi quasi inutiliter codicillis relictum: & vtitur hac ratione; quia hereditas codicillis dari non possit, quæ regula est iuris. Ea consulit Imperatorem. Respondet, ordiens à dissolutione dubitationis: hereditas, ait, neque dari codicillis, neque adimi potest, sed ita, si directo hereditas detur. Ceterum per codicillum fideicommissum relinqui potest, id cum in proposito factum sit, respondet errare mulierem, quæ putabat, fideicommissum non deberi. Ius autem hac de re constitutum expendendum est.

Ergo regula iuris est, hereditatem † codicillis neque dari, ne- 1
que adimi posse, vt *h. & in §. codicillis. Instit. h.* Obseruandum est autem

tem, regulam natam esse à veteribus Iureconsultis, vt significat Papinianus *in l. quod per manus. ff. eo.* Vnde merito dubitatum est, quam recte fuerit ab illis constituta. Nam prima facie videri potest iuri de codicillis constituto aduersari. Vt enim intelligimus *ex princ. de codicillis. Inst.* codicillorum ius simpliciter admissum est, vt valerent, neque distinguitur, quid codicillis relinquatur. Cur igitur interpretes iuris hereditatem exceperunt? Et vt intelligeretur id recte factum esse, sedulo ratio reddita est, cur hereditas codicillis dari non possit, de qua ratione commodius dicetur *in l. si idem infra.* Vt autem placuit hereditatem codicillis dari non
2 posse; ita consequens fuit, placere † hereditatem codicillis adimi non posse; quia qui quibus institutis, aut substitutis hereditatem adimi is hereditatem vel sequentibus, vel institutis, vel legitimis dare intelligitur, quod prius prohibebatur. Est & hæc ratio, cur hereditas codicillis adimi nõ possit; quia eius est nolle, qui potest & velle, *l. eius. de reg. iur.* Cui regulæ conueniens est, vt qui non potest nolle in codicillis hereditatem dare, non possit etiam velle in iis dare. Eadem regula admissa consequens fuit, vt placeret codi-
3 cillis † conditionem heredi instituto adiici non posse, quod fieri non posse traditur *in d. §. codicillis. Inst. eod. l. diui. ff. eod.* Ideo autem hoc consequens; quia qui conditionem institutioni adiicit, is in defectum conditionis hereditatem adimere intelligitur.

Exempli gratia: Testator testamẽto heredem instituit Titium pure: deinde codicillis ita cauit: *volo Titium ita mihi heredem esse, si nauis ex Asia, &c.* Dicimus conditionem inutiliter adiectam, & quamuis nauis ex Asia non venerit, nihilominus Titiũ heredem futurum; quia qui instituit heredem Titium, si nauis ex Asia, &c. intelligitur ei adimere hereditatem, si nauis ex Asia non venerit. Porro codicillis hereditas adimi non potest. Hæc ratio reddita est in hac specie, *l. pen. §. vlt. ff. de cond. Inst.* Qua ratione autem conditio institutioni in codicillis adiici non potest; eadem ratione probandum est, nec † conditionem institutioni detrahi posse codicillis.
4 Nam etsi de hac parte nihil nominatim scriptum; tamen qui institutioni conditionem detrahit, is in defectu conditionis hereditatem dat, quod multo minus codicillis facere permissum est. Vt puta, testator testamento Titium heredem instituit, si nauis ex Asia venerit; deinde codicillis eum pure heredem esse iussit. Dicimus, si nauis ex Asia non venerit, eum heredem non futurum; quia sub conditione sit institutus, nec ad rem pertinere, quod conditio codicillis detracta est; quoniam hereditas codi-
5 cillis dari nõ potest. Sed quod † dicitur hereditatem codicillis dari non posse, ita temperandum est, si directis verbis hereditas detur. Ceterum verbis precariis, seu per fideicommissum, vtiliter hereditas codicillis relinquitur, quod constituitur hoc rescripto,
6 *& in §. codicillis. Inst. eo.* Directis verbis † hereditas dari intelligitur, cum ita datur vt hereditas capiatur recte ex testamento defuncti, seu à defuncto, non autem interueniente persona heredis. Quod contra fit, vbi precariis verbis relinquitur hereditas; tum enim rogatur heres vel testamentarius, vel legitimus, vt hereditatem restituat ei, cui defunctus restitutam vult, vt sic hereditas ab herede recta capiatur, non à defuncto, cuius generis relictum dicitur fideicommissum; quia committitur fidei heredis, vt restituat. Dicitur relinqui verbis precariis; quia testator precatur & rogat heredem, vt restituat. Hæc indicantur *in §. pen. & vlt. Instit. de sing. reb. per fideicom. relictis.* Et constat fideicommissum recte relinqui codicillis ab herede, quem testator testamento scripsit. Quę species
7 fuit huius rescripti. Dubitatum † etiam est, an relinqui possit fideicommissum ab intestato, vt sic fideicommissum præstaretur ab herede legitimo. Dubitatio nata est ex regula iuris, ex qua efficitur: Cui nihil datũ est à defuncto, ab eo nihil relinqui posse, *l. ab eo. inf. de fideicom. l. 6. in pr. de legat. 3.* Secundum quam regulam recte admittitur fideicommissum relinqui ab herede scripto, vt pote cui testator prius hereditatem dederit. Sed eadem regula effici videtur, ne possit fideicommissum relinqui codicillis ab intestato; quoniam hoc præstari non potest, nisi ab herede legitimo. Iis autem testator non dat hereditatem, sed lex, vt dicitur, hereditatem intestati lege obuenire, quia lege sola obuenit, *l. lege obuenire. de verb. sign.* Vnde & heredes ab intestato succedentes dicuntur legitimi heredes. Et aduersus hanc dubitationem monemur alia regula, qua traditur, fideicommissum codicillis etiam ab intestato recte relinqui, *§. 1. Inst. eo.* & quodcunque ab intestato relictum erit, id præstabitur ab omnibus legitimis heredibus, etsi post codicillos nati sint, *l. 3. l. ab intestato. ff. eo.* Neq; id aduersatur superiori regulæ, sed magis ea regula confirmatur. Nam & heredibus legitimis intelligitur testator hereditatem dare hoc ipso, quod hereditatem ad eos peruenire patitur, cum esset in eius potestate hereditatem his adimere alios heredes instituendo. Ratio reddita est *in l. 1. §. sciendum de legat. 3.* Quid † autem si hereditas directis 8
verbis codicillis relicta sit? Puta aliquis codicillo heres institutus sit, aut substitutus, an plane inutilis erit institutio & substitutio? Placet inutilem esse institutionem & substitutionem; sed tamen hereditatem ex fideicommisso peti posse, *l. 2. §. vlt. ff. eod.* Et quid interest, dicat aliquis, vtrum quis dicat directe relictum non valere, aut valere, si iure fideicommissi valet? Respond. Differentia exposita est *in dicta leg. 2. in fin.* Nam directa hereditas si relinquitur, & relictum valet, tota hereditas capitur ab herede: vbi autem relinquitur per fideicommissum, non capitur tota hereditas à fideicommissario, sed detrahitur prius quarta ex lege Falcidia, seu Senatusconsulto Trebelliano. Estque hæc species *l. Scæuola. ff. ad Trebell.* Quod tamen sic accipiendum est, si testator codicillos, quibus hereditas directo data est, voluit nominatim pro codicillis valere. Ceterum si testamentum facere instituit, & se facere opinatus est, fideicommissum non debebitur, quocunque modo hereditas data sit, siue directo, siue per fideicommissum; quia neque ea scriptura, in qua hereditas data est, vt testamentum valet; quia iure perfecta non est, neque vt codicillis; quia testator codicillos facere noluit, *l. illud. §. 1. ff. eod. l. coheredi. §. cum filiæ. vers. quæ ita. de vulg. & pupill.*

Quod si hereditas directis verbis inutiliter codicillis data; tamen iure fideicommissi defenditur; multo magis iusto testamento directis verbis inutiliter data, eodem iure defendetur. Nam si conferantur inter se scripturæ, testamentum multo plenior est & solemnior scriptura, quam codicilli. Si conferatur inter se voluntas defuncti in eadem scriptura, eadem est voluntas defuncti volentis aliquid fieri post mortem suam, quanquam in testamentis hæc voluntas est plenior. Proinde si quis substituerit filio heredem post quatuordecim annos, & si substitutio tanquam substitutio valere non potest, *l. verbis. l. in pupillari. de vulg.* tunc recte existimatur vulgo heredem defuncti fideicommisso teneri substituto, vti teneretur, si codicillis substitutio facta esset, vt est *in l. Scæuola. ad Trebell.* Non enim substitutio codicillis facta iure fideicommissi defenditur; quia codicillis facta, sed quia codicilli valuerunt. Ergo multo magis idem in testamento dicendum est, si testator voluit.

Ad L. Cum proponatis. 3.

Impp. Dioclet. & Maximin. AA. Hyacintho & aliis.

Cum proponatis pupillorum vestrorum matrem diuersis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit id, quod priori codicillo inscripserat: per eum, in quem postea secreta voluntatis suæ contulerat, si à prioris tenore discrepat, & contrariam voluntatem continet, reuocatum esse. PP. 6. Idib. Septemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

Summaria.

1 *Codicillis pluribus factis diuersam voluntatem continentibus vter valeat?*
2 *Codicilli, an iis modis, quibus testamenta, rumpantur.*
3 *Cur vt testamentum prius rumpitur posteriori, non item eodem modo rumpantur codicilli.*
4 *Codicillus cur non rumpatur agnatione postumi.*

SI quis plures † codicillos fecit, contrariam voluntatem conti- 1
nentes, non potest plus vna scriptura valere. Sed vtri codicilli valent? Hic scriptum est, per posteriores prioribus derogatum esse; quo significatur solum posteriores valere, idque respondetur ex regula iuris certi, in legatis & fideicommissis nouissimam voluntatem spectari, *l. 12 §. vlt. de legat. 1. l. quod traditum, de cond. & demonst.* Quid si diuersi tantum erunt, non contrarij? Colligitur ex hoc loco omnes valere, quod etiam verum est. Idq; est, quod aliis locis traditur, posse vnumquemq; plures codicillos facere vtiliter, vt omnes consistant, *§. vlt. Inst. eod. l. diui. §. codicilli. ff. eod.* In quo singulare ius notandum est & proprium codicillorum. Nam in testamentis hoc ius est, vt si quis prius testamento facto, deinde aliud testamentũ faciat, posteriori testamẽto prius rumpatur, §. 1.

Instit.quib.mod test.infir. Sed hic consistendum non est, sed generaliter ita definiendum, codicillos iure consistentes nunquam rumpi vllo modo ex iis, quibus testamenta rumpuntur, sed sola aperta contraria voluntate, aut consequenti hoc modo: *Si conditio ad testamentum pertineat, & testamentum ruptum sit.*

2 Testamentum † rumpitur duob. modis, posteriori testamento rite facto, & agnatione posthumi sui heredis, qui testamento præteritus erat, *tit. Inst. quib. mod. test. infir.* Codicilli priores alijs codicillis postea factis non rumpuntur, omnes pariter valent, vt dictum. Sed etsi codicillis factis suus heres agnascatur defuncto, cum nullam eius heredis mentionem fecerit in codicillis, codicilli non ideo euanescunt, sed relictum debetur ab omnibus heredibus legitimis etiam ab ipso filio, qui postea natus est, si heres patri exsistat, *l.3.ab intestato.ff.eod.*

Hoc tamen ita, nisi testator codicillis specialiter vnum aliquem ex heredibus rogauerit, vt aliquid præstaret, quo casu is solus heres tenebitur fideicommisso, & tenebitur tantum pro parte, si id, quod relictum est, recipiat: si autem non recipiat, nullo modo tenebitur, *hoc in l. pen. Digest. eod.* Solum, vt dixi, contraria voluntate testatoris codicilli tolluntur; quemadmodum & testatoris voluntate consistebant, vt hic cauetur. Et hoc principaliter; nam per consequentiam hoc euenit in codicillis, vt si codicilli ad testamentum pertinent, postea rupto testamento, etiam codicilli, qui pars erant testamenti, rumpantur, de quo dictum est *ad l.1.sup.*

3 Sed cur † quemadmodum posteriore testamento prius rumpitur; ita posterioribus codicillis non rũpuntur priores? Mouet quæstionem, quod par ratio in vtroq; videtur esse. Vt enim duorum testamentorum par vis est; sic duorum codicillorum vis eadem. In quibus autem eadem ratio est, in his idem ius statui debet, *l.illud.infr.ad leg. Aquil.* Proinde si posteriore testamento rumpitur prius, quod eandem vim habet; par est, & posterioribus codicillis priores rumpi, qui eandem vim habent. Respondeo: Si propter testamentum posterius rumperetur prius, esset eadem ratio in scriptura testamenti posterioris, & scriptura posteriorum codicillorum. Nunc autem posteriori testamento non rumpitur prius propter posterius testamentum, seu propter scripturam posterioris testamenti, sed quia posteriori testamento declaratur prius testamentum esse imperfectum: sic autem ius est, vt si quid testamento desit ad heredum institutionem, de quibus testator cogitauit, testamentum sit imperfectum, & hoc ipso inutile, *l.si is, qui testam. qui testam. fac. pos.*

Hæc ratio cessat in codicillis; nam posterioribus quidem codicillis declaratur aliquid deesse prioribus ad voluntatem defuncti, sed non ideo priores codicilli infirmantur. Nam codicilli natura sua sunt voluntas imperfecta; imo nunquam plenam voluntatem continent. Non est enim plena voluntas, nisi quis constituerit sibi heredem, id est, vniuersi iuris sui successorem. At codicillis id fieri non potest, *l.2.sup.* Proinde non ideo priores codicilli infirmantur, etsi sint imperfecti.

4 Rursum quæro, cur † testamẽtum iure factum & solemniter, agnatione posthumi rumpitur: codicillus autem eadem agnatione non rumpitur? cum plus sit rumpere testamentum, vtpote scripturam iustam & solemnem, quam rumpere codicillos, scripturam non plenam, & regula iuris facit, vt non debeat, ei, cui quod plus est licet, quod minus est non licere, *l.non debet.de reg. iur.* Quare cui licet rumpere testamentum, licet etiam codicillos rumpere multo magis. Respondeo: Et hic diuersa ratio est testamenti & codicillorum. Differentia autem hæc est: Agnatione posthumi præteriti rumpitur testamentum, non propter agnationem solam, sed quia herede alio instituto in testamento hereditas posthumo aufertur. Huic autem hereditas auferri non potest, nisi exheredatione iuste facta; quoniam hereditas est viuo parte filij. *l.in suis.ff.de lib. & posthum.*

At codicillis, qui agnationem posthumi antecedunt, non aufertur hereditas posthumo postea nato, sed magis ei confirmatur. Nam quæ relinquuntur codicillis, ea relinquuntur à legitimis heredibus; proinde testator simul vult legitimos suos heredes sibi heredes permanere. Quare cum codicillis hereditas non auferatur, cessat ratio, propter quam præteritione rumpi debeant. Hoc amplius cum testamento præteritur posthumus, qui postea nascitur, culpa testatoris est, qui potuit eum instituere. In codicillis si filius heres non instituitur, nulla culpa patris est; quia codicillis hereditas dari non potest, vt quasi hereditas confirmetur.

Ad L. Non idcirco.

Imp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Stratonico.

Non idcirco minus, quod intestato te absente codicillos mater tua fecit: hi, quibus precariis verbis adscripta sunt, relicta capiunt. Sine die & consule.

SVMMARIVM.

1 *Voluntas sola testatoris testamentum facit.*

SIquod quisq; legauit de re, ita ius est, vt cautum est lege duodecim tabul. *l.verbis l.de verb.sign.* consequens est, vt quicquid erit testamento, aut codicillis, aut omni scriptura de suprema voluntate cautũ, id totum pendeat ex defuncti voluntate, nõ alterius cuiusquam siue heredis, siue legatarij. Vnde dictum est, voluntatem † testatoris solam testamentũ facere, *l.ex facto. §. ter.ff. de her. instit. l.12.in fin. de l.1.* Sic fit, vt quicquid relinquitur, id ab inuito relinqui possit, si modo is sit, cui testamento dederimus aliquid, *l.sciendum.de l.3.* Si inuito eo legatum & fideicommissum recte relinquitur, multo magis relinquitur eo igorãte, quod hic cauetur.

Ad L. Ne codicillos. s. 5.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Flauiæ.

Ne codicillos quidem furentem posse facere, certissimi iuris est. Si igitur scriptura velut codicillorũ patris tui fuit prolata, vt aliquid ex hac peti possit: adseuerationi tuæ, mentis eũ compotem fuisse negantis, fidem adesse probari conuenit. Datum Kalend. Decembr. Diuelli CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Furiosus an possit codicillos facere: & qui non.*
2 *In dubio vtrum defuctus fuerit sana mentis, nec ne, cui incumbat onus probandi, petenti ne ex codicillis, an heredi.*

QVod placet furiosum † codicillos facere non posse mirum non est; nam furiosus nihil natura agere potest, in quo animi iudicio sit opus, *l.2.§.pen.ff.h.* Sed hic consistendum non est, cũ quęritur, qui codicillos facere non possint, verum generaliter definitur, neminem codicillos facere posse, qui testamenta facere non potest, *l.diui.§.pen.l.conficiuntur. §. 1.ff.eo.* Si quis igitur ciuis Romanus non sit, puta sit peregrinus, deportatus; siue quis iudicio præditus non est, vt furiosus, prodigus, mẽte captus, pupillus; siue quis fari & scribere non possit, vt mutus & surdus: siue quis in bonis iure nihil habet, vt filiusfamilias & seruus; siue quis iussus est esse intestabilis, vt qui ob carmen famosum damnatus est, is codicillos facere non potest, quia nec potest testamentum facere. de quibus generibus dictum est suo loco, scilicet titulo, *qui testam. fac. poss.* Huc pertinet titulus *Institutionum, quib. non est permissum fac. testam.*

Hic notandum est, qui aliquid petit ex codicillis, cui objicitur, defunctum furiosum fuisse, si contendat fuisse defunctum sanæ mentis, tum id probare non debere, sed heredem, qui sanæ mentis fuisse neget. Hoc prima ratione videtur repugnare regulis iuris de probationibus, quarum prima est: Ei qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui neget, *l.2.de probation.* Altera certior, semper actorem in eo, quod intendit, probare debere, non reum; qui negat, *l.vtrius probat. leg. actor. supra de probation.* Atqui in specie proposita qui ex eo petit, actor est, heres vnde petit, reus est. Sed nihil hic dicitur superioribus regulis contrarium. Volumus enim etiam actorem probare debere defunctum fuisse compotem mentis, sed satis probat talem fuisse, hoc ipso, quod probat, aliquando eum fuisse mentis compotem: probat autem id natura ipsa, nam tunc saltem, cum natus est, non fuit furiosus, non insanus. Ex quo necessitate consequentia sequitur semper illum talem fuisse deinceps, nisi alienata mente esse cœperit, aut cœperit furere. Hoc autẽ actor nunquam dicet, quia cõtra se diceret. Id igitur reus si dicit; probare debet iam secundum supe-

periores regulas; primo, quia dicit; deinde, quia in eo exceptione vtitur: semper reus in exceptione actor est, quia in exceptione dicit & affirmat, quod necesse sit ad defensionem suam, *l. in exceptionibus. de probat.* Huc recte referetur *l. siue possideris. sup. de probat.*

Ad L. Siue. 6.

Impp. Dioclet. & Maximin. AA. & CC. Demostheni.

Siue initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, siue nouissime relicta seruari mandauerit: confirmatione munitus, nullam iustam gerere solicitudinem potes. Dat. 3. Idus Decemb. Nicomediæ CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Codicilli quomodo testamento confirmentur in præteritum & in futurum.*

QVod codicillis testamento confirmatis relictum est, excepta hereditate, citra controuersiam debetur. Confirmantur 1 autem † testamento condicilli, aut in futurum, aut in præteritum. In futurum, cum quis testamento prius facto, mandat ea seruari, quæ postea codicillis relicturus est. In præteritum, cum prius facto testamẽto, postea testamentum facit, quo indicat ea, quæ nouissime reliquit, id est, nouissime scripta, siue postrema codicillorum verba, quæ verba sunt huius legis, congruit *l. conficiuntur. in pr. ff. h.* Quid si testamento codicilli nominatim confirmati non sint? Placet nihilominus valere, tanquam ad testamẽta pertinentes, siue prius facti sint, siue posterius, *l. 3. §. vlt. l. ab intestato. ff. eod.* Quid igitur hic opus fuit adiicere de codicillis testamento confirmatis? Resp. Apparet de codicillis testamento confirmatis responsum esse hoc rescripto; quia de illis consulebatur. Respondetur autem per amplificationem ad hanc sententiam: Codicilli etiam nominatim in testamento non confirmati per se valent, proinde si testamento confirmati sint, sine causa dubitabis, an illi valeant, & an illis relictum debeatur.

Ad L. penult. 7.

Imp. Constantinus A. ad Maximum. PP.

Si idem codicilli, quod testamenta possint: cur diuersum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas vna sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. Dat. 3. Iun. Pacatiano & Hilariano Coss. 332.

SVMMARIVM.

1 *Hereditatem codicillis dari non posse. Ratio ibid.*

DIxi *ad l. 2. supr.* hereditatem † codicillis dari non posse, id est, 1 codicillis heredem neq; instituí, neq; substituí posse, vt hic apertius declaratur *in fin.* Quæsitum est, cur id veteres prudentes exceperint, cum ab inuentorib. codicillorum codices admissi sint indistincte & sine vlla exceptione? Huius rei duas rationes reddit as legimus, quarum vna est hic, altera est *in l. quod per manus. ff. eod.* Prior hæc est; quia si codicillis licet heredem instituere, codicilli erunt testamentum, siue idem erunt codicilli & testamentum, idem vtriusque scripturæ ius: nam heredis institutio non tantum est caput & fundamentum testamenti, vt est *in §. ante heredis. de legat.* sed & totum testamentum contineat, atq; constituit, *l. 1. §. qui neque. de hered. Inst.* At semper obtinuit, codicillos non esse testamentum, & constat ita codicillos esse inuentos, vt tamen diuersi essent à testamento. Id probatur in hoc loco. Probatur autem ex eo, quod diuersa nomina vtriq; rei & scripturæ sunt imposita. Ne quis hoc argumentum repudiet, optimum est in iis scriptoribus, qui prudenter & considerate loqui volunt, vt res quasliber apte exprimant. Nam vt est bene scriptum *in §. est & alius. vers. sed plenius. Inst. de donat.* nomina rebus imposita debent esse rebus cõuenientia. id quod obseruatur, cum ab omnibus sanis scriptoribus, tum præcipue ab auctoribus & constitutoribus iuris. Quibus positis consequens est, si codicillos volumus esse aliud, quam testamentum, in codicillis hereditatem dari non posse.

Altera ratio est itidem ab absurdo. Nam cum quis testamentum fecit, & præterea codicillos, conuenit inter omnes, codicillos testamento confirmari, quinimo prima origo codicillorum confirmatorum nata est ex iis codicillis, qui testamento confirmati proponebantur, vt refertur *in Inst. in pr. eod. tit.* Quod si dixerimus codicillis heredem institui posse, eueniet contrario modo, non vt codicilli confirmentur testamento, sed vt testamentum confirmetur codicillis, quod est absurdum. Nam semper tenendum est, heredis institutionem confirmare testamentum, quia testamentum ex ea vires capiat. Hæc sententia est Papin. *in d. l. quod per manus. ff. eod.*

Ad L. vlt. Si quis agere.

Imp. Theodosius A. Asclepiodoto PP.

Si quis agere ex testamento quolibet modo siue scripto, siue sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest, vt aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: vt etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit: qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, verum velit eligendi habeat potestatem, sciens se vnius electione alterius sibi aditum præclusisse, &c.

SVMMARIA.

1 *Scriptura quando pro testamento valeat, & quando pro codicillis.*
2 *Heres scriptus quando ex scriptura hereditatem consequi possit.*
3 *Heres ex scriptura institutus an hereditatem ex ea petere possit tanquam ex codicillis. Et quid in fideicommisso.*
4 *Persecutionis fideicommissi omissio aduersus quem constituatur, & ob quod factum heredis.*

AGitur hic de ea scriptura, quam defunctus pro testamento instituit, in qua scripsit heredem L. Titium, sed ea scriptura, quæ proponatur non valuisse tanquam testamentum, eiusmodi tamen, quam si defunctus valere vellet, pro codicillis, eatenus valere possit. Instituisse aliquem eam scripturam, de qua quæritur, vt testamentum fieret, aut ex verbis defuncti intelligetur, aut si verba nulla sunt, quibus id probetur, satis id arguitur ex eo, quod in ea scriptura heredem scripsit, *l. illud. §. 1. ff. eod.*

Hæc † scriptura pro testamento non valet, si quid ex solemnibus testamenti desit, puta si desit vel vnus testis, aut non omnes sint idonei testes, si desit alicuius subscriptio, aut obsignatio, *l. si vnus. sup. de testam.* Eadem scriptura pro codicillis valere potest, si proponas in ea testes adhibitos fuisse, iuxta ea, quæ scripta sunt *in h. l. in fin.* De hac scriptura ita ius est: Conuenit inter omnes, heredem scriptum ex ea scriptura hereditatem petere non posse: non enim potest tanquam ex testamento; quoniam fingimus scripturam pro testamento non valere: non potest petere tanquam ex codicillis, etiamsi quis concesserit, eam scripturam pro codicillis valere posse; quoniam certum est codicillis hereditatem dari non posse, *l. pen. & l. 2. supr.* Sed quamuis † heres scriptus 2 hereditatem ex ea scriptura consequi non possit, vt quasi hereditas confirmetur; tamen ex fideicommisso peti potest, si quis eam scripturam pro codicillis haberi concesserit.

Hinc quæritur, an † heres eiusmodi scriptura institutus hereditatem ex ea scriptura possit petere, tanquam ex codicillis. Eadem quæstio est, si quis nuncupato testamento institutus sit heres, & testamentum perfectum non sit, an nihilominus pro codicillis valere potuerit, si testator vellet. In qua specie etiã idem ius constituitur *h. l.* quod constituitur de superiori, videlicet quod de vna specie dixi, id intelligendum sit & de altera. Sic ergo de priori quæstione constituitur hoc loco: Quoties ea scriptura, quæ pro testamento parabatur, iure non perficitur, ita vt pro testamento non valeat, institutus ea scriptura heres nunquam ex ea hereditatem petere, aut consequi vt hereditatẽ potest. Sed si scriptura pro codicillis valere potuit, si testator vellet, heres institutus fidei-

commissum potest petere à legitimis heredibus, vt *est in d. l. 2. §. vlt. ff. eod.* Sed ita si duo concurrant, nimirum, si testator nominatim cauerit, se velle, vt ea scriptura quouis iure valeret, vel quod idem est, vt ea scriptura etiam pro codicillis valeret, & præterea si scriptus heres prius ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem non petierit.

Ceterũ duob. etiam temporibus fideicommissi persecutionẽ ex ea scriptura heres non habebit. Nã alias ab initio fideicommissi persecutionem non habet, alias etiamsi habuit; tamẽ postea facto suo amittit. Fideicommissi persecutionem ex ea scriptura ab initio non habet, nisi testator expresserit, vt ea scriptura etiã pro codicillis valeret. Nam si expresserit, pro codicillis valet; & tanquam ex codicillis iure factum fideicõmissum peti potest. Quod si testator hoc non expressit scriptura, quæ pro testamento non valet nec fideicommissum petet. Hæc sententia vetus est, multis locis in ff. expressa, *l. 1. ff. eod. l. 3. coher. §. cũ filiæ. vers. cum ita. de vulg.* & nominatim *in l. ex ea scriptura, qui test. fac. poss.* Eadem sententia confirmatur *in hac. l. vers. illud.* sed ita, vt in hac parte nihil noui iuris constituatur, sed tantum confirmetur. Quod si heres ab initio hoc modo persecutionem fideicommissi habuit, placebat olim eundem etiam petitionem retinere, quamuis hereditatem ex ea scriptura tanquam ex testamento petiisset. At hic nouum ius constituitur hac lege: placet enim eum, qui ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem petijt, simul fideicommissum petere velit, postea ex codicillis non admittatur fideicommissi persecutio, quod initio *huius. l.* constituitur vsq; *ad vers. illud.*

Hoc ne quis ita interpretetur, quasi heres, qui hereditatẽ petijt, non possit ex codicillis fideicommissum petere, si testator nihil nominatim, se velle vt scriptura pro codicillis valeret, adiecit; Theodosius se hoc ius etiam tunc constituere ait, cum testator nominatim complexus est, vt scriptura pro codicillis valeret, vt intelligamus hoc casu nihil prodesse heredi à fideicõmissi persecutionem voluntatem expressam defuncti, non quod voluntas defuncti seruanda non sit, quæ præter ceteras omnes seruanda est: sed quia heres huic voluntati renuntiasse videtur, dum prius hereditatem tanquam ex testamẽto petiit. Hæc sententia est *vers. in iis verb. tantum enim abest.* Quid si heres initio dum hereditatem petit, vtramque persecutionem proponat, & dicat, se velle hereditatem petere ex testamento, si tanquam testamentum valeat, sin minus, velle se tanquam ex codicillis fideicommissum consequi? Theodosius adiicit, etiam in hac protestatione heredem nõ esse audiendum, sed deferri ei potestatem eligendi vtrum petat, & hoc initio petitionis explanare debere, ita vt intelligatur vna via electa, alteram repudiasse. Hæc sententia est illorum verborum, *ita vt siue bonorum possessionem*, & quæ sequuntur.

4 Sed hic diligenter videndum est, aduersus † quem constituatur hæc amissio persecutionis fideicommissi, & ob quod factum heredis; nam verba constitutionis in hac parte rem non satis explicant. Loquitur Theodosius initio de eo, qui velut ex testamento de hereditate agere voluit. Quid ergo, an hoc ipso, quod heres ea scriptura institutus, voluit & constituit apud se de hereditate agere, tanquam ex testamento, an, inquam, ob id amittet fideicõmissi persecutionem, tanquam ex codicillis: Respondeo. Hoc nõ sic accipiendum est, sed verba sic interpretanda sunt, si quis agere voluerit, & reuera egerit, ac petierit hereditatem velut ex testamento, vt voluerit cum effectu, siue voluerit & voluntatem facto declarauerit. Id declaratur verbis seq. constit. liquido; quæ postea diriguntur ad eum tantum, qui hereditatem petit, seu de ea agit. Huc referenda sunt illa verba: *Qui hereditatem petit in ipsis intentionis suæ exordiis.* Idem illa verba, quæ sunt in vers. *Si quis vero: licebit ei, qui ex voluntate defuncti agens superatus fuerit.* Idem illa verba: *Cum Theodosius vetat heredem, postquam agere voluit: tanquam ex testamento migrare ad fideicommissi persecutionem.* Quibus verbis vtitur statim *in pr. & in vers. illud. in fin.* Non migrat autem petitione hereditatis ad persecutionem fideicommissi, nisi is, qui prius petitionem hereditatis instituit vt sic dicatur ab vna petitione ad alteram transire. Ex quibus omnib. locis iam intelligimus, non aliter heredem in specie proposita, neq; ob aliud factum fideicommissi persecutionem amittere, quam si hereditatem tanquam ex testamẽto petierit. Et ideo quamuis prius hereditatem tanquam ex testamento adierit, quamuis etiã bonorum possessionem petierit secundum eas tabulas, atque adeo quamuis petierit, se mitti in bonorum possessionem, si nondum iudicio directo hereditatem petiit, seu quod idem est, nisi petitione hereditatis egerit, tanquam ex eo testamento heres nulla agnitione sua præcedente persecutionem fideicommissi amittit quo minus cognito errore suo & iure scripturæ recte ex ea scriptura tanquam ex codicillis agat & fideicommissum petat.

Non obstant illa verba: *Ita vt sine bonorum possess.* & quæ seq. Nã in his verbis Theodosius non constituit vt heres qui bonorum possessionem petit, aut qui se petit in bonorum possessionem mitti, declaret, vtrum velit, se admitti tanquam ex testamento, an tanquam ex codicillis, alioqui ita dicendum fuisset si quis bonorum possessionem postulet, non autem postulauerit. Item, si quis se mitti in bonorum possessionem petat, non autem petierit. Sed hoc constituit, vt heres explanet & declaret propositũ intentionis suæ, id est, vtrum velit tanquam hereditatem petere, an tanquam fideicommissum, inter exordia huius iuris, nempe huius petitionis hereditatis, de qua institutus est sermo. Nam petitio & omnis actio ius est persequendi, *tit. de act. in pr.* Et hoc declarat heres & declarare potest, quamuis ante vel hereditatem adierit vel bonorum possessionem petierit, vel petierit se mitti in possessionem, ita vt hæc omnia præcedentia non obstent heredi, postea petenti hereditatem, quo minus declarare possit, vtra persecutione vti velit. Iterum hæc sententia manebit eum heredem, qui ex proposita scriptura hereditatem petiit tanquam ex testamento, hac sola petitione fideicommissi persecutionem amittere, quam instituere postea velit ex eadem scriptura codicillorum.

Hoc loco excipiuntur *in hac eadem lege* parentes defuncti, vsq; ad quartum gradum, & cognati defuncti vsque ad tertium gradum, qui si supra dicta scriptura heredes instituti sunt, & hereditatem ex ea tanquam ex iusto testamento petierint, possunt nihilominus postea migrare ad petitionem fideicommissi ex eadem scriptura, si pro codicillis valere potuit, & testator, vt valeret, expressit. Et hoc *in. §. si quis vero.* Sed videtur hæc constitutio non tantum esse contra manifestam regulam iuris, sed etiam pugnare aduersus manifestam æquitatem. Nam primo constat, si quis rem aliquam petierit, non prohiberi alio iudicio aliam rem petere, etiãsi priore iudicio victus sit, aduersus easdem personas *l. cum quæritur. l. cum de eo. l. an eadem. ff. de except. rei iudic.* Et certe iniquissimum esset, quod in vna re factum esset, in altera nocere, *l. si vnus. §. pacta. vers. ante omnia. de pact.* At in specie proposita duæ res videntur esse, de quibus diuersis iudicijs agatur; hereditas, quæ prius petita est, & fideicommissum, quod nunc, tanquam ex codicillis petitur, vt proinde non videatur, quod de hereditate prius actum, in fideicommissi persecutione nocere debere.

Præterea etiamsi eadem res ab ipso petatur; tamẽ & illud certi iuris est, eum, qui rem ex aliqua causa petit, quamuis eo iudicio victus sit, eandem rem ex alia causa petere. *l. an eadem. §. actiones. de except. rei iud.* At rursum in hac specie duæ causæ sunt, ex quibus hereditas petitur. Nam prius petitur tanquam ex testamento; deinde, tanquam ex codicillorum & fideicommissi iure. Nec obstat, quod hæ causæ contrariæ sunt, scilicet dicere eandem scripturã testamentum esse, & esse codicillos. Nã etiam illud certo admissum, eum, qui ex aliqua causa egerit de aliqua re, non prohiberi de eadem re agere ex alia causa, quantumuis priori contraria & repugnante, vtputa petijt quis hereditatem tanquã heres ex testamento, & victus est; quoniam pronuntiatum est testamentum non iustum esse; non prohibetur tamen idem eandem hereditatem petere ab ipso possessore, ex causa intestati, *l. in plurium. leg. illud. de acquirend. hereditat.* Item, debitor creditori suo legauit decem, quę ei mutuo dedit: in hac specie si pecunia ex mutuo debetur, nullum fideicommissum est, & vice versa si fideicõmissum est, non est mutuum; quoniã quod vere debetur, inutiliter legatur creditori. *§. ex contrario. Institut. de legat.* Ita fit, vt si creditor dicat, sibi eam pecuniã ex mutuo deberi, & ex ea causa petat, simul vi ipsa dicat, sibi fideicommissum non deberi: & tamen placet, si in hac specie creditor decem ex causa mutui petierit, & pronuntiatum sit non deberi, quod possit idem eandem pecuniam petere ex causa fideicommissi quamuis videatur prius de fideicommisso negasse, *leg. Aurelius. §. vlt. de liber. legat.* Ergo in specie proposita consequens esse videtur, vt qui hereditatem petit tanquam ex testamento, si pronuntiatum sit, testamentum imperfectum esse, non prohibeatur hereditatem petere tanquam fideicommissi iure: æquissima, vt videtur ratione, quoniam cum prius pronuntiatum esset, scripturam non esse testamentum, simul etiam effectum est, scripturam esse codicillos; quia alterutrum sit necesse est.

Respon-

Respondeo: Nihil verius est & nihil æquius, quam horum vtrumq; Eum, qui rem aliquam petiit, & victus est, non prohiberi aliam rem petere. Deinde, eum etiam, qui rē aliquam ex aliqua causa petiit, & victus est, non prohiberi eandem rem ex alia causa petere, quamuis contraria; quoniam priore causa remota posterior constituitur, vt fit in rebus contrariis. Sed aduersus has regulas iuris & æquitatis nihil peccatur hac dictinctione. Nā quod ad rem petitam attinet, vna res petitur, non duæ. Petitur enim vtrobique & ex testamento & codicillis hereditas, & vna eademque hereditas defuncti. Nec ad rem pertinet, quod priore iudicio dicitur peti hereditas, posteriori dicitur peti fideicommissum. Nam his verbis nihil aliud significatur, quam priore iudicio peti hereditatem directissime, tanquam hereditatem: posteriore autem eandem hereditatem peti iure fideicommissi, & peti non tanquam recta testatore, sed tanquam ab heredibus restituendam. Interim vna eademque vtrobique est hereditas defuncti. Quod attinet ad caussas agendi, etiam hic vna caussa est, ex qua hereditas & fideicommissum petitur. Quod vero prius petitur hereditas tanquam ex testamento; deinde petitur fideicommissum tanquam ex codicillis, non sunt hic duæ caussæ petendi, testamentum & codicilli, sed vna est vtrobique scriptura, siue vna testatio defuncti, quæ modo ab herede dicitur testamentum, modo codicilli. Hoc qui dicit de vna scriptura, is de altera affirmare, de altera negare videtur, atq; eo modo seipsum excludere; quoniam natura non potest eadem scriptura, & codicillus esse & testamentum, *l. pen. sup. h.*

Sed ex hac re incidit rursus constitutio in difficultatem. Nam si is, qui scripturam testamentum esse dicit, intelligitur negare, eā scripturam esse codicillum, cur hac constitutione admittuntur parentes & cognati ad fideicommissi persecutionem, si prius hereditatem tanquam ex testamento petierint, cum in quibus causis eadem ratio est, in ijs idem ius statui debeat, *l. illud. Digest. ad l. Aquil.*

Respondeo. Ratio differentiæ proposita est *in § si quis vero.* Ex qua colligitur hæc responsio ad obiectionē. Extranei heredes cum ex eadem scriptura petunt fideicommissum tanquā ex codicillis, non petunt, nisi iure huius scripturæ, à quo iure prius sua confessione & intentione exclusi sunt. At parentes & cognati cū ex eadem scriptura tanquam ex codicillis fideicōmissum petunt, ii ex alia causa petere videntur, quā ex scriptura; quoniam petunt, hereditatem tanquam ab intestato etiam sine codicillis debitam. Supra autem dictum, non prohiberi quenquam ex duabus causis eandem rem petere. Non enim iniquum in hac constitutione, quod extraneus ab initio institutus petitionem cogitur eligere, vtrum tanquam hereditatem petat ex testamento, an tanquam fideicommissum ex codicillis. Toties enim plures actiones ab eodem auctore aduersus eum admittuntur, sub disiunctione, quoties facto rei accidit, vt incertus sit actor, qua actione experiri debeat; & tunc certum est illi vnam aliquam competere. Exemplum est *in l. 1. §. quia autem. quor. leg.* At in proposito incertitudo actionis ex facto & culpa heredis nascitur. Est enim in eius potestate dispicere testamenti tabulas, & videre, num testamentum perfectum sit, nec ne?

Quid ergo si testamentum proferatur, quod prima facie sine vllo vitio appareat, & in hoc errore heres hereditatem petierit, tanquam ex iusto testamento; deinde in iudicio emerserit aliquod vitium latens, vt quia probatum sit, testes non esse eius cōditionis, cuius esse debeant, quæ tamen conditio ignorabatur ab herede; an hoc casu dicemus prohiberi heredem errore cognito ad fideicommissi persecutionem transire, tanquā ex codicillis. Respondeo: Puto hoc casu huic constitutioni locum non esse, & admittendum esse heredem ad fideicommissi persecutionem, quoniam iustus error facti excusatione dignus est; cum fallat factum etiam prudentissimos, *l. 2. de iuris & facti ignor.* Deinde quia quæ postea emergunt nouo auxilio indigēt. Et probatur hæc sententia aperte *in l. de ætate. §. ex causa. de interrog. in iud. fac.*

Non obstat, quod in hac cōstitutione generaliter & indistincte sine exceptione prohibetur heres petita hereditate migrare ad fideicōmissi persecutionem. Nam sequentia verba ostendunt, de quo herede Imperator sentiat: datur enim sequentibus verbis heredi potestas eligendi, vtrum velit. Et præterea dicitur heredē vnius iuris electione alterum repudiasse videri. Hæc tantum cadunt in eum heredem, qui scire potuit, scripturam non valere tanquam testamentum. Nam si omnia concurrebant, vt existimaretur testamentum iustum esse, non potuit heres eligere scripturam pro codicillis, vbi potestas eligendi codicillos ei non deferretur. Sed nec potest dici electo testamento repudiari ius codicillorum, vbi ius codicillorum sibi competere ignorauit. Quorum vtrumque probatur *in leg. mater. versic. ceterum. de inofficios. testament.* Vnde relinquitur, constitutionem hanc tantum ad istos heredes pertinere, qui potuerunt de scriptura cognoscere, qualis esset, perfecta, an imperfecta, vt in heredibus culpa hic puniatur, non iustus error.

Ad §. vltimum.

In omni autem vltima voluntate, excepto testamēto quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in vno eodemque tempore debent adhiberi: siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur, testib. videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Dat. 15. Cal. Mart. Constantinop. Victore. V. C. Coss. 424.

SVMMARIA.

1 *An extra testamentum plures sint species supremæ voluntatis: & earum nomen quod.*
2 *Codicillis nominatim testamento confirmatis, an in iis ea, quæ hic præcipiuntur, obseruanda sint: & quid si confirmati non sint. ibid.*
3 *Codicilli quæ sint cum testamento communia: & in quibus à testamento discrepent.*

SEntentia est non obscura, etiam extra testamentum omnem supremam voluntatem valere dummodo adhibitis iis obseruationibus, quæ hic præscribuntur. Ait constitutio *omnē voluntatem*, quibus verbis † significatur extra testamentum plures esse species supremæ voluntatis. Quæritur ergo, quæ sint? Id declaratur in hoc loco, cum dicitur, *voluntatem valere supremam, siue scriptis, siue sine scriptis conficiatur.* Vnde rursum intelligitur non tantum in testamento nuncupato valere, *§. vlt. Instit. de test. ordin. l. hac cons. §. per nuncupat. sup. de test.* Sed etiam extra testamentum, quicquid defunctus de sua voluntate testatus sit, etiā sine scripto, sed id ratum esse iis obseruatis, quæ hic trāduntur. Quomodo igitur supremam voluntatem, quæ sine scripto conficitur extra testamentum, & quo nomine appellabimus? Initio huius tituli dictum, proprie codicillos dici non posse, sed tamen obtinuit vsu posteriorum Imperatorum, vt & hæc voluntas codicillus diceretur, *l. vlt. sup. de bon. libert. l. generali. sup. de sacros. eccles.*

Constituit Theodosius eiusmodi omnem scripturā valere, sed hac conditione, si ea obseruata sint, quæ hic præscribuntur. Quid si codicilli sint nominatim testamento cōfirmati, an in his quoq; 2
quæ hic præcipiuntur, adhiberi oportebit? Minime, quoniā quæ his codicillis relinquuntur, non tam codicillis relinqui intelligūtur, quam testamento, *l. assissores. de heredib. instit. l. institutio, de condit. inst.* Non obstat, quod hic in vltima voluntate exiguntur quinque testes, & quæ sequuntur. Nam adijcitur, *in omni voluntate, excepto testamento.* Iam autem dictum, codicillis testamento confirmatis relicta, videri relicta testamento, non codicillis. Et ideo ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficiet etiam secundum hanc constitutionem.

Quid si testamento nominatim codicilli confirmati non sint, & tamen defunctus vna cum codicillis testamentum fecerit, vel ante, vel post codicillos, an in his idem dicedum? Mouet dubitationem, quod huiusmodi omnes codicilli, etiamsi testamento confirmati non sint, tamen dicuntur ad testamentum pertinere, & testamenti ius sequi, *l. 3. §. vlt. l. ab intestato. de iure codicil.* Respondeo: In iis non idem iuris esse, quod in codicillis nominatim testamento confirmatis, sed ita hoc valere, si ea obseruata sint, de quibus hic. Mouet me *l. heredes. §. 1. ff. qui testam. facer. poss.* vbi traditur: *Si testamento facto testator aliquid mutauerit aut acquirere velit, omnia ex integro esse facienda.*

Vnde intelligimus, quæcunque postea codicillis fient, etiamsi dixerimus, illis codicillis mutari testamentum, aut testamentum adiici; tamen omnia ex integro facienda, vt ex testamento valeant. Superest igitur, vt si valere volumus tanquam ex codicillis, ea obseruari debeāt, quæ hic præscribuntur. Non obstat, quod dicitur, hos codicillos ad testamentum pertinere: nam vt ad testamentum pertineant, prius codicillos esse oportet. Non erunt autem codicilli, nisi iure facti & ex præscriptione huius constitutionis.

In

3 In his, quę hic obseruari iubentur, notandum est, quatuor † esse, quæ sunt cum testamentis communia, tria esse, in quibus codicilli à testamentis discrepant, cum de solemnibus adhibendis agitur. I. Igitur hic exiguntur testes, vt in testamento. II. loco desideratur, vt testes adhibeantur ad codicillos, quo verbo significatur non esse idoneos testes in codicillis, nisi qui admoniti prius fuerint, se ad codicillos adhiberi, *l. heredes. §. in testamentis. qui testament. facer. poss.* Vnde intelligimus etiam, hic quoque testes rogatos adhiberi debere, vt declaratur *in dict §. in testamentis.* Non obstat, quod hic dicitur, testes recte adhiberi, siue rogati sint, siue fortuito aduenerint: nam non est necesse testes rogare, vt veniant, etiam qui fortuito interuenerunt, rogari possunt: sed interim cum interfuerint, moneri debent se adhiberi ad codicillos, quod nihil aliud est, quam eos rogare, vt testimonium præbeant. Hoc igitur & cum testamentis commune est. III. desideratur, vt coram ijs negotium conficiatur, vno eodemq; tempore, id est, vno contextu actionis. Hoc quoque cum testamentis est commune, *l. hac consultissima. supr. de testam. l. heredes. §. vlt. qui testam. facere. poss.* Postremo in codicillis scriptis iubentur adhiberi testium subnotationes. Subnotare est subscribere, *l. pen. ff. qui test. fac. poss.* Et hoc quoque cum testamentis est commune.

Sed tria discrepant: numerus testium, & conditio, & signa. In testamentis numerus testium est septem, *§. sed cum paulatim. Instit. de testam. ordin. d. l. hac consultissima.* Conditio testium in codicillis hæc est, vt quicunq; non prohibentur in alijs causis dicere, hi nec prohibeantur in alijs causis testes esse, & prohibetur mulier in testamento esse testis, in codicil is non prohibetur; proinde recte testis adhibebitur ex d. reg *l. 1. de test.* Sed & hoc ipsum nominatim expressum est de muliere, *l. qui testam. §. mulier. qui testam. facer. poss.* Postremo signa testium desiderantur in testamentis: at in codicillis non desiderantur.

AD TITVLVM XXXVII. COD. DE LEGATIS.

SVMMARIA.

1 *Legare vnde dictum & legare quid.*
2 *Legandi appellatio & generalis & specialis est.*
3 *Legare in genere quid sit.*
4 *Legare in specie quid.*
5 *Legatum est donatio testamento relicta.*
6 *Donare est aliquid in aliquem conferre gratis.*
7 *Legatum quid differat à contractibus, donationibus non gratuitis, hereditate, fideicommisso, libertate, tutela, relictis testamento, donationibus, &c.*
8 *Legatum an possit codicillis, vt testamento, relinqui.*
9 *Legati diuersæ definitiones, & earum examen & enodatio, & nu. 10.*

NOn solum hereditas, seu vniuersitas & successio nobis acquiri potest testamento & codicillis, sed etiam acquiri possunt res singulę, quę testamento, aut codicillis legantur, aut fideicõmittuntur, vnde ea dicuntur legata, aut fideicommissa, de quib. deinceps agitur, vt sciamus, quid sint, & quid in ipsis relinquere cuique defuncto liceat, & quatenus valeant, seu quem effectum
1 habeant. Ac prius de Legatis. Legare † *auctore Varron. libr. 4. de legib.* dictum est à legendo, seu à delectu, vt sit cum delectu amandare à nobis, quod apud alios vice nostra fungatur, idque, vt vsus loquendi docet, & idem Varro testis est *lib. 5.* refertur & ad personas & ad res. Nam & personæ dicuntur legari & res legari. Cum ad personas refertur, legare est dimittere à nobis pro imperio aliquem, qui apud alios vice nostra vtatur; vnde Legati dicti sunt. Cum ad res refertur, legare est aliquid testamẽto relinquere, quæ significatio non multum à priore distat, certe ambæ eadem ratione coniunguntur. Nã quicquid testator constituit de re sua, id sublato testatore eiusmodi est, vt defuncti vicem obtineat apud eum, apud quem constituitur.

2 Legandi † appellatio & generalis & specialis est. Generaliter
3 † legare est aliquid testamento de re sua constituere & relinquere, quomodo accepta est *l. 12.* tabul. in illis verbis, *vti quisq; legassit*, id est, vti de re sua constituerit pro imperio & iussu. Vnde verbis ijs legis, quatuor hæc cõfirmari intellectum est: heredum institutiones, legatorum & libertatum donationes, item tutorum constitutiones, vt est *in l. verbis legis de verb. sig.*

Generalis autem hæc significatio verbi intellecta est ex adiuncto, nempe ex verbo *vti*, quod significat *quodcunq;* seu *prout*, vt sit sensus: *vti quisque legauerit*, id est, quodcunque erit, aut quodcunq; decreuerit de re sua, ita ius esto. Specialiter † legare est aliquid te- 4
stamento donare, qua significatione semper *Legati* verbum vsurpatur, nisi ex adiuncto intelligatur sententia scribentis, quasi de omni alia re, de qua constituerit testator, loquatur & sentiat is, qui scribit. Hæc de verbo.

Res definitur multis locis. Definitio hæc traditur *in l. legatum. 36. de legat. 2.* Legatum † est donatio, testamento relicta. Est autẽ 5
† donare aliquid in aliquem conferre gratis. Id ergo legatum est; 6
vti nunc de legato loquimur. Hoc verbo † separantur à legato 7
contractus: sunt enim contractus conuentiones, non dationes. Huc pertinet *l. verba, contraxerunt, de verb. sig.* Distinguuntur item donationes omnes non gratuitæ. Præterea eodem verbo separãtur omnia alia, quæ testamento relinquuntur ordinanturue, vt hereditas, fideicommissum, libertas tutorum datio. Nam hæc omnia testamento relinquuntur, & in his datur aliquid, sed non sunt donationes Hereditas non est donatio: nam sæpe in hereditate nihil est præter æs alienum: & tamen non eo minus hereditas est, *l. hereditas, de heredit pet. l. hereditatis de verb. sign.* Et quamuis hereditate adita heres nanciscatur dominium rerum omnium hereditariarum, *l. cum hereditas, de acquir. poss.* Tamen hoc fit per consequentiam successionis; nam principalis successio acquiritur heredi, successionem sequuntur commoda & incommoda, *l. 1. & 2. & 3. de bon poss.*

Eadem nota distinguuntur & fideicommissa à legatis, non tãtum verbis: nam in fideicommisso testator nihil donat, vt initium fuit fideicommissorum. Est enim fideicommissum, cum quis fidei heredis, aut alterius committit, vt aliquid det, præstet Lucio Titio. Quod cum fit, neque testator ipse quicquam confert, neque eum, quem rogat, obstringit, vt det, vt olim ius erat de fideicommissis: poterat enim is, qui rogatus erat dare, si vellet; si nollet, nulla erat necessitas præstandi, vti declaratur *Instit. de fideicom. hered.*

Libertas quoq; hac nota distinguitur à legatis. Nam reuera libertas nulla res est, vt dici possit eam dari. Certe non est res, quæ æstimationem recipiat, *l. libertas. de reg. iur.* Præterea in donatione nihil inuito acquiritur: at vnusquisque seruorum inuitus libertatem accipit, *l. vlt. § fin vero quidam. infr. de test. manumiss.* Tutorum dationem non esse certum est; proinde hoc verbo intelligimus legata non esse.

Adijcitur, *testamento relicta.* Hæc verba adijciuntur duarum rerum significandarum causa. Primo, vt intelligatur, † vt olim ius fuit, legatum, nisi testamento, relinqui non posse, non vero posse codicillis, *§. præterea. Institut. de fideicommiss. heredit.* Quod tamen ius hodie sublatum est, de quo dicetur postea in comparatione legatorum & fideicommissorum *sub titul. de fideicom.* Deinde, vt intelligatur ita legatum donationem esse; vt tamen is, qui donat, non velit donatum, nisi post mortem suam fieri velit, *l. 1. qui test. facer. poss.* Hac nota discernitur legatum à ceteris donationibus non testamentarijs, quales sunt donationes inter viuos & causa mortis. Nam in his omnibus præsens præsenti iam nunc donat. De donationibus inter viuos nulla dubitatio est, *l. 1. de donation.* Sed & idem ius est in donationibus causa mortis, vt expressum est *in l. inter. de donation. causa mortis.* Idque satis demonstratur eo, quod dicuntur donationes causa mortis ex præsentia reuocari & condici: quæ donata sunt, non condicuntur, nisi iam ante tradita, *l. 1. l. senatus. §. donat. de mortis causa donation.* In legato nihil tale est, nihil defunctus præsens præsenti legatario dat, sed post mortem dari vult.

Hæc definitio recta est, † etsi non addatur *ab herede præstanda. vt* 9
fit in §. legatum. Inst. de legat. non quod legatum non sit donatio ab herede præstanda, vt mox dicetur, sed quia in definitione solum explicatur quid sit legatum. Quomodo autem fiat, vt iure valeat, ad definitionem non pertinet necessario, sed in præceptis iuris, de relinquendo, postea traditur.

Alia definitio exstat *in dicto §. legatum. Institut. de legat.* alijs verbis concepta, sed idem exprimentibus: *Legatum*, inquit Iustinianus, *est donatio quædam à defuncto relicta, ab her. præstãda.* His verbis, *relicta à defuncto*, declaratur illud, quod supra dixi, legatum ita donationem esse; vt tamen defunctus nolit quicquam donatum, nisi post mortem suam. Id *defuncti* verbum significat, id significat etiam verbum *relinquendi*, quod solum ad ea pertinet, quæ post mortem nostram relinquimus, *l. 1. §. vlt. de tabul. exhib.* Non dicit, *testamento relicta*; quoniam, vt dixi, satis est definire, quid sit

sit legatum, etiamsi non adiiciatur, vbi legatum relinqui possit. Adiicitur, *ab herede præstanda*. Quæ verba quidam ascititia putant, & non satis legato cõuenire, argumento prioris definitionis moti, in qua hæc verba prætermissa sunt: sed non recte iudicant, qui hæc verba repudianda existimant. Nam si repudiantur vt falsa, pessime repudiantur. Vt enim legatum olim nõ potuit relinqui, nisi testamento; ita non potuit relinqui, nisi ab herede: à legatario legari non potuit, *Instit. de sing. reb. per fideicom. relict.*

Vt igitur in priori definitione recte additur *testamẽto*; quia non potuit legatum relinqui, nisi testamento; ita in posteriore additur, *ab herede præstanda*; quoniam non potuit legatum relinqui, nisi ab herede; & quoniam etiam simpliciter legatum relictum, ab herede præstandum fuit, vt peruenire ad legatarium. Nam certi iuris est, legatarios non posse legata sua auctoritate occupare, sed voluntate heredis debere præstari. Quod si sua auctoritate occupauerint, constitutum est heredi interdictum, de legatis ita occupatis, reuocandis, *l. 1. quod legat.* vt nihil sit verius, quam legatum ita relinqui debuisse, vt præstaretur ab herede, & relictum debere præstari ab herede.

10 Quod † superiora verba repudiantur tanquam superuacanea, necesse est, vt eadem ratione reiiciamus definitionem Florentini *in l. legatum. l. 16. de leg. 1.* Cuius definitio idem plane expressit, quod Iustiniani continetur. Definitio hæc est: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Significat donationem esse legatum, cum ait, *esse id, quod testator collatum velit.* Significat à defuncto relictum esse, cum ait, esse delibationem hereditatis, id est, id, quod delibatur, & deciditur ab hereditate. Nam hereditas viuentis non est, sed defuncti, *l. 1. de heredit. vel act. l. hereditas. de reg. iur. l. nihil aliud est. de verb. signific.* Significat ab herede esse præstandum, cum ait, *esse delibationem hereditatis ex eo, quod vniuersum foret.* Non deciditur quicquam ab eo, quod vniuersum heredis foret, nisi quod ab herede deciditur, & præstatur. Ergo quod relinquitur à legatario, vel fideicommissario, id non deciditur ab eo, quod heredis foret, sed ab eo, quod foret legatarij, aut fideicommissarij.

Non obstat, quod defunctus adhuc viuens legatum testamento relictum præstare potest, *l. Lucius. de leg. 2.* Nam in definitione Iustiniani non dicitur, legatum esse donationem, quæ præstabitur ab herede, sed esse donationem ita relictam, vt præstanda sit; quia ab initio hoc animo relictũ sit, vt ab herede præstetur; quod multis tamen modis contingere potest, vt ne præstetur, vel quia testator legatum adimat, vel quia res legata perierit, vel quia decesserit legatarius viuo testatore, vel quia conditio defecerit, sub qua legatum erat: neque eo minus verum est, legatum ab initio fuisse & constitisse. Nam in initio legati animum spectamus relinquentis, non euentum legati. Non obstat etiam, quod legata testamento relicta, statim fiant legatarij sine opera & traditione heredis, postquam testator mortuus est, *l. à Titio. ff. de furt.* Nam etsi reuera dominium ad legatarium transeat; nihilominus tamen res ab herede legatario præstanda est, alioqui reuocabitur legatum interdicto, quod bonor. vt supra dictum. Nihil igitur verius, quam legatum esse donationem à defuncto relictam, ab herede præstandam.

Sed cum definitio carere potuerit his verbis, an nõ hæc verba superuacanea addita videri possunt? Respon. Si necessitatem spectamus, non fuit necesse addere ad definitionem; nam & sine his intelligitur, quid sit legatum; etiamsi non intelligatur, vbi aut à quo præstandum sit. Sed si spectemus commoditatem explicationis, commode hæc verba adiecta sunt, vt intelligeremus non posse relinqui legatum, nisi ab herede, vt olim ius fuit. Et præterea vt intelligeremus, in qua parte discernerentur legata à fideicommissis. Nam fideicommissa ab herede relinqui potuerunt, sed non fuit necesse; nam & possunt relinqui à legatario & fideicommissario. Quid legatum differat à fideicommisso, infra dicetur, vbi de natura fideicommissorum tractabitur.

Ad L. Quamuis. 1.

Impp. Antoninus Pius A. Libertis Sextiliæ.

Quamuis verbis his, quoad cum Claudio Iusto morati essent, alimenta vobis & vestiariũ legatum sit: tamen hanc fuisse defuncti cogitationem interpretor, vt & post mortem Iusti Claudij eadem vobis præstari voluerit. Sine die & consule.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis prima.*
2 *Conditio quibus casibus pro impleta habeatur.*
3 *Mortuo Iusto, cum quo legatarij morari debebant ex conditione, exstiterit ne conditio, aut an pro impleta habenda sit.*
4 *Stichus liber esse iussus sub conditione, si heredi anno vno seruierit, an si ægrotus seruire nequierit, nihilominus liber futurus sit.*
5 *Seruire qui intelligantur.*

ALimenta † liberis relicta sunt hac conditione, *si cum Iusto Claudio morati essent*, non dubitatur, quin alimenta liberis præstãda sint, siue morati sint cum Iusto, siue per Iustum steterit, quo minus morarentur. Nam priore casu conditio impleta est: posteriore non est impleta, sed perinde habetur, quasi impleta esset; quoniã per eum stetit, quo minus impleretur, in cuius persona implenda fuit. Sed mortuo Iusto quæritur, an eadem alimenta liberis præstanda sint? Non abs re quæritur: nam secundum verba & regulam iuris, de conditionibus, quæ pro impletis habentur, alimenta non debentur. Obseruandum est enim alimenta esse relicta sub conditione, & eam conditionem in proposito non videri exstitisse: non enim potuerunt liberi morari cum Iusto, vbi iustus mortuus esset. Itaq; hoc relinqui videtur, vt conditio nõ impleta tamen pro impleta habeatur, quod regulæ iuris non ferunt. Nam † conditio pro impleta habetur duobus tantum casibus. I. 2 Si stet per eum, cuius interest cõditionem non impleri, id est, per heredem, aut eum, qui legatum præstaturus est, *l. iure. de reg. iur.* Alter casus est, si per eum stet, in cuius persona conditio impleri debuit, vt si legatũ relictum sit Titio, si decem Sempronio daret, si Sempronius arrogaret, & Titius interpellatus recusabit accipere, aut se adrogandum dare, legatum debebitur, quasi impleta cõditione. *l. 3. l. si quis testamento. de cond. Instit. d. l. 5. quando dies leg. ced.*

At si per eum, in cuius persona conditio implenda est, nõ fiat, quo minus conditio impleatur, conditio deficit, nec legatum debebitur, veluti si is, in cuius persona conditio implenda fuit, vt in proposito Iustus, decesserat. Exempli causa: Legata sunt Titiæ decem, si Sempronio nupserit, aut instituta est heres eadem conditione: Sempronio mortuo, Titia conditione defuncta est, nec quicquam ei debetur, *l. cum ita datur, 94. de cond. & dem. l. legatum, de cond. insert. l. 1. sup. de Instit. & substitut.* & tamen in specie proposita, vbi alimenta legata sunt, hæc conditio, *si legatarij morati sint cum Iusto Claudio, filio, matre testatoris & similibus*, placet quamuis mortuo Claudio, item filio & matre, nihilominus alimenta deberi, quamuis verum sit, legatarios cum mortuo morari non posse, vt sic videatur deberi legata, quamuis deficiente conditione, *l. annua, de annuis legat. l. illis. de cond. & demonstr.*

Vulgo existimant id fieri in hac specie singulari fauore legatariorum & alimentorum. Non recte: nam siue alimenta, siue quid aliud relinquatur sub conditione, spectari non debet quid relinquatur, aut cui, sed an cõditio exstiterit. Quod enim sub conditione relinquitur, non debetur, nisi aut conditio exstiterit, aut habeatur pro impleta. Ita in proposito hoc solum quærendũ est, an † mortuo Iusto, cum quo legatarij morari debebant ex condi- 3 tione, exstiterit, nec ne conditio, aut an pro impleta habẽda sit? Et frustra effectum est pro impleta haberi non debere. Dicendum est enim in omnibus iis conditionibus, quæ ex facto legatarij & alterius communiter pendent, mortuo eo, in cuius persona impleri debuit conditio, si per eum non steterit, quo minus impleretur, conditionem defecisse, nec legatum sub ea conditione relictum, deberi, *d. l. 1. sup. de Inst. & subst. l. legatum. infr. de cond. insert. l. in testamento 3. de cond. & demonstr.* Nec refert, vtrum res aliæ legatæ sint, an alimenta, *l. Seio. ff. de an. leg.* sed propriam & singularem rationem esse huius conditionis, si legatarij morati sint cum filio, matre, Iusto Claudio, vt mortuis iis, cum quibus legatarij morari debent, conditio exsistat, dummodo per legatarios non steterit, quo minus cum viuis morarentur.

Ratio sequitur *in d. l. illis. de cond. & demonstr.* quippe in hoc genere conditionum testator secundum verba exigit à legatariis, vt morentur cum iis, aut illis; re autem vera & secundum sententiam exigiat tantum à legatariis obsequium commorandi. Vult enim eos commorari cum Iulio Claudio & similibus, vt illi obsequium & obseruantiam eo facto exhibeant. Obsequium autem non est in facto commorandi, sed in propensione voluntatis, id est, obsequium ex hac conditione præstitit, qui cupiens morari aliquo casũ impeditur, quo minus moretur, quod rursum innuit

Paulus

Paulus in ratione data *in d. l. illis.* Qua ratione efficit mortuo Iusto, aut iis, cum quibus liberi morari debuerunt, conditionem non videri defecisse. Id euidentius significat explicatio *l.4.§.Stichus si hered. de statu liber.* vbi Stichus † iubetur esse liber, si heredi anno vno seruierit, & placet, quamuis ægrotus per totum annum seruire non potuerit, nihilominus liberum futurum hac conditione nominatim adiecta, quia seruitium hic exigitur in seruo.

4

5 Seruire autem † etiam illi nobis intelliguntur, qui cupientes seruire per valetudinem impediuntur. Quo significatur seruitium & obsequium omne esse in eo, vt cupiant seruire & obsequi, etiamsi casu impediantur. Quod & iuris est aliementis legatis sub hac conditione, *si liberi cum iusto Claudio, &c. morati sint.* Sed idem iuris esse placuit non aliter ita relictum, quoad liberi cum Iusto Claudio morati sint. Quod hic rescriptum est, & refertur planius rescriptum *in l. Caio §. de alimen. & cib. leg.*

Potuit tamen hoc in hac specie posteriore secus videri, quasi hoc verbo, *quoad*, tempus præstitutum sit, ad quod vsque deberentur alimenta, vt consequens sit, post id tempus non deberi. Sed non est ita: nam iis verbis, *quoad liberi morati sint*, significatur tempus, non quoad vsque morentur, sed per quod morentur. Perinde est enim, quasi dictum esset, *liberis alimenta volo præstari, quamdiu, seu per omne id tempus, cum morati fuerint cum Iusto Claudio, &c.* Nihil interest inter has conceptiones, cum morati fuerint, & si morati fuerint. Priori conceptione exprimitur tempus, sed per tempus incertum significatur conditio. Non enim erit tempus, cum liberi morentur, nisi si morentur. Posteriori conceptione exprimitur conditio, sed per conditionem exprimitur tempus; non enim exsistet, vt liberi morentur, nisi per aliquod tempus, quo morabuntur. Traditur hoc *in l. si Titia. ff. quando dies leg. ced. l. quodcunque. §. pen. de verbor. oblig.* Et hoc est, quod dicitur, diem incertum in testamentis conditionem facere. *l. dies. ff. de condit. & demonstr.*

Ad L. Quamuis. 12.

Impp. Seuerus & Anton. AA. Sabiniano.

Quamuis heres institutus hereditatem vendiderit; tamen legata & fideicommissa ab eo peti possunt: & quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emtore, vel fideiussoribus eius petere poterit. PP. X. Kal. Sept. Laterano & Rufino Coss. 198.

SVMMARIVM.

1 *Heres an vendita hereditate nihilominus legatariis teneatur.*

QVæcunque legata testamento, aut codicillis relinquuntur, etiamsi non relinquantur nominatim ab herede vel scripto, vel legitimo, dummodo non relinquatur nominatim à legatario, aut fideicommissario, omnia ad onus hereditatis pertinent, & ab eo præstanda sunt, quod declaratur hic, cum dicitur, legatum esse ab herede præstandum, §. *legatum. Inst. eod.* Item esse delibationem hereditatis ex eo, quod per vniuersum heredis foret, *l. legatum. de legat. 1.* Hanc obligationem suscipit in se heres, cum hereditatem adit. Nam hoc facto intelligitur primo suscipere personam defuncti; deinde se obstringere in hoc, vt pareat voluntati defuncti; vnde hereditatem adeundo dicitur contrahere cum legatariis & creditoribus hereditariis, §. *quoque. Inst. de obl. quæ ex quasi contract. l. 3. in fin. quibus ex causis in possess. eat.* Hac obligatione suscepta non potest heres vllo suo facto se ea obligatione eximere, *l. si seruum. §. nunc videamus. de verb. obl.* Quippe deteriorem conditionem alterius facere non potest, repugnante regula iuris & natura, *l. soluendo. de negot. gestis.* Quod si ita est, consequens est, † quod hic dicitur heredem, quamuis hereditatem vendiderit, nihilominus adhuc legatariis teneri; neque enim potuit se sua venditione ea obligatione, qua tenebatur, liberare. Sane omne lucrum & damnum hereditatis ad emtorem respicere debet, vt est *in l. 2. § sicuti de hered. vel act. vend.* Sed hoc ita est, vt debeat ad eum respicere secundum conuentionem: hactenus tamen, dum conuentio aliis non noceat. Ergo si heres vendidit hereditatem, conuenitur à legatariis, iis reddere cogitur & legatariis præstare, sed iis præstitis regressum habet ex vendito aduersus emtorem hereditatis, vt hic dicitur, & plenius explicatur *in l. 2. sup. de hered. vel action. vend.*

1

Ad L. Qui post. 3.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Victorino.

Qui post testamentum factum prædia, quæ legauit, pignori, vel hypothecæ dedit, mutasse voluntatem circa legatarium personam non videtur. Et ideo etiam si in personam actio electa est: recte placuit ab herede prædia liberari. PP. 6. Kalend. Maij, Gentiano & Passo Consulib. 212.

SVMMARIA.

1 *Legatum relictum an à testatore reuocari possit.*
2 *Legatum quomodo reuocetur, an vt verbis, ita etiam factis & re ipsa, quomodo.*
3 *Res legata pignori data an nihilominus adhuc debeatur.*
4 *Heres, si fiat ei controuersia hereditatis, an legatum soluere cogatur.*

LEgatum † quamuis ab initio recte relictum nihilominus à testatore reuocari potest, vt reuocatum non magis debeatur, quam si omnino relictum non esset. Ambulatoria est enim voluntas testatoris vsque ad vltimum vitæ spiritum, *l. 4. ff. de adim. legat.* Nec tantum testamentis, aut codicillis rite confectis reuocari legatum potest, sed etiam nuda voluntate, vsque adeo, vt si capitales inimicitiæ inter testatorem & legatarium, hoc ipso legatum non debeatur, vt tacita voluntate reuocatum, *l. 3. §. vltim. de adim. legat.*

1

Reuocatur † autem legatum non tantum verbis, & aperta voluntate, sed etiam rebus ipsis & factis. Verbis, vt si testator nominatim adimat legatum, aut in alium transferat: nam alij dando eandem rem, priori eam adimere intelligitur, *Inst. de adim. leg.* Re & facto intelligitur iis modis, si rem legatam sustulerit, veluti si ædes à se legatas deiiceret, *l. si legatum. §. vltim. de leg. 1.* Deinde si rem legatam transtulerit in aliam speciem, quę ad priorem materiam reuerti non possit, veluti, si legarit lanam certam, & ex ea postea vestem fecerit, *l. lana, de legat. 3.* Postremo, si rem legatam testamento alienauerit, *leg. si ex toto, 8. in princ. de legat. 1.* In qua specie tamen adiicitur hæc conditio, si modo testator adimendi animo alienet, quæ conditio est *in §. si rem. Instit. de legat.* Hic autem animus declaratur hac distinctione, quæ ob id aliis locis exprimitur. Nam si testator rem alienauit sine necessitate rei familiaris, hoc ipso existimatur renuntiasse legatum, quasi adimere voluerit; & ideo; quia rem legatam postea alij donauerit, fecit, vt legatum amplius non debeatur, *leg. rem legatam. de adim. legat.*

2

Quod si propter necessitatem rei familiaris alienauerit, non creditur adimere voluisse, nisi aperte probetur, *dict. leg. rem legatam, leg. fideicommissa. 11. §. si rem, de leg. 3.* Hinc cõsequens est, quod hic traditur, si testator † rem à se legatam postea pignori, vel hypothecæ dederit, nihilominus adhuc legatum deberi, quod idem traditur *in dict. §. si rem. Instit. de legat.* Ratio ex superioribus distinctionibus: nam quisquis rem familiarem pignori obligat, vel ideo facit, vt pecuniam à creditore accipiat, qua indiget, vel vt cum prius pecuniam deberet, satisfaciat creditori suo, pignus dando, ne rerum suarum distractionem pateretur.

3

Desunt hic in Autographo Donelli tres paginæ integræ.

Legatum ab herede deberi diximus *ad leg. 2. supr.* Ita id debetur, vt præstari debeat, quamuis heres controuersiam heredis metuat. Sed etsi † controuersiam heredis iudicio patiatur, nihilominus legata præstare debet, vt hic rescriptum est. Veluti, cum exstitit aliquis, qui testamentum accusaret tanquam falsum, quæ species est hoc loco proposita. Sane hoc casu cum iudicio agitur aduersus heredem, & fit ei hereditatis controuersia, non aliter cogitur soluere legata legatariis, quã si caueant se legata restituturos, si hereditas heredi euincatur; quod hic quoque adiectum est. Idque fieri aiunt Imperatores secundum Iurisdictionis formam, id est, secundum quod in similibus controuersiis ius dici solet, vbi vel hereditas, vel legatum petitur ab eo herede, cui alio iudicio fit controuersia heredis, *leg. penult. de petit. hered. leg. is à quo. de rei vindic.* Sed non exigitur hæc cautio à legatariis aliter, quam si fiat controuersia hereditatis heredi.

4

Non

Non obstat, quod interdum legatarij cauent heredi, se legata restituturos, quamuis nulla fiat controuersia heredi de hereditate, quod fit, cum periculũ est, ne sit locus leg. Falcidiæ, & legatarij plus capiant, quam per legem Falcidiam licet, *leg. 1. si cui plus, quam per legem Falcid.* Nam hæc cautio in hoc casu solum recepta est. Idque est, quod Imperatores significant in extremis verbis huius rescripti.

Ad L. Cum alienam. 10.

Imp. Alexander A. Ingenuæ.

Cum alienam rem quis reliquerit, siquidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum, seu fideicommissum meruit, peti potest, quod si suam esse putauit: non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel vxori, vel alij cui personæ datum sit, cui legatum esset, & si scisset rem alienam esse. PP. V. Kal. Feb. Albino & Maximo Coss 228.

SVMMARIA.

1 *Res aliena an legari possit.*
2 *Res aliena legata an semper debeatur, siue testator alienam esse sciuerit, siue non: & si debeatur, quid petendum sit ex hac causa, nu. 3.*

DE re aliena legata tria quæruntur: An res aliena legari possit, an legata debeatur, & si debeatur, quid petendum sit ex hac causa. De primo ius certum est. Non † solum rem propriam testatoris, sed etiam alienam legari posse, §. *non solum. Instit. de legat.* Non obstat, quod l. 12. tabul. fecit tantum mentionem & potestatem legandi de suo, *leg. verbu legu. de verb. sign. l. testandi. sup. de testam.* Nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim heredem, vt rem redimat, & redemtam præstet; sic enim fit, vt eam rem possit præstare. Ideo placet, re aliena legata, heredem hanc redimere, & ita præstare debere, *d. §. non solum.*

Quid si dominus eam rem nolit vendere heredi? Hic prima fronte videbitur liberari heres; nam eam rem debet, quæ est in eius potestate, neq; esse potest inuito domino: impossibilium autem nulla est obligatio, *leg. impossibilium. de reg. iur.* Rursus non debet æstimationem; quia res, non æstimatio legata est. Sed placuit hoc casu, vbi dominus heredi rem non vendit, aut plus iusto vendit, heredem æstimationem auferre debere, *leg. non dubium. §. vlt. leg. qui quatuor. §. vlt. D. de legat. 3.* Vnde sumtum est, quod dicitur de eadem re *in d. §. non solum.* Non obstat, quod æstimatio legata non est; nam res legata est, quam idcirco heres præstare debet, si non præstat, nihil relinquitur, nisi vt pro re præstet æstimationem, vt accidit, quotiescunque rem debitam debitor non præstat, *leg. in re furtiua. de condict. furti. in pr. §. 1.* Si quis dicat rem ipsam non deberi, quoniam impossibilium nulla obligatio.

Respondebimus, non esse impossibilem rei alienæ præstationem; quoniam etiamsi dominus voluntate sua non vendat; natura tamen res vendi potest, vel ab eodem domino mutata voluntate, vel ab alio, ad quem ea res peruenit. Non est impossibile impedimentum, nisi quod natura impossibile est, & solum id impedimentum obstat obligationi, quod est naturale, *leg. continuus. §. illud. de verbor. oblig.*

Quod secundum est de eo constitutum hoc rescripto. Non 2 semper † rem alienam legatam deberi, sed in eo hanc distinctionem esse; interesse, vtrum quis rem alienam legans sciuerit rem alienam esse, an vero suam esse putauerit. Si sciuit rem alienam, debebitur ita, vt supra dixi. Quod si res tota aliena legata debetur; multo magis si in ea re legata pars solum erit aliena, ea pars debebitur, si testator alienam sciuit. Obstat *l. 5. §. vlt. de legat. 1.* vbi si testator fundum communẽ legauit, id est, ex parte suum, & ex parte alienum, placet solum ex hoc legato partem deberi, quæ fuit; testatoris, partem alienam non deberi, quamuis testator alienam esse non ignorauerit. Respond. Ex verbis eius loci apparet, id ideo responderi; quia testator fundum legando nominatim adiecit, *meum*, vt dicebat, *fundum Tusculanum meum do, lego.* Ex hac adiectione manifestum est, testatorẽ nihil amplius voluisse legare, quam id, quod suum erat. Idem responsum esse volumus *ad d. l. si damus. §. vlt. de leg. 1.* vbi fundus qui erat proprietate municipum, iure autem erat vectigalis fundus testatoris, id quid sit, cognoscitur *ex l. 1. & 2. si ager. vectig.* Testator enim fundum legauit, & adiecit, *fundum illum meum vectigalem do, lego.* Quia adiecit *vectigalem*, placet nihil amplius deberi in eo fundo, quam ius vectigalis fundi: proprietatem autem de municipibus redimi non debere, vt ea præstetur legatario; quia scilicet hoc verbo, *vectigalis fundus*, declarauit testator, se nolle fundum legare, nisi quatenus esset vectigalis. Ceterum vbi simpliciter testator rem alienam legauit, quam sciat alienam esse, hæc legatario debebitur ex hoc loco, non solum, si tota res aliena erit, sed multo magis, si aliena erit tantum pro parte. Quod si testator putauit rem suam esse, quam pro sua possidebat bona fide, hæc non debebitur, & si forte præstita, euicta erit à legatario, legatarius de euictione agere non poterit; quia nec à principio res debebatur, vt hic scriptum est, *& in d. §. non solum.* Sed cur hoc loco res aliena legata non debetur, cum testator eam legare potuerit, & verbis legauerit? Respondeo: Ideo non debetur; quia testator legare noluit. Ad supremam enim voluntatem non sufficit scriptum, nisi etiam accedat voluntas testatoris, *leg. quoties. 9. de hered. Inst.* Sed vnde colligimus testatorem noluisse? Quod scriptum est *in d. §. non solum. vers. quod dximus*, ideo rem nõ deberi, quia fortasse, si testator sciuisset esse alienam, non legasset: hæc ratio non est satis sufficiens, sed indiget alia ratione: dici enim potest statim, fortasse, etiamsi sciuisset testator esse alienam, legasset; nam etiam hoc contingere potest, & in obscura voluntate testatoris procliuiores esse debemus pro legato, & plenius voluntatem interpretari, *l. in testamentis, de reg. iur.* Dicendum est igitur ideo testatorem videri legaturum non fuisse, si sciuisset; quia errauit in dominio rei legatæ: non consentiunt autem qui errant, *l. si per errorem. D. de iurisd. l. 2. in pr. de iudic.*

Huic parti opponitur *l. si domus. §. de euict. de leg. 1.* vbi his verbis definitum est: Quoties res legata sine iudicio præstita, euicta est, heres eam petere potest ex testamento. Dicitur, *quoties*, ex quo colligi videtur id dicẽdum esse, siue testator sciuerit rem alienam esse, siue ignorauerit, ac deinde quia aliena erat, euicta est. Respond. id ex eo colligi nec debet, nec potest. Nam non quæritur eo loco, an res legata euicta præstanda sit, sed si res legata euicta præstanda est, quando præstanda sit, & quando hæres ob euictionem teneatur? Et respondetur, si heres ob euictionem rei legatæ tenetur, non alias tenetur, quam si eam rem præstiterit, sine iudicio, id est, extra iudicium, sententia iudicis non coactus. Quod si ea res iudicio petita sit; & heres sentẽtia damnatus eam rem præstiterit, non tenebitur ob euictionem si forte res postea legatario euicta sit, nisi heres cauerit, se euictionẽ præstiturum: & ob hanc causam inquit Africanus eo loco: cautio euictionis hoc casu necessaria est legatario. Hinc apparet hoc omne dici sub conditione, si res legata in ea causa fuerit, vt ea euicta heres teneatur. quod interdum contingit, puta si seruus exempli gratia generaliter legatus sit, non nominatim, *l. heres seruum, D. de euict. l. si à substituto, §. vlt. de leg. 1.* Idem iuris est, si res aliena certa legata sit, quam testator sciuerit alienam, heres autem, vt eam præstaret, redemit à possessore non domino, deinde à vero domino euicta est.

Rata igitur erit hæc sententia, cum quis legat rem alienam, quam suam putat, regulariter eam non deberi; quia deficit voluntas. Sed hoc sic accipiẽdum est, nisi verisimile sit, testatorem rem legaturum fuisse, etiam si alienam esse non ignorasset, quæ coniectura voluntatis in quibusdam causis admissa est, alias ex re, quæ legatur, alias ex persona eius, cuius res est, alias ex persona legatarij. Ex re, quæ legata est, cum libertas relinquitur seruo alieno, quem testator suum putat. Nam si testator iubeat heredem, hunc seruum manumittere, tametsi videatur ignorans reliquisse libertatem alienam, id est, potestatem manumittendi, quæ aliena est, nihilominus placet heredem debere seruum redimere, & ita manumittere, idque fauore libertatis, *l. Paulus respond. de fideic. libert.* Ex persona eius, cuius res est, cum res heredis legata est. Quamuis enim testatur eam rem suam esse putauerit, nihilominus ab eo legata debebitur, coniectura voluntatis ex persona ducta; quia heres eam rem præstare potest facile, quamuis non redimatur, *l. vnum. §. si rem, de leg 2.* Ex persona legatarij, cum aut persona iuncta est sanguine, aut matrimonio, vt vxor; aut amicitia; aut cum alicui aliquid legatur propter merita, vt præceptori, procuratori, vel institori. Quod tamen dicitur, legatum deberi, vbi res aliena proximæ personæ legata est, quam testator suam putauit, tunc locum non habet, cum res legata est ab ea persona, quę eodem modo coniuncta sit defuncto. Exempli gratia: Pater filiis suis heredibus institutis, vni prædia quædam prælegauit, quæ sua esse existimauit; deinde euincuntur. Secundum exceptionem supra scri-

ptam, & quæ hoc loco traditur, dici debuit, filium petere posse hæc prædia à fratribus coheredibus, pro portionibus eorum hereditariis; quia etsi pater putauerit sua esse, quæ erant aliena, tamen proximæ personæ legata sunt, & secundum eam exceptionem debentur, non secus, quã si pater sciuisset rem esse alienam. Et tamen placuit in hac specie filio euictis prædiis actionem non esse, *l. cum pater. §. euictiu. de leg. 2.* Ratio responsi hæc est: Quia si hæc prædia peti possunt, necesse est ea peti à fratribus coheredibus, quæ sunt personæ defuncto eodem modo coniunctæ, vt is filius, cui prædia legata sunt, si testator filio legatario consultum voluit, vt liberarentur, vbi par omnium causa est; nam procliuiores debemus esse ad liberandum, *l. Arrianus. de obl. & act. l. fauoribiliores, de reg. iur.* Et ideo dicemus idem, si filio herede instituto testator prædium alienum, quod suum putabat, legauerit alicui cognato suo, vel intimo amico, nempe prædio euicto legatum non deberi; quia vt coniuncta persona est, cui legatur, & coniuncta est, à qua legatur. In pari autem causa potior debet esse causa debitoris, *l. si seruum. §. sequitur, de oblig. & act.*

3 Quod ad petitionem † attinet rei alienæ legatæ, declaratur hoc rescripto: Quoties res aliena legata debetur, hanc ex testamento peti posse. Idem declaratur *in l. si domus, §. de euictione, de leg. 1.* Et merito hæc res petitur, quamuis nõ sit in potestate heredis; hæc enim sola debetur, non eius rei æstimatio: res enim, non æstimatio legata est. Actio autem est ius persequendi iudicio, quod nobis debetur, *§. 1. Inst. de act. l. nihil aliud, de obl. & act.* Itaq; receptũ est, quod vulgo placet, in hac specie petitionem ita concipi debere, vt legatarius rem petat sibi dari, aut rei æstimationem. Non enim potest peti, quod sibi non debetur: non debetur æstimatio, quæ legata non est. Nec ad rem pertinet, quod heres æstimationem præstare potest & debet, si rem non redimat: nam æstimationem præstat officio iudicis, non vt debitum, nempe æstimationem pro re debita, vt expressum est *in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.*

Ad L. Filia. 11.

Imp. Alexander A. Albiniano.

Filia legatorum non habet actionem, si ea, quæ ei in testamento reliquit viuus pater, postea in dotem dederit. PP. V. Non. Mart. Pompeiano & Peligno Coss. 232.

SVMMARIVM.

1 *Legatum an exstinguatur, si ea, quæ in testamento pater viuus reliquit, postea filia in dotem dederit.*

SI testator rem à se legatam viuus legatario dederit, legatum exstinguitur; veluti solutione, siue speciem ipsam præstiterit, quam legauit, siue dederit tantundem, cum pecuniam legasset, aut dederit huius rei pretium. Hæc sententia & ad extraneos pertinet, quibus quid legatum est, de quibus *in l. Lucius D. de leg. 1.* Sed
1 etiam † ad filiam, cui dos legata est, vt hic rescriptum est, tametsi & persona filiæ & legatum dotis singularem fauorem mereri videbantur. Ratio est; quia solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. tol. obl.* In hac autem specie etsi vera solutio non sit; quoniam non est solutio, nisi rei debitæ, non debetur legatum, nisi mortuo testatore: tamen destinatione animi testatoris res ab eo legata, itidem ab eo quodam modo debetur; quia vult eam præstare, & cum eam præstat, eo facit, vt ea velut obligatione liberetur.

Ad L. Cum responso.

Imp. Gordianus A. Mutiano.

Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum, & amissa parte hereditatis vindicari posse declaretur. Intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse cõsultum. Verba vero responsi hæc sunt: Filiæ mater prædium ita legauit: Præcipito, sumito extra partem hereditatis. ***cum hereditati matris filia renuntiasset: nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. PP. Constitutio. V. Idus Iul. Sabino II. & Venusto Coss. 241.***

SVMMARIA.

1 *Duobus heredibus institutis, si vni aliquid ex his prælegetur, totaret prælegata ad legatarium pertinet, siue hereditatem adierit, siue omiserit.*

2 *Heres, qui noluit adire, cur non videatur impugnare iudicium defuncti.*

3 *Heredi hereditatem omittenti an legatum debeatur.*

QVoties duobus heredibus instituris, vni † ex his aliquid prę- 1
legatur, placet totam rem prælegatam ad legatarium pertinere, non tantum si hereditatem adierit, de quo nulla dubitatio est, sed etiam si hereditatem omiserit: quisquis is erit heres, siue extraneus, siue filius, vt hic cautum est, *l. qui filiab. 17. §. vlt. l. filio. 87. & seqq. de leg. 1.* Sed huic heredi hereditatem omittenti quædam obstant. Ac primum videtur à toto legato remoueri debere, quia iudicium defuncti impugnauit: qui iudicium defuncti impugnat, id est, qui contra facit, quam testator iussit, is legatum testamento relictum amittit, *leg. post legatum. in pr. & §. omittere. D. de his, quibus vt indign.* Heres autem iussus heres esse, iudicium defuncti impugnat, cum hereditatem omittit; quia facit contra quam testator iusserit. Proinde etiam legato sibi relicto carebit. Hanc obiectionem sensit Papinianus & diluit *in d. l. filio, 87. de leg. 1.* Diluit autem hoc modo; quia non videatur impugnare iudicium defuncti, qui iustis rationibus noluit hereditariis oneribus implicari.

Sed amplius † quæro, cur qui hoc noluit, non videatur impu- 2
gnare iudicium defuncti, cum siue iustis rationibus, siue nulla ratione hereditatem omittat, semper faciat contra, quam facere iussus est. Respondeo, non video heredem hereditatem omittentem facere contra iudicium defuncti, si idcirco omittat, ne implicetur oneribus hereditariis, id quod Papin. sensit. Non obstat, quod is iussus est heres esse. Nam iussus est pro commodo suo, si ei expediret, dummodo defuncto alius heres exstitisset, proinde nihil aduersus hoc iudicium facit, qui non putat sibi expedire adire hereditatem. Ita prior obiectio remota, qua effici videbatur heredem in proposito omittentem hereditatem etiam relictum sibi legatum amittere. Sed superest altera. Nam si à toto legato non remouetur, at saltem videtur remoueri à parte, quæ ab ipso relicta erat. Nam legatum testamento simpliciter relictum debetur ab omnibus heredibus pro portionibus hereditariis. Proinde cum in specie proposita proponantur duo heredes instituti, & vni prædium esset prælegatum, intelligitur hoc prædium partim à coherede relictum esse, partim ab eo ipso herede, cui prædium relictum est; ergo partem prædij à coherede recte capiet is, qui hereditatẽ omittit. Sed alteram partem, quæ ab ipso relicta erat, non videtur posse capere: nam aut ei debebitur ea pars iure hereditario, aut debebitur iure legati. Iure hereditario ei deberi non potest; quia non est heres, omisit enim hereditatem. Rursum iure legati non videtur ei deberi posse, prohibente regula iuris, quæ efficitur, heredi à seipso legari non posse, *l. legatum, 116. §. 1. de legat. 1.* Respondeo: In proposito non videtur pars heredi omittenti hereditatem, legari vt heredi; quoniam heres non est, multoque minus legari ei à seipso, cum non sit heres, nec quisquam obligetur legatis, nisi heres.

Hic occurritur. Nam etsi nunc heres nõ sit, cum hereditatem omittit; tamen ab initio, cum ei legatum est, heres scriptus erat, & ei vt heredi prædium legatum est; proinde ab initio non constitit ex parte eius legatum; quare etiamsi postea heres non existat; tamen legatum pro ea parte non conualescit, ex regula iuris, quod ab initio non valet, tractu temporis nequit conualescere, *leg. 1. de regul. Caton. leg. quod ab initio, de reg. iur.* Respondeo, verum est, partem huius prædij legatam esse ab herede, & legatam vt heredi, sed sub conditione, si heres exsisteret; quod si heres non esset, legatum est ei prædium vt L. Titio, & ideo vt L. Titio debebitur, quamuis non heredi. Non obstat regula Caton. quoniam hæc regula ad legata & institutiones conditionales non pertinet, vt dicitur *in leg. sequent.* Sed quod dicimus, heredi hereditatem omittenti † legatum eo testamento relictum nihilominus deberi, sic 3
accipiendum est, nisi hac conditione legatum sit, *si heres esset*, aut nisi appareat ex testamento, testatorem voluisse, eum ita legatum consequi, si heres esset, *leg. sed non alias. 88. de leg. 1.* Exemplum est *in l. vlt. §. vlt. de dol. mal. except.*

Obiter insignis locus notandus est, quo demonstratur iam olim etiam ante tempora Gordiani, hanc auctoritatem tributam esse responsis eorum, qui in numero Iureconsultorum publice haberentur, vt pro iure certo obtinerent. Id declaratur hoc rescripto,

rescripto, cum Gord. responsum Papiniani sequitur pro iure explorato, idque facere dicit secundum iurisdictionis formam. Id pertinet ad interpretationem §. *responsa*, *Insti. de iur. nat. gent. & ciuil.* vide *C. Th. lib. 1. tit. 4. l. 1.*

Ad L. Proprias, 13.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Seueræ.

Proprias tuas res legari, vel fideicommitti tibi non potuisse certum est, PP. XV. Kalend. Maij. Maximo II. & Aquilino Coss. 286.

SVMMARIA.

1 *Res propria an sibi relinqui possit.*
2 *Res propria quæ.*
3 *Res, quæ initio legatarij erat, si postea abalienata sit, an debeatur.*

1 RES legatarij † propria inutiliter ei relinquitur; quoniam amplius res eius fieri non potest, quo fit, vt legatum legatario sit inutile & proinde nullum, §. *sed si rem legatarij. Instit. eod.* Rem
2 propriam † sic accipere debemus, quæ omni ex parte propria est legatarij. Quod si in ea re, cuius proprietas est legatarij, testator aliquod ius habeat, velut ius vectigalis prædij, velut superficiem in solo legatarij, aut vsumfructum in re legatarij, hanc rem vtiliter legabit testator; quoniam hactenus legatum vtile est, vt ei præstetur, quod fuit alienum. Exempla sunt *in l. si domum. §. vlt. l. si tibi, §. vlt. de leg. 1. l. 3. §. vlt. de leg. 3.* Et hoc ius de re propria legatarij cer-
3 tum est, si legatæ rei proprietas adhuc erit legatarij. At † qui si res, quæ initio legatarij erat, postea abalienata sit, an non debebitur? Videtur deberi impedimento sublato, quod prius legato obstabat. Respondeo: Hic distinguitur: Distinctio exstat *in l. cetera. de leg. 1.* nam si pure res legatarij ei legata est, nunquam debebitur, etiamsi postea eius esse desierit, quamuis viuo adhuc testatore.

Efficitur id regula Catoniana, quæ ita se habet: quod si testator statim decessisset, non valuit id, quandocunq; decesserit, non valebit, *l. 1. de reg. Cat.* quæ regula aliis verbis expressa est, cum ita definitur, quod ab initio non valuit, tractu temporis cõualescere non potest, *l. quod ab initio, de reg. iur.* Posumus autem rem propriam legatarij ab initio inutiliter ei legari, si testator statim decederet. Proinde quamuis mutata sit postea rei conditio, quandocunque testator decesserit, legatum non valebit. Quod si res legatarij legata ei sit sub conditione, & exsistente conditione res eius esse desierit, legatum valebit, *d. l. cetera. §. 1.* Ratio differentiæ hæc est; quoniam, vt alia regula comprehensum est à veteribus, regula Catoniana ad legata conditionalia & conditionales institutiones nõ pertinet, *l. pen. de reg. Caton.* Exemplũ de legatis exstat *in d. l. cetera. §. 1.* Cur autem ad conditionalia nõ pertinet hæc regula, exponitur *in l. 1. de reg. Caton.* Cuius hæc sententia & ratio est, quod regula Catoniana recepta est de eo, quod non valet ab initio ad legatum conditionale, in quo res legatarij ei relinquitur, non tam ac initio non valet, seu vitiosum est, quam nullum est; quoniam quod sub conditione datur, pendente conditione non datur, *l. cetera, de verb. sig.* Quod si re aliena sub quauis conditione legata domino legatum debetur, si exsistente conditione res legatarij esse desinat; multo magis debebitur, si res ei sua legata sit nominatim sub hac conditione, si viuus eam alienasset, quod est exemplum *dict. leg. 1. in fin. de reg. Caton.*

Ad L. Monumenta. 14.

Iidem AA. Tatiano.

Monumenta quidem legari non posse manifestum est: ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. PP. 2. Kalend. Septemb. Maximo II. & Aquino Coss.

SVMMARIA.

1 *Monumenta quæ hic dicantur.*
2 *Monumenta cur non possint legari.*
3 *Ius mortuum inferendi in sepulcrum potest legari. Quid hodie apud Christianos.*

RES, quæ in heredum commerciis, seu bonis non sunt, non possunt legari: contra res priuatæ omnes legari possunt tam propriæ, quam alienæ, *l. cum seruus, §. vlt. de leg. 1.* Ad hanc definitionem referri debet species huius rescripti. Monumenta legari non possunt, vbi monumenta † specialiter dicuntur, non monu- 1
menta quæuis, sed monumenta, in quæ mortuus illatus est, id est, vno verbo sepulcra, vt *in l. si sepulcrum, sup. de relig.* Hæc ideo † legari non possunt; quia sunt religiosa, §. *religiosum. Insti. de rer. diu.* Res 2
autem factæ religiosæ, existimantur esse diuini iuris, ac proinde nullius in bonis, *l. 1. de rerum diuis.* At contra ius † mortuum infe- 3
rendi in sepulcrum legari potest; quoniam hoc ius priuatum est, vnde & de eo priuatæ actiones competunt, *l. 1. & tot. tit. de mort. infer.* Hoc autem dictum est ex more Romanorum, apud quos sepulcra erant priuata, & iure Romanorum vnusquisque locum religiosum facit mortuum inferendo in suum locum, *d. §. religiosum.* Apud Christianos sepulcra non sunt, nisi in cœmeteriis, quæ sunt publica. Proinde & ius mortui inferendi in cœmiterium, publicum est; quapropter nihil horum hodie legari potest.

Ad L. Si vniuersæ, 15.

Iidem AA. Terentio & aliis.

Si vniuersæ facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali, aut priuato absumantur, nihil ex his, quæ testamẽto eius adscripta sunt, valere potest. Quod si deducto debito in relictis bonis superfluum est, libertates impedri iuris ratio non permittit. Quinetiam legata, nec non fideicommissa salua lege Falcidia præstanda sunt. PP. 3. Kalend. Octob. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.

SVMMARIA.

1 *Heres quibus modis creditoribus hereditariis, & quibus legatariis ad legata præstanda obligetur.*
2 *Heres cur aliter legatariis, aliter creditoribus obligetur.*

HEres obligatur † creditoribus hereditariis, *l. vlt. sup. de hered. act.* Idem obligatur & legatariis ad legata præstanda, de quo *l. 2. sup.* Sed obligatur ex iis causis longe dissimiliter. Nam creditoribus hereditatis tenetur in solidum, etiamsi hereditas soluendo non sit, *l. more. de acquir. hered.* nisi inuentarium fecerit secundum formam à Iustiniano constitutam; quo casu tenetur in solidum, quatenus facultates ferunt, *l. vlt. §. et si præfatam, & §. sin vero post quam. infr. de iur. delib.* At sic non tenetur heres legatariis, vt h. nam vltra vires proprij non debentur legata, vt *h. in princ. & in l. 1. §. si iu, qui, ad Trebell.* Et bona, seu proprium cuiusque intelligitur deducto ære alieno, *l. subsignatio §. bona. de verb. sign.* Proinde cum de legatis præstandis agetur, ante omnia deducendum est, quod creditoribus debetur: quo deducto si nihil superest, nihil legato, aut fideicommisso debetur, vt idem epertius positum *in princ. h. t.* Id autem efficitur lege 12. tabularum, qua fit potestas cuique legandi, sed de re & bonis suis, *l. verbis legũ. de verb. signifi. l. testandi. sup. de testament.* Non legat autem de bonis suis, qui supra vires suorum bonorum legat, ac proinde inutiliter legat.

Quod si deducto ære alieno aliquid superest; tamen ex lege Falcidia nõ licet legare vltra dodrantem proprij, quod proprium lex vult æstimari, non tantum deducto ære alieno, sed etiam deductis pretiis seruorum testamento manumissorum, §. *vlt. Insti. ad legem Falcid. leg. 1. Dig. ad leg. Falcid.* Proinde si deducto ære alieno aliquid in bonis superest, videndum est, an aliqui serui sint testamento manumissi, hi ante omnia libertatem saluam consequuntur. Et rursum eorum pretia de eo, quod supererat, deducuntur. Iis omnibus deductis, si quid adhuc superest, de eo legata præstabuntur, ad hunc modum, vt tres partes dentur legatariis, quarta apud heredem maneat. Hoc enim lex Falcidia exigit, & hoc modo fiet, vt legata præstentur salua lege Falcidia, vt hic in extremo scriptum est. Sed cur † heres aliter obligatur creditoribus, 2
aliter legatariis? Quia creditoribus solidum debetur ex l. Heres autem in ius omne defuncti succedit: At legata relicta non statim ipso iure valent, sed in modum lege constitutum. Hic modus lege Falcidia constitutus est.

***

Ad L. Creditor. 16.

Iidem AA. & CC. Syllæ.

Creditor si à debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam, sibi contendit, etiam debito ab heredibus eius oblato, quo minus restituat, defendi potest. S. 18. Kalend. Febr. Sirmij CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Pignus creditori legatum ab eo repeti non potest, atq; ita ipse pignoratitia actione liberatur, quamuis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant.*
2 *An è conuerso debitor, siue heres eius actione in personam, qua creditori tenebatur, liberetur, num. 2.*

CReditor, qui à debitore pignus accepit, eodem tempore & actionem aduersus debitorem habet, & ipse debitori actione tenetur. Actionem habet aduersus eum de pecunia credita. Debitori tenetur actione pignoratitia de pignore restituendo, cum pecunia ei à debitore soluta erit, aut eo nomine ei satisfactum, §. *vlt. Instit. quibus mod. re contrah. obligat. l. si rem, §. omnis. D. de pignorat. act.* Si debitor hoc pignus leget creditori suo, duo quæsita sunt de iis actionibus, quas supra dixi. Ac primo quæritur, an heredes defuncti debitoris, qui & ipsi in actione pignoratitia succedunt, possint oblata pecunia creditori, rem illi pignori obligatam repetere, quemadmodum ab initio defunctus potuisset?
1 De hac quæstione hic rescriptum est: Pignus † creditori legatum ab eo repeti non posse, quamtumuis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant. Hic opponitur ius publicum de pignoratitia actione, de quo supra dictum. Verum Imperatores significant, postquam pignus creditori legatum est, eadem opera & dominium rei legatæ in eum translatum esse, & pignoratitia actione de pignore esse liberatum.

Sed quomodo dici potest esse liberatus pignoratitia actione, cum testator de ea liberatione nihil cauerit? Respondeo, hæc liberatio necessaria consequentia efficitur: Nam regula iuris est: Pignus rei nostræ non consistere, id est, rem nostram nobis pignori esse non posse, *leg. neque pignus, de reg. iur.* Huic regulæ consequens est, si creditor rei pignori datæ dominus esse cœperit, continuo pignus exstingui, ac proinde eum pignoratitia actione de pignore liberari. Incipit autem esse dominus, cum pignus ei legatum est; nam rei legatæ dominium in legatarium transit, etiam ipso iure, *l. legatum, de leg. 2. l. à Titio, de furt.*

Secundo loco quæsitum est, an quemadmodum ex hoc legato creditor liberatur actione pignoratitia, qua prius tenebatur;
2 an item è conuerso † liberetur debitor heresve eius actione in personam, qua creditori tenebatur, vt deinceps ambo inuicem liberi discedant, & creditor & debitor? Et placuit solum creditorem pignoratitia actione liberari. Debetur autem ei non minus pecunia de re, quam ante, *leg. creditorem, de legat. 2.* Differentiæ ratio est in promtu; quia legatum pignoris non potest consistere, cum statim pignus perimatur. At nihil prohibet, quo minus in eiusdem creditoris persona concurrat, vt & dominus sit pignoris, & ei pecunia à veteri debitore debeatur, quoniam pecunia sine pignore deberi potest.

Ad L. Datum. 17.

Iidem AA. & CC. Eutychiano.

Datum legatum adimi tam pure, quam sub conditione, non libertis tantum, sed etiam ingenuis placuit. Dat. 3. Non. Martij CC. Coss.

POtestas adimendi legati hic constituitur, de qua parte dictum est *ad l. 3. supra.* Vtrum autem ademtum legatum non debeatur ipso iure, an vero per exceptionem, recte in glossa exponitur.

***

Ad L. Ex legato. 18.

Iidem AA. & CC. Iustino.

Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest: Vtilibus autem suo nomine experietur. Dat. 6. Idus Decemb. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Nomen dicitur id, quod est in actione, seu id, quodcunque debetur quauis actione.*
2 *Ex legato nominis 100. aureorum quid consequatur legatarius, & an possit eos à L. Titio petere cõdictione incerti, vt potuisset defunctus.*
3 *Mandare actionem quid.*
4 *Procurator quis.*

TEstator 100. aureos mutuo dederat L. Titio, qui proinde ei debentur, & peti possunt certi condictione in eam rem constituta. *Inst. quib. mod. re contrahatur obl. in pr.* Hoc nomen testamento legauit. Nomen † dicitur id, quod est in actione, seu id, quod- 1
cunq; debetur, quauis actione, *l. qui chirographum, in fin. de leg. 3.* Itaque ex hoc legato solum actiones defuncti legatæ intelliguntur, *leg. si sic legatum, §. fin. de leg. 1.* Quæsitum est, † ex hoc legato quid 2
consequatur legatarius, & an possit 100. aureos à L. Titio petere condictione certi, itidem vt potuisset defunctus? Respondeo: Legatarium directas actiones habere non potuisse, nisi ei mandatæ sint ab heredib. ceterum vtiles eum habere suo nomine, quamuis nullis datis actionibus.

Directa actio cum vtili opponitur, dicitur actio, quæ ex verbis legis competit, non tamen ex sententia. Vtilis, quæ deficientibus verbis legis, datur ex sententia legis, propter vtilitatem, §. *vlt. Inst. de leg. Aquil.* vbi exemplis accommodatis hoc ius explicatur. Directa sic dicta; quia verba legis de ea actione diriguntur ad eum, cui hæc actio competit, & in quem competit. Vtilis autem dicitur vel ideo; quia etiam sine verbis; tamen vtilis est ad acquirendum, vt quibusdam placet, vel quod verius est; quia cessantibus verbis legis tamen constituitur propter vtilitatem & æquitatem eandem, quod significatur *in l. quia actiones. D. de præscr. verb.* vbi dicitur actionem in factum suppleri à prætore ex lege Aquilia, idque ideo, quod vtilitas legis id exigit. Ab vtilitate vtilem dici constat, & quæ illic dicuntur in factum, hæ ipsæ sunt, quæ dicuntur vtiles, *dict. §. vlt. Inst. ad leg. Aquil.* vt intelligitur *ex l. boues. D. ad leg. Aquil.* vbi in exemplo eius loci actio in factum datur, quæ in eodem exemplo dicitur vtilis *in d. §. vlt.*

In contractibus, seu testamentis exemplum propositum est: Actio ex verbis iuris, id est, directa, competit ei, qui contraxit, aduersus eum, cum quo contractum est, id est, aduersus eum, qui ex contractu obligatus est, §. *1. Inst. de obl. iuncto §. sed ipsa, eod. tit. l. actionum, de obl. & act.* Proinde in specie proposita, vbi pecunia mutuo data est, directa actio competit creditori; atqui si actio competit, competit eius pecuniæ repetendę causa, vnde eam vtilem esse necesse est. Secundum hoc in proposito recte dicitur, cum testator nomen alicui legauit, legatarium directam actionem habere non posse; hæ enim creditoribus dantur: Legatarius creditor non est, nec legatum nominis potest efficere, vt videatur pecuniam credidisse is, qui reuera non credidit. Id adeo verum est, vt quamuis heredes testatoris eiusdemque creditores, actiones suas mandauerint legatario, tamẽ legatarius directam actionem habere non possit suo nomine: semper enim verum est, legatarium creditorem non esse; sed tamen, vt hic dicitur, si ei mandatæ sint, eas habere potest, nempe nomine heredum, non suo, & ex persona heredum, non sua, quod intelligemus, si sciuerimus, quid sit mandare actiones.

Mandare actionem, † eodem modo dicitur, quo mandare ad- 3
ministrationem alicuius negotij. Vt igitur mandare administrationem est negotium alicui gerendum nostro nomine mandare, sic mandare actionem, est actionem nobis competentem, id est, directam committere alicui exercendam in iudicio nostro nomine. Et quod apertius dictum est à veteribus aliis verbis, mandare actionem alicui, est eum procuratorem in rem suam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex persona nostra & nostro nomine, quod intelligitur *ex leg. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend.* vbi dicitur emtor actionis habere vtilem actionem, etiamsi procura-

curator factus non sit in rem suam: quibus verbis exprimitur hęc sententia, etiamsi ei mandatæ non sint actiones: quib. verbis vtitur *l. emtor. eod. tit.* Is cui mandantur directæ actiones, dicitur procurator duabus de causis. Primo, quoniam mandato creditorum
4 actionem exercet. Est † autem procuratoris, qui mandato domini negotia administrat, *l. 1. de procur.* Deinde, quod exercet actionem nomine mandantis. Vnde procurator in rem suam numeratur inter eos, qui actionem sibi alieno nomine dari postulabunt, *l. seruus, §. vlt. de procurat.* Sed idem dicitur procurator in rem suam quia hæ actiones ei mandantur, vt exerceantur ad vtilitatem & commodum eius, vt & commodum & incommodum iudicii ad eum pertineat, *l. qui stipendia, supr. de proc.* Vnde subtilitate iuris procurator est effectu & reipsa dominus actionis, euentu scilicet inspecto. Quam ob causam is, cui mandatæ sunt actiones, siue qui in rem suam procurator factus est, præfertur domino, id est, vero creditori in ea lite, nec ab eo mandatum reuocari potest, vt à ceteris procuratoribus, *l. procuratore in rem suam dato, de procurat.* Hæc de directis actionibus.

Quod ad actiones vtiles, attinet, expressum est hoc rescripto etiam, nullo modo mandatis actionib. directis, tamen legatariũ habere actionẽ aduersusd ebitorem testatoris, non minus, quam sipse pecuniam credidisset, sed habere nõ ex verbis legis, verum ex mente & sententia legis propter vtilitatem & æquitatem rei. Æquitas hæc est; quia si alias res corporales testator legasset, statim dominium in legatarium transiret, *l. legatum, de legat. 2.* Par igitur & æquum est, idem de actionibus legatarii statui. Etsi enim natura actio nihil est; non enim est res corporalis, quæ subsistat; tamen iuris intellectu res est, & subsistit, numeraturq; in bonis. Et generaliter iure communi receptum est, quotiescunq; vetus creditor voluit actionem suam in aliquem transferre, interposita ea causa, ex qua ceteræ res corporales transferri & acquiri solent, toties in eum, cui creditor actionem translatam voluit, actio vtilis transit, sine alia cessione, & sine alio mandato, quam is suo nomine exerceat, veluti si creditor actionem suam vendat, si dedit creditori in solutum, si dedit in dotem, si donet, si leget. Exempla exstant multis in locis. *l. emtor, & l. ex nominis, supr. de hered. vel actio. vend. l. vlt. quando fiscus, vel priuat. sup. l. 2. supr. de oblig. & act. l. 1. infra. de donat. & hac l. ex legato.*

Hinc oritur dubitatio, si et cui nomen, seu actio legata est, cõpetat actio vtilis suo nomine, etiam non mãdatis directis actionibus, quid opus est quærere de actionib. directis, & exspectare, donec illæ mandentur ab heredibus, cum traditum sit *in l. actio, antepen. D. de neg. gest.* directam & vtilem actionem esse eiusdem potestatis, & eundem effectum habere? Respondeo: Vtilis actio eundem effectum habet, si actio sola spectatur: si spectetur sola persona agentis, inter directam & vtilem multum interest Is, cui actio legata, aut vendita est, directam actionem sibi mandatam exercere potest, sed non exercet, nisi ex persona mandantis, *l. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend. l. vlt. quando fiscus, vel priuat.* At vtilem actionem exercet tantum suo nomine, non alieno, hinc fit, vt qui directam actionem exercet: quoniam exercet ex persona creditorum, simul etiam creditorum iure in ea actione vtatur, *l. emtor, de hered. vel act. vend.* Qui autem exercet vtiles actiones; quoniam suo nomine agit, etiam suo iure vti tantum debet, vel potius iure communi actionis, nec vllo proprio priuilegio creditoris vtitur. In qua differentia magnum commodum versatur directarum actionum, si quis proponat creditorem esse priuilegiatum, & actionem datam priuilegiariam, puta, actionem tut. mandatam esse ab eo, qui olim pupillus fuit, aduersus tutores suos.

Ad L. Non tantum. 19.

Iidem AA. Eutychiano.

Non tantum duorum mensium, sed & minoris temporis maritus vxoris testamento scriptus succedit, nec legata, vel fideicommissa, seu donationes temporis huius angustia capi prohibet. Datum, V. Idus Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Donationes inter viuos in maritum collatæ morte vxoris confirmantur.*
2 *Vxor an marito legare possit.*

VXor marito inter viuos donare non potest: testamento donare, & eum heredem instituere potest: & generaliter quidquis donare potest post mortem suam, adeo vt donationes † inter 1
viuos, in maritum collatæ moriente vxore confirmentur, si reuocatæ non sint, *l. cum hic status, de don. inter vir. & vx.* Vxor marito legare potest, & † ita legatum consistit, quamuis matrimonium 2
cum marito vel vna die steterit, vt hic scriptum est: Et merito: nã etiam ignoto & extraneo cuiuis relinqui potest, *§. vlt. Inst. de hered. inst.* multo magis noto & coniuncto, vt maritus est: quamuis hæc coniunctio non fuerat duratura.

Ad L. Vxor. 20.

Impp. Constantinus, Constantius & Constans, AAA. ad populum.

Vxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas, tantum vsumfructum earum habens, legare non potuit. Dat. VIII. Cal. Ian. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *An quæ vsumfructum habet rerum, eas legare possit Titio. Et an legatum rei alienæ valeat.*

EA † quæ in quibusdam rebus vsumfructum tantum habebat, eas res legauit Titio. Hic scriptum est, eã eas res legare 1
non potuisse, quod manifeste falsum esse videtur. Nã certi iuris est: Vnumquemq; nõ tantũ res proprias legare posse, aut res heredis, sed etiam alienas, *l. cum seruus alias apud Iul. §. vlt. de leg. 1. l. cum alienam, infr. eod.* Ad solutionem huius obiectionis nihil pertinet, quod vulgo respondetur: Cum scilicet testatrix legauit eas res, in quibus tantum vsumfructum habebat, non videri proprias legasse, sed tantum vsumfructum, quia voluerit legare id solum, quod habebat. Primo, quia si quis rem alienã legauit, tota res debetur, etiamsi testator in ea re aliquid sui habeat, nisi testator adiecerit meum. vt videlicet diceret fundum meum Tusculanum do; lego. Nam hac adiectione declarat, se nihil legare velle, quam quod suum est *l. 5. §. vlt. de legat. 1.* Deinde etiamsi re aliena legata non intelligatur testator amplius legare, quam id, quod suum est, non tamen ideo efficitur eum legare non potuisse id, quod alienum est, potuit enim, si voluisset, & id aperte declarasset. Nunc autem in hoc rescripto dicitur testatricem non potuisse res alienas legare. Propositio concepta est de eo, quod testator potest. Interpretes respondent de voluntate testatoris, id est, de carbonaria interrogati, ad calcaria respondent.

Vera solutio hæc est: Recte dicitur testatricem in proposito potuisse res alienas legare & eandẽ non potuisse legare, diuersa significatione. Potest res alienas legare, vt legatum consistat. Id significatur, cum dicimus rem alienam legari non posse, *§. non solum Inst. eo.* At testatrix res alienas non potest legare, vt eas pro suo iure in legatarium trãsferat; nam legare donare est: ea proprie dicimur donare, quæ in alios transferimus, *l. 1. de donat.* Et hæc quoque legati vis est, vt dominium rei legatæ transferatur in legatarium, *l. legatum, de legat. 2.* Hoc sensu non potuit testatrix in specie proposita res alienas legare, vt earum dominium transferret. Dubitationis causa hæc fuit quod testatrix in his rebus vsumfructum habebat, vnde videri poterat de iis rebus potuisse statuere pro suo iure. Respondent Imperatores, si legatarius id putet, eum errare, & addunt rationem, quia testatrix solum vsumfructum habuerit in iis rebus: qua ratione explicata, certum est res illas non fuisse testatricis; nam vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus, sed alterius.

Ad L. In legatis. 21.

Impp. Constantinus, Constantius & Constans, AAA. ad populum.

In legatis, vel fideicõmissis necessaria non sit verborum obseruantia: ita vt nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit. Datum Calend. Februar. Constãtio II. & Constante Coss. 339.

SVMMARIA.

1 *Quatuor genera legatorum olim quæ.*
2 *Eorum effectus diuersi.*

1 SCriptum est *in §. 1. Inst. eod.* olim † quatuor genera legatorum fuisse, per vindicationem, per sinendi modum, per præceptionem, per denuntiationem: & singulis generib. propria verba at-
2 tributa fuisse, quibus singula exprimerentur. Horum † generum diuersos fuisse effectus, cum de actionibus quæreretur. Huiusmodi autem solemnitatem verborum, postea constitutionibus Imperatorũ sublatam esse. Accursius illic scribit, hanc constitutionem non exstare. Errat, constitutio significatur huius legis: Est enim constitutio trium Imperatorum; vna, si omnes Imperatores coniungas; sin autem singulos Imperatores spectes, totidem sunt singulorum constitutiones. Diserte autem hic tollitur obseruantia verborum solemnium in legatis. Vsitate hæc obseruantia nihil aliud est, nisi solemnitas verborum, hanc Iustinianus dicit sublatam esse à prioribus principibus. Manebat etiam adhuc differentia singulorum generum; hæc deinde à Iustiniano sublata est; vnde bene Iustinianus hanc emendationem sibi tribuit, ne forte quis hunc locum refragari existimet. Hoc *in l. 1. infr. commun. de legat. §. nostra, Instit. eod.*

Ad L. In annalibus. 22.

Imp. Iustinian. A. Mennæ præfecto Prætorio.

In annalibus legatis, vel fideicommissis, quæ testator non solum certæ personæ, sed & eius heredibus præstari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, & eorum heredum heredibus seruari pro voluntate testatoris præcipimus. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. Dn. Iustin. A. PP. 2. Coss.

SVMMARIA.

1 *Si testator decem annua legans Titio, nihil exprimat de heredibus Titij, legatum est personale, nec morte legatarij finitur.*
2 *Testatore decem annua legante Titio, & heredibus, vtrum mortuo Titio legatum ad primum heredem eius tantum, an vero ad omnes heredes, & heredum heredes pertineat, vsq; in infinitum.*
3 *Significatio heredis omnes heredes in infinitum continet.*
4 *Vsufructu Titio legato, heredique eius, vsusfructus ad heredem fructuarij transit; ad heredem tamen primum solum: mortuo illo finitur.*
5 *An idem sit in legatis annuis.*

1 CVm † testator decem annua Titio legat, si de heredibus Titij nihil exprimit, placet legatum esse personale, & morte legatarij finiri, similiter & vsumfructum, *l. 4. D. de annuis legat.* Vbi & ratio huius iuris addita est. Idem *in l. si Stichum 16. §. 1. de verb. obl.*
2 Quod si testator † decem annua leget Titio, & heredibus eius, quæsitum est, vtrum mortuo Titio legatum ad primum heredem eius tantum pertineat, aut vero ad omnes heredes & heredum heredes, vsque in infinitum? Controuersia nascitur
3 ex contrariis legibus. Nam significatio † heredis omnes heredes in infinitum continet, & ita receptum est, *l. heredis appellat. de*
4 *verb. sign.* Rursum † cum vsusfructus Titio legatus est, heredique eius, Iustinianus constituit vsumfructũ quidem ad heredem fructuarij transire, sed solum ad heredem primum: mortuo autem
5 herede primo finiri, *l. antiquitas. sup. de vsufruct.* Par † esse videbatur, vt idem probaremus in legatis annuis, nam & hæc, vt vsusfructus, personalia, & morte legatarij exstinguuntur.

Iustinianus in hac dubitatione hic constituit, cum decem annua legata sunt Titio, heredique eius, legatum esse perpetuum, & ad omnes heredum heredes successionem pertinere. Recte Iustinianus, nimirum ex verbi significatione, à qua recedẽdum non est, nisi cum apparet aliud sensisse testatorem, *l. non aliter. de leg. 3.* Cur ergo aliud constituit idem Iustinianus in vsufructu, qui legatus est Titio, heredique eius? Ratio hæc est; quia in vsufructu apparet non sensisse testatorem, vt vsusfructus ad omnes heredes & heredum successores in infinitum pertineret, quoniam cum vsumfructum legauit, apparet eum noluisse legare proprietatem. At si vsusfructus ad omnes heredes in infinitum pertineret, non esset vsusfructus, sed proprietas; quoniam proprietas nulla esset, vt quæ propietario esset inutilis. Hoc sensu Iustinianus *in dict. l. antiquitas.* dixit, se constituere in vsufructu, ne proprietas inutilis esset semper abscedente vsufructu.

Ad L. Cum quæstio. 23.

Idem A. Iuliano præfecto prætorio.

Cum quæstio talis de significatione verborum animos veterum mouit, si quis cuidam agrum Cornelianum puta, vel alium quempiam in solidum legauerit, deinde alij partem eius dimidiam, quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur: simili dubitatione & in hereditate & in fideicommissis habita: cumque computationes multa introducebantur, & multis ratiocinationibus dignæ: nos huiusmodi computationes quasi superfluas & contrarias voluntati testatoris, omnes esse sopiendas censemus. Cum enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim vncias rei cuidam reliquit, alij autem postea sex, recessisse quidem à priore voluntate, voluisse autem minus eam sex vnciis, cum alij eas obtulit: & præsens casus exitum apertissimum inueniet. Si quis itaque vel agrum, vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: vtrumque in sex vncias esse, vel dominum rei legatæ, vel heredem. Et si tota re primo relicta, tertiam partem secundo reliquerit, secundum prædictum modum octo quidem vncias, vel agri, vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem, vel quatuor vncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est, in hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis. Vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per huiusmodi viam æstimanda sunt.

SVMMARIVM.

1 *Testator legante alicui totum, & eiusdem rei partem dimidiam alij, quantum in hoc legato ad vtrumq; legatarium pertineat, & quomodo res legata inter primum & secundum diuidi debeat.*

CVm testator † legat alicui totum, & eiusdem rei partem dimidiam alij, hoc modo: *fundum Tusculanum primo fundum do, lego, eiusdem Tusculani partem dimidiam secundo do, lego.* Quæsitum est, quantum in hoc legato ad vtrumque legatarium pertineret, & quomodo res legata inter primum & secundum diuidi deberet? Iustinianus initio constitutionis ostendit varias diuisiones hic à veteribus excogitatas esse. Possunt autem in hac specie tres diuisiones fingi, quarum vnaquæque sua ratione defenditur; vnde ambigendi causa, quæ constitutioni Iustiniani materiam præbuit. Primo dici potest fundum, de quo quæritur, in tres partes diuidendum esse, ex quibus duas accipere debeat primus, vnam secundus. Optima ratione; quia cum totum primo legatum est; deinde totius dimidium secundo, apparet duplo plus primo legatum esse, quam secundo. Igitur in diuisione eadem proportio seruanda est, vt primo duplo plus tribuatur, quam secundo ex voluntate testatoris, & ita ex prima & secunda vnciis, primus octo vncias habebit, secundus quatuor, id est, primus duplo plus, quam secundus. Pro hac diuisione facit *l. interdum. §. 1. vers. sed si excesserit. D. de hered. Instit.*

Secunda diuisio admitti debere videtur, vt fundus legatus diuidatur in duos semisses, ex quibus vnus integer sine controuersia ad primum pertinebit; nam cui totus fundus legatus est, ei multo magis dimidium integrum legatum est. Alter semis diuidetur inter primum & secundum. Hæc diuisio differt à priore; quia ex priore diuisione primus accipit tantum octo vncias ex duodecim, secundus quatuor. Ex secunda autem diuisione, quam diximus, primus accipit nouem vncias ex duodecim, nempe semissem, & præterea tres vncias, partem semissis reliqui: secundus autem accipit tantum quartam partem totius, id est, tres tantum vncias. Defenditur autem hæc diuisio hac ratione; quia dimidia pars fundi, quæ secundo legata est, eadem etiam legata est primo; cum enim primo legatur totus fundus, simul legantur ei duæ dimidiæ fundi, ex quibus totus fundus constat. Proinde in hanc dimidiam ambo concurrent, vt fit cum eadem res duobus legata est, *§. si eadem. Inst. de legat.*

Sed

Sed iis diuisionibus duabus repudiatis Iustinianus hic constituit tertiam, vt fundus inter primum & secundum legatarios diuidatur ex æquis partibus & primus vnam dimidiam accipiat. secundus alteram dimidiam. Quæ sententia non tantum prima ratione noua videtur, sed etiam absurda. Nam aperte absurdum est, vt secundus, cui dimidium tantum legatum est, tantundem accipiat quantum primus, cui duplo plus legatum est.

Respondeo: Esset omnino hoc absurdum, si totus fundus primo legatus esset, vt ab initio legatus videtur, sed cum testator legauit postea secundo eius fundi partem dimidiam, hanc ipsam dimidiam intelligitur ademisse primo, ac proinde nec ei legasse; ademta primo dimidia, sola altera dimidia relinquitur, quæ ei tribuatur. Vnde intelligitur nihil amplius vtriq; legatum, quam dimidiam. Primum omnib. interpretibus occurrit hic locus, qui ex diametro pugnare videatur *dict. leg. interdum, §. 1. versi. sed si excesserit, de heredibus instit.* vbi testator vnum heredem instituit ex asse, id est, ex tota hereditate, deinde alterum instituit ex sex vnciis, id est, ex dimidia parte assis, & sic primo totam hereditatem dedit, secundo partem dimidiam: Placet non idcirco videri sex vncias ademtas priori heredi, vt sic prior heres habeat tantum sex vncias, & posterior sex. Sed placet priorem heredē integrum assem habiturum, posteriorem sex tantum vncias, vt diuidatur hereditas in tres partes, ex quibus prior heres bessem accipiat, id est, duas partes, nempe duodecim, posterior accipiat trientem, id est, tertiam partem, nempe sex ex octodecim vnciis.

Hic vulgo interpretes multa diuinādo rem inuoluunt potius, quam expediunt, neque animaduertunt manifestam esse vtriusque loci decisionem in specie, quæ vtrobique proponitur. Longe aliud est vni dare totum, & alteri eius rei prius datæ partem dimidiam, vt fit in specie huius constitutionis: aliud primo dare totum assem; deinde secundo sex vncias, seu partem dimidiam assis, non addito, sex vncias eiusdem assis. Qui dimidiam dat secundo, & nominatim adiicit dimidiam eius rei, quæ prius legata est, aperte priori legatario dimidiam partem detrahit, ac proinde in priore legato dimidium eiusdem debitor. At is, qui secundo dat sex vncias simpliciter, seu dimidiam assis simpliciter, non intelligitur dare sex vncias eiusdem assis: assis quidem, sed noui assis, non prioris, propterea, quod testator potest hereditatis suæ tot vncias facere, quot velit, idque est, quod disserit Vlpianus *in d. l. interdum*, §. 1.

Secundum quam sententiam dicendum est, vbi testator heredem primum instituit ex asse, id est, duodecim vnciis, secundum autē heredem ex sex vncijs instituit, hereditas intelligatur diuisa in octodecim vncias, quæ in tres partes diuidētur, è quibus duas accipiet primus, secundus tertiam, pro ea portione, ex qua prius instituti erāt: aut si res reuocabitur ad vnum assem, id est, ad duodecim vncias, as ita diuidetur vt primus habeat bessem, id est, octo vncias, secundus trientem, id est, quatuor vncias, vt loquitur ibi Vlpianus, id est, vt primus duplo plus accipiat, quam secundus, nam in octo vncijs institutus est, vt hic in quatuor.

Et hic quidem locus solus occurrit interpretibus huic constitutioni contrarius, sed sunt adhuc alię obiectiones multo grauiores, quæ nobis diluendæ sunt. Ac primum aduersus rationē huius constitutionis & sententiam totam vehementer pugnat ea ratio, qua supra proxima secunda diuisione vsi sumus. Est autem ratio huiusmodi: Quoties duobus eadem res legata est, testator posteriori rem legando, non intelligitur eam priori adimere, sed ita legat, vt ambo legatarij in eandem rem concurrant, *§. si eadem. Institut. de legat.* At in specie proposita, dimidia, quæ secundo legata est, prius legata fuit primo; nam cum primo totum legatū sit, non est dubium, quin ei singulæ dimidiæ totius legatæ sint. Proinde hæc dimidia, quæ secundo legata est, non intelligetur priori ademta, sed ambo primus & secundus in hanc dimidiam concurrerent, vt primus dimidiam integram suo iure habeat, & alterius dimidiæ secundo legatæ partem vna cum secundo accipiat, atque ita nouem vncias habeat ex duodecim vncijs, secundus tres duntaxat.

Respondeo, quod dicitur, cum eadem res duobus legata est, posteriore legato non aliud legatum priori, sed ambos legatarios in rem legatam concurrere, sic accipiendum est, cum duobus res solida legata est, vt duobus idem fundus Tusculanus, vt exempla probant *in dict. §. si eadem*, & declaratur, *in dicta leg. si pluribus, de legat. 1.* Diuersum est, cum vna res primo tota legata est, alteri eiusdem rei pars dimidia. Nam pars dimidia priori detracta intelligitur, vt declaratur hac constitutione, vt dici possit hanc constitutionem esse prioris illius iuris interpretationem. Sed huic solutioni occurritur hac ratione: Quæ de re tota dicuntur, eadem & de parte intelligenda sunt, *leg. quæ de tota, de rei vindic.* At cum primo tota res legata est, deinde eadem tota legata est secundo, non intelligitur posteriore legato res tota detracta esse primo. Ergo & tunc secundo dimidia pars legata est, non intelligetur hæc dimidia priori ademta, vt eadem sit ratio partis, quæ totius.

Respondeo; Quod dicitur de parte, idem & de toto dici, sic accipiendum est, si in parte eadem sit ratio, quæ in toto, vt accidit in vindicatione partis, de qua agitur *in dict. leg. quæ de tota. de rei vindicatio.* Sed in proposito non eadem est ratio totius, si secundo totum legatum sit, & dimidij, si secundo pars dimidia tantum legata, sit. Nam cum testator legat eandem rem totam secundo, tantum abest, vt hoc legato intelligatur voluisse totam adimere priori, vt potius singulis totam legando intelligatur eos in eadem re coniungere voluisse, quasi coniunctim & vno verbo singulis legata. At cum secundo legat partem dimidiam eiusdem rei, apparet eum voluisse partes separare, vt dimidia apud secundum esset, altera dimidia apud primum. Sic enim fit, vt in his partibus legatarios disiungat, non vero coniungat.

Sed & aduersus solutionem superiorem & totam sententiam huius constitutionis opponitur *l. si alii, D. de vsufr. legat.* vbi vni totus fundus legatus est, & alteri eiusdem fundi dimidia; & tamen placet ambos legatarios in hanc dimidiam concurrere. Species ita proponitur: Testator primo fundum Cornelianum legauit; deinde secundo eiusdem fundi Corneliani vsumfructum. Obseruandum est in hac specie videri primo totum legatum esse; deinde secundo eiusdem totius partem. Nam cum primo legatur fundus Cornelianus, intelligitur ei & legari proprietas fundi, & vsusfructus, ita vt nisi vtrumque detur separatim, fundus ex testamento peti possit, *l. Mauius, §. penult. D. de legat. 2.* Cum autem vsusfructus legatur secundo, non intelligitur solum legari vsusfructus, qui primo legatus erat, sed etiam ei intelligitur pars fundi legata, qui vsusfructus rei vicem obtinet, *l. qui vsumfructum, D. de verb. oblig. dict. l. Mauius, §. penult.* Et tamen placet *in d. l. si alia, de vsufruct. leg.* Vsumfructum secundo legatum non adimi priori, sed vtrumque & primum & secundum in hanc fundi partem concurrere.

Respondeo: Species hæc si recte expenditur, ad speciem huius constitutionis nihil pertinet. Nā reuera vsusfructus fundi pars non est, & ideo dicitur emolumenti pars esse, non fundi, *d. l. Mauius, §. vlt.* Ob eandem causam is qui stipulatur vsumfructum, dicitur ei similis esse, qui partem stipulatur, *in dict. l. si vsufr. de verb. significa.* Nam certe similē nō est idem, idq; per se patet. Nam fundus est res corporalis, vsusfructus res incorporalis. Nemo autem dixerit rem incorporalem rei corporalis esse partem. Porro qui partem dimidiam non legauit secundo, non potest dici eam partem priori ademisse, quam non legauit. Huc accedit, quod ita demum ex constitutione Iustiniani pars dimidia secundo legata intelligitur priori ademta, si testator nominatim verbo, *partis eiusdem rei*, vsus sit id legando, quod testator non facit, qui fundum prius legat deinde vsumfructum; quod constitutum est non tantum propter auctoritatem constituentis, sed etiam propter manifestam rationem & æquitatem sententiæ Iustinianeæ in hac lege, qua posita ita statuemus, quoties duobus eadem res solida legata est, potius singuli in eandem rem concurrunt ex æquis virilibus portionibus, *§. si eadem. Inst. eod.* Idem ex hac constitutione probandum est, si duobus ita res legata sit, vt vni legaretur solida, alteri eius rei pars sola dimidia. Neque hoc absurdum, quoniam pars dimidia secundo legata priori detracta intelligitur: ex quo euenit, vt dimidia solum priori relinquatur; vnde & æquas partes vtriusque in diuisione fieri oportet.

Ad §. vltim.

Sed & aliam disceptationem iuris antiqui non absimilem constitutā decidere nobis humanum esse apparuit. Agitabatur enim si quis agrum Cornelianum, vel forte alium, vel quandā rem cuidam legauerit, & postea iterum, vel sæpius ei eandem rem per legatum, vel fideicommissum dederit, post taila autē verba testamenti Sempronio eundem agrum, vel alium rem legauerit, vt sæpius quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii, quid statuendum est? Et quid iuris sit, si cōiunctim,

aut separatim eis relinquatur, siue in legato hoc consistat, siue in hereditate? Huiusmodi igitur decidentes antiquam controuersiam, sancimus, cuicunque sit hereditas, vel ager in memoratis casibus, siue coniunctim, siue soli, siue sæpius eidem relictus: aqua lance & hereditatem & agrum, & aliam quamcunque rem diuidi, & ad dimidiam partem vnumquemq; vocari: nisi specialiter expresserit, & dixerit testator, tantas quidem partes velle vnum, tantas autem alterum habere. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus: Datum XV. Kalend. Decemb. Lampadio & Oreste VV. Coss. 530.

SVMMARIA.

1 *Testatore legante eandem rem vni, quamuis leget sæpius, tamen ei semel tantum debetur.*
2 *Verba stipulationis sic accipiuntur, vt semper aliquid egisse intelligantur.*
3 *Quicquid verba significant, id pro stipulatione accipi debet.*

1 CVm testator † eandem rem vni legat, quamuis leget sæpius, tamen semel ei tantum debetur, *l. plane vbi. §. 1. de legat. 1.* Et merito; quoniam vna res legata est, non plures, quamuis eadem sæpius legata sit. Vna autem amplius, quam semel præstari non potest. Itaque ingeminatio legati in eadem persona legatarij facta legato nihil adiicit. Hinc consequens est, quod hic à Iustiniano constituitur, quoties eadem res duobus est solida legata, quãuis vni sæpius legata sit, tamen non aliter inter legatarios res diuiditur ex æquis portionibus, quam si singulis semel tantum legata esset; quia quod sæpius vni legatum est, ad legatum nihil adiicit: hoc enim iuris est, si vni soli legata esset.

Sed nõ caret res dubitatione, quam ob causam Iustiniani constitutione opus fuit. Nam aliud receptum est in stipulatione serui communis, *leg. 4. de stipulat. seruorum.* Stichus duos dominos habens Titium & Mæuium, hoc modo fundum stipulatus est: *Fundum Tusculanum Dominis meis, & Titio dare spondes?* Vel hoc modo, *Titio & Mæuio, & Titio dare spondes?* Propter ingeminationem Titij placuit in hac specie duplicem diuisionem fieri; primum diuidendum esse fundum in duos semisses, ex quibus vnus semis integer pertineat ad Titium, alter semis rursum diuidi debeat in duos quadrantes, ita vt Titius vnum quadrantem id est, tres vncias habeat, Mæuius alterum quadrantem, id est, reliquas tres vncias, vt in summa Titius dodrantem habeat, id est, nouem vncias; Mæuius quadrantem, id est, solum tres vncias.

Sed aliud seruatur in cõtractibus, aliud in legatis & testamentis; quoniam aliud contrahentium, aliud testatoris voluntas exigit. In stipulationibus; quoniam qui stipulatur hoc animo est, vt
2 sibi caueat & acquirat aliquid, placet † verba stipulationis sic accipi, vt semper aliquid egisse intelligantur, *l. quicquid, l. quoties in stipulat. de verb. oblig.* Et † quicquid verba significarunt, placet id pro
3 stipulatione accipi debere; quia non frustra sibi cauerit, *leg. quicquid, in fin. prin. vers. de verb. oblig.* Proinde, quod seruus bis Titio domino stipulatus est, sic accipi debet ingeminatio, vt non frustra Titio bis stipulatus sit. Id autem ita fiet, si verbis ei stipulatus est, vt bis in eius vtilitatẽ fundus diuidatur. Alia mens est testatoris, cum fundum duobus legat, quamuis bis vni leget. Non enim intelligitur propter ingeminationem legati, plus vni tribuere voluisse, propter alterum col'egatarium, quem pariter dilexit. Id ex eo apparet, quod ei pariter fundum solidum legauit. In testamentis autem non quid scriptum sit, spectatur: sed quid testator voluerit: quia totum in his voluntas facit, *l. ex facto. §. rerum. D. de hered. Inst. l. 12. in fin. de leg. 1.*

Ad L. Cum quidam. 24.

Idem A. Ioanni præfecto Prætorio.

Cum quidam suum filium familias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam, etiam substitutionem et addidit, & à substituto legatum reliquit: quærebatur, si huiusmodi legatum, vel fideicommissum posset valere. Sed & si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, & substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum: iterum certabatur, si saltẽ per eundem modum fideicommissum posset relinquere. Cum igitur antiquitas quidem hoc diuerse tractare maluerit, nobis autem huiusmodi iurgia superuacua esse videantur: sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, prægrauari: nec si ipsam rem, quam pupillo legauit, à substituto eius vel legare, vel fideicommittere voluit. Datum II. Kal. Maij, Constantinop. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC.

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*
2 *An ab exheredati substituto legari, aut fideicommitti possit, & nu. 3.*

SEntentia est, † Ab impuberis exheredati substituto legatum, 1
aut fideicommissum inutiliter relinquitur, quamuis pater filij exheredati leget, & id ipsum corpus leget à substituto. Hæc summa tres sententias continet, quarum vnaquæque suam dubitationem habet. Prima illa est: Ab † exheredati substituto legari, 2
aut fideicommitti non posse. Regula vetus est, non hoc tantum loco constituta, *leg. antepenult. de legat. 1.* Hæc vt intelligatur, sciendum est, patrem filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituere posse in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit, neque id tantum filio impubere herede instituto, sed exheredato, vt dicat hoc modo: Filius meus impubes exheres esto, si is intra pubertatem decesserit, Lucius Titius ei heres esto, *l. 1. §. 1. de vulg. substit. in princ. §. non solum.* Hinc quæsitum est, † cum exheredato impuberi pater heredem substituit, an ab hoc substituto legatum, aut fideicommissum relinquere possit?

Controuersia nascitur ex alia regula iuris, qua efficitur, quibuscunque aliquid datur testamento, ab his fideicommissum relinqui posse, *leg. 1. §. sciendum, de legat. 3.* Secundum quam regulam videbatur dici debere, etiam à substituto exheredati relinqui posse; quia pater, qui relinquit, prius ei hereditatem filij impuberis dedit: sed placuit, quod supra scripta regula comprehensum est, ab hoc substituto relinqui non posse. Idque hac ratione, quia pater à filio ipso exheredato legare, aut fideicommittere non potuit. Nam cui testamento nihil dedimus, ab eo nihil relinqui potest, *leg. ab eo. infr. de fideicommiss. l. 6. §. vlt. de legat. 3.* Porro qui non habuit ius legandi ab eo exheredato, is plus iuris in personam heredis eius transferre non debet. Ratio est Iuliani *in leg. qui fundum, §. qui filios, in fin. ad leg. Falcid.* Ratio sumpta est ex regula iuris nota, quod qui in ius & locum alterius succedit, eodem iure vti debeat, *l. qui in ius. D. de reg. iur.* Non obstat, quod dicitur, quibus testamento aliquid datum est, ab his fideicommissum relinqui posse. Hoc enim sic intelligendum est, si is testator aliquid de suo dederit, vt intelligitur *ex l. qua ratione, §. quod. nullo. cir. fin. D. ad l. Falcid.* Sed & illud recte dici potest, cum pater filio impuberi exheredato heredem substituit, non videri patrem quicquam dare substituto, neque de suo, neque de alieno. Nam magis videtur impubes ipse dare, facto tamen & auctoritate patris: nam substitutio pupillaris est impuberis testamentum, tametsi pater hoc ei testamentum fecit, vt dicitur *in dict. leg. Papinianus, §. sed nec impuber. D. eod.*

Quid si in superiori hypothesi retenta, pater filio impuberi exheredato fundũ legarit, & tantundem leget ab exheredati substituto, videbatur hoc saltẽ casu à substituto legari, aut fideicommitti posse, commutata videlicet in contrarium ratione, propter quam dicebamus à substituto exheredati legari non posse. Hæc enim est ratio; quia ab exheredato ipso legari non poterat; at ratio cessat, cum exheredato quid legatum est. Nam hoc casu ab exheredato tantum relinqui potest, *leg. coherede, §. 1. in fin. D. de vulg.* Vnde effici quis non immerito dixerit, vt etiam ab eius herede relinqui possit; quoniam cessante ratione iuris, etiam ius locum non habet, *leg. quod dictum, de pact.* Ad huius sententiæ confirmationem facit regula iuris, qua diserte id expressum est *in leg. 5. §. vlt. de legat. 3.* his verbis: *Cum ab herede, aut legatario relinqui potest, etiam ab heredis & legatarij herede fideicommissum relictum valere, benignum est.* Sed tamen etiam hoc casu placuit ab exheredati substituto legatum, aut fideicommissum relinqui non posse,

non

non tantum hac lege, sed etiam iure veteri. Exstat enim hæc sententia *in d.l.qui fundum, §.qui filio vers.ne cui contrarium, ad l.Falcid.*

Non obstat, quod exheredato, cui legatum datum est, fideicommissum relinqui potest. Non enim si ab herede relinqui non potest, quod ab exheredato non potuit: idcirco recte colligitur, cōtra si quid exheredato legari potest, recte etiam legari posse ab eius herede substituto Nam quod exheredato legatario fideicōmissum relinqui potest, id beneficium personale est, nec personā exheredati egreditur, quoniam non est eadem ratio in herede filij, quæ in filio ipso. A filio exheredato, cui pater legatum dedit, fideicommissum relinqui potest; quia pater ei tantundem dedit, aut amplius. Hæc ratio locum non habet in substituto filij; quia pater huic substituto nihil de suo dare intelligitur. Nec nos mouerit, quod dicitur à legatarij heredib. fideicommissum relinqui posse, *dicta leg.5.de leg.3.* Nam aut simpliciter dicitur fideicommissum ab heredibus legatarij relinqui posse, aut relictum valere, sed valere benignum esse.

Ex his verbis intelligimus, hanc regulā locum habere solum in alijs legatarijs, non autem in legatario filio exheredato, hac ratione; quia quod benigne in alijs recipitur, id in exheredato recipiendum non est propter odium exheredationis paternæ. Exheredationes enim vt res odiosæ benignitate interpretationis adiuuandæ non sunt, *l.cum quidam, in fin.de lib.& posthum.*

Sed cum hæc sententia fuerit etiam veteris iuris, quid opus erat Iustiniani constitutione ad eam confirmandam? Respondeo: Quia tertiam dubitationem Iustinianus dirimit. Quærebatur enim amplius, si pater non potest aliud tantundem relinquere à substituto exheredati, an saltem non possit idem illud corpus relinquere, quod prius exheredato legarat? Et Iustinianus adijcit, ne hoc quidem patri concedendum esse, in odium exheredationis, vt ipse in principio huius constitutionis significat.

Ad L. penult.

Idem A.Ioanni præfecto prætorio.

Si legatarius, vel fideicommissarius celauerit testamentū, & postea hoc in lucem emersérit, an posset legatum sibi relictū is, qui celauerit, ex eo testamēto vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, vt nō accipiat fructum suæ calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua defraudare: sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem, quasi pro non scripto apud heredem, vt qui alii nocendum esse existimauit, ipse suam sentiat iacturam. quemadmodum si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam, ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur, cui ille vtilis esse noluit. Dat. Cal. Nou. Constantinop.post consulat.Lampadii & Orestis VV. CC.531

SVMMARIVM.

1 *Legati actionem amittit is, qui tutor datus tutelam non subiit.*

1 SEntentiam huius legis complexi sumus *ad leg. 5.supr.* Notandum est, quod hic dicitur, eum † legati actionem amittere, qui tutor datus tutelam non subiit. Hoc enim generalius dictum est, sed ita accipi debet, si is, qui tutor datus erat, cum posset, tutelam suscipere noluit, non etiam, si non potuit, *leg.post legatum, §.amittere de his, quæ vt indig.auf.er.leg. qui tutelam. Digest. de testam. tut.* Quod si quis ideo tutelam non subiit, quia non potuit, nihilominus ei legatum saluum est. Is non potuit tutelam subire, qui tutor iure dari non potuit, vt miles. Et ad hanc causam supra constitutum est, *leg.ab administratione supr. h.* si miles tutor datus, tutor non fiat, nihilominus eum legatum consequi. Is etiam tutor esse nō potest, qui cum ex inquisitione magistratus dari deberet, & paratus esset tutelam suscipere, à prætore non est admissus, vt non satis idoneus. Et ob hanc causam placuit eum, qui ita admissus non est, nihilominus legatum consequi, *leg.cum filius §.non iure de legat 2.* Hæc superioris regulæ exceptiones non sunt, sed confirmationes potius. Confirmant enim eum solum, qui tutor datus tutelam non subiit, legatum amittere, quia noluit tutor esse, de quo solo regula concepta est.

Ad L.vlt:

Idem Augustinus Ioanni præfecto prætorio.

Illud, quod de legatis, vel fideicōmissis temporalibus, vtpote irritis, a legum conditorib. definitum est emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum, vel fideicommissorum speciem valere & firmitatē habere. Cum etiam iam constitutū sit fieri posse temporales donationes & contractus: consequens est etiam legata, vel fideicōmissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem iisdē legatis, vel fideicommissis remeātibus necessitatem habēte legatario, vel fideicommissario ētionem in personā heredis exponere, vt ei post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur. Dat 15. Cal. Nou. Const. post consulatum Lampadii & Orestis VV.CC.531.

SVMMARIA.

1 *Legata temporalia, quamuis ad tempus data, nihilominus sunt perpetua.*

2 *Legatum temporale vtrum finiatur tempore præstituto prætorio ipso iure, an per exceptionem.*

CVm decem annua Titio legata sunt, vsque ad decem annos; aut cum fundus Titio legatus est vsque ad decem annos, & si qua sunt legata Titio ad tempus vsque certum relicta, quæ in hac † lege temporalia vocantur, de iis ita ius olim fuit, vt quamuis ad tempus data sint, nihilominus essent perpetua; quia tempore finiri non possunt, secundum regulam iuris *leg.nemo.de legat.1.* Regulæ iuris id exigunt, vt obligatio semel cœpta non finiatur, nisi & iure constitutis modis, *tit.Inst.quibus modis toll.obl.* Inter hos autem modos non est solum factum, aut sola voluntas testatoris. Hæc ratio significatur *in leg. obligationum fere in princip. versic. placet. de oblig.& act.* Iustinianus hac lege hoc ius mutauit, & eiusmodi legata omnia confirmauit, vt valerent non minus, quam cetera. 1

Hic quæsitum est, vtrum † ex hac constitutione legatum tēporale finiatur tempore præstituto præterito ipso iure, an per exceptionem? Mouet quæstionem, quia etiam olim huiusmodi legata finiebantur ope exceptionis. Nam si legatarius legatum post decem annos annuum peteret, ab herede quidem iure peteret, sed exceptione doli mali submouebatur; quia petebat contra conuentionem. Idque expressum est *in dicta leg.obligationem fere. vers.placet.* Hinc quærimus an idem etiam nunc post hanc constitutionem probandum sit? Quod vulgo probatur. 2

Sed perspicuum est, Iustinianum hæc legata omnia cōstituere temporalia, ita tempore cōstituto finito ipso iure finiri. Id autem planum fit ex eo, quod dicit, se in eo vetus ius emendare. Nihil emendaret in iure veteri, si legatum tempore, iure non finiretur, sed tantum per exceptionem; nam & olim idem ius fuit. Deinde ita scribit, se constituere, vt legata temporalia, quæ prius irrita erant, non valeant: prius erant irrita iure summo tantum; non iure prætorio. Hoc igitur constituit etiam ipso iure non valere nunc ea legata. Quod autem dicitur legata temporalia olim non valuisse, sic accipiendum est, vt non valuerint, quatenus temporalia erant: nam quatenus legata erant, debebantur & erant perpetua, sed quatenus iis tempus adijciebatur, ad quod vsque legata valerent, hactenus adiectio non valebat.

Iustinianus addit, se hoc constituere; quia & idem ante in donationibus receptum erat, & idem in contractibus. quod de donationibus tantum quibusdam, & quibusdam contractibus accipiendum est, alioqui sententia falsa. Nam cum alicui dono fundum ea lege, vt id faciat, aut non faciat, causa non secuta non reuocatur dominium ipso iure, sed tantum condictio ob causam *leg.4.& leg. 5.supra. de condict. ob. causf.* Sed solum ipso iure finitur dominium rei donatæ in specie, cum donator dedit alicui, vt ab eo aleretur, & causa secuta non est; *l.1.infra.de donat.quæ sub.mod.* Idem in contractibus dicendum est: nam si tibi vendiderim fundum, & tradiderim, vt tuus sit, donec illud non faceres, causa non secuta nihilominus fundus tuus manet, nec alia mihi actio tecum est, quam actio in personam, ex venditione, vt mihi

rem

rem reddas. Solum dominium translatum ipso iure finitur, cum res vendita est & tradita lege commissoria, id est, ea lege, vt si intra certum tempus pretium solutum non esset, fundus inemtus esset, *tit. de lege commissoria.* Has igitur species in hac lege accipere debemus.

De his itaq; causis hæc constitutio accipienda est, quorum argumento Iustinianus dicit, se idem constituere in legatis omnib. temporalibus, vt post tempus constitutum, & decem annua desinant ipso iure deberi, & fundus legatus desinat ipso iure legatarij esse. Quamobrem causam adiecit Iustinianus, non aliter huiusmodi legata prestanda esse legatario, vbi aliquid illi daretur, quod post a restituendum esset, quam si caueret heredi, se id legatum post tempus cõstituturum restituturum saluum & integrum, quod sine culpa sua fieri posset, cuiusmodi cautio rec. pta est in re fructuaria, quæ fructuario fruenda datur, *l.1. ff. vsufr. quemadmodum caueat.*

Auctor Lectori.

QVoniam titulus sequens tantum de verborum significatione, non de iure est, omnia rescripta eius talia sunt, vt legenti facilia sint, itaque pergimus ad seq. tit.

AD TIT. XXXIX. COD. SI OMISSA SIT CAVSA TESTAMENTI.

SVMMARIA.

1 *Actio legatorum, seu fideicommissorum noua in quem detur.*
2 *Omittere hereditatem quis dicatur, quis item causam testamenti.*
3 *Actio legatorum, seu fideicommissorum quibus, quarum rerum gratia, & quatenus detur.*

HEredem legatis teneri certum est, si hereditatem ex testamẽto adierit, de quo dictum *ad l.2. sup. de leg.* Placuit Imperatorib. etiam eum, qui ex testamento hereditatẽ omisisset, legatis obligari, si ab intestato possideret hereditatẽ, *l.vlt. hic.* Quã ob causam merito hic titulus superioribus de legatis subiungitur, vt intelligeretur, quę in totum obligatio esset heredis in prestatione legatorum. De hac parte fuit edictum prætoris ad hanc sententiam: *Si quis omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem, partemue eius possidebit, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret, quo legatarii, ceterique, quibus ex iudicio defuncti aliquid deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, careant iis, quæ sibi relicta sunt: in eum perinde, quasi ex testamento adisset, cognita causa, actionem dabo.* Hæc propemodum verba edicti fuisse, arguunt ea fragmenta, quæ iuris auctores veteres interpretantur. *sub eodem tit. ff.*

Sed singulæ partes facile notabuntur in explicatione edicti, & totius huius tituli, quam subijcio. Constituitur hoc edicto actio legatorum, seu fideicommissorum noua, & quæ iure ciuili est incognita. Videndum est, in quem detur, quibus detur, quæ sit actio, & quatenus detur.

1 Hæc † actio in eum datur, in quo quatuor concurrunt. I. Eum esse oportet, qui omisit causam testamenti, *l.1. in pr. ff. h.* vnde titu-
2 lus, *Si quis omissa causa, &c.* Omittere † hereditatem maxime is dicitur, qui cum posset ex testamento hereditatem obtinere, vel per se; quia institutus erat, vel per alium; quia institutus erat eius seruus, aut filius, quem in potestate habebat, noluit hereditatem ex testameuto habere: quod contingit in extraneis heredibus repudiando; in suis se abstinendo hereditate, aut iubendo, vt is, per quem acquirere potuimus, repudiet, *l.1. in pr. ver. & nihil refert, l.1. §. prætermittere. ff. eo.* Hic volumus non aliter videri omitti hereditatem, quam si quis ideo non adeat, quia noluit, cum posset. Ex quo intelligitur, si quis heres testamento institutus ideo hereditatem non adijt: quia testamentum iure non valuit, non teneri legatarijs, quamuis ab intestato defuncti possideat hereditatem, quod scriptum est *in l.2 h.* scilicet quia qui iure nõ potuit esse heres, non potest dici ex superiore definitione omisisse hereditatem. Edictum autem ad eos solos pertinet, qui omiserunt causam testamenti. Præterea omittere causam testamenti etiam dicitur, qui testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas aduersus testamentum patris petere potuit. Et ideo placet, si is omissa bonorum possessione contra tabulas ab intestato petat bonorum possessionem, vnde liberi, eum in solidum legata præstare debere, quæ certis tantum personis deberet, si petiisset bonorum possessionem contra tabulas, *l.quia.6.§. pen. l. si filius. ff. eod.*

Sed quomodo dici potest testamenti causam omittere, qui ex testamento nihil habuit, quantumuis non petat bonorum possessionem contra tabulas. Item quæro, etiamsi bonorum possessionem contra tabulas peteret, quomodo dici possit causam testamenti sequi; qui testamento præteritus est? Respon. Hoc ideo responsum est; quia existimatum est, non solum bonorum possessionem secundum tabulas esse ex testamento, sed etiam bonorum possessionem contra tabulas; quia neutri locus esset, nisi testamento rite facto. Sunt autem, qui bonorum possessionem petere possunt, non tantum heres testamento institutus, aut filius testamento præteritus, qui omittere potest causam testamenti, & ab intestato possidere hereditatem, sed etiam legatarius, cui testamento aliquid relictum est, quod facit tunc, cum dolo malo facit, vt heres scriptus omittat hereditatem, & sic non ex causa testamenti legatum obtineat ab herede. Itaque placet hoc casu, si is legatarius rogatus sit testamento, legatum id restituere, fideicommissi nomine obligari, tanquam qui omissa causa testamenti possideat hereditatem, vel rem hereditariam, *l.4.§. quanquam. ff. eod.*

Ex hac parte intelligimus, si quis non sit testamento institutus heres, & ab intestato possideat hereditatẽ, eum legatarijs nõ teneri ex hoc edicto, quoniam non omisit causam testamenti, qui ex testamenti causa nihil habuit. Sed hoc est, nisi is, qui ita possidet hereditatem ab intestato, participato cum heredibus scriptis fraudis consilio hereditatem possideat. Nam hunc placuit vtili actione teneri, *l.1.§. vlt. ff. eod.* Et ideo si heres scriptus pecuniam accepit, vt omitteret hereditatem, vel gratis omiserit hereditatem, hoc consilio, vt hereditas ad substitutum, aut legitimum heredem peruenirет, hoc casu vtili actione à legatarijs & fideicommissarijs conueniri potest. Vtili, id est, non ex verbis edicti; quoniam heres possidet hereditatem, sed non omissa causa testamenti, verum ex sententia prætoris, seu edicti; quia perinde est, quasi omisisset causam testamenti, qui huius omissionis fructum percipit. De hoc scriptũ est *l.2.3.4. ff. h.* De substitut. est. *l.1. h.*

Non sufficit omisisse causam testamẽti, nisi quis possideat hereditatem, vel partem eius, aut dolo malo fecerit, quo minus posideret. Horum igitur alterutrum concurrere oportet. De eo, qui possidet est *in l.1. statim in pr.* Nihil autem refert, vtrum quis possideat hereditatem, an partem, an vero etiam hereditatis rem hereditariam minimam, *l. et si. cum 3. seq. ff. h.* In eadem causa cum possessore est is, qui dolo malo fecit, quominus possideret, de quo *in l.1. sane interueniente. §. seq. ff. h.* idque ex regula iuris perpetui constituitur; secundum quam par causa est eius, qui possidet, & eius, qui dolo desiit possidere, secundum quam eandem regulam semper qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, *l. qui dol. de reg. iur.* Duo dolo facere intelliguntur, quo minus hereditatem ab intestato possideant. Primo & quidem proprie hi, qui ab intestato possidere cœperant; deinde ad alium hereditatẽ, quam possidebant, trãstulerunt volentes scientes, cum ab his hereditas nõ euinceretur, *l.1.§. sane interueniente. vers. dolo. ff. h.* Deinde hi, qui ab initio malitiose fecerunt, ne hereditatem possiderent, quo ea vel ad substitutum, vel ad heredem legitimum peruenirет, *l.1.§. pen. ff. h.* Et ideo siue heres scriptus pecunia accepta omisit hereditatem, siue nulla pecunia accepta, sed tantum gratia substituti aut legitimi heredis idem facit, vtroq; casu actione tenebitur, non vtili, sed directa; quoniam dolo fecit, quo minus possideret. De eo qui pecunia accepta omisit hereditatem est, *in l. 2. ff. eod.* De eo, qui omisit gratia tantum est *in l.4. ff. eod.* Sed ita, vt ex ea lege non satis aperte colligatur, vtrum hoc casu heres omittens hereditatem conueniri debeat; sed satis intelligitur ex eo, quod dolo possidere desiit, & hic generaliter dicitur ex edicto teneri, *d. l.1.§. pen.* Secundum hæc euenit, vt cum heres institutus dolo malo hereditatem omittit, quo ea peruenиat ad substitutum, aut heredem legitimum, hoc casu incipere duos teneri ex hoc edicto legatarij, heredem scriptum directa actione; quia omissa causa testamenti perinde habetur quasi possideret, cum dolo desierit possidere; & præterea substitutum & heredem legitimum vtili actione, vt in superiori parte dicimus, & *l.1. h.* comprehensum est.

Vbi tamen monendi sumus, hoc casu prius conueniendum esse & excutiendum possessorem; deinde si ab hoc omnia obtineri non possunt, tum secundo loco peruenendum esse ad eum, qui dolo malo omisit hereditatem. Quæ cautio diligenter notanda est *ex l.2. ff. eod.*

Ex

Ex hac parte primum colligimus, si quis omisit causam testamenti neque hereditatē possidet, aut dolo malo possidere desiit, hunc legatarijs nullo modo teneri, quantumuis alij possideant hereditatem ab intestato. Liberum est enim cuiuis hereditatem non adire & implicari hereditariis oneribus, *l.si quis.ff.eo.* Alterū ex eadem colligimus parte, si heres institutus omissa causa testamenti non possideat hereditatem, neque dolo fecerit, quo ad aliū peruenirет, alius vero ab intestato possideat, euenire id quod scribitur *l.2.in fin.h.* nempe legata nullo modo præstari debere: non enim tenetur heres institutus, qui omisit quidem causam testamenti, sed non possidere hereditatem: non etiam is, qui possidet hereditatem; quia neque causam testamenti prius omisit, cum institutus non esset, neque fraudis consilium percipere potuit cum eo, qui dolo nihil fecit.

Ne hoc quidem satis est, omissa causa testamenti possidere hereditatem, partēue eius, sed & tertium concurrere oportet, vt quis possideat hereditatem, partemve eius ab intestato, vt omnia hic rescripta declarāt, & est *in l.1.in pr.ff.eo.* Ab intestato possidere hereditatē intelligitur, qui possideat tāquam heres: nam iure intestati nō nisi heres possidet. Siue igitur quis iure legitimo heres erit, vt olim agnati; siue quis bonorum possessionē petierit, vt cognati; siue etiam quis hereditatem nullo iure possideat ab intestato; possideat tamen tanquam heres, quod se heredem contendat, aut heredem esse velit, is est, qui hac edicti parte tenetur, *l.1.§. non quærimus.ff.eo.* Quod si quis omissa causa testamenti possidet rē aliquam hereditariam, sed titulo singulari, velut pro dote, pro emto, pro donato; item quia legatorum seruandorum causa, aut rei seruandę causa in possessionem rerum missus est, is non tenetur hoc edicto; quia non possidet intestati titulo, sed alio iure, *l. vlt.l.1.§.non quærimus.ff.eod.*

Hic excipitur substitutus, qui participato fraudis consilio cum herede instituto hereditatem possidet; nam hunc diximus vtili actione teneri, *l.1.2.3.ff.h.* Et, tamen hic ab intestato non possidet hereditatem, verum ex testamento, nempe ex substitutione, sed habita ratione institutionis, perinde habetur, quasi ab intestato succederet & obtineret hereditarē; videtur enim magis succedere in locum instituti. Excipiendus præterea est legatarius, de quo supra *ex l.4.§.pen ff.eod.* Nam hic tametsi omissa causa testamenti obtineat legatum; tamen non obtinet tanquam heres, sed titulo priuato. Ex hac distinctione nata est inscriptio tituli in ff. *Si quis omissa causa testamenti ab intestato, vel alio iure possideat hereditatem.* Qui ab intestato possidet, tenetur, qui alio iure, non tenetur.

Ad hæc omnia & quartum exigitur, vt quis ex hoc edicto legatis teneatur. Id autē est, vt qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possidet, id fecerit in fraudem legatariorum, & ceterorum, quibus quid testamento datum est, quo caerent his, quæ sibi relicta sunt, quæ pars indicatur *in l.1.in pr.* sed apertius *in §.sane interueniente vers.dolo.ff. eo.* Ex quo intellectum est, non teneri hoc edicto eum heredē scriptum, qui sine fraude hereditatē omisit, & ab intestato possidet, vt sibi consuleret, cuiusmodi est patronus, si sit à liberto institutus ex legitima portione, sed ea portio legatis sit exhausta, *l. quia autem.§.si patronus.l.excusatus.ff. eod.* Simile exemplum est in filio instituto, quem pater nimium onerauit, *in l.quæsitum.ff.de acq.her.* Hæc cum in aliquem concurrent, tum is erit, in quem actio ex hoc edicto competat.

Ceterum † quibus detur, quarum rerum gratia, quæ actio, & quatenus detur, cōtinetur in his verbis edicti: *Perinde ac si ex testamento hereditatem adiisset.* Quę verba in edicto expressa fuisse constat, *ex l.si duo. & l.si dolo. ff.eod.* Ex his primum intelligitur hanc actionem permitti legatariis, & his, quibus testamento quid datum est. Nam iis teneretur heres, si ex testamento hereditatē adiisset. Ex iisdem verbis intelligimus, non tantum legata ex edicto peti posse, sed etiam saluas esse libertates testamento relictas tam directas, quam fideicommissorias. *l.antepen.§.1.l.pen.l. de libertatibus.ff.eod.* Quod & expressum est *in l.2.in pr.h.* Ex iisdem verbis intelligimus, quatenus legatorum, siue fideicommissorum nomine actio detur in eum, qui omissa causa testamenti ab intestato conuenitur. Nec minus ex illis verbis intelligitur, quæ sit actio, & qualis tum in legatis, tum in hereditatibus. Sed intelligitur, quatenus detur actio in eum, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatē possidet. Intelligimus autem ita dari, vt quemadmodum tenetur possessor legatarius; ita etiam eadem commoda consequatur, quæ habiturus esset, si ex testamento hereditatem adiisset.

Ea autem cōmoda tria sunt. Primum, quod ei, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, commodum legis Falcidiæ concedatur, vt quemadmodum legata ex hoc edicto præstari, sic ex hac parte edicti ea præstet, retenta quarta ex lege Falcidia, *l.si duo.§.vlt.l.cui.ff.eod.l.vlt.h.* Id autē ex eo efficitur; quia si heres ex testamento hereditatem adijisset, beneficio legis Falcidiæ citra controuersiam vteretur. Nam ea lex ad heredes scriptos pertinet. Secundum commodum est, quod si duo omissa causa testamenti ab intestato possidebunt hereditatē, singuli in solidū tenentur legatarijs, sed pro ea tantum parte, quā possident; *l.si duo l.si dolo.ff.eo.* Nam & idem efficeretur, si duo testamento hereditatem adijssent: tenentur enim heredes oneribus hereditarijs pro portione tantum hereditaria, *l.2.infr. de her.action.* Tertium commodum est in libertatib. fideicommissariis, & si is, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, seruis hereditatem præstiterit ex causa fideicommissi, hos sibi libertos habeat, *leg.penult.ff.eod.* Nam & idem iuris foret, si ex testamento hereditate adita manumisisset, *§.vlt.Inst.reb.per fideicom.relict.fing.*

Sed datur hæc omnis actio non simpliciter, verum causa cognita, vt est *in l.quia autem. §.non simplic. ff.eod.* Quibus verbis significatur, prætorem ita actionem dare aduersus eum, qui omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possidet, nisi aliqua æquitas suadeat, ne detur, & an sit aliqua æquitas prætorem cognituram & æstimaturum. His autem verbis contineri intelligimus, neque hanc actionem dari semper in eum, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possidet, neque dari semper omnibus legatarijs.

Ex his, qui omissa causa testamenti ab intestato possident, non tenentur ex hoc edicto ij, qui facultatem omittendi ex testamento nominatim à testatore acceperunt; quoniam prætori in hoc edicto solum propositum fuit, vt voluntas testatoris seruaretur, *l.quia autem.§.plane.l.5.§.non simpliciter.ff.eod.* Idem qui cum hereditatem ab intestato cœpisset possidere, ab his postea hereditas euicta est sine vlla aduersarij collusione, *d.§.non simpliciter.*

Ex legatarijs autem excipiuntur ij, qui & ipsi omissa causa testamenti ab intestato possident hereditatem, vtputa heredes instituti sunt Titius & Mæuius. Mæuio centum legata sunt, ambo omissa hereditate, ex testamento ab intestato possident hereditatem. In hac specie actio non erit Mæuio aduersus coheredem, denique centum legata non debebuntur, *l.quidam. Digest.eodem.* Idem est si legata sunt data substitutis & institutis, idemque substitui omissa causa testamenti ab intestato possideant hereditatem. Nam hic placet substituto legata sibi relicta ab instituto non deberi, *l.si non solus.§.1. ff. eod.* Huius sententiæ æquitas manifesta est: nam indignus est auxilio edicti, qui ipse aduersus edictum committit, *l.auxilium.in fin.ff.de minorib.*

AD TITVLVM. XL. COD. DE INDICTA VIDVITATE ET L. IVL. Miscel. tollenda.

SVMMARIA.

1 *Non omnes conditiones pro scriptis habentur.*
2 *De legato indictæ viduitatis.*
3 *Cautio Mutiana.*
4 *Conditio viduitatis an pro scripta habeatur.*

LEgatum sub conditione recte relinquitur, vt non aliter debeatur, quam si conditio exstiterit, *l.1.de cond. & demonst.* Quædam † tamen conditiones excipiuntur, quæ adiectæ legato pro non scriptis habentur, nimirū impossibiles conditiones, *l.obtinuit.de cond.& demon.* In his, quæ sunt contra leges numeratur hæc conditio, quæ viduitatem alicui iniungit, cum ita alicui legatur, *mulieri, si non nupserit: viro, si vxorem non duxerit.* Et ideo legatum sub hac conditione relictum, & nubenti mulieri & viro vxorem ducenti nihilominus debetur, quasi conditione non adscripta. Idque lege Iulia Papia de maritandis virginibus effectum est, vt liquet *ex l.cum ita legatum. & l. hoc modo seq. & earum legum inscriptionibus.l.cum tale.§.si arbitratu.de condit.& demonstr.*

Hac conditione † iniungitur viduitas proprie cum hæc conditio refertur in personam ipsius legatarij, hoc modo: *Titia si non nupserit*, vel, *Titio si vxorem non duxerit, heres meus centum dato.* Nam legatarius spe legati mouebitur, ne vel nubat, vel vxorem ducat. Iraq; constitit hoc legatum spreta conditione deberi, *dict.l.cum ita leg.& l sequen.*

Idem

Idem dicendum est, si conditio viduitatis collata sit in personā alterius, sed eius, qui sit in potestate legatarij, hoc modo: *Titio patri heres meus centum dato, si filia, quam is in potestate habet, non nupserit.* Nam hoc casu vt pater legatum consequatur, facile perficiet, ne filia nubat.

Idem iuris est, si conditio conferatur in personam alterius, sed ad quem legatum postea peruenturū est, hoc modo; *Filio illi filiusfamilias heres meus dato, si pater eius non duxerit vxorem*; hic propter spem legati iniungitur viduitas patri, qui vt legatum per filium consequatur, vxorem non ducet; quo filius prius ad legatum perueniat. Ideo placet in duabus his specieb. posterioribus, conditionem viduitatis pro non scripta esse, & legatum statim capi posse, *l. heres meus. §. vlt. ff. de condit. & demonst.* Quoties autem conditio confertur in personam alterius, quam legatarij, & is, in quem confertur, plane extraneus est placet legatum conditionale esse, veluti; *Titio heres meus dato si Sēpronia non nupserit*, placet in hac specie, & Sempronia nubente nihil deberi, & non nubente nihil deberi, priusquam constiterit illam amplius nubere non posse, puta quia mortua sit, quod *in l. 1. h.* scriptum est, hac ratione, quia huiusmodi cōditione in personam alterius extranei collata nulla viduitas iniungitur, propter spem & commodum legati. Nam & Sempronia nihil vnquam ex legato consequitur, vtpote, cui legatum non est, & ob hanc causam non potest dici propter commodum legati inductam viduitatem.

Hoc ius ex lege Papia ad omnes eiusmodi conditiones pertinuit, siue quibus prohiberentur primæ nuptiæ, siue secundæ, & ideo si maritus vxori suæ testamento aliquid legasset, si ea ad secundas nuptias non transiret, nihilominus ex lege Iulia vxor postea nubens legatum consequeretur; quoniam conditio viduitatem iniungeret. At eius generis conditiones omnes eo genere improbātur, *d. l. cum ita legatum. de cond. & dem. l. mulieri. & Titio. eo.*

Sed in hac parte secundarum nuptiarum postea nonnihil ius variauit l. Iuliæ Miscellæ, qua quid caueretur, exposuit Iustinian. *in Nouell. de nupt. §. quæ vero.* Erat autem legis hęc sententia: *Si maritus sub conditione superiori aliquid vxori legauerit, vxorem nihilominus intra annum, quo diceret se velle nubere, & legatum peteret, legatum esse consecuturam, etiam spreta conditione & interdictione mariti, si modo prius vxor iurauerit, se ad secundas nuptias transire liberorum procreandorum causa. Quod si prius annuum legatum peteret, vxorem nubentem nihil consequi, si nondū nupsisset, ita legatum consequi, si interponeret Mutianam cautionem, id est, si caueret heredi, se, si non nupsisset, postea legatum cum fructibus esse restituturam.* Hæc enim † cautio est Mutiana, quæ ab omnibus legatariis exigitur, quę exigitur sub conditione, si ipse aliquid fecisset, *l. Mutiana. ff. de cond. & dem.* Hanc legem postea sustulit Iustinianus *l. 2. h.* Qua lege veterem legem Iuliam Papiam in totum reuocauit. Constituit † enim, vt conditio viduitatis, & quæ prohiberet secundas nuptias, pro non scripta haberetur, non minus, quam si prohiberet tantum primas, qua lege effectum est, vt vxor, cui ita legatum est, vt diximus, legatum capere possit, etiamsi nubat, nec iuret, quo animo nubat. Proinde ab ea vxore non exigi cautionem vllam Mutianam de legato restituendo, si postea nupsisset. Et quod Iustinianus constituerat in legato vxori relicto, si vxor ad secunda vota non transiret, idem postea alia constitutione constituit in legato, quod vxor marito dedisset, sub cōditione hac, si maritus iterū vxorem duceret, quæ est *l. vlt. h.*

Sed idem Iustinianus *in Nouell. de nupt. §. quæ vero.* non modo reuocauit l. Iul. Miscell. sed etiam in locum, quod prius constituerat, circa eius legis emendationem, mutauit & constituit, vt conditione adscripta, quæ viduitatem à secundis nuptijs iniungeret, legatum vti cetera legata valere, nec reijci conditionem, non solum si maritus leget vxori, si vxor ad secundas nuptias non transierit, aut contra vxor marito leget sub hac conditione, si maritus vxorem non duxerit, sed etiamsi quiuis extraneus sub ea conditione, quæ secundas nuptias prohibeat, leget vel mulieri, vel viro. Et ideo si mulier iterum nubat, aut vir iterum vxorem ducat, placet legatum non deberi, cuius conditio defecerit. Quod si neque mulier nupserit, neque vir iterum vxorem duxerit, placet petentibus legatum mittendum esse, sed interposita prius cautione Mutiana, qua caueant legatarij, se legatum restituturos, si ad secundas nuptias transierint, voluitq; Iustinianus ad cautionem etiam adiici iusiurandum, aut hypothecam, aut fideiussores pro ea distinctione, quam ex verbis constitutionis licet cognoscere.

Huius constitutionis fragmentum & sententia relata est *in Auth. cui relictum. h.* qua derogatur *& leg. ambiguitates. & l. vlt. hic.* Quapropter post hanc cōstitutionem Iustiniani noua hæc distinctio inducitur circa hanc conditionem, *si vir non vxorem duxerit, si mulier non nupserit*, vt multū intersit, vtrum hæc conditio conferatur in personam eius, qui nunquam in matrimonio fuerit, vt sic conditione prohibeantur primæ nuptiæ; an vero conditio cōferatur in personā eius, quæ aut est, aut fuit in matrimonio secūdo, vt sic conditione secundæ prohibeantur nuptiæ. Posteriore casu conditio secunda adiicitur, nec differt à ceteris conditionib., quę in non faciendo consistunt, *ex Nouell.* Iustiniani. Priore autem casu ius antiquum manet, de quo initio hic dictum. Illa pars *l. vlt. h.* diligenter notanda est, qua docemur multum interesse inter has conditiones, *Si vidua erit, vel cum erit, vel quando erit, & lego Titiæ, si non nupserit.* Nam priore conditione non iniungitur perpetua viduitas secundis, aut tertiis nuptijs, sed sufficit mulierem tunc esse viduam, cum dies legati cedit. Verum est enim, si vidua est, exstitisse conditionem. Hac autem conditione: *si non nupserit*, non exigitur solum, vt non nupserit tunc, cum legatum petit, sed ne omnino nubat, quo fit, vt illa postea nubente legatum reuocetur, si prius acceperit.

AD TITVLVM. XLI. COD. DE HIS, quæ pœnæ nomine in testamento, vel codicillis scribuntur, vel relinquuntur.

SVMMARIA.

1 *Legatum pœnæ an & quatenus valeat.*
2 *Pœnæ nomine quando aliquid relinqui intelligatur.*
3 *Quicquid fit inuitandi delicti causa, turpe est.*
4 *Legata turpia nullius sunt momenti.*
5 *Pœna subiecta præcepto impossibili cur non valeat.*
6 *Conditio impossibilis legato adiecta pro non scripta habetur.*

INter cetera legata, quæ vel propter conditionem rei legatæ, vel propter personas, quæ legant, aut quib. à quibus legatur, vel propter obseruationē in legando, vel propter finem legati nō valent, vnum genus fuit, cum scilicet pœnę nomine aliquid relinquitur, de quo genere hic. Quod pœnæ causa legatione † vel adimitur, vel transfertur, olim quidem ante hanc constitutionem in totum nullius momenti erat. Ex hac constitutione hactenus non valet, si testator iussit aliquid impossibile, vel legib. interdictum, vel turpe, & nisi fieret, pœnam adiecit, dum vel aliquid legat ab eo, qui non fecit, vel quod ei legarat, adimit, aut in alium trāsfert. Res explicatur pluribus *in §. vlt. Inst. de legat.* Pœnæ † nomine relinqui aliquid intelligitur, cum testator heredem, legatariumue aliquid facere iubet, vel non facere, & pœnam adiicit, si aduersus voluntatem suam fecerit, & hanc pœnam legat alij. Exempli causa: *Heres meus Stichum seruum meum exportato, si non exportarit, Titio centum dato.* Idem; *heres fundum illum ne alienato, si alienarit, Titio decem dato.* Pœnæ causa adimi intelligitur in iisdē exemplis, si dicit testator; *Titio seruo fundum Tusculanum do, lego: Titius seruum Stichū exportato, si non, ei, quod dedi, non do, vel quod ei dedi, Sempronio do, lego,* vbi priore casu legatū adimitur, posteriore transfertur, vtrumq; pœnæ causa. Congruit Iustinianus *in d. §. vlt.* cum ait, pœnæ causa relinqui, cum relinquitur coercendi heredis, vel legatarij causa, quo magis aliquid faciat, vel non. De hoc genere igitur hoc ius fuit, vt quamuis testator possibile aliquid iussisset, nec turpe, nec illicitum: tamen quicquid pœnæ causa legasset, aut ademisset, aut transtulisset, ob id, quod heres vel legatarius præcepto testatoris non paruisset, placebat nihilo magis legatum, aut ad emtionem, aut ad translationem valere. Rationes non ineptas reddidit Theophilus *in d. §. vlt.*

Iustinianus in hac specie contrarium hac lege statuit, & rationem habet; quia non minus in hac parte voluntas testatoris seruanda fuerit, quam in ceteris, vbi voluntas morib. simul & legibus naturę aduersatur. Congruit hoc cum lege veteri, vti quisque legassit. *l. verbis legis. de verb. signific.* Itaque hoc ius in hac parte dubitationem habere non debet: sed illud in hac ipsa parte dubitationem habet, quod Iustinianus ait; Antea prioribus legib. pœnæ causa legatum in totum non valuisse. quod & ante scriptum *in d. §. vlt. Instit. de legat.* Hoc refelli videtur partim exemplis, præsertim duob. partim certis locis, in contrariam partem scriptis. Nā primum inter veteres interpretes constitit hoc legatum valere: *Heres meus filiæ penum dato, si penum non dederit, Titio 10. dato. leg. 1. de pen. leg. l. 1. §. cum ita, ad leg. Fal. l. cum fine. l. si penum. Digest. quando dies legat. ced.*

Et

Et tamen ex definitione superiori videntur hic 10. relicta esse pœnæ causa. Adiicitur enim coercendi heredis caussa, si penum non dederit. De hac quoque specie veteres non dubitarunt, quin multa vtiliter iniungerentur: *Heres meus monumentum arbitratu L. Titij ædificato, vel ad illam formam ædificato, si non ædificauerit, Sempronio 100. dato, l. mulcta. 6. in pr. leg. in testamento. de condit. & demonstr.* Hãc mulctam adiici fatemur, *dict. leg. mulcta. de cond. & dem.* Postremo *in l. 1. ff. h. de his, quæ pœnæ nomine relinq.* definitio eadem traditur, quæ in hac constitututione Iustiniani, nempe, *in pœnam relictum nullius esse momenti, si illicite, aut probrose datum sit.* Qua conditione declaratur, si quid illicite, aut probrose non sit iussum, etiam tunc valuisse, cum eius legis auctor id scribebat.

Ad huius rei explicationem diligenter cauebimus, ne idem respondeamus, quod Bartolus & alij interpretes, qui fingunt ab initio pœnæ caussa legatum non valuisse, vt hic scriptum est: sed temporibus Iureconsultorum ante constitutionem hanc Iustiniani ius secundum inualuisse, quo placet eiusmodi legatum valere. Refragatur huic constitutioni manifeste: nam secundum superiorem sententiam nihil emendaret Iustinianus in veteri iure, quod contra se facere initio profitetur, & apertius *in d. §. vlt. Inst. de legat.* Nec vero est, quod dubitemus, ante tempora Iustiniani pœnę caussa legatum non valuisse. Primo id generaliter scriptum est *in d. §. vlt. Instit. de legat.* Conuenit autem inter eruditos eas institutiones magna ex parte sumtas esse ex Institutionibus Caii. Idem confirmatur fragmentis Vlpiani *tit. de legat.* Sed præcipue id demonstratur *in l. si ita legatum 12. de condition. & demonstr.* vbi in specie, quæ illic proponitur, respondetur, legatum valere, & additur hæc ratio, quia in legato caussa addita est, non pœna. Hac ratione declaratur, si legatum pœnæ caussa datum esset, futurum fuisse, vt legatum non valeret. Non aduersantur huic sententiæ ea exempla, quæ retulimus. Quod vt intelligatur, sciendum, cum dicimus pœnæ caussa legari, quod coercendi heredis caussa legatur. Quod probatur ex edicto de deposito. In eo proponitur actio inter cetera de iis, quæ tumultus, siue incendij caussa deposita sunt.

Hæc verba Vlpianus sic interpretatur, eum saltem videri incẽdij vel tumultus caussa deposuisse, qui nullã aliam caussam deponendi habuit, quam imminens ex his caussis periculum, *l. 1. in pr. & §. eum tamen. depos.* Hinc consequens est, non videri legatũ esse pœnę nomine, siquidem testator iussit aut legatarij caussa, aut sua ipsius caussa. At legatarij caussa totum hoc legatum cõparatum est, *Heres meus vxori penum dato, si non dederit, 100. dato.* Hoc autem comparatũ est testatoris causa, *Heres meus mihi monumentum ædificato, si non ædificet, 100. dato.* Quare secũdum superiorem definitionem in vtraque hac specie non proprie pœnæ caussa legatum videri debet, vt non sit mirum, si veteribus in vtraque specie mulcta recepta fuerit.

Quod attinet *ad l. 1. de his, quæ pœn. nomin.* non dubitum est, quin locus interpellatus fuerit à Tuber. Nam verba, quæ sunt in hac constitutione, eo trãslata sunt, & præterea non satis apte dicitur, eum quid probrose, aut illicite iuberetur, & nisi fiat, adiicitur pœna. Non proprie dicitur, inquam, pœnam adiici probrose, aut illicite, sed vt locum tanquam ab Africano scriptum accipiamus, tamen non probat cetera legata pœnæ nomine relicta olim non valuisse. Fatemur enim, quod illicite pœnæ nomine relictum est, non valuisse, vt illic scribitur: sed non ideo recte colligitur, valuisse cetera, quæ eodem modo relicta sunt. Argumento est, quod etiam omnibus temporibus & nunc impossibilis præcepti pœna adiecta non valet: quam tamen nemo dixerit, illicite, aut probrose adiici. Verum est igitur, quod Iustinianus *hac in l.* profitetur, in totum pœnæ caussa legatum datum olim non valuisse, id ius se hic primum emendasse, vt huis generis legata itidem valerent vt cetera.

Excepit Iustinianus, ea legata pœnæ nomine relicta tunc, cum prius testator iussisset aliquid vel impium, vel legibus interdictum vel probrosum. Impossibilis præcepti exemplum hoc est, *heres meus Stichum (qui mortuus erat) intra triduum, quam moriar, in iudicio sistito, si non stiterit, Titio 100. dato.* Homo mortuus sisti non potest, igitur hoc inutiliter præcipitur, quia impossibilibus pœna subiecta non debebitur. Hoc idem fieret in stipulatione, si quis stipulatus esset hominem mortuum sisti, & nisi sisteretur, adiecisset pœnam, *leg. si homo. de verb oblig.* Præcepti legibus interdicti exemplum est: *Heres meus sororem suam vxorem ducito, si non duxerit, 100. dato.* Probrosi & turpis præcepti hoc: *Heres meus patrem suum domo eijcito, si non eiecerit, Titio 100. dato.* In his impune heres & sororem suam non ducet, & patrem domi retinebit. Cur autem illicito, vel turpi præcepto pœna subiecta non debeatur, ratio in promptu est, quoniam vt præceptum, sic & pœna illicita est & tutoris, quoniam adiicitur inuitandi & promouendi delicti caussa, quo magis heres velit ea peccare, quæ testator iussit. Quicquid † fit inuitandi delicti caussa, turpe est *l. 5. de dot.* Omnia † legata turpia nullius sunt momenti, *l. turpia, de leg.* 1. Similiter, vt omnes turpes stipulationes, *l. generaliter. cum l. seqq. de verb. oblig.* 3

Sed † cur impossibili præcepto pœna subiecta non valeat, quæritur vt in exemplo proposito, *si heres hominem mortuum non stiterit, 100. dato?* Dubitationis caussa est, qua hoc legatum neque impium, neque turpe est, vt superiora, nam 100. natura dari possunt, & si dabuntur, nullam ea res turpitudinem continet, neque futuram, neque præteritam, quia heres ad delinquendum non inuitabatur. Quod si ita est, idem videtur de eadem specie legati statui debuisse, quod de ceteris omnibus legatis puris. Dicendum est ideo, præcepto impossibili pœnam subiectam non deberi, quia & ipsa pœna est impossibilis. Possunt quidem 100. natura præstari, sed non possunt præstari vt pœna, ex definitione pœnæ. 5

Nam pœna est culpæ & delicti coercitio, vt vbi delictum non est, ibi nec pœna esse possit, *l. aliud est fraus. de verb. sig.* Porro nullum delictum est in eo, nulla culpa, qui non fecit, quod per rerum naturam fieri non poterat. Proinde nec ibi pœna esse potest huius facti coercendi caussa. Et hæc vera ratio est cur pœna impossibili stipulationi subiecta non magis valeat, quam impossibilis præcepti, *dict. leg. si homo. de verb. oblig.* Sed huic parti opponitur *l. impossibilis. & l. in illa. seq. de verb. oblig.* vbi placet, hanc stipulationem valere, & præcentem esse, *si in cœlum non ascendes, 100. debebis.* Et merito hæc stipulatio recepta est, quia nullam conditionem impossibilem habet, & si quam conditionem habet, ea etiam statim exstitit. Certum est enim, promissorem ascendisse in cœlum, neque quamdiu in hoc corpore viuit, ascensurum: illi autem stipulationi hæc stipulatio similis est, *si hominem mortuum non stiteris, 100. debebis.* Quod si hæ stipulationes valent, multo magis propter voluntatem supremam defuncti valebit hoc legatum, *si hominem mortuum non stiterit heres, 100. dato.* Respondeo: Ideo hæc stipulatio valet, *si in cœlum non ascenderis*, aut *si hominem mortuum non stiteris, 100. dabis.* Quia stipulatio incipit à conditione. Hæc autem conditio non est conditio, aut si est, nihil impossibile continet. Proinde idem in legato dicemus legatum huiusmodi valere, *heres meus si in cœlum non ascenderit*, vel, *si hominem mortuum non stiterit, 100. dato*, vbi scilicet legatum incipit à conditione.

Sed longe diuersum est, vbi stipulatio superioris pœnæ incipit à stipulatione præcedente rem impossibilem continente, hoc modo, *hominem mortuum sistes, si non stiteris, 100. dabis.* Nam hoc casu neque prior stipulatio valet, quia est impossibilis, neque sequens stipulatio pœnæ, quia & ipsa pœna impossibilis est. Estque ea species *dict. leg. si homo. de verb. sig.* qua ratione & legatum pœnæ eiusmodi hac constitutione improbatur. Differentiæ ratio non est obscura, quia cum à principio stipulatur 100. si in cœlum non ascenderis, non potest dici hæc stipulatio vllam pœnam continere, vbi prius iussus non es, aut non promisisti in cœlum ascendere. Est enim pœna, cum adiicitur aliquid coercendi promissoris caussa, si id non fecerit, quod prius iussus erat: at vbi prius iussus est, & nisi fecerit, quod iussus est, adiicitur, vt præstet aliquid, tunc demum, quod adiicitur, pœnam esse dixeris. Ceterum vbi iussus nullus testatoris præcesserit, vt id, quod in conditione erat, fieret, non dubitamus, quin legatum valeat. Iussum impossibilem præcedere debere, vt pœna subiecta non valeat, euidenter probatur verbis huius constitutionis, illic, *nisi disp. & præterea in vers. extremo.*

Accursius eidem parti opponit §. *impossibilis. Institut. de hered. institut. l. obtinuit. de cond. & demonstr.* vbi traditur, conditionem † impossibilem legato adiectam pro non scripta haberi, & nihilominus legatum valere, in quo explicando valde sudat, quo nihil est ineptius. Hæc enim conditio, *si heres in cœlum non ascenderit*, vel, *si heres hominem mortuum non stiterit*, non modo possibilis est, sed etiam necessaria natura. Non enim tantum fieri potest, vt quis in cœlum non ascendat, sed & necesse est ita euenire, quamdiu hic versamur in hoc corpore. Non est ergo mirum, si hic conditio, vt non impossibilis, retinetur. Cur autem retenta legatum vitiet diximus. 6

Idem opponit *l.12.si mihi & tibi.§.1.de legat.1.* vbi si quid testator impossibile iubeat, impossibili detracto, nihilominus legatū valere. In hoc exemplo testator moriens testamento Romæ facto iussit heredem suum biduo, postquam moreretur, seruos dare, quos habeat, placet seruos deberi, etiāsi intra eas angustias præstare id non possit. Respondeo: Idem & in hoc legato fit, de quo hic agimus: nam cum testator iubet impossibile quid fieri, pro non scripto est. Quod ad pœnam huic præcepto subiectam attinet, non aliam ob caussam eam improbari dicimus, quam quod & ipsa est impossibilis, vt docuimus.

AD TITVLVM XLII. COD.
De Fideicommissis.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissi definitio.*
2 *Fideicommissum vnde dictum.*
3 *Fideicommittere quid.*
4 *Fideicommissum quid differat à legato.*
5 *Prætor fideicommissarius Romæ quis.*

1 FIdeicommissum † est id, de quo post mortem nostram præstando quis rogatus est. Intelligitur definitio hæc *ex pr.tit.de*
2 *fideicom.her.Instit.* Fideicommissum † dictum, quoniam committebatur fidei vel heredis, vel legatarij, vt præstet. Rogando id fit, quod indicant verba fideicommissi, quæ referuntur *in §.vlt.Inst. de sing.reb.&c.leg. 2. infr.com. de leg.* Vnde precariis verbis aliquid
3 relinquere, est fideicommittere seu † relinquere per fideicommissum, & fideicommissaria voluntas dicta est precaria voluntas, *l.coheredi.§.cum filia.circa med.de vulgar.l.2.inf.com.de legat.l.cum proponebatur.de legat.2.*

4 Differt † fideicommissum à legato verbis, differebat olim & iure. Differt verbis, quoniam legatum legis modo relinquitur, vt est *in fragmentis Vlpiani, tit.de legat.* Legis modo relinqui dicitur, quia vel testator ipse dat, & se dare dicit, vel iubet heredem dare, vel iubet legatarium capere, & sibi habere, vt declarant species legatorum relatæ *in §.1.Instit.de legat.* Hæc autem tria sunt propria legis, habere, vetare, permittere, *l.legis virtus.de legib.* Fideicommissum autem precariis verbis relinquitur, &, vt loquitur Vlpianus *in fragm.tit.de fideicom.* relinquitur precatiuo modo. Hinc iuris differentia à principio nata est: nam legatum valuit, quoniam lex 12. tabularum iubebat ratas esse supremas voluntates testantium de legatis conceptas, his verbis, *vti quisque legassit*, &c. *l.verbis legis. de verb. sig.* Fideicommissum autem à principio nullam necessitatem iuris habuit, sed vt secundum verba committebatur fidei heredis, ita ex fide sola heredum pendebat, vt declaratur *Institut.de fideicom.her.in pr.* Sed tandem & fideicommissa obtinere cœperunt, vt ibidem scriptum est, id tamen ita factum est, vt de his esset persecutio solū extraodinaria, *l.pecuniæ verbum.§.actionis. de verb.sig.* Extraordinaria hæc persecutio dicta est, quia comparata est præter morem & ordinem in ceteris actionibus vsitatum. Nam in ceteris actionibus exercendis ita mos erat iurisdictionis, seu prætorum in iudicando, vt prætores, etsi poterant ipsi cognoscere & iudicare, tamen cognoscere non solerent, sed iudicium & iudices dare litigantibus, qui iudices ex formula prætoris de re cognoscerent & iudicarent. Indicant edicta prætorum, quibus prætores pollicerentur, se actiones daturos. Probat ea sententia, quæ est *in l.3.de iurisdict.* cum iudicis dandi licentia dicitur esse iurisdictio, cuius hic est sensus, *Iudicem dare licere, esse partem iurisdictionis, vt is, qui iurisdictione præditus est, pro iurisdictione sua possit iudicem dare*, atque hic ordo in iudiciis exercendis & iuridicundo vsitatus erat.

Quod si prætor cognoscere cogebatur, hęc cognitio, quia erat præter ordinem vsitatum, ex re ipsa dicta est extraordinaria cognitio. Huius generis fuit cognitio de fideicommissis: nam prætor ipse de fideicommissis cognoscebat, non iudicem dabat. E-
5 ius rei caussa proprius † prętor Romæ creatus est, qui fideicommissarius dicebatur *l.2.§.capta.de orig.iur.* Hoc est, quod legimus in fragmentis Vlpiani *tit.de fideic.* fidicommissum non peti per formulam, id est, actiones vulgares & vsitatas, sed huius cognitionem esse Romæ quidem consulum & prætoris, qui fideicommissarius dicitur: in prouinciis autem præsidum prouinciarum. Interim hac persecutione constituta effectum est, vi vim fideicommissa haberent non minus, quam legata. Ex quo effectu illa nata sunt, vt fideicommissa dicerentur esse vice legatorum, seu nomine legati contineri, *l.fideicommissa.de legat.3.* Hinc & illa formula, que Scæuola legauerat aliquid per fideicommissum, *l.vxorem §.legauerat.de legat.3.* Quod ita dictum esse apparet, quasi legare idem fit generaliter, quod relinquere, cuius relicti sunt duæ species: vna, cum per legatum relinquitur: altera cum per fideicommissum.

Et res ita habebat, fideicommissa effectu pro legatis erant, sed nihilominus etiam hac persecutione constituta differentiæ manserunt inter legata & fideicommissa apud veteres. Differebant autem legata à fideicommissis, & in actionibus, & in viribus vtriusque relicti. In actionibus plus tributum erat legatis, quam fideicommissis. Nam legata olim variis actionibus consequi licebat, *l.cum filius.§.varius. de legat.2.* nempe actione in personam ex testamento, & actione in rem, vbi res testatoris fuisset, & actione hypothecaria, vbi legatarius missus esset in possessionem bonorum legatorum seruandorum caussa, de quibus dicitur *ad l.1.infra, commun.de legat.* Fideicommissa autem, quia præstabantur tantum de manu heredis, seu legatarij, vnde relinquebantur, *§.pen. Institut.de singul.reb.per fideicomm.relict.* ideo intelligimus recta dominium in fideicommissarium non transiisse, sed peti debuisse ab herede, vt transiret. Proinde vnam tantum actionem in personam fuisse, non etiam in rem.

In viribus autem vtriusque relicti differentia hæc erat, quod fideicommissa, quia non nascebantur ex vtilitate & subtilitate legis, ideo plerunque & benignius accipiebantur, quam legata, §. *sed non vsque Institut.de legat.* Ex hoc fonte quinque differentiæ natæ erant. I. Quod legatum testamento solum relinqui poterat, non etiam codicillis, nisi codicilli ad testamentum pertinerent: Fideicommissum relinqui poterat & testamentis & codicillis, §. *præterea Institut. de fideicom. heredit.* I. Differentia ex hoc nata est, quoniam vt legata constituta sunt lege 12. tabularum, ita conuenire putabatur, vt legatis eiusdem iuris solemnitas seruaretur, solemnitas autem fuit in testamentis, non codicillis. Fideicommissa cum ex iure non essent, subtilitas iuris ciuilis in his negligebatur. II. Differentia est, quod legata à solo herede relinqui poterunt, non etiam à legatario: fideicommissum autem & ab herede relinqui potuit, & à legatario, nec non fideicommissario, *Institut.in pr.de sing.reb.per. &c.* Differentia hæc ex verbis legis 12. tabularum nata est, quæ potestatem facit legandi de suo: is autem legare videtur de suo, qui ab herede legat, quia heres intelligitur eadem persona cum defuncto, *Nouell. de iur. à mor. præstit. in med.* Quod autem legatariis relinquitur, id alieno relinqui certum est. Sed hæc ratio contemta est in fideicommissis, quia etiamsi fideicommissum de alieno relinquatur, tamen æquum est, quatenus quisque à nobis accepit, eatenus eum nobis obligari.

III. Differentia erat, quod post mortem heredis legari non poterat, fideicommissum relinqui poterat, §. *post mortem Instit.de legat.* Differentia hæc nata est ex regula iuris ciuilis, qua efficiebatur, actiones ab heredibus & contra heredes incipere non posse, *tit.vt actiones ab heredib.supr.* Hæc regula, vt iuris veteris erat, ita in legatis ex iure nascentibus seruabatur, non ita in fideicommissis. IV. Differentia erat, quod legari non poterat ante heredis institutionem, quasi quæ esset caput & fundamentum testamenti, §. *ante heredis. Institut.de legat.* At fideicommitti poterat, vt *ex eodem §.* colligitur, quia de legato tantum illic nominatim scriptum est, sed expresse relictum est in fragmentis Vlpiani, *tit.de fideicom.* V. Et postrema differentia erat in lingua, vt auctor est Vlpianus *eod.tit.* Nam legata tantum Latine relinqui poterant, fideicommissa & Latina & Græca lingua. Iustinianus has omnes differentias edita constitutione sustulit, non tantum in actionibus, sed etiam in viribus legati & fideicommissi, *l.2.infr.commun. de legat.* Ea constitutione, quod legatorum proprium erat, fideicommissis tribuitur, & quod fideicommissorum erat, transtulit ad legata. Legatorum proprium erat plures actiones, Iustinianus effecit, vt totidem actionibus fideicommissum peti posset, de quo plenius *titul. infra, communia de legat.* Proprium fideicommissorum erat, vt multis modis fideicommissa valerent, quibus non valerent legata. Iustinianus constituit, quibus modis fideicommissum vtiliter relinquitur, iisdem modis legatum datum valeat. Ita effectum est, vt legari possit codicillis & à legatario, & post mortem heredis, & ante heredis institutionem, & quacunque lingua, quoniam & his modis fideicommissum datum valet.

Post

Post quam constitutionem in summa fere definiemus, legata esse per omnia exæquata fideicommissis, & fideicommissa legatis, idque ex eo, quod totidem verbis legimus *l.1.de legat.1.* cuius hęc inscriptio est, Vlpian.&c. Vnde valde laboratum est omnibus temporibus, quomodo ille locus conciliaretur cum innumeris locis Pandectarum, in quibus vtriusq; generis differentiam mãsisse apparet, & præcipue quomodo conciliaretur cum Iustiniani constitutione, *d.l.1.inf.cum de legat.* in qua ille profitetur, differentias legatorum & fideicommissorum, non solum fuisse temporibus Vlpiani, sed etiam ad sua tempora mansisse, vtpote qui eas hac constitutione sustulit, quæ omnia falsa sunt, si verum est, Vlpiani temporibus per omnia exæquata fuisse legata fideicommissis. Sed ne laboremus, meminisse oportet eius quod Iustinianus scribit *l.2.§.tantum.supr.de vet.iur.enucleando.* se potestatem fecisse Pandectarum compositoribus emendandi & mutandi, si quid superuacaneum, vel alienum à suo tempore, vel minus idoneum in veterum scriptis inuenissent, & mutata atq; emendata etiam sub inscriptionibus veterum ius actorum in Pand. redigendi fecisse potestatem. Ex quo genere esse dubitare non debemus *d.l.1.de leg.1.*

Nam cum Vlpianus, vt verisimile est, ex vsu & iure suorum tẽporũ scripsisset, legata maxima ex parte exæquata esse fideicommissis, Tribonianus, ea potestate à Iustiniano sibi facta, pro illis verbis, *maxima ex parte*, vel similibus, reposuit, *per omnia*, vt in eo seruiret constitutioni iam editæ, vel quæ mox promulganda esset. Monendi tamen sumus, hactenus differentias Iustinianum sustulisse inter legata & fideicõmissa, quatenus ad voluntatem testatoris conseruandam natura id fieri potuit: sed vbi id non potest fieri, intelligendum est, etiam veterem differentiam mãsisse, quod accidit libertatibus. Nam si seruo libertas directe data sit, deinde ab eo, cui per fideicommissum iam relicta erat, vt prior fiat libertus testatoris, posterior heredis, *§.vlt.Instit.de fing.reb.per fid.* per rerum naturam fieri nequit, vt idem sit libertus heredis & testatoris. Quapropter & veterem differentiam manere in his libertatibus necesse est.

Ad L. Si probaueris.1.

Imp. Antoninus A.

Si probaueris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, vt tibi alimenta menstrua & vestiarium annuum præstaret, eamque secutam voluntatem filij sui per multum temporis, id est, non minus in tali caussa triennio. ea præstitisse: vt in futurum quoque ea præstentur, & si qua in præteritum præstita non sunt, vt exsoluantur, impetrabis. PP.17.Kal.Sept.Duobus & Aspris Coss.213.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum an ex imperfecto testamento & iniustis codicillis relinqui possit vtiliter.*
2 *Sententia huius & seq.legis.*
3 *Prima huius legis sententia.*
4 *Altera huius legis sententia.*
5 *Tertia huius legis sententia.*

CONiungenda est cum hac lege *lex.2.* Vtraque enim ad eandem definitionem iuris pertinet. Ius ita est: Fideicommissum † ita vt legatum non relinqui, nisi iusto testamento, aut iustis codicillis. Ex imperfecto autem testamento & iniustis codicillis fideicommissum inutiliter relinquitur, ac proinde inutiliter relictum non debetur, *l.& in epistola.inf.eod.* Interdum tamen, quod ita inutiliter relictum est, voluntate heredis confirmatur, vt non minus valeat, quam si vtiliter esset relictum. Id cõtingit, cum heres, à quo fideicommissum relictum est, sciens à se relictũ, sponte sua agnoscit voluntatem & iudicium defuncti. Quæ † sententia est harum legum, qui voluntatem defuncti agnoscit in fideicommisso, quamuis inutiliter relicto, fideicommissum confirmat, vt siue præstiterit, repetere non possit, *leg. 2.h.* siue nondum quicquam præstiterit, nihilominus ad præstandum obligetur, quæ sententia expressa est *in leg. non dubium. in fin.sup.de testam.* Eadem sententia est *l.1.h.*

Voluntatem defuncti intelligitur agnoscere heres, aut aperte, cum se eam agnoscere profitetur, & legatũ præstare velle, in quo an sola voluntas sufficiat, an vero cautio, seu stipulatio necessaria sit, oportunius dicitur *ad l.si veritas.infr.h.* At agnoscit legatum re ipsa præstando, & quidem in eo, quod præstat heres sua sponte; ita voluntatem agnoscit, vt quod præstitit, repetere non possit, *leg.2.h.*

Sed an in futurũ quoq; obligetur, vt fideicommissum prẽstet, ex eadem caussa quæritur, quę quomodo locum habent in fideicommissis annuis, cum decem annua puta relicta sunt Titio, vel alimentorum, vel alterius rei caussa? Et placet eum, qui ex caussa huius fideicommissi aliquãdiu fideicommissum præstitit, se actu; non tantum vt non iure possit repetere, quæ soluit, sed etiam in futurum obligare, vt fideicommissum deinceps præstet, non secus, quam si vtiliter esset relictum, si modo præstiterit fideicommissum non minus, quam triẽnio. Quæ sententia est *l.1.hic.* Quæ, vt recte explicetur, animaduertendum est, hoc rescripto exprimi sententias tres, quæ separatim sunt discutiendæ.

Prima † sententia est, fideicommisso inutiliter relicto, puta, vel imperfecto testamẽto, vel imperfectis codicillis, si heres spõte sępius id præstiterit, ex iudicio defuncti, non ideo in posterum obligatur, vt præster, si nolit, nisi fideicommissum diu antea præstiterit, id est, in hoc casu non minus triennio. Hic opponitur *l.nõ dubium. sup. de testam.* vbi simpliciter definitur heredem, qui iudicium defuncti agnouit, hoc ipso, quod agnouit, in posterum fideicommisso obligari non tantum, si fideicommissum aliquoties præstiterit, sed si non præstiterit. Multo ergo magis si aliquoties præstiterit, vt *h.in l.1.* Nam heres fideicommissum aliquoties præstiterat, & adiicitur id eum fecisse secutum voluntatem defuncti. Resp. Quia fideicommissum aliquandiu præstiterit, non agnoscit voluntatem defuncti in futurum: nihil enim vetat, nisi vt heres velit præstare id, quod præstat per id tempus, quo præstat, nolit autem id amplius in posterum præstare, aut certe nolit in posterum obligari.

Hoc loco opponitur *l.2.seq.* vbi vna præstatione fideicommissi dicitur heres agnoscens defuncti voluntatem, ideo agnoscit in his, quæ prętstat, in his autem, quæ non prętstitit, non aliter agnocere intelligitur, quam si triennio fideicommissum prętstiti; ideo lex prima est de fideicommisso præstito, secunda de fideicommisso præstando. Qua ratione responsum est argumento Accursij, ex enumeratione partium sumto, quod est glossæ. Ille argumentatur hoc rescriptum non posse consistere. Nam si vtiliter fideicommissum relictum fuerit, statim debetur, siue quid præstiterit, siue non. Si inutiliter relictum est, & heres ignorans inutiliter relictum præstitit, dum in facto errat, non obligatur fideicommissario, quamuis per decennium præstiterit, quia errantis nulla voluntas, *l.cum testamento. sup. de iur. & fact.ignor.* Hoc amplius etiam quod præstitit, potest repetere vt indebitum per errorem facti solutum, *l.erro.inf.ad l.Falcid.* Quod si heres sciens inutiliter relictum sponte soluit, secutus defuncti voluntatem, hoc ipso, quod agnoscit voluntarem fideicommissum confirmat, vt probatur *leg.2.h.* Respondeo: Priora duo certissima sunt, tertium distinctione est explicandum. Nam cum heres sciens fideicommissum annuum esse inutiliter relictum, soluit, agnoscit voluntatem in eo, quod soluit, & ideo non repetit, *d.l.2.h.* In his autem pensionibus, quas nundum soluit, non continuo agnoscit voluntatem defuncti, sed ita si per triennium fideicommissum annuum præstiterit.

Altera sententia † hic statuitur, si fideicommissum annuum, quamuis inutiliter relictum, heres secutus voluntatem defuncti, triennio præstiterit, non solum quæ soluit, non repetet, sed & vt quæ nõdum præstitit, in posterum præstet obligatur. Cur potius hoc casu, quam tunc, cum per triennium non præstitit? Quia vbi per triennium præstitit, constantia & perseuerantia præstationis declarauit, animum heredis fuisse velle declarare, *l.quod calore.de reg iur.* Constantia igitur præstationis declarat agnitionem voluntatis defuncti.

Huic sententiæ opponitur *l.si seruus. de pact. & l.creditor.sup.de vsur.* Quibus in locis hæc sententia exprimitur: *Si quis pensionem annuam, aut vsuras annuas, vel menstruas pactus, facto inutiliter promiserit, quamuis facti fidem secutus, pluribus annis eam pensionem, aut eas vsuras præstiterit, tamen non eo magis obligari in posterum, vt præstet, si nolit. Et in summa multorum annorum præstationem in re aliqua indebita non inducere rei prius indebitæ obligationem.* Respondeo: Nihil verius dicitur in vniuersum, quam præstationem multorum annorum

non inducere obligationem rei prius indebitæ, quoniam certis & constitutis modis obligationes nascuntur & finiuntur, *l. obligat. fere vers. placet, de oblig. & actionib.* Inter hos non numeratur præstatio alicuius rei, quamuis sæpius repetita. Proinde ex ea obligatio non nascetur, idq; verissimum est, non tantum inter viuos in his rebus, quæ inutili pacto debentur, sed & fideicommissis, neque tamen hi loci inter se pugnant.

Qui fit igitur, vt qui ex inutili pacto sæpius eandem pensionem promissam præstitit, in posterum non obligetur inuitus, fideicommisso autem inutiliter relicto obligetur, si per triennium totum præstiterit? Respondeo: Differentiæ ratio est, quia cum ex pacto inutili sæpe aliquid præstatur, non nascitur noua aliqua actio, ex qua præstatio inducatur. Nam effectum est, solam præstationem non esse in hoc numero earum caussarum. Præter autem eam præstationem nihil inducitur, nisi agnitio prioris pacti, quod promissor se agnoscere ostendit hoc ipso, quod ex pacto soluit. Sed hęc agnitio pacti non magis est caussa iusta inducendæ obligationis, quam præstatio atque adeo ipsum pactum, si promissor iterum pacto idem constitueret id, quod sola natura debetur, *leg. 1. §. debitum de pecunia constituta.* Nunc autem qui hodie aliquid præstat, non ideo id in futurum promittere intelligitur, ita præter quæstionem nulla hic noua caussa est, ex qua promissor inposterum obligetur. Proinde in totum nulla, quia nec præstatio ipsa caussam inducendæ obligationis continet, vt supra dixi. At in fideicommisso inutiliter relicto, cum heres id sponte triennio præstitit, in futurum obligatur, non quia id præstitit, sed quia præstando voluntatem defuncti agnouit. Hæc autem agnitio satis est ad eum obligandum ex manifesta ratione æquitatis. Nam heres prius à defuncto accipit & lucrum & honorem. Æquum est igitur, vt quatenus accepit, eatenus voluntati defuncti obligetur, maxime si sponte est eam voluntatem secutus. Non obstat huic parti *l. quod bonis. vers. non idcirco. ff. ad l. Falcid.* vbi testator legarat fideicommissum annuum, sed quia supra dodrantem legarat, totum fideicommissum non debebatur. Poterat enim heres ex lege Falcidia retinere quartam, veruntamen voluntatem defuncti secutus primo & secundo anno solidum legatum præstiterat: illic respondetur non ideo in futurum obligari, vt solidum præstet. Id ipsum hoc loco confirmatur, non enim dicimus, heredem primo & secundo anno fideicommissum præstantem in futurum obligari, sed ita demum, si non minus, quam triennio præstiterit.

Sed videri potest etiam in hac sententia falsum esse, quod dicitur, fideicommissum deberi, si solum triennio prestitum sit. Videntur enim exigi non minus, quam decem anni, vt quis ob prestationem plurium annorum in futurum obligetur, *ex l. cum de in rem verso. de vsur.* vbi filiusfamilias pecuniam mutuam acceperat sub certis vsuris, si ea pecunia in rem patris versa sit.

Constat patrem de in rem verso obligari, etiamsi filius nihil in peculio habeat, *l. 1. de in rem verso.* Cum de hoc non constaret, pater eius pecuniæ vsuras per decē annos creditori filij soluit. Mortuo patre conueniuntur heredes à creditore filij tanquam de pecunia in rem patris versa: negat heres patris, pecuniam in rem eius versam. Creditores quia agunt & dicunt esse versam, id probare debent *l. 2. de probat.* Dicunt creditores id satis probari ex eo, quod pater tamdiu eius pecuniæ vsuras soluerit. Rescriptum est, heredes patris de in rem verso teneri, quasi pecunia in rem patris versa esset, idq; probari ex eo, quod tamdiu pater vsuras præstitisset. Verisimile est enim, eum præstiturum non fuisse, nisi sortem ipsam debuisset. Interim vt conueniri pater possit de in rem verso, aut patris heredes, exigitur: vt vsuræ sint præstitæ, non per triennium, sed non minus, quam per 10. annos.

Respondeo: Non constabat in hac lege, pecuniam in rem patris versam non esse, & ideo non constabat à patre non deberi: quod si constitisset, & id faterentur creditores nunquam præstatione diuturna vsurarum patrem, aut eius heredes obligasset, nō magis, quam obligat debitores, *in l. si certis. sup. de pact. & l. creditor. sup. de vsur.* vbi creditor, qui pecuniam annuam petebat, fatebatur initio fuisse indebitam, sed contendebat deberi cœpisse ab eo, quod tamdiu soluisset, & ideo illic negatur, qui prestitit, propter præstationem obligari. At *in l. cum de in rem verso.* creditores dicebant pecuniam in rem patris versam, & ita à patre debitam, & de eo erat controuersia.

Dicitur autem probari, versum esse in rem patris ideo, quia pater eius pecuniæ vsuras diu præstitisset: ex quo intelligimus, nunquam præstationem diuturnam inducere obligationem rei, quā constat indebitam fuisse: si de eo dubitatur, an debita fuerit, tunc præstationem plurium annorum continere pecunię debitæ probationem. Id ad speciem hanc pertinet, vbi constabat fideicommissum inutiliter relictum, & non quærebatur huius rei probatio, sed quærebatur, an propter præstationem plurium annorum in futurum heres obligaretur ad hoc præstandum? Ad hoc dicimus sufficere triennij præstationem. Ceterum si quæretur, an hoc fideicommissum esset à defuncto relictum, & id præstitisset heres per aliquot annos: deinde negaret à se nullum fideicommissum relictum esse: diceremus ad hoc probandum non sufficere, quod per triennium præstitisset ex fideicommissi caussa, sed exigendam diuturnam præstationem, id est, 10. annorum, *argumento l. cum de in rem verso. de vsur.*

Tertia † sententia huius legis pertinet ad petitionem fideicommissi & earum rerum, quæ in posterum peti possunt. Sic autem rescripto expressum est: *Postquam heres fideicommissum inutiliter relictum triennio sponte præstitisset, fideicommissarium impetraturum, vt non tantum præterita annua, vel menstrua exsoluantur, sed vt in futurum ea quoque præstentur.* Exempli caussa: Heres hoc fideicommissum triennio præstitit, deinde duobus annis cessauit nihil petente fideicommissario, post eos duos annos agit & fideicommissum petit. Itaque non tantum pensiones duorum præteritorum annorum consequetur, quæ adhuc solutæ non sunt, sed etiam consequetur, vt in futurum quoque sequentium annorum pensiones præstentur. Huic parti opponi *l. non quemadmodum. de iudicijs.* vbi regula iuris certissimi traditur, iudicium non posse esse in pendente, id est, de his rebus, quæ nondum debentur, & postea futuræ sunt. Ex quo efficitur, in fideicommisso annuo de pensionibus annuis sequentium annorum agi non posse, quia hæc nondum debeantur. Omnes interpretes fatentur, locum esse contrarium, sed speciale, in huius est legis specie, vbi de pensione agitur, quæ iam debebatur, & propter præteritas agitur de futuris: atqui id fieri dicunt fauore alimentorum.

Sed hæc sententia dici non potest, vtrum magis falsa sit, an inepta. Nam cum annuum aliquid legatur, aut fideicommittitur, in hoc legato plura sunt legata: primi anni purum legatum, sequentium annorum conditionale. Inest enim hæc conditio, si legatarius, aut fideicommissarius initio cuiusque anni viuat, *leg. 4. de annuis legat. l. nec semel. quand. dies leg. ced.* Proinde vbi nondum sequentes anni venerunt, eorum annorum pensiones non debentur, & vt *in dict. leg. nec semel.* eorum legatorum dies non cessit: quod si non cessit, eorum annorum legata non peti possunt, *l. cedere diem. de verb. sign.* Secundum quam sententiam vere dicitur *ex l. non quemadmodum.* de sequentium annorum pensionibus iudicium esse non posse. Ineptum est autem, quod putant id esse huic legi contrarium, vbi nullo modo id legatur. Cum enim dicitur, fideicommissarium impetraturum, vt in futurum quoque legata præstentur, sic accipiendum est, vt impetret suo tempore, non præmature, id est, vt impetret, cum sequentium pensionum dies cesserit. Et merito, quia agnitio legati, quo heres legatum præstando voluntatem defuncti agnouit, non mutauit qualitatem fideicommissi: sed tantum fideicommissarium confirmauit, vt post triennij præstationem non minus obligetur heres, quam si fideicommissum vtiliter esset relictum. At si vtiliter esset relictum, non possent peti sequentium annorum pensiones, priusquam dies venisset, *dict. leg. nec semel. quando dies legat. eod.* Ergo nec tum peti poterunt, vbi heres fideicommissum tantum agnouit. Absurdum enim est plus tribui inutili fideicommisso, quam vtili, plus tribui voluntati heredis, quam vtili voluntati defuncti.

Ad L. Etsi. 2.

Idem A. Eupatrio.

Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, prædia ex caussa fideicommissi auo tuo præstiterūt: frustra ab heredibus eius de ea re quæstio tibi mouetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. PP. 6. Kal. Aug. Læto II. & Cereale Coss. 216.

Hæc lex exposita est *ad l. 1. sup.*

Ad L. Cum secundum.3.

Idem A. Rufino.

Cum secundum voluntatem defunctæ Chrysidem puellam ab heredibus manumissam, eamque priusquam ei restitueretur hereditas, intestato vita functam proponas: ad manumissores eius successio pertinet. Qui si adierint eius hereditatem: confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. PP. Idib. Decemb. Læto II. & Cereale Coss. 216.

SVMMARIVM.

1 *Summa huius rescripti.*

1 TEstatrix † duos heredes instituit, eosque rogauit, vt Chrysidem ancillam, quæ forte heredum erat, manumitterent, manumissæ hereditatem restituerent. Testatrice mortua puellam heredes manumiserunt, sed nomina in fideicommisso fecerunt. Itaque prirsquam ei restitueretur hereditas, puella decessit intestata, quia testamentum facere non potuit, & sine liberis, quia puella erat: ita factum est, vt ei heredes sint ex lege duodecim tabularum, iidem illi heredes, à quibus manumissa erat, vt defunctæ patroni, §. *sed nostra. versic. sin autem, Inst. de succession. liber.* Cum heredes suprascripti non tantum ex fideicommisso obligentur Chrysidi, sed etiam id restituere debeant Chrysidis heredibus: ipsi autem Chrysidis heredes sint: quæsitum est de fideicommissi obligatione, & an adhuc ea obligatione teneantur? Rescriptum est, eos confusis actionibus liberatos esse fideicommisso.

Hoc videtur falsum esse: nam quoties debitor succedit creditori, vt hic debitores Chrysidis ex caussa fideicommissi successerunt creditrici suæ, non confiduntur obligatio, nisi pro ea parte, ex qua defuncto heredes successerunt, *l. penult. sup. de hered. act. l. si vxor. inf. de bon. auctorit. iudic.* Proinde in proposito cum duo heredes ex æquis partibus Chrysidi successerunt, non confunditur actio fideicōmissaria in singulis heredibus, nisi pro dimidiæ parte, & ita singuli portionis suæ dimidium debent, nisi aliquo casu pro ea dimidia portione fideicommissi liberentur. Ceterum alterum dimidium suæ portionis debent coheredi: hoc enim illi restituere debent: neq; eatenus fideicommisso liberantur. Neq; hoc dicimus sine manifesta vtilitate, quæ in hac specie subiecta apparebit. Finge duos heredes esse institutos, primum & secundum, primum ex octo vnciis, secundum ex quatuor: eosdem exstitisse Chrysidi heredes ex æquis partibus, nempe ex semissibus. Fideicommissi diuisione ita res transegerunt, primus ex octo vnciis, quas est iussus restituere heredibus Chrysidis retinebit quatuor, tanquam heres pro dimidia parte, alteras quatuor restituet secundo, secundus ex his quatuor, quas est iussus restituere, retinebit duas vt heres ex parte dimidia: reliquis duas restituet primo, & ita fiet, vt primus, qui institutus erat ex octo vnciis, nihil habeat ex diuisione fideicommissi, nisi sex vncias: secundus autem habeat tantundem, qui institutus tandem erat ex quatuor. Huic rescripto hodie etiam locus erit, si heredes rogati erunt restituere hereditatem libero homini, puta cognato, ac deinde cognatus ante restitutionem fideicommissi decesserit, cui postea iidem heredes successerunt ab intestato. Nam hoc casu succedunt heredes ab intestato ex æquis partibus.

Quod si fingamus in specie proposita hic primum & secundum heredes institutos successisse Chrysidi ex inæqualibus partibus, diuisio fideicommissi inter eos ita fiet, vt si primus successisset pro dodrante, secundus pro quadrante, primus ex tribus partibus, in quas eius portio diuidetur, duas retinere debeat, & vnam restituere, secundus ex tribus partibus, in quas eius portio diuidetur, duas restituere debeat, vnam retinere. Sic autem euenit in specie proposita, vt primus & secundus pro his partibus succedant Chrysidi libertæ suæ, si fingas Chrysidem fuisse ancillam testatoris, & primum institutum fuisse ex dodrante, secundum ex quadrante. Nam ex portionibus hereditariis intelliguntur manumissæ Chrysidi succedere, vt primus sit patronus pro dodrante, secundus pro quadrante, pro quo iure patronatus constituto consequens est, vt ab intestato Chrysidi succedat pro iisdem partibus, pro qua sententia facit §, *illud Instit. de societ.*

Ad L. Voluntas.4.

Imp. Alexander A. Victorino.

Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuisse non videtur. PP. 5. Kalend. Iul. Maximo II. & Aeliano Coss. 224.

SVMMARIA.

1 *Testatore simpliciter vetante, ne heres fundum alienet, præceptum nullius est momenti, & heres impune fundum alienat.*

2 *Prohibitus fundum vendere extra familiam, an videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori eum donarit? Quid si alij donarit? quid si extraneo?*

CVm testator † vetat, ne heres fundum alienet, si simpliciter vetet, præceptum nullius momenti est, tanquam nudum itaque impune heres fundum al enabit, *l. filiusfam. §. diui. de legat. 1.* Tum præcipitur hoc vtiliter, vel cum testator vetat alienari, vt in familia maneat, aut vetat alienare extra familiam, & ob hoc hic proponitur testator prohibuisse fundum vendi extra familiam. Hoc adiecto, quæ sit alienationis pœna, si forte heres contra voluntatem defuncti fecerit, dicetur *in l. quoties.* 1

Hinc quæsitum est, *an † qui prohibitus est fundum vendere extra familiam, videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori fundum donauit?* Scriptum est hic non fecisse. Quid si alij heres donauit, quam sorori? Respond. Etiam alij donare potuit, quam sorori, si modo ei donauit, qui sit ex familia. Nam solum extra familiam prohibitus fuit alienare. Familiæ verbo in hoc genere legati quid contineatur, cautum est *l. vlt. de verb. signif.* 2

Quid ergo si heres extra familiam vendere prohibitus donet extraneo? Mouet dubitationem, quod vendere tantum prohibitus est: aliud autem est donare, aliud vendere, vt proinde non videatur prohibitus donare. Respondeo: Ex hoc loco satis colligitur, si alij, quam sorori, aut ei, qui sit æque in familia, vt sorori donarit, contra præceptum testatoris videri factum, alioqui frustra hic de sorore esset comprehēsum, quod verum est. Nam qui prohibet quod minus est, multo magis id, quod maius est, prohibere intelligitur. Tolerabilius autem est vendere extra familiā, quam donare, quia qui vendit, habet pretium, quod saltem in familia maneat, qui autem donat, & pretium & rem amittit, quia gratis donat. Proinde qui vendere prohibitus est extra familam, ex sententia testatoris multo magis donare prohibitus intelligitur. Sed & voluntas huius testatoris manifesta est. Idcirco enim fundū vendi vetat extra familiam, vt fundus maneret in familia. At multo minus manet in familia donatus, quam venditus, ob eam caussam, quam supra dixi, quia fundo donato, ne pretium quidem retinetur in familia. In summa qui vendere extra familiam prohibitus est, ex sententia testatoris quouis modo alienare prohibitus est extra familiam.

Ad L. Si frater.5.

Idem A. Reginæ.

Si frater tuus postquam patri heres exstitit, pubes iam factus sine liberis decessit: ex pupillari substitutione tibi hereditas eius delata non est. Sed si verbis fideicommissi aliqua parte testamenti confirmata est: fideicommissum ab heredibus petere non prohiberis. PP. 15. Kal. Feb. Iuliano II. & Crispino Coss. 225.

SVMMARIVM.

1 *Primo & secundo heredibus institutis, defuncto secundo an eius hereditas ad primum pertineat ex substitutione.*

PAter duobus filiis, primo & secundo heredibus institutis, secundo primum substituit, quandocunque moreretur. Secundus pubes factus sine liberis decessit. Quæritur, an † eius 1 hereditas ad primum pertineat ex substitutione? Respondeo:

Distinguendum est: nam si primus secundo substitutus est directe, hereditas ex substitutione primo non defertur, ac nec potest. Exempli caussa, pater ita substituit, *si heres erit, & quandocunq; decesserit, frater eius primus heres esto.* Ex hac constitutione non potest secundi hereditas primo deferri. Non deferetur enim ex substitutione pupillari, quia secundus proponitur decessisse pubes. Substiturio autem pupillaris pubertate euanescit, *l. in pupillari. ff. de vulg.* Non defertur ex substitutione, quæ post annum 14. facta sit, quoniam post eam ætatem substitutio directa frustra fit, *l. verba. l. in pupil. de vulg.* Proinde recte respondetur, in totum ex substitutione directa, hereditatem secundi, primo deberi non posse. Quod tamen sic est interpretandum, vt non possit deferri tanquam ex substitutione. Ceterum ex caussa fideicommissi ad eum pertinebit, tanquam tacito fideicommisso in hac substitutione comprehenso, *argum. l. 2. §. 2. ff. de iur. codicil.* de quo dixi *ad l. supr. de codicil.*

Quod si pater verbis precariis, seu fideicommissariis petat à secundo, vt post mortem suam restituat portionem suam fratri suo, hoc casu substitutio fideicommissaria valebit, § *vlt. Instit. de pupil. l. coherd. §. cum filia. de vulg.* Cuius substitutionis effectus hic est, qui declaratur in hoc scripto, vt hereditas secundi iure pertineat ad omnes alios heredes eius legitimos, sed ita, vt hi ex fideicommisso obligentur primo, vt hereditatem restituant, quod facient deducta quarta ex Senatusconsulto, §. *sed quia heredes. Instit. de fideicom. heredit.* Veruntamen ita fideicommissum debebitur primo, si secundus pubes factus sine liberis decesserit: non si decesserit susceptis liberis & exstantibus, sed si succedunt excluso substituto, *ex l. cum acutissimi. infr. hoc tit.* Et hæc caussa est, cur in principio huius rescripti proponatur frater secundus decessisse pubes & sine liberis. Nam alioqui quod ad directam substitutionem attinet, nihil refert, vtrum secundus frater sine liberis decesserit, an susceptis liberis, ad hoc, vt primus frater eius ex substitutione pupillari non admittatur.

Ad L. Prædia. 6.

Idem A. Nilio.

Prædia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime cum testator conditionem eorum non ignorauit, aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. si vero à creditore distracta sunt: pretium heres exsoluere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur. PP. 16. Kalend. Mart. Iuliano II. & Crispino Coss. 225.

Summaria.

1 *Luere pignus quid.*
2 *Res aliena legata, si testator sciuit pignori obligatam, ab herede luenda est: & quando quibusve casibus. ibid. & num. 3.*

CVm testator legat rem, quæ pignori obligata est, non talis est præstanda, qualis est, sed interdum heredes pignus luere
1 debent. Est † autem luere, pretium creditoribus exsoluere, & liberare nexu pignoris, *tit. de luit. pig. inf.* Quod ita dictum est, quasi dicat pignori eluere & delere, vt amplius ea obligatio, & tanquã macula in re non maneat. In hac re autem est eadẽ distinctio, quę
2 seruatur, cũ † res penitus aliena est legata. Si testator sciuit pignori obligatam, ab herede luenda est, *l. si ignorauit. §. sed et si rem. si res obligata. de legat. 1.* sed ita demum cum testator ignorauit rem pignori obligatam, res fideicommissario luenda est, nisi alteruter ex his duobus casibus contigerit. Vnus est expressus hoc rescripto, si testator rem alienam testatus fuerit, aut legaturus tantundem, si rem pignori obligatam esse sciuisset. Quando autem existimetur testator id facturus fuisse, dictum *ad l. cum alienam. supr. de legat.* Alter casus est adiectus *in d. l. si. si res oblig. de leg. 1.* Est autem hic, vt fideicommissarij rem pignori obligatam luere non debeant, si aliquid superfuturum est excluso ære alieno, verbi gratia: Fundus aliquis 200. legatus, aut fideicommissus est. Is fundus pignori obligatus erat creditori, cui 300. debebam. Dicemus legatarium seu fideicommissarium, vsque ad 200. debere luere fundum, sed illa 200. non præstabit, verum heres, vt ita pignori liberato fideicommissarius fundum consequatur, & ita, vbi aliquid superfuturum est, quod debeatur creditori, cum exsolutum erit æs alienum, tantum, quantum fundus valebat, pro superflua quantitate fideicommissarius non luet, quia vltra, quã fundus valet, fideicõmissarius præstare nihil cogitur, *l. ciuitatibus §. vlt. de legat. 1.* Ceterum ad eam quantitatem, qua fundus æstimatur, præstare debet, *l. Titius. de leg. 2.* Ex his intelligi potest, cur hic scriptum sit, heredem luere debere pignus maxime in his casibus, qui hic expressi sunt. Hoc verbo *maxime* significatur, heredem & in aliis casibus luere debere. Id verum esse, ex his casibus, quos complexi sumus, intelligitur. Quibus † autem casibus luendi pignoris onus ad heredem pertineat, id vt faciat, heres con-
3 sequetur legatarius actione in personam ex testamento, non etiam actione in rem, vt dictum *l. 3. sup. de legat.* Sed & illud intelligendum est, tunc solum heredem posse pignus luere, id est, pecunia soluta pignus recipere, cum pignus nõdum à creditore legitime est distractum. Nam vbi distractum est, amplius possessio à possessore euocari non potest, vt dominio pignoris in eum iure translato, *l. vlt. infr. si vend. pig. l. non est nouum. de acquir. rerum dom.* Proinde hoc casu in superest, quod dicitur in extremo huius rescripti, vt heres rem à creditore distractam aut redimat à creditore, aut si non redimat, æstimationem exsoluat, vt fit in rebus alienis legatis, §. *non solum, Institut. de legat.*

Ad L. Voluntatis. 7.

Idem A. Septimo.

Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione iudicis est. PP. 15. Kal. Mart. Fusco II. & Dextro Coss. 226.

Summaria.

1 *Voluntatis quæstioni quando sit locus.*
2 *Vbi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit.*
3 *De voluntatis quæstione ex iuris ratione responderi nequit.*

VOluntatis † quando est quæstio, qua quæritur, quid testator voluerit, senserit, huic quæstioni non est locus, vbi testamento, aut codicillis nihil scriptum à testatore, aut nuncupatum est. Nam † vbi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit, vt proinde sit superuacua hoc casu voluntatis quæstio, *l. quotes. 9. de heredib. instit.* Sed tunc ei locus est, cum testator aliquid scripsit, aut dixit, sed verba obscura sunt, aut ambigua, aut ea, quibus aliquid desit, vt proinde ex his quæratur, quid senserit testator, veluti si Mæuio 100. nummos legauerit, & quæratur, de quibus nummis senserit. Huiusmodi voluntatis quæstio est in cognitione & æstimatione iudicis, vt hic traditur, id est, quæstio iudici cognoscenda & iudicanda committitur, non autem Principi, aut prudenti alicui. Cuius sententiæ hæc est ratio, quia voluntatis quæstio diiudicatur ex circumstantiis, quæ sunt in facto positæ. Nam vt maneamus in exemplo nummorum legatorum, cum 100. nummi Titio legati sunt, & quæritur, quos nummos testator intellexerit, præcipitur id æstimandum esse ex consuetudine loquendi testatoris, aut ex more regionis, vbi res geritur, aut ex his, quæ in testamento antecedunt, vel sequuntur, *l. si seruus plurium. §. vlt. de legat. 1. l. nummis. de legat. 3.*

Hæc omnia, quomodo loqui sit solitus testator, quid frequentetur in ea regione, quid in testamento ante, vel post scriptum sit, hæc inquam, omnia facti sunt, quæ nulla definitione iuris, aut prudentia Iurisconsulti explicari possunt, sed cognoscuntur probationibus testium & instrumentorum. Caussa autem omnis facti est in cognitione & æstimatione iudicis, id est, iudici examinanda & iudicanda cõmittitur, vt *in l. mora. ff. de vsur.* scriptum est, vbi initio dicitur, an mora facta sit, iudicem examinare debere. Et ratio hic subiicitur, quia hæc sit quæstio, & adiicitur ideo nulla definitione iuris, nulla prudentia Iureconsulti, vel Principis auctoritate decidi possunt. Idem de definitione, facti significatur à Scæuola, *l. si ita quis, §. Seia, in fin. de vsur.* vbi ita scriptum est. Respondetur agi posse, si debitor non multo post obtulisset, & nihil actoris interesset, quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est. Recte, quoniam an debitor obtu-

lerit

lerit pecuniam, & an interfit actoris, nec ne, in facto, non in iure consistit, *l. quatenus, de reg. iur.*

Hoc est igitur, quod Imperator scripsit hoc loco, cum consuleretur de voluntatis testatoris † quæstione, rescripsit se de ea quæstione consuli non debuisse, quia non possit de eo ex ratione iuris respondere. Rem enim facti esse: facti autem cognitionem iudicis esse, non Iureconsulti, aut principis. Idque est, quod dicitur *in l. eum, qui temere. §. vlt. de iudic.* Iudicibus de iure consulentibus, præsides prouinciarum respondere solere, de facto autem consulentibus respondere non debere, quia res ex cognitione & religione iudicis pendeat.

Ad L. Qui fideicommissariam. 8.

Idem Masculo.

Qui fideicommissariam libertatem meruit, legata, seu fideicommissa à defuncto sibi data suo iure persequitur. PP. XV. Cal. Iun. Fusco II. & Dextro Coss. 226.

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum, aut legatum, an relinqui possit ei seruo, qui eodem testamento manumissus est, per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere.*

REgula iuris est, heredi à seipso legari, aut fideicommitti non posse, *l. legatum, §. 1. de leg. 1.* Item hæc regula nota est, seruo proprio aut seruo heredis sine libertate legari non posse, *l. plane vbi. §. si coniunctim. leg. si minor. de legat. 1.* Nempe quia hoc modo heredi à seipso relinqueretur. Nam ab ipso legatum præstandum esse certum est, sed & ei legatum per seruum acquiri constat. Quod si libertate seruo data, seruo aliquid relinquitur, siquidem ei pure libertas data est, & libertas & legatum valet, quia hoc modo non seruo legatur, sed liberto, *leg. quæsitum, §. 1. de legat. 1.* Sed si libertas ei datur sub conditione, quæ exsistere non potest, nisi per aditam hereditatem, frustra ei legatum, aut fideicommissum relinquitur, *dict. leg. quæsitum.* Et oratio est ex eadem regula superiori, quia cum hic legatum seruo datum, primum fit, eius legati dies statim cedit à morte testatoris, *l. vnica, §. in nouissimo inf. de cad. toll.* At libertas sub conditione data non exsistit, nisi adita hereditate, ita fit, vt adita hereditate, reperiatur aliquod tempus intermedium, quo tempore hic seruus fit heredis seruus, vt sic verum sit, seruo heredis legatum datum esse, atque ita heredi à seipso legatum esse.

2 Hinc quæsitum est, † an fideicommissum, aut legatum relinqui possit ei seruo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere? Dubitationis caussa hæc est, quia qui per fideicommissum manumittitur, videtur sub conditione manumitti, quæ non exsistit, nisi post aditam hereditatem, nam manumittitur, si heres eum manumittat. Libertatem enim ab herede accipit, *§. vlt. Institut. de sing. reb. per fideicommiss.* Porro heres non potest manumittere, nisi adita hereditate, si seruum testatoris fuisse proponat. Sed placuit eum, qui fideicommissam hereditatem pure accepisset, vtiliter legari & vtiliter fideicommitti, vt manumissori legati & fideicommissi conditio competat, vt hic traditur & pluribus *in l. si quis seruo, de legat. 2.* Non obstat, quod dicitur, in fideicommissaria libertate conditionem inesse. Nam conditio iuris est, quæ sua sponte inest, non à testamento. Adiicitur: Conditiones huiusmodi non reddunt supremam voluntatem conditionalem, *l. conditiones extrinsecus, de cond. & demonst.* Et ideo tametsi non competit iure libertas, nisi ei, qui manumissus est ab herede, tamen fideicommissi die statim cedit, non minus, quam legati seruo relicti. Ita simpliciter verum est, eo tempore legatum & fideicommissum relinqui manumisso, non seruo, etiamsi heres manumittat statim, tamen pro manumisso seruus habendus est, in quo manumittendo heres moram fecit. Hæc est sententia *l. si quis seruum de leg. 2.*

Ad L. Ab eo. 9.

Imp. Gordianus A. Paulinæ.

Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis caussa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest. PP. XVII. Cal. Octob. Pio & Pontiano Coss. 239.

SVMMARIA.

1 *Duæ huius legis sententiæ.*
2 *A quibus fideicommissum, aut legatum relinqui posset, à quibus non.*
3 *Definitio huius rescripti multis modis falsa est.*

DVæ sententiæ hic statuuntur verbis contrariæ de his, à quibus fideicommissum, aut legatum relinqui possit, aut non. Sunt † autem hæ: cui testator nihil morte dedit, ab eo nihil relinquere potest, cui autem dedit, ab omni eo vtiliter relinquit. 1 Prior expressa est *leg. 1. §. vlt. de legat. 3.* Posterior hoc ex loco intelligitur. Sed datum hic penius accipiendum est, non tantum, quod testamento pleno & aperto in aliquem contulit, sed & quod morte defuncti ad eum peruenit, dum ei à defuncto non adimitur, & ideo plenior definitio huius rei est concipienda, vt concepta est *leg. 1. §. sciendum, de legat. 3.* Ab omnibus † fideicommissum relinqui potest, ad quos morte defuncti aliquid peruenit, dum vel ei datur, vel quod à defuncto accipi poterat, non adimitur. Ergo sunt duo genera eorum, à quibus fideicommissum relinqui poterat. Primum eorum, quibus ita defunctus quid dedit, vt ad eos morte defuncti, seu suprema voluntate defuncti peruenirent. In hoc numero sunt heredes à defuncto instituti, vel substituti legatarij, fideicommissarij, debitor defuncti, à quo defunctus fideicommissum reliquit. Item hi, qui legatorum vicem obtinent. 2

Ab heredibus institutis, aut substitutis legari posse certum est, vt quibus à testatore detur hereditas. At à legatario & fideicommissario fideicōmissum quoq; relinqui posse constat, *Inst. de sing. reb. per. fideicom. in pr.* Idq; ob eandem caussam, quia his legatum, aut fideicommissum datur & à debitore defuncti fideicommissum relinqui potest, quatenus debet, *l. si pecunia. de legat. 1.* quoniā cum defunctus à debitore fideicommissum relinquit, prius ei liberationem legare intelligitur, *dict. leg. si pec.* Legatorum loco sunt hi, quibus mortis caussa donauit defunctus, his enim in donatione caussa mortis, viuus viuenti donat, *leg. inter. de donat. caus. mort.* Sed tamen ita donat, vt donatio non, nisi morte confirmetur, non magis, quam legatum, quia tamdiu donator donationem reuocare potest, *leg. non videtur. l. donatus, §. donatio, de mortis caussa donatio.* Inde dictum donationes mortis caussa legatis comparari, *leg. illud de mort. caus. donatio.* Ob hanc caussam etiam ab eo, cui mortis caussa donatum est, fideicommissum relinqui potest, vt à legatariis, *leg. cum pater, §. 1. de leg. 2.* In eodem numero sunt donationes inter virum & vxorem: nam hæ non reuocatæ morte donantis confirmantur, vt donationes mortis caussa, *l. cum hic status, de donat. inter vir. & vx. l. vlt. infr. eodem tit.* Ob id etiam placuit, vnum ex coniugibus, qui alteri coniugi donauit, fideicommissum, ab eo, cui donauit, relinquere posse, *l. in donationibus, inf. ad legem Falcid. dict. leg. cum hic status. §. 1. in fin. de donat. inter vir & vxor.*

Alterum genus eorum, à quibus fideicommissum relinqui potest ex superiori definitione, est eorū, quib. testator reuera nihil dedit iudicio suo, sed solū videtur dedisse, quia non ademit, quod poterat adimere. In hoc numero sunt heredes legitimi defuncti: heredes legitimi impuberis, qui est in defuncti potestate. Item hi, qui mortis caussa capiunt ex testamento defuncti. Postremo hi, ad quos legata, aut hereditatis aliis datæ emolumentum pertinet. Primo, ab omnibus, ad quos defuncti hereditas, aut bonorum possessio peruentura est, fideicommissum relinqui potest, *l. 3. §. sciendum. de legat. 3. l. si fundum. §. vlt. de leg. 1.* Et tamen defunctus hereditatem hic non dat, nam hereditas à lege datur, vnde & legitima hereditas appellatur, *l. lege obuenire. de verb. signific.* Sed testator his hereditatem adimere potuit, alios heredes instituendo. Proinde, si alios non instituit, hoc ipso videtur legitimis heredibus hereditatem dedisse, quia non ademit, *dict. leg. 3. §. sciendum, de legat. 3.* Eadem ratione pater impuberis, quē in potestate habet, fideicōmissum relinquere potest ab heredibus legitimis

impuberis, quia fuit in potestate patris alios heredes filio substituendo, legitimis eius heredibus hereditatem adimere, *l. si fundũ per fideicom. §. vlt. de legat. 1.* Ab his etiam, qui mortis caussa capiunt ex testamento fideicommissum relinqui potest. Verbi gratia: Stichus liber esse iussus est, si 10. Titio daret. Hæc 10 à Titio fideicommitti possunt, *l. quidam. de leg. 1.* Et tamen hæc 10. non dantur Titio à defuncto, quoniam hæc 10. Titius ex testamento petere non potest, *leg. si quis sub conditio. D. si quis manumiss. caus. testam.* Sed tamen mortis defuncti caussa capiuntur, ideo defunctus videtur quodammodo ea dedisse, quia conditionem detrahendo, aut manumissionem reuocando potuit perficere, ne illa 10. ad Titium peruenirent, vnde dicuntur mortis defuncti caussa capi, quia capiuntur per accessionem mortis eius, *leg. mortis caussa capimus. de mortis caussa donatio.*

Hi, ad quos hereditatis, aut legati aliis relicti emolumentum pertinet, sunt legatarij, dominus, aut pater, aut heres. Nam cum seruo legatum est, per seruum domino acquiritur: cum legatum filiofamilias, per filium patri acquiritur, §. 1. *& 2. Instit. per quas personas. leg. placet. de acquiren. hered.* Sed & quod legatario quæsitum est, id eo mortuo ad heredem eius pertinet. Proinde si quid seruo legatum sit, aut filiofamilias, placuit à domino & patre fideicommissum relinqui posse, *l. cum filiusfamilias. 11. de leg. 1.* Placuit item ab heredę heredis, aut legatarij non minus fideicommissum relinqui posse, *l. 5. §. vlt. de leg. 3.* Atqui testator iudicio suo neque domino, neq; patri, neque heredi legatarij quicquam debet, *leg. qui liberis, §. vlt. de vulg.* Argumentatio est verissima, quia si filius, aut seruus viuo testatore decedebat, patri, aut domino nihil debetur. Si legatarius decedat viuo testatore, legatũ ad heredes legatarij non pertinet, sed adeo defunctus seruo, aut filiofamilias legando videtur dedisse patri, aut domino, hoc ipso, quod legatum seruo, vel filiofamilias viuus non ademit: eademque heredis & legatarii ratio est.

His cognitis, multis † modis definitio huius rescripti falsa esse videtur. Nam I. falsum esse dixeris in debitore defuncti, à quo defunctus fideicommissum relinquit, cum ei prius nihil aperte dederit. Sed supra responsum est. Nam hoc ipso, quod fideicommissum relictũ dicitur, prius liberatio ei relinqui intelligitur. II. Videri potest esse falsa in donationibus inter virum & vxorem. Nam hæ hac definitione comprehensæ non sunt, & tamen qui donauit vxori, ab vxore fideicommissum relinquere potest. Sed & de hoc supra responsum est. Nam huiusmodi donationes species quædam sunt donationis caussa mortis. III. Falsa esse videtur in heredibus legitimis, à quibus fideicõmissum relinqui potest, & tamen defunctus his hereditatem non dat, sed lex. Respondeo & lex & defunctus. Lex recta, vel proprie: defunctus hoc ipso, quia non adimit his hereditatem, quam adimere potuit. Sed præcipue & certe videtur falsa esse in his, qui caussa mortis capiunt, cuiusmodi sunt hi, quibus implendæ conditionis caussa aliquid datum est, vel ab herede, vel legatario, vel manumisso. Nam ab his fideicommissum relinqui posse constat, & tamen neq; hereditatem, neq; legatum, neq; fideicommissum, neq; mortis caussa donationem à defuncto accipiunt, vt expressum est *in l. mortis caussa capimus. de mortis caus. donat.*

Dicendum est, eum, qui mortis caussa quid accepit, proprie nihil eorum, quæ supra scripta sunt, accepisse, secundum quam proprietatem verbi scriptum est *in dict. leg. mortis caus. cap.* Abusiue autem & improprie, quod per mortui defuncti occasionem capitur, dici potest à defuncto capi, quasi defunctus videatur dedisse, quod non ademit, cum posset adimere. Postremo videri poterit etiam falsa definitio in patre, domino, & herede legatarij, vtpote quibus nihil omnino defunctus dedit, neque viuus, neque moriens. Sed dicendum est defunctum nihil his dedisse recta, sed reuera dedisse per interpositam legatarij personam, quia per legatarium legatum ad istos peruenit, *argum. leg. 1. in fi. & leg. 2. de her. petit.*

Ad L. Verbum, Volo. *10.*

Iidem A. Firmo.

Verbum, Volo, *licet desit: tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. III. Idus Decemb. Cordiano A. & Aquila. Coss. 40.*

SVMMARIA.

1 *Voluntas sine scripto, & scriptum sine voluntate, nihil proficit ad hereditatem, legatum, aut fideicommissum relinquenda.*
2 *Testator an plena & perfecta oratione scribere, vel nuncupare debeat.*

NIhil ad rem pertinet defunctum aliquid alicui dare voluisse, vt legatum, aut fideicommissum debeatur, nisi hanc etiam voluntatem testamento, vel codicillis scripserit, aut nuncuparit, vt † neq; volũtas sine scripto, neq; scriptum sine voluntate quic- 1
quam proficiat ad hereditatem, legatum, aut fideicõmissum relinquẽda, *l. quoties. de hered. instit.* Quod tamen desideratur, vt testator voluntatem suam scribat, vel nuncupet verbis, non sic accipiendum est, vt debeat scribere † vel nuncupare plena & perfe- 2
cta oratione, sed si quid possit, ex quo intelligi possit, quid voluerit, voluntas eius seruabitur, quasi minus scriptũ fuerit, plus nuncupatum, vt ibidem, *in d. l. quoties.* adiicitur. Id quale sit, explicatur *in d. l. quoties. & l. 1. §. si ex fundo, de hered. instit.* Idem in fideicommisso, quale sit, hic traditur. Secundum hanc sententiam huiusmodi fideicommissum valet, *Titio fundum Tusculanum dari,* etiamsi non adiecit defunctus, *volo,* vt plena oratio fideicommissi efficeretur, tamen valebit. Idem dicẽdum est, etsi testator tantum ita dixerit: *Titio fundum Tusculanum, &c.* quia satis intelligunturhæc verba ex præcedentibus, *do, lego, vel dari volo, &c.* Ad hanc sententiam pertinet *l. si vnus. sup. de testam.* vbi dictum.

Ad L. Quoties ab. 11.

Idem A. Papyriano.

Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alij consenserint: contractus auctoritas conuelli nequaquam potest. PP. 2. Calend. Ianu. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss. 242.

SVMMARIA.

1 *Prohibitio alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati quando valeat.*
2 *Alienationis pœna.*
3 *Alienatio & venditio rerum distrahi prohibitarum, quando & quibus casibus rata sit, nec reuocari possit, & num. 4.*

PRohibitio † alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati 1
tunc valet, cum testator nominatim vetuit alienari certarum personarum caussa, quibus consultum voluit, *l. filiusfam. §. diui, de leg. 1.* Id fit, cum vetat alienari, & adiecit, vt fundus ad certas personas peruenat, veluti, cum fundum vetat alienari, vt in familia maneat. Idem fit, cum testator quibusdam personis permittit vendere, & extra has personas alienari vetat, veluti cum fundum libertis legat & vetat extra familiam libertorum alienari, aut cum tribus legat, 1. 2. & 3. & vetat, ne quis partem suam vendat, nisi collegatariis. Exempla sunt *in l. vnum. §. vlt. l. cum pater, §. libertis, de leg. 2.* Alienatione ita probata, rem contra præceptum testatoris alienare non licet. Alienationis † pœna hæc est, vt reuo- 2
cetur alienatio ab his, quorum caussa alienatio probata est. Perinde est enim, quasi testator his personis fideicommissum dedisset, si res vetita alienari alienata esset, secus quam testator prohibuisset. Proinde re alienata hæ omnes personæ ad fideicommissi persecutionem vocantur. Et si sint plures gradus earum personarum, hi vocati intelliguntur, qui sunt primi gradus, *d. l. vnum. §. vlt. de leg. 2.*

Sed cum hæc persecutio & reuocatio rei alienatæ constituta sit eorum tantum gratia, quibus testator consultum voluit, † e- 3
uenit interdum, vt quamuis res alienari prohibita alienetur, tamen venditio & alienatio rata sit, nec possit reuocari, quod hoc rescripto declaratur. Id autem contingit duobus casibus hic cõprehensis. Vnus est, si omnes, qui facta alienatione vocabantur ad persecutionem fideicommissi, rem vendiderunt, vt puta prohibitus est heres fundum alienare extra familiam, & alienauit, omnibus, qui sunt ex familia, fideicommissi persecutio competit. Dicimus, si hi omnes fundum vendiderint, venditionẽ reuocari non posse: cuius sententiæ ratio hæc est, quoniam si quis ex his

his venditoribus potest rem venditam reuocare fideicommissi iure, necesse est, vt aut partem à se venditam, aut partem ceterorum reuocare non possit, quia vendidit, & si alius eam partem euicisset, is, qui vendidit, de euictione teneretur, *leg. ex emto. de actio furt.* Ergo si ipse eam partem vindicet, vt euincat, multo magis exceptione remouebitur, *l. vindicantem. de euiction.* Nam si emtori re euicta vltro actio datur aduersus venditorem, multo magis venditore rem euincente, dabitur emtori aduersus euictionem exceptio. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem quis competere dixerit, *leg. inuitus, §. 1. de regul. iuris.* Partem ceterorum, quibus fideicommissi persecutio competebat, reuocare non posse, tametsi partem ceterorum non vendidit. Nam in hoc genere fideicommissi hi solum ad fideicommissi persecutionem inuitantur, qui iudicio defuncti paruerunt, id est, qui & ipsi partem suam non alienarunt. Indignus est enim iudicio defuncti, qui contra iudicium defuncti facit, *dict. leg. cum pater. §. libertis, de leg. 2.*

4 Alter † casus est, si hi, qui ad fideicommissi persecutionem inuitabantur, non vendiderunt quidem, sed venditori consentiũt, vt si heres prohibitus sit fundum alienare extra familiam, & ipse vendat familia tota consentiente: aut si tribus legatus sit fundus, & singuli prohibiti vendere, nisi collegatariis, vnus autem suam partem vendat ceteris consentientibus, qui consenserunt fideicommissi persecutionem non habent, aut certe exceptione pacti ab emtore repelluntur.

Exceptio est sumta ex edicto prætoris de pactis, quo prætor pollicetur se pacta seruaturum. Vnde sumtæ sunt hæ regulæ: Licere vnicuiq; suo iuri renuntiare. Item, licere vnicuiq; futuri iuris persecutionem & præsentis deteriorem pacto constituere, *leg. pactum. Digest. de pact. leg penult. supr. de pactis.* Item illud: Remittentibus actiones suas non dari regressum, *leg. quæritur, §. si venditor, Dig. de ædilit. edict.* Hæc enim sunt consequentia edicto, seruari pacta.

Ad L. Post mortem, 12.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Rufino.

Post mortem suam rogatam restituere hereditatem, defuncti iudicio, & antequam fati munus impleat, posse satisfacere, id est, restituere hereditatem quarta parte vel retenta, vel omissa, si voluerit explorati iuris est. PP. Id Octob. Peregrino & Aemiliano Coss. 245.

SVMMARIA.

1 *Mulier heres instituta, & post mortem suam hereditatem restituere Titio rogata, si viua, detracta quarta ex Senatusconsulto, fideicommissum restituere velit, an possit.*
2 *Verba,* post mortem tuam, *quid significent.*
3 *Natura non est solutio, nisi eius, quod debetur.*
4 *Restitutio fideicommissi ante mortem heredis in quibus caussis alijs noceat.*

1 HEres mulier instituta est, rogataque est restituere hereditatem post mortem suam Titio. Viua mulier † fideicommissum restituere vult, detracta quarta ex senatusconsulto, quæritur, an possit? non quatenus de voluntate Titij, nam constat volenti restitui posse, sed quæritur, an possit restitui inuito, quasi id sit ex voluntate & iudicio defuncti. Quid dubitationem faciat, mox dicemus. Hic respondetur, etiam ante mortem mulierem fideicommissum restituere posse ex senatusconsulto, & quidem ita, vt iudicio defuncti satisfaciat. Huic sententiæ videtur refragari certa ratio iuris ciuilis & nominatim, & præterea *l. sed & si alio. 9. §. vlt. l. sed etsi ante seq. ad Treb.* Quæ ratio aduersatur huic sententiæ. Vt intelligatur, sciendum est, hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituas,* esse conditionale. Nam
2 † hæc verba, *post mortem tuam,* valent, postquam mortua fueris. Hæc adiectio habet diem incertum. Dies incertus in testamentis conditionem facit. Itaque perinde hoc fideicommissum accipitur, quasi ita dictũ esset: *Restituas, si mortua fueris,* nempe per heredes tuos, *leg. dies. de condit. & demonstr.* Ideo diserte scriptum est *in leg. 4. quando dies leg. ced.* hoc genus fideicommissi esse conditionale, & si Titius fideicommissarius viuente herede decedat, neque fideicommissario, neque eius heredibus quicquam deberi. Hoc posito consequens est, hoc fideicommissum ante mortem heredis restitui non posse hac ratione: Quod non debetur, solui non potest, quia † natura non est solutio, nisi eius, quod debetur, *tit. Institut. quib. mod. toll. obl. in pr.* 3 Quod autem sub conditione debetur, id pendente conditione non debetur *l. cedere diem, de verb. sig.* Ergo pendente conditione solui non potest. Iam vero hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituis,* habet conditionem, *si morieris.* Ergo ante mortem restitui & solui non potest, *l. sed etsi. 9. l. seq. ad Trebell.* Diserte scribitur, fideicommissum conditionale pendente conditione resolui non posse, & si forte volente fideicommissario restitutum sit, actiones in fideicommissarium non transire, quia non sit restitutum, vt testator voluit. Respondeo primo ad rationem, quam initio posuimus: fatemur quod sub conditione debetur, quemadmodum pendente conditione non debetur, ita nec pendente conditione solui posse. Idque non tantum in certis obligationibus admittimus ex supetiore ratione, sed in fideicommisso, *ex dict. leg. 9. §. vlt. D. ad Trebell.* Sed hoc dicimus: Fideicommissum hoc *post mortem heres restituas,* hactenus esse conditionale, quatenus heres viuus fideicommissum non restituit: quod si valet restituere, non est fideicommissum conditionale ex voluntate & iudicio defuncti, qui voluit licere heredi etiam ante mortẽ suam restituens. Id probatur liquido ex verbis huius rescripti, vbi dicitur, heres ante mortem fideicommissum restituere, satisfacere iudicio defuncti, id est, voluntati, ergo testator volebat fideicommissum id etiam ante mortem restitui posse. Idem probatur apertius ex *l. patrem, quæ in fraudem credit.* Vbi in hac ipsa specie respondetur, heredem, qui ante mortem suam fideicommissum restituit, plenam fidem & debitam pietatem restitutionis sequi. Ergo fides heredis erat, vt si vellet ante mortem restitueret: ergo ante mortem si restituit, pie facit, satisfaciens voluntati defuncti. Sic fit, vt dum heres vltro fideicommissum hoc restituere vult, intelligatur fideicommissum ex voluntate defuncti purum esse, non conditionale. Idque ex genere conditionis facile intelligitur. Nam cum testator voluit heredem non restituere, nisi post mortem suam apparet conditionem adiecisse heredis caussa, vt viuus hereditate frueretur: sed hac conditione, vt non inuitus vellet: nam inuito beneficium non datur, *l. inuito. de reg. iur.* Proinde, si voluit hereditatis commodo frui, testator hoc animo est, vt velit illi licere restituere hereditatem fideicommissario, cui post consultum volet.

Ex his responsum *ad leg. 9. §. vlt. & leg. seq. ad Trebellian.* Fatemur enim, vt supra dictum, fideicommissum sub conditione relictum, pendente conditione restitui non posse. Sed iam dixi, fideicommissum, de quo agitur, non esse conditionale, vbi heres ante mortem vult restituere fideicommissum. Hinc consequens est fideicommisso ante mortem heredis restituto, omnia locum habere, quæ haberent, si post mortem restitutum esset ex Senatusconsulto. Primum cum ante mortem heres restitueret fideicommissum, quartam detrahere poterit, si volet. quod hic scriptum est, & tamen non potest, nisi ex Senatusconsulto detrahi, *§. sed quia hered. Institut. de fideicommiss. hered.* Eadem ratione & restituta hereditate transibunt actiones in fideicommissarium, propter quod restituitur hereditas, vt testator voluit, quod quotiescunque fit, transeunt actiones, *ex dict. leg. sed etsi 9. ad Trebell.* Restitui autem fideicommissum ex voluntate testatoris, etiam ante mortem supra ostendimus. Et probat hoc rescriptum, *& dict. leg. patrem quæ in fraud. credit.* Quod tamen dicitur in hac specie, fideicommissum ante mortem heredis restitui, sic accipiendum est, nisi restitutio noceat aut fideicommissario, aut aliis, quibus testator eodem fideicommisso consultum voluit.

Fideicommissario nocet restitutio, si is ante mortem heredis sit in patris potestate. Nam si tunc fideicommissum restituitur, non filio acquiritur restitutum, sed patri per filium. Proinde placet hoc casu exspectandam esse mortem heredis, quia fieri possit, vt interim filius sui iuris efficiatur, atque legatum sibi acquirat, nõ patri. Aut certe esse exspectandum, donec filius liberetur patris potestate ante mortem heredis, *l. filiusfam. §. diui. 1. de leg. 1.* Restitutio fideicommissi † ante mortem heredis, nocet aliis in 4
his caussis tribus, si heres rogatus sit fundum restituere pluribus, puta primo, secundo & tertio, & viuus partem restituat primo, deinde primus viuo herede decedat. Nã hoc modo futurũ est, vt

restitu-

restitutio huius partis noceat eius collegatariis, quia si fideicommissum restitueretur post mortem heredis, totus fundus pertineret ad duos reliquos collegatarios, & pars deficientis illis accresceret. Proinde placet hoc casu idem iuris statuēdum esse, nec liberari heredes heredis, nisi solidum fundum reliquis duobus collegatariis superstitibus restituant. Nocet præterea restitutio aliis in hac specie, cum heres rogatus est post mortem suam restituere fideicommissum ei ex filiis, cui volet, & viuus vnum ex filiis eligat, cui restituit. Nocet hæc restitutio aliis, quia si mors heredis exspectaretur, aut illud tempus, cum heres moreretur, fortasse vel heres, vel heredes eius alium ex filiis eligerent. Proinde recte quoque hoc casu placuit electionem ante mortem nō exstingui, *l. cum pater, §. hereditatem & à filio, de legat. 2.* Postremo restitutio aperte nocet aliis in hac specie, cum heres rogatus est, fideicommissum post mortem suam restituere primo, & si primus viuo herede decederet, rogatus est restituere idem Sempronio. Hic, inquam, aperte nocet restitutio Sempronio, si heres restituat fideicommissum ante mortem primo, & primus viuo decedat herede. Nam ex conditione substitutionis fideicōmissum ad Sempronium pertinere, deinde post mortem heredis. Quapropter recte hic quoque est responsum, si heres restituat fideicommissum primo ante mortem & primus decedat viuo herede, heredem fideicommisso non liberat, *l. vxorem. §. Seium. de leg. 3.*

Ad L. Quoties. 13.

Iidem A. & C. Sempronio.

Quoties principali loco heres institutus testatori succedit: legata, seu fideicommissa à substituto data posci iure non possunt. PP. 8. Calend. Martij Præsente & Albino Coss. 247.

SVMMARIA.

1 *Legata à substituto relicta an debeantur.*
2 *Institutus, qui hereditatem defuncti totam obtinet, an legata ex iudicio defuncti præstare debeat.*

TEstator primum heredem instituit, & ab eo ita legauit, *Peto à te primo, vt fundum Tusculanum Titio restituas.* Primo secundum substituit, hoc modo: *Si primus heres non erit, secundus esto*, & à secundo ita legauit: *Rogo te secunde, vt 100. Sempronio des.* Primus heres exstitit, quo factum est, vt excluderetur secundus, itemque substitutus, *leg. post aditam, supra, de impuber. & aliis substitut.* Quæsitum est, † an legata à substituto relicta debeantur? Hic scriptum est non deberi, & constat non deberi à substituto, quem hereditate exclusum esse dicimus. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui posse constat, *leg. ab eo, supr. h.*

Sed quæritur, † an institutus, qui hereditatem totam obtinet, hæc legata ex iudicio defuncti debeat præstare? Mouet dubitationem ius conditutum de substituto. Nam quoties edito testamento quidam sunt instituti, quidam substituti, placet deficientibus institutis legata ab his relicta, ab substituto præstanda esse, *leg. licet. de legat. 1.* Idem è conuerso dici debuisse videtur, vt legata à substituto relicta etiam ab instituto præstanda sint. Aduersus quam dubitationem hoc rescripto cauetur in totum, legata à substituto relicta non deberi, vt intelligamus neque à substituto deberi, qui nihil accepit, neque ab instituto deberi, qui nihil accepit, neque ab instituto, à quo relicta non sunt. Differentiæ ratio est, quia substitutis substituitur in locum primi heredis, quo fit, vt non solum in ius, seu commoda, sed etiam in incommoda succedat. Institutus autem non substituitur in alterius locum, vt proinde ex persona alterius nihil præstari debeat.

Ad L. Eam, quam. 14.

Impp. Valerianus & Galienus AA. Falconi.

Eam, quam frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hereditate decesserit: cum tamē simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precarijs testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos, nihil prohibet fideicommissum petere, vel ab ipsius heredibus, vel ab his, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere: cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cum illa ipsa data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta heres non fuerit iure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit: & consequenter ipsius heredes petitione fideicommissi respondere coguntur. PP. XIIII. Cal. Decemb. Valeriano III. & Galieno II. Coss. 256.

SVMMARIA.

1 *Facti species ex verbis rescripti sigillatim demonstrata.*
2 *Dubitandi in proposito caussa, & ex his quæstio.*
3 *Hereditate simpliciter iussa restitui quibusdam, omnes heredes rogatos videri de ea restituenda, scriptos si hereditatem adierint, & his non adeuntibus heredes legitimos. & num. 8.*
4 *Generalem & indefinitam orationem de restituenda hereditate id efficere, & quo exemplo.*
5 *Directam substitutionem non adita hereditate euanescere, fideicommissariam manere, si testator hoc animo fit, vt hereditas sua restituatur à quibuslibet heredibus: differentiæ ratio exposita.*
6 *A legitimis heredibus qui quid præstari iubet testamento, satis declarat se velle, vt ea scriptura in eum casum habeatur pro codicillis.*
7 *Adoptata puella si à patre instituta esset, futurum fuisse, vt viua omnimodo patri demortuo, heres exsisteret. quo casu fideicommisso obligari, quam recte hic dicatur.*
8 *Summa rescripti.*
9 *Regula iuris, ea, quæ testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere, quam rationem habeat.*
10 *Hactenus iure communi veram esse, nisi testator velit scripturam testamenti pro codicilli valere, aut quod idem est, velit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab heredibus legitimis præstari.*
11 *Hinc exceptiones variæ ex eodem fonte natæ iure communi? & quæ sint.*
12 *Eiusdem regulæ & iure singulari quasdam exceptiones esse, tum quæ in hoc numero habendæ sint, aut non sint.*
13 *Lectio vulgaris vitiosa,* Eam quam, *& non aliter recte legi posse, quam,* Ea, quam.

TEstator puellam † adoptauerat, sed non iure, vt postea compertum est. sic enim Falco consultor asseuerabat, vt indicat extremum rescripti. Finge testatorem absentem arrogasse, vel testatorem gessisse tutelam puellæ: quibus casibus arrogatio non valet. *l. neque ei. l. neq; absens. & l. seq. D. de adop.* Is testator, siue quod puellam haberet pro iusta filia, siue quod putaret filiam non esse, eam heredem testamento instituit, non vt filiam, id est, non ita, vt filiam nominaret, sed solum illam heredem instituit suo nomine, vt patet ex his verbis, quæ sunt in principio: *Ea, quam frater tuus heredem instituerat.* Quod dicimus, vt sciamus eam puellam potuisse hereditatem adire, si vellet: quæ alioqui non potuisset, si vt filia fuisset instituta. *l. 5. supr. de testam. l. nec apud, supr. de hered. inst.* Hoc amplius testator voluit eodem testamento ei puellæ quosdam esse substitutos, puta Primum & Secundum. Ei, subintellige *mortuæ*, quod intelligitur ex his verbis rescripti, *peti fideicommissum potest vel ab eius puellæ heredibus.* Non sunt heredes, nisi demortui. Item dicitur in extremo, *si heres factus decesserit.* Sed testator voluit ei substitutos quosdam verbis precariis, vt adiicitur in rescripto, id est, verbis fideicommissi, quæ verba quæ sint traditur *in §. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Itaq; hic sensus est: testator voluit quibusdam hereditatem suam restitui. Adiicitur in rescripto, testatorem voluisse quosdam esse puellæ substitutos, antequam intra duodecimū annum decederet. Nam diximus hos esse substitutos non viuenti, sed mortuę. Adiicitur amplius, esse substitutos simpliciter. Quod habet hanc sententiam? testatorem ita voluisse hereditatem restitui, si puella intra duodecimum annum decessisset, vt cum id dixisset, nihil amplius adiiceret, sed solū diceret se velle hereditatem illis & illis restitui. Ita in summa institutio & fideicommissum testamento relictum sunt eiusmodi: *Sempronia puella mihi heres esto: si Sempronia intra duodecimum ætatis annum decesserit, volo hereditatem meam restitui Primo & Secundo:* vt intelli-

intelligamus hic non fuisse substitutionem directam, sed fideicōmissum, quod testator voluerit relinquere nō ab hoc, vel illo herede, sed simpliciter restitui, quisquis heres eam hereditatem obtineret. Dicitur autem hoc fidecommissum substitutio, & fideicommissarij dicuntur hic substituti, quia etiam fideicommissum substitutionis nomine continetur, diciturque vsitate substitutio fideicommissaria. *l. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. subst.* Mortuo testatore, post etiam puella intra duodecimum annum decessit nō adita hereditate, vnde quæstio maxime huius loci, vt declarant ea verba rescripti: *Nam quod traditur.* Hinc enim euenit, vt cū puella non esset sua heres defuncti, vtpote non legitime adoptata, & extranea hereditatem non adierit: euenit, inquam, vt non quæsita hereditate decesserit: & simul vt testator decesserit intestatus, vtpote, testamento eius, nemine herede exsistente, irrito facto, vt est definitio intestati *in Inst. de hered. quæ ab intest. def. in pr. l. 1. in fi. D. de iniust. rupt.* Intestati hereditas post filios & parentes ad proximos agnatos & cognatos pertinet. *Inst. de succes. cognat.* in quo numero est defuncti testatoris frater Falco, qui eo nomine etiam fratris intestati hereditatem adiuit, & intestati iure eam hic obtinet. Fideicommissarij Primus & Secundus petunt ab eo, vt sibi restituat hereditatem ex caussa fideicommissi superioris, cuius conditio exstiterit.

2 Falco † negat fideicommissum se debere, & ita se tuetur. Fatetur fideicōmissum peti potuisse, si puella hereditate quæsita decessisset, siue quod exstitisset ipso iure heres, siue quod extranea hereditatem adiuisset. Nam hoc modo confirmatum esset testamentum, & per testamētum ea omnia, quæ testamento cauta essent, sic deinde puella hereditatem quæsitam transmitteret ad heredes suos, *leg. 1. sup. de iur. deliber.* Ab his fideicommissum recte peti potuit, quia videtur puella rogata esse, aut heredes eius. Nūc autem puella decessit non quæsita hereditate. Non enim exstitit ipso iure heres, quoniam non fuit filia defuncti, multoque minus in defuncti potestate, vtpote quæ non fuerit iure adoptata, vt intelligitur ex definitione suorum *in §. 1. Institut. de hered. quæ ab intest. & § fin. eodem titul.* Sed nec extranea hereditatem adiuit, de quo constabat. Hoc concesso, defendit se fideicommisso non teneri duabus rationibus. Vna est, quod etsi fideicommissum valeret tamen relictum non est à legitimis heredibus, cum consequens est fideicommissum tantum deberi vel à puella, vel à puellæ heredibus. Ipse autem puellæ heres non est, sed defuncti fratris, qui intestatus decessit. Altera, quod etsi fideicōmissum hoc nominatim relictum esset ab heredibus legitimis, tamen frustra relictum esset, quia non esset adita ex testamento hereditas. Efficiturque id regula iuris, qua traditur, ea, quæ in testamento relicta sunt, non valere, si ex eo adeatur hereditas. Quæ regula hanc rationem habet, quod non potest ex testamento quidquam valere, nisi aut tanquam ex testamento, aut tanquam ex codicillis. Sunt enim hæ tantum duæ species supremarum voluntatum *l. si idem. l. vlt. §. vlt. supr. de cod.* Testamentum irritum factum, vt testamentum valere non potest. nec potest valere vt codicilli, cum testator nominatim non cauit, vt tanquam codicilli valeret, *l. coherede. §. cum filiæ. D. de vulgar. substit. leg. 1. D. de iur. codicill.* Quæstio, an fideicommissum debeatur, & an à Falcone legitimo herede fratris peti possit?

3 Respondent † Imperatores, fideicommissum deberi, siue ea puella, quam testator instituit, decesserit quæsita hereditate, siue hereditate non quæsita: atque ita fideicommissum peti posse, vel ab eius puellę heredibus, vel ab iis, qui intestati hereditatem possident, qualis est Falco consultor: non tamen vt ab his, vel illis peti possit eodem tempore, sed diuersis, prout puella quæsita hereditate decesserit, aut non quæsita hereditate. Peti ab eius heredibus poterit, si ipsa heres exstitit. sic enim hereditatem quæsitam transmittit ad heredes suos: quam deinde illi possunt testituere. Peti autem potest ab heredibus legitimis defuncti, cum puella non quæsita hereditate decesserit. sic enim fit testator intestatus, vt proinde eius hereditas ad legitimos eius heredes pertineat. Neque vero tenentur restitutione fideicommissi, seu hereditatis, nisi heredes, qui hereditatem possident. Vtut autem ab his aut illis petitio futura est, illud manet, fideicommissum in proposito peti posse ab heredibus legitimis, si puella non quæsita hereditate decessit.

Ad primam defensionem Falconis respondetur in illis verbis *cum tamen simpliciter.*

4 Est enim † hic sensus: non obstat, quod fideicommissum relictum nō est ab heredibus legitimis. Sane enim expressim ab his relictum non est: sed generaliter satis relictum intelligitur. Nam testator simpliciter voluit, hereditatem suam restitui. Primo & Secundo, simpliciter, id est, generaliter & indefinite, sine expressione personæ, à qua hereditatem restitui vellet. Generali oratione omnes heredes continentur, ad quos ea hereditas peruenire potest, *argumento in l. si seruitus. D. de seru. vrb. præd.* Proinde continentur heredes tam puellæ, quam heredes legitimi defuncti. Idque simpliciter respondetur in hac specie, vt veteres responderunt in edicto: *Quod metus caussa.* Edictum ita scriptum est, *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. leg. 1. D. quod metus caussa.* Non dixit prætor, *quod gestum est ab hoc, vel illo*: non dixit, *ratum non habebo aduersus eum, qui vim fecit*, sed simpliciter & generaliter, *ratum non habebo.* Inde veteres edictum sic accepetunt, quasi polliceretur prætor, se ratum non habiturum aduersus omnes, qui commodum ex vi sensissent, quia edictum nō esset in personam, sed generaliter conceptum, & in rem, *leg. metū autem. §. vlt. ff. quod metus caussa.* Sic in proposito, quia testator voluit simpliciter hereditatem suam restitui, nec adiecit ab hoc, aut illo, intelligere debemus voluisse eum hereditatem suam restitui ab omnibus heredibus, ad quos ea hereditas peruenisset.

Secundam rationem & defensionem Falconis remouent Imperatores in illis verbis; *Tunc enim locum habet.* Est enim hæc sententia: quod diximus, etiam hoc fideicommissum peti posse ab heredibus, qui intestati bona possident, non est in eo metuendum, quod dicitur de viribus fideicommissi. Nam etiam tunc, cum puella non quæsita hereditate decessit, fideicommissum valet; quia testator ab intestato restitui voluit.

Non † obstat quod regulariter traditur, ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere. Nam id tunc locum habet, cum hereditas verbis directis relicta potuit adiri, supple *ex substitutione*: de quo genere hic agitur, id est, tunc locum habet, cum substitutio fuit directa, hoc modo: *si puella intra duodecimum annum decesserit, primus & secundus heredes sunto.* Idque hanc rationem habet, quod testator ex hac substitutione vult hereditatem suam capi ex testamento, quoniam institutio omnis nisi ex testamento, non valet. Quod si ex testamento, non vult hereditatem ab intestato capi. Pugnant enim ex testamento, & ab intestato, & si vni caussæ locus est, alteri locus esse non potest. *l. quamdiu potest. l. illud. ff. de adquirend. hered. l. ius nostrum de regul. iur.* Diuersum est, cum hereditas ex substitutione fideicommissaria ita data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda, aiunt Imperatores, id est, cum ita data est, vt præstari deberet ex voluntate defuncti etiam ab heredibus ab intestato succedentibus. quod hic factum est, vt supra demonstrauimus. Et habet hæc sententia hanę rationem, quod cum testator voluit hereditatem deberi etiam ab intestato, hoc ipso probauit, se velle tunc eam præstari, cum testamentum non valeret. Nam si valeret, vtique ab intestato hereditas non deferretur. *l. illud. ff. de adquiren. heredit.*

Sed hæret † adhuc hic scrupulus, quem imperatores attingere non videntur, quod fideicommissum hoc non potest deberi ab intestato, nisi ex codicillis. Sunt enim tantum hæ duæ species supremarum voluntatum, vt supra dixi. Iam vero non potest tanquam ex codicillis deberi, vbi testator non expressit, vt tanquam codicilli valerent. *dict. leg. coheredi. §. cum filiæ ff. de vulg. substit.* Verum satis hoc significasse intelligitur testator, cum voluit hereditatem etiam ab intestato restitui: non enim potest restitui ab intestato, nisi ex codicillis. Proinde hoc prius voluisse intelligitur, vt ea scriptura testamenti pro codicillis valeret. Nam quoties aliquid volumus, ea etiam omnia velle intelligimus, sine quibus ad illud prius peruenirī non potest, *l. 2. ff. de iurisd. d. l. illud. ff. de adq. hered.*

Sequitur in rescripto, *Quod rescripsimus.* Hæc verba subiecta sunt vitandæ reprehensionis caussa, quæ ex proximo responso oriri poterat. Est enim hic sensus: quod proxime diximus, in eū casum, quo puella hereditate non quæsita decessit, ne videatur, inepte dictum in puella, vt nunc proponitur, adoptata, quasi potius videatur dici debuisse, decessisse eā quæsita hereditate, quia si fuit iure adoptata, & mansit in potestate defuncti, etiam defuncto exstiterit sua heres, neque in eo desideret aditionem. *§. sui. Inst. de her. quæ ab intestat. defer. l. in suis. ff. de suis & leg. her.* Hoc enim rescripsimus, inquiūt, sequentes asseuerationem tuam, qui proposuisti puellam nō fuisse iure adoptatam. Quod si verum est, & non adita hereditate puella decessit, consequens est, eam non quæsita hereditate decessisse. Ad hanc consultationem tuam,

rescriptum nostrum accommodauimus. Ceterum si puella fuit iure adoptata, & in familia defuncti relicta est, hæc defuncto patri adoptiuo heres exstitit, ac propterea quæsita hereditate decessit: quo casu multo magis valebit fideicommissum, sed quod ab heredibus puellæ peti debeat, non à te, qui eius puellæ heres non es.

7 Quod † dicunt Imperatores, puellam hanc heredem factam decessisse, si is familia relicta fuit, sic iure plenius colligitur, quod paulo ante obiter attigi. Si puella iure adoptata est à defuncto, fuit olim in defuncti potestate. Vt enim natura iusti liberi fiunt nuptiis, sic iure ciuili adoptione: & vtroque modo liberi subiciuntur patris potestati, *l.1.ff.de adoption. Instit. eod. in pr.* vtque adoptiui dicuntur esse in patris adoptiui potestate: sic dicuntur esse in patris familia eodem sensu. Nam familia significat omnes personas, quæ sunt in alicuius potestate. *leg. pronuntiatio.* §.1.*ff.de verb. signific.* vnde dicuntur arrogati transire in ius & familiam patris arrogatoris. *l. penult.* §. *vlt.ff.de bon. poss. sec. tab.* Si puella semel potestati patris per adoptionem subiecta, in potestate & familia retenta est, apparet eam in potestate morientis patris fuisse. Retinetur autem in familia, si aperte non emancipatur à patre viuo, & in ciuitate manente. §. *præterea. Instit. quibus modis ius patriæ potestat. solu.* Qui liberi sunt in potestate morientis patris, hi sunt patri sui heredes, siue sint naturales, siue adoptiui. §.1.*Institut. de her. quæ ab intest.* Porro ius certum est, suos heredes statim heredes defuncto patri exsistere etiam inuito, multo magis ignorantes, vnde non solum impuberes, sed etiam furiosi statim sui heredes exsistunt. §. *sui. Inst. de her. quæ ab intest.* Recte igitur dicunt Imperatores, puellam hoc casu heredem factam decessisse. quæ ipso iure & statim heres facta est. Quod secundo loco significant puella ita herede facta fideicommissum deberi, manifestam rationem habet. Nam cum suus heres exsistit, testamentum confirmatur, vtpote quod heredem habere cœpit. *leg. cum quæst.* §. *sed esi quis. ff. de fidei. lib.* Confirmato testamento nihil dubij est, quin omnia valeant, quæ testamento relicta sunt. Quod dicunt tertio loco, hoc casu fideicōmisso respondere debere heredes puellæ, id est fideicommisso obligari, non Falconem consultorem, hoc quoque certa ratione iuris defenditur. Non enim possunt teneri ad hereditatem restituendam, nisi qui iure hereditatem obtinent. Cum autem puella semel heres exstitit, hereditatem sibi quæsitam ad heredes suos transmittit. *l. 3. supr. de iur. delib.* Quapropter non alij heredes obligari possunt, vt eam hereditatem restituant, quam heredes puellæ, ad quos hæc hereditas rediit.

8 His † cognitis statuatur iam rescripti summa, duabus his sententiis, velut capitibus comprehensa. Vna est, cum testator post mortem heredis instituti vult hereditatem suam quibusdam restitui, & ita vult, vt simpliciter dicat se velle eam restitui, id est generaliter & indefinite, non expressa persona heredum, à quibus fideicommissum restitui vellet, his verbis videri eum compendio sermonis rogasse omnes heredes, ad quos ea hereditas peruentura est, etiamsi sint heredes legitimi. Altera est, quoties testator fideicommissum præstari voluit, etiam ab intestato ab heredibus legitimis, toties etiam non addita ex testamento hereditate fideicommissum deberi, neque huc pertinere regulam iuris, quà traditur, ea, quæ testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas non valere. Quorum ratio est exposita.

Sed quoniam prius extra speciem huius loci statuitur superior regula, cuius velut quædam exceptio est, quod hic traditur, locus flagitat, vt in eam ipsam regulam hic inquiramus, videamusque, num extra hunc locum: sit perpetua, si non est, quas habeat exceptiones, & quam cum definitione generali iuris consentientes. Idque eo visum est faciendum diligentius, quod si vera sunt ea, quæ excipiuntur ab Accursio, & si recte ad hanc regulam accommodantur, innumeris in caussis hæc regula falsa est. Quod longe aliter se habet, quin ex illis exceptionibus quædam falsæ sunt, bona pars non modo à regula non recedit, sed etiam eam maxime confirmat. Sed & in illis, quæ veræ sunt, tradendis explicandisque, ne iuris ratio secum pugnare videatur, dexteritas quædam est: quæ bonis illis veteribus iniuria temporum sæpe defuit. hic maxime. Quare quæ ad rem pertineant, hic præcipue videndum puto.

Principio † regula hanc rationem habet quam dixi. Si quid testamento relictum valet, necesse est aut testamento valere, aut codicillis. Non enim pluribus modis supremæ voluntates valent. *l. vlt.* §. *vlt. C. de cod.* Hereditate non adita, atque hoc modo testamento irrito facto, ea, quæ testamento relicta sunt, certum est ex testamento, quod nullum esse cœpit, deberi non posse. Atqui non possunt deberi ex codicillis, quia testator testamentum facere voluit, non codicillos. *l.1.ff.de iur. codicil. l. ex ea scriptura. in pr. ff. qui testament. facere poss.*

Hoc † tamen posterius ita, nisi testator eam scripturam, quam pro testamento instituebat, voluerit etiam pro codicillis valere, idque testamento declarauerit. Tum enim commutata ratione superiore, fit iure communi, vt quæ ea scriptura relicta sunt, valeant tanquam ex codicillis, voluntate testatoris id postulante, quæ iam proprie non exceptio est regulæ, sed interpretatio. Exceptio est, si ad verba referas: interpretatio, si ad sententiam. quoniam sententia regulæ ad hunc casum non pertinet. Traditur autem hæc sententia multis locis. *l. vlt.* §. *1. supr. de cod. d. l. ex ea scriptura.* §.1. *ff. qui test. fac. poss. leg. coheredi.* §. *cum filiæ. ff. de vulg. subst.* Ergo idem iuris est, vbi testator voluit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab intestato ab heredibus legitimis præstari, quoniam hoc idem valet, atque si de codicillis expressisset. Neq; enim relicta deberi possunt ab intestato, nisi testamento irrito constituto, & id tanquam ex codicillis. expressa est rursum hæc sententia *in l. ex testamento. infr. hoc tit.* significatur *cn dict. l. ex ea scriptura, in fi.* item & *in hac l. ea, quam.*

Solum † hic videndum est, quando testator id, quod testamento reliquit, velit etiam ab intestato præstari. Nam quibus rebus id constabit, in his omnibus dicimus, id, quod relictum est, etiam non adita hereditate deberi, nempe ab intestato ex voluntate testatoris. Hæc autem voluntas testatoris intelligitur ex eo, si testator voluerit post mortem heredis instituti hereditatē restitui quibusdam, idque simpliciter dixerit se velle, nulla expressa persona heredum, à quibus restitui vellet. Nam his verbis indefinitis & generalibus intelligitur comprehendisse de omnibus heredibus, ad quos eius hereditas peruenisset. hæc est propria species huius rescripti. Idem de voluntate testatoris colligitur, tum testator testamento obnixe rogauit heredem suum, & per Deum, vt aliquid Titio præstaret. obnixæ voluntatis preces, inquit Papinianus, ad omnem successionis speciem porrectæ videntur. Ideo ex voluntate testatoris heres præstabit, non tantum si hereditatem adierit ex testamento, sed etiam si testamentum imperfectum sit, & adierit ab intestato. *l. cum pater.* §. *cum filius. ff. de leg. 2.* Eadem voluntas testatoris collecta est ex persona eius, cui testamento quid præstari voluit, si hæc duo concurrant, nempe si testator eam personam dilexerit vnice, & in legando eam dilectionem verbis significauerit. Quod placuit in persona eius testatoris, qui testamento alumnæ suæ libertatem dedit, & præterea quædam præstari voluit. in qua specie scriptum est *in l. in testamento. ff. de fid. liber.* non solum alumnæ libertatem constitutam esse, sed etiam ea, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse: reddita hac ratione, quia filius pius debuerit patris voluntatem sequi in ea, quam pater vnice dilexit, & alumnam nominauit. Probatur argumento *l. Antoninus. in fi. ff. de fidei. liber.* vbi si testator paganus iusserit seruum suum testamento liberum esse, & ei voluerit aliquid amplius præstari, placet hereditate ex testamento non adita, solam libertatem fauore libertatis ei seruari, fideicommissum autem ex testamento irrito non deberi. Cur hæc tam varie? quia testator neque hunc seruum dilexit, neque si dilexisset, de hac caussa dilectionis quidquam significauit verbis vt tunc fecit, cum aliquid puellæ legauit, & addidit, *alumnæ meæ.* In quibus omnibus caussis apparet, non nouas exceptiones regulæ nasci, sed declarari tantum, quando testator videatur voluisse à se relicta etiam ab intestato pręstari. Itaque summa huc redit, iure communi hereditate ex testamento non adita, nihil in eo testamēto scriptum valere, nisi testator, vt valeret, voluerit. quod duobus casibus velle intelligitur. vno, si nominatim *voluit* scripturam testamenti quouis iure valere. altero, si *voluit*, quod testamento relictum erat, etiam ab intestato præstari. quanquam vterque casus idem efficit. Nam qui vult scripturam etiam iure codicillorum valere, vult eam valere ab intestato, quia sublata caussa testamenti sola caussa intestati relinquitur: & vice versa, qui vult relictum ab intestato præstari, hoc ipso vult præstari ex codicillis, quia ex suprema voluntate nihil possit deberi, nisi aut testamento, aut codicillis, vt ante dixi.

Et † hæc iure communi ita sunt. ceterum singulari quodam & proprio iure receptum est, quibusdam in caussis, vt hereditate non adita nihilominus valeant, quæ testamento relicta sunt, etiam præter voluntatem testatoris, qui non voluit aliud facere, quam

quam testamentum. In quibus vere dixerimus consistere superioris regulæ exceptiones. Primum id receptum est in eo herede, qui testamento scriptus, ab intestato possidet hereditatem: si modo in fraudem omissa caussa testamenti possideat. quod edicto prætoris effectum est aduersus calliditatem heredum; *l. 1. ff. si quis om. caus. test.* Deinde generaliter constitutionibus Iustiniani receptum id est, quoties certis ex caussis rescinditur institutio, vt ea rescissa, hereditas ad alios, quam heredes scriptos pertineat. Rescinditur institutio constitutionibus Iustiniani, præteritis, aut immerito exheredatis liberis, vel parentibus. Rescissa institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis, nihilominus cetera testamento relicta firma manent. *auth. ex caussa sup. de lib. præt. vel exh.* Hæc exceptio continet speciem *l. cum mater. ff. de inoff. test. & l. vlt. ff. de her. inst.* vbi mater filiam præteriit aliis heredibus institutis, sed ideo, quia falso rumore allato audierat filiam decessisse. Placuit Principibus illius temporis, filiam heredem esse ex tacita voluntate testatricis, sed nihilominus legata debituram hac ratione, quod si mater sciuisset filiam viuere, eam instituisset. Iustinianus autem multo plus complexus est constitutione sua. Voluit enim institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis rescissa omnino legata deberi; etiamsi parens consulto filiam præterierit, aut exheredauerit. Proinde hac constitutione multo magis superior species continebitur: vt valde ineptum sit propter eam speciem nouam exceptionem fingere. Eadem constitutione continentur legata, quæ petita bonorum possessione contra tabulas ex edicto præstanda sunt certis personis, nempe parentibus & liberis. de quo *in l. 1. ff. de leg. præst.* Et enim constitutione efficitur, vt petita bonorum possessione contra tabulas ex caussa præteritionis legata præstentur omnibus, non tantum parentibus & liberis, sed etiam maxime extraneis. Quare ne in his quidem legatis, quæ ex edicto præstanda sunt parentibus & liberis, nouam exceptionem introducere oportuit. Rescinditur præterea institutio, si liberi, vel cognati captiuum testatorem non redemerint, aut redimendum curauerint, ita vt ex hac caussa exheredari possint. Hoc amplius etsi sint heredes instituti, placet eos, qui in suprascripta caussa sint, ad hereditatem non admitti: vt necesse sit hereditatem ab his adiri non posse. Et tamen hoc placuit cum hac exceptione, vt legata eo testamento relicta præstentur, *auth. si captiui. sup. de Episc. & cleric.* Rescinditur etiam institutio alia constitutione Iustiniani ex hac caussa, si liberi parentem furiosum neglexerint, aut contra. Itaque quamuis ante furorem filius institutus esset à patre; tamen ob hanc caussam heres non erit patri. Sed ita, vt placeat nihilominus cetera firma manere. *auth. liberi furiosi. sup. de epis. aud.* quæ tria ad vnam illam exceptionē generalem pertinent, quam secundo loco posui, & iure singulari constituta esse apparet. Postremo singulari iure receptum est in libertate, quæ testamento perfecto relicta est, vt hæc debeatur, quamuis ex testamento adita non sit hereditas. *l. Antoninus. in fi. ff. de fideicom. liber.* Quo exemplo recte defendetur etiam, hereditate ex testamento non adita deberi ea, quæ ad pias caussas relicta sunt, puta in pauperes, aut in institutionem iuuentutis. Pietatis enim caussa non minus fauorabilis est, quam libertatis. Ad superiorem regulam non pertinent eæ caussæ, ex quibus hereditas heredi tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur. Nam in his caussis omnibus heres, quamuis indignus, nihilominus heres est, & hereditatem recte adit ex testamento, licet ei tanquam indigno postea auferatur hereditas. *l. ex facto. §. vlt. ff. de vulg. subst.* Et quamuis heres scriptus non adierit, tamen fiscus in eius locum succedit, & tanquam si heres institutus esset, sic hereditatem potest adire, vt iure priuati heredis in eo vtatur. *l. fiscus. ff. de iur. fis.* Ita etiam secundum suprascriptam regulam, cum hereditas ab indigno fisco vindicata est, nihilominus legata debebuntur à fisco, quia hereditas adita est. *l. 3. §. cum ex caussa. ff. de iur. fis.* Quocirca male ex superiore regula excipitur species. *l. 3. ff. de his, quæ in test. del.* vbi si testator nomen heredis induxerit consulto, placet sic institutiones in eo herede non valere, vt nihilominus legata debeantur. Etenim in hac specie hereditas heredi, cuius nomen inductum est, tanquam indigno aufertur, & vindicatur fisco, nēpe quia ex testamēto prius adita est. *l. cum quidam. ff. de his, quæ vt indig. auf.* Nihilo rectius excipitur species, *l. 1. §. sed si legatum. ff. si quis aliquem test. prohib.* vbi placet, si quis prohibuerit aliquem libere testari, & heres sit institutus, & ab eo relicta legata, hereditatem ei tanquam indigno auferri, & nihilominus legatum præstari debere. Eadem ratio est, *l. cum fisco. ff. de sen. Syllan.* vbi ideo heredi hereditas tanquam indigno aufertur, & adiicitur fisco, quia non est vltus mortem eius, cui successit. Regula superior concepta est de eo testamento, ex quo non est adita hereditas. In suprascriptis autem caussis hereditas aditur, vel ab herede scripto, vel à fisco: vt appareat, quod diximus, has caussas ad regulam non pertinere. Neque vero nisi ineptissime à regula excipi potest, quod regula non continetur: vt ridiculus sit omnino, si quis dicat, se legare libros suos omnes, exceptis lapidibus, qui sunt in cœnaculo.

Expendenda † est lectio, quæ est in principio rescripti. Vulgaris lectio est, *Eam, quam.* Alii legunt, *Ea, quam*, Prior lectio defendi 1
nullo modo potest, neque recto ordine sermonis, neque figurato. Nam si recto sermone, ita legimus; *Nihil prohibet eam fideicommissum petere, quam frater tuus instituerat heredem*; sententia aperte falsa est. Non enim ea puella fideicommissum petit, cui fideicommissum relictum non est, sed fideicommissarii ab ea petunt. Quod si legimus; *Nihil prohibet fideicommissum peti eam*, pro *ab ea, quam frater tuus heredem instituit*: hic quoque sententia manifeste falsa est, & aliena. Nam proponitur in rescripto puella iam decessisse, à puella autem mortua fideicommissum peti non potest; etiamsi proponeremus eam adhuc viuentem rogatam restituerē hereditatem fideicommissariis. Deinde repugnat contextus & structura orationis, quo minus ita interpretemur. Sequitur enim continenter, nihil prohibet fideicommissum peti vel à puellæ heredibus. Dicendum igitur prius fuisset, *nihil prohibet fideicommissum peti vel ab ea puella, vel ab eius heredibus*, vt sic oratio cohæreret casibus. Sunt, qui lectionem defendant figura orationis Græca, vt sit, *eam, quam*, pro, *quam eam*, vt in illo loco Virgilii:

Vrbem, quam statuo, vestra est.

quod defenditur conuersis verbis, vt sit, *quam vrbem statuo, vestra est.* Sed in verbis huius rescripti nihil est simile. Recte enim & naturaliter dicimus, *quam vrbem*, vbi adiectiuum & substantiuum naturaliter coniunguntur. At *quam eam*, nullo sensu; nulla ratione sermonis recte dicere possumus, vbi vtrumque est adiectiuum. Restat igitur, vt legamus, *ea, quam frater tuus.* Estque hæc structura orationis: *Siue ea, quam frater tuus instituit, quæsita, siue non quæsita hereditate decessit, nihil prohibet fideicommissum petere substitutos vel ab eius puellæ heredibus, vel ab iis, qui bona intestati tenent, dum testator voluit ei quosdam substitutos, idque verbis precariis, & simpliciter.*

Ad L. Quamuis. 15.

Iidem A. Philocrati.

Quamuis simpliciter te ac fratrem tuum aliquis instituerit heredes, eiusque hereditatis commodum pater ex tua fratrisque persona pro portionibus vestris potestatis ratione quæsierit: tamen quia inferioribus verbis testamenti vos sui iuris facere testator curauit, intelligi potest restituendæ hereditatis commodo fideicommisso patrem obstrictum esse. PP. 6. Idus Octob. Romæ Maximo II. & Glabrione Coss. 257.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis, & quid in ea iuris. & num. 2.*
3 *Quicquid in testamento lege pactoue cauetur, vel adiicitur, id semper ita accipiendum est, ne superuacuo, aut inutiliter cautum sit.*
4 *Pater rogatus emancipare liberos, an cogi possit, vt emancipet.*

TEstator † duos filios Titii, in patria potestate constitutos, 1
heredes instituit, & rogauit Titium patrem, vt filios emanciparet: de hereditate autem à Titio filiis restituenda nihil adiecit, & ita filios hos instituit simpliciter, vt in principio huius rescripti dicitur, id est, tantum instituit, non autem hoc amplius eos substituit patri per fideicommissum. Mortuo testatore filii iussu patris Titii hereditatem adierunt, ita hereditas iure patri quæsita est, olim quidem in totum, *l. placet, de acquirend. hered.* nunc autem ex constitutione Iustiniani ad vsum fructum, dixi §. 1. *Instit. per quas personas leg. cum oportet infr. de bon. quæ lib.* Proinde pater voluntatē testatoris secutus vltro liberos emancipauit. Emancipati petunt

à patre, vt sibi hereditatem restituat. Obstant liberis duo. Primo, quod hereditas est patris, nempe iure potestatis per filios illi quæsitæ. Deinde, quia pater non est illis obligatus, nam non est rogatus quicquam à testatore liberis restituere.

2 Consulti † Imperatores respondent, patrem filiis fideicommisso obstrictum esse commodo restituendæ hereditatis: commodo, id est, ad commodum hereditatis, more Latino id est, in hoc, vt restituatur hereditas patri quæsita. Non obstat, quod hereditas patris est vel in solidum, vel ad vsumfructum vius: non enim liberi petunt eam tanquam suam, sed iure fideicommissi: fideicommisso autem relicta est liberis. Non obstat, quod liberi sint simpliciter instituti, vt in principio dicitur, id est, ita instituti, vt nullum fideicommissum, nulla substitutio fideicommissaria adiecta sit. Nam etsi verbis aperte de fideicommissio cautum & comprehensum non sit, tamen satis comprehensum intelligitur hocipso; quod testator curauit liberos emancipari, id est, petiit à prætore, vt emanciparentur.

Sed vnde ex his verbis colligitur fideicommissum cum nihil commune habeat emancipatio cum restitutione hereditatis; nihil enim prohibet, quo minus liberi sint emancipati, & tamẽ hereditatem non habeant? Sed responsio sumitur ex regula, quæ generaliter est tenenda: Quicquid † in testamento lege pactoue cauetur, vel adiicitur, id semper ita esse accipiendum ne superuacuo & inutiliter sit cautum, *argumento in leg. si quando. de legatis 1. leg. 1. ad Municipal. l. item. §. vlt. de seruit. rustic. præd. leg. 3. in fin. de pact. & similib. locis.* At in specie proposita inutile est liberis caueri à testatore, vt emancipentur à Titio patre, nisi in hoc emancipentur, vt sui iuris facti hereditatem sibi habere possint, ita vt non acquirant patri. Nam sine hac interdum eis emancipatio nocet. Proinde hanc obiectionem sic accipiemus, quasi testator voluerit; filios emancipari, & emancipatos sibi obtinere hereditatem: quod quoniam facere non possint, nisi illis à patre hereditas restituatur, ideo necesse est patrem fideicommisso oneratum fuisse. Valde congruit in hanc sententiam *l. item de seruitut. rust. præd.* Constat autem etiam à patre, cui per filium est quæsita hereditas, legatum & fideicommissum relinqui posse, vt dictum *ad l. ab eo supr.*

Sed hæc ita sunt, si pater vltro liberos emancipauerit, vt proposuimus: quod si non emancipet, frustra liberi aduersus eum agent de eo, quod patri semper acquiretur, *l. lis nulla de iudic.* Ideo 4 † quæritur, an pater cogi possit emancipare, de quo dissentanea scripta videntur. Nam *in l filiusfamilias. §. vt quis de legat. 1.* nominatim est scriptum, patrem rogatum emancipare filios, non cogi, vt emancipet, quia potestas patria inæstimabilis res est. Contra *in l. si cui legatum. de cond. & demonstr. in pr. & extrem. legis,* scriptum est patrem liberos emancipare debere. Idque in specie hac constitutum esse. Sic hi loci conciliandi sunt: Pater, qui ex testamento aliquid consequitur, & rogatur filios emancipare iure fideicommissi, non tenetur, vt filios emancipet, id quod scribitur *in dict. l. si cui legatum, in princ.* In hanc sententiam scriptus est §. *vt quis. d. l. filiusfamil. de leg. 1.* Illic autem quæritur, an quod testator cauit in caussis illis propositis, tanquam fideicommissum peti possit: sed quod à patre tanquam fideicommissum recta peti non potest, id obliqua via ab eo peti potest & obtineri.

Obtinebitur autem his rationibus: Nam si patri quid legatũ, aut fideicommissum est, non cogetur heres præstare fideicõmissum, priusquam pater filios emancipauit, quasi relictum sit sub conditione, si filios emancipauerit. Sed etsi heres vltro fideicommissum præstitit, poterit à patre repetere, nisi ille filios emãcipet tanquam relictum sub modo, vt emanciparet liberos: quo modo non secuto, id, quod datum est, non repetitur. Hæc Vlpianus significat *in dict. leg. si cui legatum. vers. arbitror. autem.* Sed & liberi ipsi cum patre agere possunt, vt emancipentur; sed hac lege, si præter emancipationem pater rogatus sit, vt filijs quid restitueret. Nam propter hoc fideicommissum filiis relictum, quod vtiliter relictum est, fit per consequens, vt petere possint, vt emancipentur; quoniam sine emancipatione inutilis esset restitutio. Hæc autem erit condemnatio aduersus patrem, vt nisi emancipet liberos, & emancipatis restituat hereditatem, sciat se in posterum eius fideicommissi vsuras & fructus restituturum: ex qua sententia consequentur liberi, vt quandocunque mortuo patre integrum fideicommissum consequantur. Id autem declaratur *in dict. leg. si cui legatum. in fin.*

Ad L. Cum virum. 16.

Carus, Carinus & Numeria. AAA. Isidoræ.

Cum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoremus, etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi heres rogatus fuerit, quicquid ex hereditate ad eum peruenerit, post mortem restituere: animaduertimus etiam præceptionis compendium testatoris verbis, comprehensum esse, sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quã verba plerumque intuenda est: si quas pro rei veritate præterea prorationes habes ad commendandam hanc patris voluntatem, quam fuisse adseueras, apud præsidem prouinciæ experiri non vetaris. PP. Pridie Idus Nouembr. Caro & Carino. AA. Coss. 283.

SVMMARIA.

1 *Heres, cui prælegatum aliquid fuerat, rogatus à testatore restituere quicquid ex hereditate ad ipsum peruenerit: quæritur, an hereditatis verbo etiam prælegatum contineatur, & quatenus, num. 3. & 4.*

2 *Item, an eodem verbo donationes mortis caussa facta veniant.*

CVm duo sunt heredes instituti, & vni ex heredibus aliquid prælegatum est, id est, vnus iussus est ea hereditate aliquid precipere: si is rogetur à testatore, vt restituat alteri, quicquid ex hereditate ad ipsum peruenerit, cõstat his verbis cõtineri portionem hereditariã eius heredis; qui rogatus est restituere. Quæsitũ est, † an iisdẽ verbis etiã prælegata ei relicta cõtineantur, vt omnia restituere debeat iste heres? Finge hoc modo: Primus & secundus 1 heredes instituti sunt ex æquis partib. Fundus Tusculanus, qui testatoris erat, primo legatus est: Deinde is primus rogatus est, post mortẽ suam restituere secundo coheredi suo, quicquid ad ipsum ex hereditate peruenisset. Mortuo primo secundus fideicõmissum petit ab heredib. primi: hi restituere portionem hereditatis, quæ iure hereditario ad primũ peruenit, sed retinere volunt fundum Tusculanũ illi prælegatũ, quod nõ contineatur verbis fideicõmissi, Mouet dubitationẽ, quia verbo *hereditatis* videntur ea tãtum contineri, quæ ad primũ iure hereditario peruenerunt. Hic autem fundus ad eum peruenit iure legati. Placuit Papiniano, superiorib. verbis etiam prælegata contineri, cuius sententiam hoc rescripto confirmant Imperatores, & secũdum illam ius dici volunt, tanquã ea sententia pro iure certo obtineretur, vt etiã factũ legimus *in l. cum responso. sup. de leg.* Id autẽ recte statuitur: est enim ex significatione verborum, à qua non est recedendũ, nisi manifestum sit aliud testatorẽ sensisse, *l. non aliter, de leg. 3.* Nam fundus prælegatus est etiam ex hereditate defuncti morientis. Nihil ad rẽ pertinet, quod iure hereditario nõ capitur: nã non sunt relicta ea quæ iure hereditario capiũtur, sed quæ ex hereditate peruenerunt. Peruenit autẽ quicquã ex hereditate, quod est in hereditate quocunq; tandẽ titulo capiatur. Qua ratione † recte placuit superiorib. verbis donationes caussa mortis nõ cõtineri, veluti si pro- 2 ponas testatorẽ, dum viueret, quædã mortis caussa donasse, dicemus, si rogatus sit à testatore restituere post mortẽ suã, quod ad eum ex hereditate peruenirет, nõ cõtineri fideicommisso ea, quæ mortis caussa illi donata erãt, *l. sequens, de leg. 2.* Nempe ex eadẽ significatione verborum: Nã id ex hereditate est, quod est ex bonis, quæ quis moriẽs habuit, vt est definitio hereditatis *in l. nihil aliud, de verbor. significat. l. hereditas, de reg. iur.* Quod autẽ mortis caussa donatum est, proprie nõ est in bonis morientis. Nã iam testator viuus viuenti, præsens præsenti donauerat, *l. inter. de mort. caus. don.* Et hoc est, quod dicitur *in d. l. sequens,* ideo superiorib. verbis donationes mortis caussa nõ cõprehendi; quia non pertineant ad caussam bonorum, seu hereditatem morientis. Non obstat, quod dicitur, donationes caussa mortis per omnia legatis comparari, & quod in legatis iuris est, idem iuris esse in donationibus caussa mortis, *leg. illud. de mort. caus. don.* Nam hactenus id verum est, nisi testator aliud senserit. Aliud autem sensisse eum apparet, cum vsus est his verbis: *Rogo te, vt restituas, quicquid ex hereditate ad te peruenerit:* nam, vt dixi, quod antea mortis caussa donatũ est, nõ est ex hereditate, voluit igitur testator his verbis id cõtineri, ꝗ ante donatũ est. Quod † tamẽ dicitur hic his verbis 3 *quicquid ex hereditate ad te peruenerit,* contineri etiam prælegata, adiicitur in extremo rescripti, ita accipiendum esse, nisi & hic

& hic testator aliud senserit. Proinde si heredes primi, qui rogatus est, parati sint dicere, testatorem noluisse restitui prælegata, audiendi sunt. Sed tamen hoc testatorem sensisse probare debent. Finge testatorem, vel codicillis, vel epistola, vel apud alios testes voluntatem suam declarasse.

Sed obstant huic sententiæ verborum Imperatorum verba fideicommissi, quia superioribus verbis prælegata manifeste continentur. Respondetur, Imperatorum verbis quidem legata contineri, sed in fideicommisso magis voluntatem quam verba seruanda esse. Optime, nam in testamentis totum voluntas testatoris facit, vt est *in l. ex facto. §. rerum. de hered. inst.* idque si in aliis partibus testamenti valet, præcipue obseruatur in fideicommisso. *l. pen. de leg. 1. l. cum proponebatur, de legat. 2.* Idque ius perpetuum est, vbi constat voluntatem à verbis discrepare. summum est ex lege 12. tabularum, vti quisque legassit. *l. verbis legis. de verb. sig.* Id si ita est, cur in hac sententia exprimenda, voluntas magis, quam verba seruanda sunt. Addiderunt Imperatores, plerunque. Respondeo; Recte id additum esse, quia interdum æque verba, vt voluntas, seruanda sunt, quod tum contingit, cum verba congruunt cum voluntate. Ait vbi discrepabunt, quod plerunque accidit, semper seruabimus definitionem huius rescripti.

Hactenus sententia huius rescripti: cui tamen in eo, quod de prælegatis dicitur, hæc contineri superiori fideicommisso, contrarium videri potest, quod scribitur *in l. in fideicommissaria. §. vlt. ad Trebel.* vbi vnus ex heredibus, cui quædam prælegata erant, rogatus est restituere portiones hereditatis suæ, & placet id, quod legati iure à coherede accipitur, in fideicommissi restitutionem
4 non venire. Propter † eum locum monendi sumus, cum vnus ex heredibus cui aliquid prælegatum est, rogatur restituere portionem suam, quam accepit, multum referre, quibus testator verbis in eo sit vsus. Est enim in eo fere hæc varietas, interdum restituere iubetur heres, quicquid ad eum peruenit ex hereditate interdũ portionẽ suã, alias hereditatis portionẽ. His verbis; *quod ad te peruenit ex hereditate*, aperte cõtinẽtur omnia quæ sunt ex hereditate, quæ ad heredẽ peruenerũt; proinde & res ei prælegata; nam & hæ ex hereditate sunt. Eadem significatio est, & ius verborum, cum testator ita scribit: *portionem tuam restituas*, nam portio intelligitur non tantum hereditatis: sed etiam rerum legatarum, *l. 3. §. quidam ad Trebel.* Longe alia significatio est horum verborũ *restituas portionem hereditatis.* Nam portio hereditatis non habetur ab herede, nisi hereditario iure: legata iure hereditario non capiuntur. Ita manifestum est verbis huius fideicommissi, legata & fideicommissa ei prælegata non contineri in restitutione, *l. si Titius de legat. 3.*

Hinc si in specie proposita hic fundus primo heredi prælegatus sit, & iussus sit post mortem suam restituere portionem hereditatis, placet eius heredes retinere posse partem fundi, quam à coherede primus accepit iure legati, alteram autẽ partem fundi venire in restitutionem reliquæ hereditatis, quoniam hæc pars capta est à primo non iure legati, sed iure proprio hereditatis, hoc *in d. l. in fideicom. §. vlt. ad Trebel.* Interdum tamen in hoc genere fideicommissi, placet eam quidem partem prælegati fundi venire in restitutionem, quæ pars iure hereditario capitur, vt in specie *l. Titia. ad l. Falcid.* Quod tunc contingit, cum heres primo rogatur restituere portionem hereditatis, deinde fundus ei prælegatur. Nam hoc casu visum est testatorem fundum postea prælegatum ex restitutione fideicommissi exemisse.

Ad L. Si creditoris. 17.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Fortunato.

Si creditoris voluntas iure subnixa liberari te debito volentis doceri potest: etiam antequam solemniter tibi liberatio à successore præstetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere, manifestum est. PP. 12. Kal. Maii, Maximo II. & Aquilino Coss. 286.

SVMMARIA.

1 *Res incorporales recte legantur.*
2 *Liberatione legata, quis sit huius legati effectus.*
3 *Debitor quam habeat exceptionem aduersus heredem liberare nolentem.*

RES † etiam incorporales recte legari constat, *§. tam autem. de legat.* Hic placuit, si testator, idemque creditor debitori 1
suo liberationem leget, seu quod idem est, damnet heredem, vt liberet debitorem, vtile legatum esse placuit, tanquam re incorporali legata, nempe liberatione, *§. si quis debitori. Instit. de leg.* Liberatio est legata, de effectu legati quæsitum est, de quo hic cõprehensum. Hoc † effectu duo continentur, I. vt heres liberet 2
debitorem eo modo, quo iure liberari potest sine solutione. Id autem fit per acceptilationem, *§. item per acceptilationem. Instit. quib. mod. toll. obligat.* Id autem vt præstet heres, consequitur debitor actione in personam ex testamento. II. Sed etsi heres debitorem non liberarit, tamen hoc legato continetur, ne heres à debitore petat, in eamque rem est debitori aduersus heredem petentem exceptio. Sed sententia est comprehensa *in d. §. si quis debitor. non solum* & plenius exposita *de lib. leg.*

De priori effectu non dubitatur; nam aperte verbis legati cõtinetur, de posteriore dubitatur, nam secundum verba; nihil amplius continetur legato, quam vt heres debitorem liberet ipso iure, secundum quod efficitur, vt priusquam liberatio sit secuta, nihil contineatur legato, ac proinde debitor, vt ante, obligatus maneat. Respondeo, ex sententia verborum intelligitur posterior hic effectus. Nam si debitorem ipso iure liberari voluit, etiam debitum ab eo peti noluit. Hæc exceptio est secundum voluntatẽ defuncti. Sed † quæ hæc exceptio est, nam ex voluntate, 3
seu remissione creditoris solum legimus exceptionem dari pacti conuenti, *sub tit. de excep. Inst.* Voluntas autem suprema non est pactum conuentum, *l. hæc verba de verb. sig.* Respondeo, Exceptio hæc est, exceptio voluntatis supremæ, & ad reliquas exceptiones in Instit. comprehensas adiungi debet. Nam ex pacto conuento creditoris debitum remittẽtis nascitur debiti exceptio, quæ dicitur pacti conuenti. Idq; ob id, quia prætor pacta conuenta tuetur; *l. iurisgentium. §. sed cum nulla. §. ait prætor. de pact. l. 5. sup. de pact.* Ita verum est, ex voluntate testatoris remittentis debitum nasci debitori exceptionem, quia lex 12. tabularum, itidem supremam voluntatem tuetur, *l. verbis leg. de verb. sig.* Vt igitur prior dicitur pacti conuenti, quia ex pacto est, Sic superior recte dicitur supremæ voluntatis exceptio, quia ex hac voluntate nascitur.

Sed cur ante liberationem præstitam ab herede non liberatur debitor etiam ipso iure remissione testatoris, cum lex duodecim tabularum supremas voluntates omnino tales esse iubeat *d. l. verbis legis.* Respondeo, quia contra ius est id fieri: sic enim ius comparatum est, vt quibus modis quæque obligatio contracta est, iisdem modis dissoluatur in contrarium actis. *l. nihil tam naturale. l. seq. de reg. iur.* Porro debitor testatori obligatus est, aut consensu, aut stipulatione, aut re, aut maleficio, non autem supremæ voluntate, proinde contrariis modis liberetur necesse est, siquidem iure liberatum volumus.

Sed aduersus hanc subtilitatem iuris, placuit debitorem defendi exceptione opposita, vel pacti, vel supremæ voluntatis vel generali, doli mali. Sed cum secundum reg. iur. nihil interest, vtrum quis ipso iure non debeat, an per exceptionem liberetur, *l. nihil interest. de reg. iur.* cur hic & similibus locis, dubitatur, vtrum debitor; liberetur ipso iure, an per exceptionem. Respõdeo quia ad vim & effectum liberationis debitoris attinet, inter ista duo nihil interest, sed aliis in rebus differentia est, de quibus dictum *ad d. l. 5. sup. de pact.*

Ad L. Cum necessitatem. 18.

Idem AA. Apolausto.

Cum necessitatem reddendæ rationis defunctus remittendam tibi esse petierit: manifesti iuris est, voluntatem defuncti immutatam esse debere, PP. Idib. Mart. ipsis IIII. & III. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Tutor, curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione,*

rationes administrationis reddere coguntur.

2 *Remissa necessitate rationum reddendarum, rationes reddere non debent. Limitatur num. 3.*

4 *Remittens in futurum administratori necessitatem reddendæ rationis, si etiam de dolo remittendo sentiat, nihil agit.*

1 TVtor, † curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione rationes administrationis reddere debēt, in quo eo nomine tenentur, si quid non, vt oportet, gesserint, aut aliquid ex his negotiis retinuerint. In omnibus vt præstent & dolū suum & culpam, *l. 1. in pr. de tut. & rat. distrah. l. 2. de neg. gest.* Vti ceteri creditores debitorib. suis debitum remittere possunt, ex quauis alia causa, de qua proximo rescripto est dictum; sic possunt necessitatem remittere rationum reddendarum his, qui negotia ad-
2 ministrarunt, quo † facto hi, quibus necessitas hæc est remissa, immutata voluntate & versa, rationes reddere non coguntur. In eamque rem est constituta administratoribus aduersus eos, qui rationes exigunt, exceptio, de qua superiori rescripto dictum est. Hæc sententia non tantum pertinet ad præteritam administrationem, sed etiam ad futuram: vbi is, cuius tutela gesta erat, testamento facto vetuit à tutoribus rationem tutelæ præteritæ exigi, remissio citra controuersiam valet, quatenus tutor culpa quid peccauit. *l. Aurelio. §. vlt. de liber. leg.* Idem est dicendum, & si pater testamento filiis tutorem dedit, & iussit ἀνεκλόγιστον esse, *l. 5. §. quidam de admin. tut.* Quod posterius exemplum ad futuram tutelam refertur.

3 Sed † monendi sumus in omni hac remissione rationum reddendarum, semper dolum administratoris exceptum videri, vt comprehensum est duobus locis proxime iam citatis, & certe si de præterita administratione agitur, & testator remittit generaliter necessitatem reddendi rationem, de dolo tutoris sensisse nō videtur, *arg. l. tres fratres de pact. l. qui cum tutoribus, §. 1. 2. de transact.*

4 Qui † autem in futurum administrator remittit necessitatem reddendæ rationis, etiam si de dolo remittendo sentiret; tamē remissio nihil aget; quoniam eiusmodi remissio est turpis, quæ inuitat tutorem ad delinquendum. *l. iurisgentium. §. pactorum. de pact.* Præteritus dolus nominatim remitti potest, vt pactione sic testamento. *d. l. iurisgentium. §. si paciscar. de pact. l. 4. in fin. sup. de transact.*

Ad L. Clari. 19.

Idem AA. Ampliato.

Clari & aperti iuris est, in fideicommissu posteriore voluntates esse firmiores. PP. Id Septembr. ipsis AA. IIII. & III. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Regula, Nouissimam scripturam valere. & in fideicommissis, & in legatis, & in omnibus relictis testamento locum habet, exceptis libertatibus. & cur, num. 2.*

3 *Limitatio huius regulæ, & ratio limitationis.*

4 *In libertatibus si diuersæ sint scripturæ, seruatur ea, quæ libertati commodior est.*

1 NOn † in fideicommissis tantum, de quibus hic, sed in legatis & omnibus relictis testamento, exceptis libertatibus, hæc regula seruatur, nouissimā scripturā valere. Imo vtraq; dixerit aliquis, & prior & nouissima. Nam si testator in prima parte testamenti Titio quid legauit, in postremo eidē; vel alicui aliud quid legauit, constat hic testamento valere legata, ido; lege 12. tabularū efficitur, Vti quisq; legasset *l. verbis legis, de verb. sig.* Respondeo hoc ita est, vbi res diuersæ legatæ sunt, & diuersæ voluntates non cōtrariæ. Regula autem superior in contrariis scripturis locum habet, sed ideo id expressum non est superiori regula; quia satis ex aliis verbis intelligitur. Regula enim per comparationem concepta est, quæ comparatio solum pertinet ad res contrarias, quarū plus vna valere non potest. Et ideo per comparationem quæritur vtra potius, vel quæ potissimum ex pluribus valeat? Et respondetur nouissimam valere. Sed cur non æque prior scriptura valet, nam nouissima scriptura non alia ratione seruatur, quam quod testator voluit fieri, quod illic scriptum est, propter supra scriptā legem 12. tabularum. Ergo hac ipsa ratione priorem scripturam valere dixeris, quia in hac quoq; scriptura voluit quid fieri testator. Respondeo, ideo † nouissima scriptura potius valet, quia hæc 2
sola voluntas est testatoris. Prior autem scriptura voluntatem testatoris non continet. Nam testator priori contrarium scribēdo à priori voluntate recessisse intelligitur, veluti si ita scripserit: *Titio fundum Tusculanum do, lego*, deinde posteriore: *quod Titio dedi, non do, lego.* Hic apparet posteriori scriptura à priori voluntate recessum esse. Idemque conuersa scriptura dicendum est. Sed † regula, in dubia voluntate testatoris locum habet. Ceterum si testator aperte scripserit, quid de prima, aut nouissima scriptura fieri vellet, id sequentur, propter voluntatem, quam solum lex tuetur. Et ideo fit testator in priore voluntate dixerit, se nolle valere, quod postea sciebat, prior voluntas valebit, non posterior. Veluti si ita scripserit, *quod Titio infra legauero, neque do, neque lego*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego*, Dicimus legatum non valere sed priorem scripturam seruari lege 12. tabularum, *l. si ita 14. de leg. 1.* Hoc ideo, quia testator expressit, quid de prima & nouissima scriptura sentiret, & primam solam valere voluit. Et ob hanc causam etiam dicimus, quamuis testator priore scriptura derogauit posteriori, tamen ex voluntate eius posteriorem scripturā valere, si videlicet posteriori scriptura declarauerit, se prioris pœnituisse, Veluti si ita scripserit: *quod Titio infra do, lego, id dari ei nolo*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego, repudiata priori mea voluntate, qua dixi me illi dari nolle. l. si quis. in pr. 22. de legat. 2.* Quod rursum apparet responderi, propter manifestam voluntatem testatoris. In † libertatibus obtinuit, vt si de libertate sint contrariæ 4
scripturæ, ea seruetur, quæ libertati commodior est, seu prima, seu media, seu nouissima sit, *l. quod traditum, & l. seq. de cond. & demonst.* Fauor libertatis in caussa est, quia aliud hic placuit, quam in ceteris scripturis testamenti.

Ad L. Etiam. 20.

Idem AA. Iuliano.

Etiam à pupillorum tutoribus, velut ab ipsis relicta fideicommissa debentur. PP. III. Non. Decemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Quicquid à tutoribus pupillorum legatur, aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum, aut fideicommissum videtur, & cur.*

2 *Tria huius regulæ consectaria.*

1 REgula † iuris est, cum pupilli testamento heredes instituti sunt, & tutores pupillis dati, si quid à tutoribus legatur aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum & fideicommissum videri. Regula hic est tradita, item *in l. 5. sup. de reb. cred. l. peto. §. mater. de leg. 2.* Regula hanc rationem habet, quia tutores pupillorū personam sustineant, vnde pro pupillis esse dicuntur, domini autem sunt pupilli *l. tutorem qui tutelam, de administr. tut.* Ex † hac re- 2
gula tria sunt consequentia, in quibus cernitur vis & vsus huius regulæ. I. est, quamuis tutoribus testamento nihil sit relictum, tamen legata, aut fideicommissa ab his deberi, quod sine superiori regula non fieret. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui potest, vt alia regula iuris efficitur, *l. Labeo sup.* Sed regula superior facit, vt hanc obiectionem metuere non debeamus. Nam à tutoribus relicta, videntur à pupillis esse relicta. Hi autem heredes sunt instituti, vt proinde ab his quoque legata, & fideicommissa potuerint relinqui. II. Consequens est, legata, à tutoribus relicta, vti valent, sic deberi non à tutoribus, sed à pupillis, à quibus ea relicta videri dicimus. Id expressum est hic. III. consequens est, si à tutoribus, quibus nihil datū est, testamento aliquid relictum sit pupillis, fideicommissum non valere, *d. l. peto. §. mater. in fin. de leg. 2.* Idque hac ratione, quia quod à tutoribus relictum est, à pupillis ipsis relictum videtur. Hi autem sunt heredes; porro heredi à seipso relinqui non potest, *l. legatum. §. 1. de leg. 1.*

Ad L.

Ad L. Si in personam 21.

Idem AA. & CC. Tibetio.

Si in personam patris tui, cui te successisse proponis, fideicommissi dies vtiliter cessit: licet tempore, quo fuerat datum, nec dum te natum fuisse probetur: vxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab eo tuo relicta restituere: si ei successerit, de fideicommisso conuenire debes. Nam si patrui etiam hereditas tibi quæsita est: non de fideicommisso quærendum, sed hereditas ab ea vindicanda est. Dat. 6. Id Feb. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis.*
2 *Quorum legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, viuo fideicommissario, ea legata fideicommissarius ad quoscunque suos heredes transmittit.*
3 *Relictum, quod his relinquitur, qui in rerum natura non sunt, non valet.*
4 *Fideicommissi conditionalis dies quando cedat, eius idemque persecutio ad quos transmittatur, & quomodo exstinguatur.*

1 PAter † duos filios suos primum & secundum heredes instituit. A primo petiit, vt sine liberis decederet, portionem hereditatis restitueret fratri suo superstiti: primus decessit sine liberis, vxore sua herede instituta, ita fideicommissi superioris exstitit conditio, ac proinde fideicommissi dies cessit. Nam legati & fideicommissi conditionalis dies cedit mortuo testatore, cum conditio exstitit. *l. vn. §. sin autem, infr. de cad. toll. 5. quando dies leg. ced.* Secundum frater priusquam fideicommissum peteret, decessit relicto filio, eodemque nepote aui testatoris. Cum vxor patrui eius, nempe primi, hereditatem mariti sui possideret, nepos hic fideicommissum ab ea petit. Hic † sciendum est ita ius esse, vt quoniam legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, viuo fideicommissario, ea legata fideicommissarius transmittat, ad quoscunque suos heredes, *dicta leg. 5. quando dies leg.* Omnium autem legatorum, quæ pure, aut in diem sunt relicta, dies statim cedit mortuo testatore; conditionalium autem legatorum dies cedit, postquam exstitit conditio, *dict. leg. 5.* Secundum hæc constat, huic nepoti fideicommissum eius patri relictum deberi, si patri heres exstitit, vt hic contigit. Proinde si vxor patrui, à quo patruo fideicommissum relictum erat, heres marito suo exstiterit, constat et iam fideicommissum ab ea peti posse. Hoc iure fretus nepos fideicommissum ab ea petit.

Sed obiicitur nepoti, quod non fuerit natus tunc, cum auus fideicommissum relinquebat, & ideo mulier contendebat non deberi ei fideicommissum. Hæc obiectio habet aliquem colorem probabilitatis. 3 Nam certum † ius est, quod his relinquitur, qui in rerum natura non sunt, relictum non valere *l. vn. §. in primo. infr. de cad. toll.* Respondetur hoc rescripto, quamuis nepos tempore testamenti aui natus non sit; tamen eum fideicommissum patri eius relictum, cuius fideicommissi dies patre viuo cesserit, recte petere. Obiectio ad rem nihil pertinet: nam fideicommissum huic nepoti relictum non fuit, sed patri eius, qui tum vixit, cum relinquebatur fideicommissum. Sed ita nepos fideicommissum ab vxore patrui petere potest, si illa marito heres exstitit. Quod si illa repudiante hereditatem, hereditas ad nepotem pertinet iure agnationis, de fideicommisso aduersus eam agi non potest, sed hereditas ab ea est vindicanda, si possidet, vt in extremo hic.

Sed cur hoc casu de fideicommisso agi non potest? Respondeo, non quod fideicommissum patri relictum non transferatur ad heredes eius quosuis sed quia nepos patruo succedendo fideicommissi obligatio exstinguitur. Nam patruus debitor erat huius fideicommissi, nepos creditor is, cui debebatur fideicommissum ex persona patris. Quoties debitor creditori succedit, confusione exstinguitur obligatio *leg. debitori sup. de pact.* Ita solum hoc relinquitur nepoti, vt si vxor defuncti patrui eius hereditatem mariti possidet, solum possit hereditatem ab ea vindicare, quod facere secundum reg. iuris potest: nam petitio hereditatis datur heredibus aduersus eos, qui hereditatem pro herede, prove possessore possident, *l. regulariter. de pet. her.* In summa quod ad fideicommissum pertinet, rescriptum hucredit: Fideicommissi † conditionalis, siue sit singulare, siue vniuersale fideicommissum, die cedere, cum conditio exstitit, & testator mortuus est. 4 Si hic dies cessit viuo fideicommissario, fideicommissi persecutionem ad omnes eius heredes transmitti, quamuis eo tempore nati non fuerint, quo fideicommissum est relictum. Hanc persecutionem exstingui, si is, cui fideicommissum debebatur, successerit ei, qui debebat: quæ supra satis confirmata sunt certis locis.

Ad Leg. Et in Epistola. 22.

Idem AA. & CC. Plautiano.

Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. Dat. Id. April. Bizantii AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum etiam extra testamentum quauis scriptura, siue epistola, siue libello, recte relinquitur.*
2 *Epistola quid hic dicatur.*
3 *Libellus quomodo hic accipiatur.*
4 *Fideicommissum etiam sine scriptura quouis modo recte relinquitur.*
5 *Voluntas fideicommittentis quomodo nutu significetur.*
6 *Heredes codicillis neque scribi, neque nuncupari, neque nutu instituti possunt.*

FIdeicommissum † etiam extra testamentum quauis scriptura recte relinquitur, siue epistola, siue libellus, vt hic. 1 Epistola † hic dicitur scriptura supremam voluntatem testatoris continens, cuius verba diriguntur ad eum, cui fideicommissum datur, quibus testator in morem epistolæ significat fideicommissario absenti; quid illi datum voluerit, hoc modo, *Semproni scito te mihi charum esse, propter merita tua, me tibi fundum Tusculanum dedisse, vt scires me ingratum non fuisse*, cuiusmodi exemplum legitur *in leg. miles de legat. 2.* Libellus † dicitur quouis scriptura nudam defuncti voluntatem continens, vt sit libellus idem, quod codicilli, quod intelligi potest *ex leg. 4. supr. de his, quib. vt indig.* vbi pro his verbis, *epistola, vel libello*, scriptum est, *epistola, vel codicillis.* Et certe nos omnes scimus librum & codicem, idem valere Latinis, vt consequens sit, idem valere codicillos & libellum, diminutive. Sed † & sine scriptura fideicommissum quouis modo recte relinquitur. 4 Sic autem aliquid sine scriptura significari potest, vel vt exprimatur lingua vel vt nutu significetur. Placet autem fideicommissum non tantum lingua, sed etiam nutu relinqui posse. *l. nutu de leg. 3.*

Sed † quomodo nutu voluntas fideicommissi significari potest, vbi defunctus nihil dicit? Respondeo, id fit hoc modo, cum alio loquente & interrogante, an testator velit L. Titio centum aureos dari, vel testator nutu declaret se velle. Nutus autem ad præcedentia verba interrogationis relatus certum fideicommissum, & certam voluntatem efficit. *leg. seruio. si pupillus. ad Trebellian.* Hæc olim in legatis vtiliter obseruabantur, vnde hic de fideicommisso est concepta definitio: sed sublata differentia legatorum & fideicommissorum, idem ius & in legatis esse intelligemus, de quo initio hic dictum est. In heredum institutionibus contra obseruatur. Heredes † codicillis neque scribi, neque nuncupari possunt. 6 *§. penult. Instit. de codicill.* Vbi autem testamento nuncupatiue heredes instituuntur, non possunt instituti nutu, sed palam exprimi oportet à testatore: nam ita ius est, vt heredes aut scribantur, aut nuncupentur. *leg. 1. §. 1. de hered. instit.* Scribuntur iusto testamento. Nuncupare autem heredes est, palam nuncupare, ita vt omnes vocem nuncupantis testatoris exaudiant, *leg. palam. qui test. fac. poss.* Ita hac definitione nutus eius in heredibus instituendis excluditur. Quod tamen hic dicitur, superioribus modis omnibus fideicommissum relinqui posse, cum hac exceptione semper est intelligendum, dummodo testes & idonei & quantum satis, interuenerint, vt hic sequitur. De quo apertius est cautum *in leg. vnica §. vlt. infr. de cad. toll.*

Ad L. Si veritas. 23.

Iidem AA. & CC. Stratonico.

Si veritas, vel solemnitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis caussa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est: absolutionem vrgere non potes. Datum 5. Cal. Februa. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Veritas & solemnitas testamento quando deesse dicatur.*
2 *Ex falso aut imperfecto testamento nihil debetur. Limitatur ibid.*
3 *Heres voluntatem testatoris quomodo agnoscere intelligatur.*
4 *Heres an solo pacto, quo se fideicommissum præstiturum pollicetur fideicommissum agnoscere & pacto obligari videatur.*

1 VEritas † testamento deest, cum scriptura aliqua dicitur esse testamentum Luc j Titij defuncti, & hoc falsum est. Solemnitas testamento deest, cum aliquid ex his deest obseruationibus, quæ in testamentis faciendis desiderantur, quod testamentum vno verbo dicitur imperfectum. *leg. hac consultissima in pr. §. ex imperfecto sup. de testam.* Ex † falso testamento nihil deberi potest,
2 quoniam ne testamentum quidem est, sed nec heres defuncti L. Titii ea, quæ in testamento scripta sunt, agnoscentibus obligatur, vt ea præstet, quoniam vt quis voluntatem defuncti dicatur agnoscere, prius est, vt sit voluntas defuncti. Iam autem dictũ falsum testamentum esse: ex imperfecto autem testamento nihil deberi potest *l. 3. d. l. hac consult. d. §.* Sed hoc ita est, nisi heres volũtatem defuncti ea scriptura testatam agnouerit, agnoscendo obligatur, vt præstet in posterum, quod ea voluntate continetur, *l. non dubium in fin. sup. de testam.* de quo dictum *ad leg. 1. 2. sup.* Agnoscere † autem voluntatem intelligitur heres vltro fidem præstan-
3 do, *l. 2. sup.* Agnoscere in futurum intelligitur, vt obligetur in legatis annuis, si legatum præstet, non minus quadriennio *l. 1. sup.* In ceteris & generaliter in omnibus voluntatem agnoscere intelligitur promittendo se præstiturum, quod reliquit testator, vt hic scriptum est.

Sed adiicitur hoc loco de promissione, qua quis stipulanti fideiussori promittit. Vnde oportune quæritur, † an solo pacto,
4 quo heres pollicetur se fideicommissum præstiturum, videatur fideicommissum agnoscere, & pacto obligetur? Mouent dubitationem contrarii loci. Nam hoc rescriptum videtur stipulationem exigere. *Lex vlt. inf. ad l. Falc.* exigit cautionem, cautionis verbo significatur stipulatio. *l. iancimus. sup. de verb. sig.* Item ex pacto nudo non nascitur actio. *l. iurisgentium. §. sed cum nulla de pact.* Rursum *in d. leg. non dubium, sup. de testam.* simpliciter scriptum est, si heres legatum, aut fideicommissum agnouerit, necessitatem habere id in posterum præstandi. Intelligitur agnoscere voluntatem defuncti, quisquis testatur legatario, se secundum eam voluntatem legatum, aut fideicommissum præstare velle. Deinde *in d. l. 1. sup.* placet, si quis fideicommissum annuum triennio præstiterit, eum obligari fideicommissum in posterum præstandum, non alia ratione, quam quod heres sæpius id præstando, facto declarauit, se id fideicommissum præstare velle. Si tacita agnitio legati, quæ ex facto colligitur, sine vlla stipulatione heredem in futurum obligauit, multo magis expressa eius agnitio sine vlla stipulatione enim obligauit,

Ad hoc rescriptum hoc modo responderi potest, quod stipulatio hic exigitur, vt fideicommissum in posterum debeatur, ideo fieri, quia heres agnouit iudicium defuncti transactionis caussa. Aliud probandum est in eo, qui ideo agnouit, quia sciebat non deberi, sed nihilominus sol. voluntati defuncti satisfacere cupiebat. Ad *l.* quoque *vlt. infr. ad l. Falcid.* dici potest, cautionem heredis exigi, sed cautionem illic significare chirographum heredis, vt sæpe cautionis verbo significatur *l. emtor. §. vlt. sup. de pact.* Sed tutius est dici id, quod & scripsimus *ad d. leg. non dubium sup.* heredem promittendo se præstiturum legatum, aut fideicommissum quod inutili testamento relictum erat, ita demum obligari in posterum, si stipulanti promittat, non autem pacto nudo. Primo propter verba huius rescripti, vbi stipulatio exigitur, & nominatim in eo, qui amplectitur voluntatẽ defuncti. Sed multo magis propter verba *l. vlt. ad l. Falcid.* Huius legis Iustinian. auctor est, ac proinde verba eius, ex illius sententia sunt accipienda. Ipsum autẽ cautionis verbũ sic vtiurpat, vt velit stipulationẽ significare, *l. iancimus. sup. de verb. sig.* Accedit ius certum, quo cautum est, ex pacto nudo actionem non nasci. Mouere nos non debet exemplũ *l. 1. sup. h.* Etsi enim cũ heres fideicommissum triẽnio præstat annuũ, quod non debebatur, videtur tacito pacto testari, se velle in posterũ id præstare, tamen non semel id facit, sed sæpius, vt quodam modo quoties id facit, tot sint pacta, quibus de voluntate sua pollicetur. Fatemur, vbi idem debitor pluribus factis idem pollicetur, etsi priori non obligetur iure ciuili, tamẽ posteriori obligari, nempe de constit. pec. de qua obligatur, quisquis constituit se solutũrã, quod prius debebat, §. *constituta. Inst. de act.* Qui autẽ cõstituit, quod prius pactus erat, is debitũ constituere intelligitur: pacto enim promissum, natura debetur, *l. 7. §. 1. de solut.* Natura autẽ debitum sufficit, vt constitui possit. *l. 1. §. debitum, de constit. pec.*

Ad L. Instrumenta prædiorum. 24.

Idem AA. CC. Menostrato.

Instrumenta prædiorum per fideicommissum relictorum, quæ ad probationem originis eorum pertinent, heredes præstare necesse non habent; cautionem tamen præstare debent, quod si opus fuerit, legatario, seu fideicommissario, ipsa si habeant, proferant. Dat. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Prædiis legatis, seu fideicommissis, vtrum instrumenta, acquisitionem eorum continentia, præstari debeant? Obiectiones diluuntur, & pro negatiua respondetur.*
2 Proferendi verbo *quid hic significetur.*
3 *Heredem ad cautionem de instrumentis legatario exhibendis teneri, vnde colligatur.*

PRædiis † legatis, seu fideicõmissis, quæsitum est, vtrum instrumenta acquisitionem prædiorũ continentia fideicommissario præstari debeãt. Quæstio in eo est, an ea instrumẽta sint legata nam si legata nõ sunt, non debẽtur. Hic rescriptũ est, ea instrumẽta ab herede præstari necesse non esse. Hic multa occurrunt, quæ contrariã sententiã suadeant, quæ ordine diluemus. 1. Ædibus legatis cõstat omnia deberi, quæ sunt tanquã pars ædiũ, seu quod propter ædes habetur, *l. Iulian. §. vlt. de act. emt.* Hæc autẽ instrumẽta propter ædes, & propter alia prædia habentur, proinde etiam legata intelliguntur, & tanquã legata præstari debẽt. Respondeo, negandũ est eiusmodi instrumenta propter ædes, aut prædia haberi: argumẽto est, quod sine his prædia recte habẽtur, & recte coluntur. Sed habentur hęc instrumenta propter possessores, vt qui emerunt, & ea prædia ex ea caussa possident, tueantur possessionem his instrumentis. Propter personas igitur hæc instrumenta fiunt, vt illis caueatur, non propter prædia.

Sed & alia ratione efficitur, hæc instrumenta fideicõmmissariõ præstari debere. Nã quoties quid ab alio petitur, quod petẽti prodest, ei autẽ, à quo petitur, præstari nihil nocet, toties æquũ est, id impetrari ab eo, vnde petitur *l. 2. quanquã. de aq. plu. arc.* Et merito id placuit, quoniã malitiis hominũ non est indulgendũ, vt recte scriptum est *in l. in fundo. de rei vind.* At hæc instrumenta fideicommissario præstari valde ei prodest ad tuendũ dominiũ eorũ prædiorum. Nã si defunctus eorum prædiorũ dominus nõ fuit, non erit etiam fideicommissarius dominus, quia traditio defuncti nihil iuris amplius trãsferre potuit, quam fuit apud defunctum, *leg. traditio. de acq. rer. dom.* An autem defunctus dominus fuerit, hæc instrumenta probabunt, ex quibus intelligitur etiã fideicommissarium dominum factum esse. Vt autem hæc instrumenta præstentur ab herede, quid ei nocet: cum ipse amplius ea prędia non possideat, & multo minus sit eorum dominus. Vnde efficitur, hac sola ratione heredem hæc instrumenta præstare fideicommissario debere.

Respondeo, vt cetera concedamus; tamen falsum est, heredi nihil nocere hęc instrumenta restitui: imo ob id maxime heres hæc instrumẽta retinere potest, quoniã maxime eius interest, ne ab illo recedãt. Nã vt Bartolus recte scripsit ex sentẽtia veterũ, qui illum antecesserunt, aut prædia generaliter fideicõmissa sunt, aut hæc, aut illa certa specialiter. Si generaliter legata sunt, quæcunq; prædia heres postea præscribit, pro euictis tenẽtur, *l. si à substituto. in fin. de leg. 1.* proinde hoc casu interest eius, instrumenta emtionum

num & acquisitionum apud se habere, vt possit rem tueri, ne euincatur. Quod si certa prædia à testatore relicta erunt & deinde tanquam aliena euincantur, non tenetur quidem heres præstare euicta, si testator sciuit, prædia aliena esse. Sed si de eo quæratur, an defunctus putauerit, sua esse, nec ne, ipse se tuebitur instrumentis illis; quoniam ex iis apparebit, testatorem existimasse prædia ad se pertinere *ex l. cum alienam. sup. de legat.*

Postremo huic parti obstat *l. sicut datam. inf. de liberali caussa*, vbi si quis seruum manumiserit, & manumissionis instrumenta conscripserit, placet non tantum patronum non posse reuocare libertatem, sed etiam manumissionis instrumentum seruo præstare debere. Respondeo longe hæc in dissimili caussa versantur. Nam seruo manumissionis instrumentum præstandum est; quia instrumentum est serui, non patroni. Id enim instrumentum cuiusque est, cuius caussa factum est. *l. pen. in pr. de acq. rer. dom.* Constat autem manumissionis instrumentum fieri serui manumissi caussa. At instrumentum, quod continet emtionem, seu acquisitionem defuncti, non aliud est, quam defuncti: non igitur est fideicommissarij. Proinde recte respondetur hic, prædiis legatis, aut fideicommissis, instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia fideicommissario præstari non debere. His de caussis; quia non sunt legata, & heredis interest apud eum haberi, & quoniam non sunt fideicommissarij, sed heredis. Et ob has etiam recte placuit prædiis venditis non teneri venditorem, vt instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia tradat emtori, sed tantum, vt ea emtori exhibeat. *l. Titius heres. l. si creditor, de act. emt.*

Sed quamuis hæc instrumenta heres fideicommissario præstare necesse non habeat; tamen hic placet heredem, fideicommissario cauere debere, se illa prolaturum fideicommissario, cum opus erit, si & ea adhuc apud se habeat. Cauere, id est, stipulanti fideicommissario promittere, & ita se illi obligare. *l. sancimus. sup.*
2 *de verb. sig.* Proferendi † verbo non hic significatur tantum exhibitio instrumentorum, vt scilicet heres tantum instrumentorum cognoscendorum & describendorum potestatem faciat, sed hoc continetur, vt heres ipsa instrumenta authentica proferat, vbi opus erit; nam hac propositione tantum opus est fideicommissario, vt probetur his instrumentis hæc prædia fuisse defuncti, ac proinde à defuncto recte in fideicommissarium translata. Hoc autem non probatur, nisi authenticis; nam exempla fidem non faciunt, *l. 2. de fid. instrum.*

3 Sed † vnde intelligimus heredem ad hanc cautionem teneri, cum heres nihil præstare debeat, nisi legatum, aut fideicommissum sit: hic autem de hac cautione nihil à testatore expressum est? Respondeo, hanc cautionem præstari debere, ex sententia defuncti colligitur. Sententia hæc & voluntas intelligitur ex eo, quod recte generaliter constituitur, quoties conceditur aliquid, ea omnia concessa videri, sine quibus id, quod concessum est, explicari & obtineri non potest. *l. 2. de iurisdict. l. 1. §. 1. si vsufruct. pet.* At cum testator legat prædia, intelligitur prædiorum dominium legare, vsque adeo, vt si qua pars dominio desit, adhuc integrum prædium peti possit. *l. Mæuius. §. pen. de leg. 2.* Porro dominium obtineri non potest à fideicommissario, si de prædiis fiat controuersia, nisi probetur instrumentis. Instrumentis id probari non potest, nisi instrumentis prolatis: proinde hæc quoque sententia est testatoris, vt prædiis legatis hæc instrumenta proferantur fideicommissario.

Ad L. 25.

Iidem AA. & CC. Iulianæ.

Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse non ambigitur, Dat. 2. Kal. Mart. CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Res alienæ, item res heredis recte per fideicommissum relinquuntur.*

1 SI † res penitus alienæ legari possunt; multo magis potest res heredis, de quo legato dixi *ad l. cum alienam. sup. de leg.* Sed hoc plus est in re heredis; qui a res heredis legata omnino debetur, siue testator sciuerit heredis esse, siue putauerit esse suam, *l. vnum. §. si rem, de leg. 2.* Cæteræ res alienæ legatæ ita debentur, si testator alienas esse non ignorauit. *d. l. cum alienam.*

Ad L. 26.

Iidem AA. & CC. Fortunato.

Ex repudiatione fideicommissi, doli mali exceptio, iusta caussa intercedente, tunc opponitur, quando ipse, cui fideicommissum relictum est, repudiatione vsus fuerit. Vnde cum hoc non te, sed patrem fecisse adseueres, qui tibi nocere non potuit: nihil tibi obesse potest. Dat. 2. Id. April: Sirmij, CC. coss.

SVMMARIA.

1 *Filiusfam. an fideicommissum recte possit repudiare.*
2 *Fideicommissum repudiatum an postea petere possit.*
3 *Patre fideicommissum repudiante, ea repudiatio filio non nocet.*
4 *Doli mali exceptio an fideicommissario repudianti recte opponatur.*
5 *Repudiatione legatum, seu rei legatæ dominium amittitur.*
6 *Actionis in rem, & actionis in personam ex caussa legati descendentis differentia, & ratio diuersitatis. nu. 7.*

FIdeicommissum datum est filiofamil. id filius repudiauit. Quæsitum † est, an recte repudiauerit, & an sit amissum? Placet recte repudiatum, idque efficitur ex regula iuris, quæ dictat eum posse repudiare, qui & acquirere potest, *l. is potest, de acqu. her. l. eius est, de reg. iur.* Filius autem familias & legatum & fideicommissum sibi relictum non tantum ignorante patre acquirere potest, sed etiam inuito, quia acquisitio legati patri nihil nocet. *l. acquiritur. l. etiam inuitis. de acqu. rer. dom.* Quare etiam inuito patre filius recte fideicommissum repudiabit. 1

Quid † si repudiatum postea petat, puta sui iuris factus? Hic rescriptum est, ex repudiatione doli mali exceptionem ei opponi iusta caussa interueniente. Quæ verba posteriora non continent conditionem, per rationem; non enim doli exceptio opponitur repudiantibus sub conditione, si iusta caussa repudiationis interuenerit. Nam quacunque de caussa fideicommissum repudiatum sit, hoc ipso, quod repudiatum est, amittitur. *l. is, qui heres, de acquir. her.* Sed exceptio opponitur repudianti, vtpote iusta caussa interueniente, cur opponatur, cum scilicet is repudiatione vsus sit, cui fideicommissum relictum erat, vt sequitur in rescripto. Vnde subiicitur per contrarium, si pater † fideicommissum repudiauerit, repudiationem filio non nocere, nempe contraria de caussa, quia hic iusta caussa non interuenit, cur hoc casu opponatur filio agenti doli mali exceptio. Idque ex eadem regula superiori efficitur; quia is solus repudiare potest, qui & acquirere: pater autem fideicommissum filio relictum inuito filio acquirere non potest, sed solus filius, vsque adeo, vt filius nulla vi cogi possit ad acquirendum, & eo repudiante nihil patri acquiratur. Nam id & in seruo herede instituto placuit *l. 3. sup. de her. inst.* Proinde nec pater repudiare potest. Huc pertinet *l. is, qui heres. §. vlt. de acquir. her.* Cetera hic expedita sunt. 2 3

Illud † non expeditum est, quod dicitur, fideicommissario repudianti, si postea fideicommissum petat, opponi doli mali exceptionem. Non videtur defendi posse, in hac specie locum esse exceptioni vel doli, vel vlli alii. Nam exceptio nunquam competit reo, nisi agenti iure ciuili competat actio iure constituta, vt probatur in singulis, *infra tit. de except.* Vnde definitur exceptio actionis exclusio, *l. 2. de except.* vt consequens sit, nulla actione posita, nullam actionis exclusionem; ac proinde nullam exceptionem esse posse. At in proposito vbi fideicommissum repudiauit, statim actionem ipso iure amisit, *leg. seruum filii. §. 1. leg. si tibi heres. §. cum seruus. de leg. 1. leg nam sicut. ad L. Aquil.* vbi expressum est. Proinde dici potuit filium, qui repudiauit, amplius petere fideicommissum non posse: illi autem agenti opponi exceptionem, dici non potest, cum ille actionem iure nullam habeat, quæ exceptione excludatur. 4

Dicendum est, quod de repudiatione supra dixi, & quos locos in eam rem citauimus, omnia scripta esse de dominio rei legatæ; item de actione in rem, quæ legatario ex dominio nascitur. Sic ius est; Repudiatione † legatum, seu rei legatæ dominium ipso iure amitti. *l. seruum filij. §. 1. l. si tibi heres. §. cum seruus, de legat. 1.* Vt dominium amittitur, ita consequens est in rem actionem non competere ipso iure repudianti; idque est, quod dicitur *in dict. leg. nam sicut. ad l. Aquil.* Consequens esse dicimus; quia aperte in rem actio iure ciuili non competit; nisi domino. *leg. in rem. de rei vindic.* At in hac lege de fideicom- 5

missario agitur, idque ex iure veteri, quo iure ex fideicommisso non transibat dominium rei fideicommissæ recta in fideicommissarium, vt fiebat in rebus legatis. *l. à Titio. de fur.* Sed fideicommissum obtineri debebat ab herede, vel eo, à quo relictum erat. *Iustit. h.* Nuda actio in personam tantum competebat fideicommissario, ad restitutionem fideicommissi quæ extraordinaria persecutio dicebatur. *l. pecuniæ. §. actionis. de verb. sign.* Differt † actio in personam à dominio rei legatæ & actione in rem. Ex caussa legati neque dominium, neque actio in rem acquiritur legatario, aut fideicommissario, nisi sub conditione, si non repudiauerit, & ideo eo repudiante, superiora perinde habentur, quasi ei nunquam quæsita essent. At in personam actio & legatario & fideicommissario statim quæritur ipso iure, sine vlla conditione, vt ex hoc loco facile intelligitur. Quæsita semel actio, repudiatione fideicommissi amitti non potest iure ciuili. Nam si actio in personam non amittitur pacto, id est, debitoris & creditoris consensu; multo minus nuda voluntate solius creditoris amittetur. §. *præterea. Inst. de exc.* Sed quamuis repudiatione non amittatur iure actio; tamen quia iniquum est heredem hoc casu repudianti teneri, placet exceptionem doli mali illi obstare, si contra remissionem suam fideicommissum petat, vt hic dicitur.

Sed cur † aliud statuimus in dominio & in actionibus in rem
7 ex caussa legati descendentibus, aliud in actione in personam ex eadem caussa descendente? Respondeo, differentiæ ratio est, quia si dominium statim acquireretur legatarijs, & immutabiliter, id nulla repudiatione amitti potest, neque iure, neque per exceptionem. Non potest ipso iure; quia vt dominium & corpore & animo acquiritur non sola voluntate, sic sola voluntate amitti non potest. *l. si quis. §. differentia. de acquir. possess.* Vt autem post repudiationem nihilominus maneret dominium rei penes fideicommissarium, ita si fideicommissarius rem fideicommissam peteret, exceptione doli mali, aut alia quauis remoueri non posset ab herede. Nam omnis exceptio iure eorum æstimanda est, qui ea vtuntur, *l. penult. in fine. de bon. possess. secund. tabul.* At in proposito ex repudiatione fideicommissi nullum ius acquirit heres in dominio rei legatæ, si posuerimus, fideicommissarium repudiantem nihilominus dominum manere. Proinde quæuis exceptio ab illo allata illi prodesse non potest. Ob hanc caussam cautum est, vt ne ante dominium certo acquireret, quam constitisset illum non repudiasse, vt sic repudiatione vere dominium amitteret. At hoc incommodum non metuitur in actione in personam, si illa statim fideicommissario, aut legatario acquiratur; quamuis enim semel quæsita repudiatione non amittitur ipso iure; tamen excluditur per exceptionem, quæ acquiritur hereditate heredi, vtpote ei, qui dedit fideicommissum. Nihil autem interest effectu, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *l. nihil interest. de reg. iur.*

Ad L. 27.
Iidem AA. & CC. Olympiadi.

Fideicommissum eius, qui reliquerat, pœnitentia probata successores nunquam præstare compelluntur. Datum. V. Calen. Octob. Viminacij. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum pœnitentia relinquentis probata, neq; ab heredibus, neq; ab vllis alijs debetur. & num. 3.*
2 *Pœnitentia hæc quomodo probetur.*

ID recte relictum debetur, nisi eum, qui reliquit, pœniteat relicti. Nam reuocati fideicommissum & legatum semper po-
1 test ex pœnitentia, *leg. datum. sup. de legatis.* Pœnitentia † eius probata, fideicommissum neque ab heredibus, neque ab aliis vllis,
2 à quibus relictum, debetur, vt *hic.* Pœnitentia † probatur & ex voluntate defuncti, & ex reipsa. Ex verbis, si aperte ademit: ex re, si inimicitiæ capitales inter defunctum & legatarium incidant, aut incidat aliqua indignitas fideicommissarij aduersus defunctum, vnde intelligi possit, nolle defunctum in tam indi-
3 gnum quicquam conferre, *l. 3. §. vlt. l. sequent. de admend. leg.* Sic † ex pœnitentia legatum reuocatum non debetur, vt alias non debeatur ipso iure, alias heres tutus sit exceptione. Ipso iure non debetur, si legitima voluntate ademtum est, puta testamento, aut codicillis: alias exceptione tantum doli mali: quæ heredi competit. *d. l. 3. §. vlt. de admend. leg.*

Ad L. 28.
Iidem AA. & CC. Tiberio.

Ex fideicommisso sub conditione sine libertate seruis propriis inutiliter dato libertas peti non potest, &c.

De hac lege dixi *ad leg. seruum. 4. supra, de legat.*

Ad L. 29.
Iidem AA. & CC. Achilleo.

Ex testamento, quod iure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoq; succedentes rogati probentur, peti potest. Dat. 8. Cal. Dec. CC. Coss.

DEfinitio est generalis, cuius exemplum expositum est *in leg. eam, quam. sup. hic.*

Ad L. Cum acutissimi. 30.
Imperator Iustinianus A. Demostheni præfecto prætorio.

Cum acutissimi ingenij vir, & merito ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis, si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videre disposuisse, nisi cum filius eius sine sobole vitam suam reliquerit: nos huius sensum merito mirati, plenissimum ei donamus euentum, vt si quis hæc disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum graui-mini subiugauerit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ij, qui restitutione onerati sunt, sine filiis, vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere. Recita. septimo in nouo consistorio Palatij Iustiniani. Dat. 3. Cal. Nouemb. Decio V. C. Coss. 529.

SVMMARIA.

1 *Heres rogatus portionem hereditatis post mortem restituere fratri, vel patruo, si susceptis liberis decedat, an fideicommissum debeatur.*
2 *Tria in responso Papiniani notanda.*

SI parens † filium, vel nepotem heredem institutum rogat, vt
1 restituat portionem hereditatis, cum morietur, vel post mortem suam, fratri, vel patruo suo. Hic mortuo eo, qui rogatus est, secundum verba, fideicommissum debetur, siue filius is, aut nepos decesserit sine liberis, siue liberis susceptis. Nam mortuo eo conditio fideicommissi exstitit: conditione impleta fideicommissum debetur, etiamsi liberos susceperit; quoniam fideicommissum non fuit relictum sub hac conditione, *si sine liberis decederet.* Et hæc ita sunt, si verba sequimur: sed in hac specie Papinianus olim respondit: Si filius, aut nepos liberis susceptis decesserit, fideicommissarium coniectura voluntatis defecisse videri, quanquam fideicommisso inesset hæc conditio ex voluntate defuncti, *si nepos decesserit, idque sine liberis.* Exstat eius responsum *in leg. cum auus. de condit. & demonst.* Cuius voluntatis coniecturam & rationem explicat Iustinianus *in h. l.* cum ait *in fin.* non esse verisimile quenquam alienas successiones propriis anteponere. Hoc responsum, cum esset plenum æquitatis & certam rationem haberet, Iustinianus duabus constitutionibus confirmauit, & ita explicauit, vt ad alios multos vsus produceret.

Consti-

Constitutiones eius sunt hæ *l.cum acutissimi*, & *l.generaliter. §.vlt. sup.de inst. & substit.*

In † responso Papiniani tria notanda sunt 1.de persona rogati. 2 2.de liberis ab eo susceptis, 3.de fideicommissis. Hæc capita Iustinianus ita tractauit: Papinianus de nepotibus loquitur *in d.leg. cum auus.* Iustinianus produxit hoc responsum ad pronepotem & omnem alium posterum. Hic Papinianus de nepote loquitur in sexu masculino: Iustinianus in hoc rescripto producit ad filias neptes, proneptes & alias in infinitum, Papinianus de nepote loquitur, legitimoque filio patris: Iustinianus *in d.l generaliter.§.vlt.* produxit ad liberos institutos, etiamsi naturales tantum sint. In liberis susceptis Papinianus de liberis generaliter & indistincte loquitur: Iustinianus hoc reuocauit ad liberos tantum legitime susceptos, & cauit, vt si filius rogatus post mortem suam hereditatem restituere, decedat liberis non ex iusto matrimonio susceptis fideicommissum æque debeatur, ac si sine liberis decessisset. Hoc *in d.l.generaliter.cir.fin.* significatur quoq; illis verbis, *sine iusta prole*, vt ibi locum exposuimus. Postremo Papinianus de fideicõmisso hereditatis loquitur: Iustinianus hoc produxit etiam ad fideicommissa singula & legata, *d.l.generaliter.in fin.*

Ad L. penult.

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

Quidam filium suum à sacris paternis remisit, & postea testamento condito eum præterit, nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis. Ipsum autem, quem neque heredem, neque exheredatũ fecit, fideicommisso prægrauauit. quæreba-tur, si vtile esset huiusmodi fideicommissum. Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa, nobis in hoc casu placuit, vt emancipatus (vtpote iniuria à patre adfectus) non compellatur fideicommissum à sua persona relictum præstare. Quod etiam in alijs personis, quas exheredari necesse est, locum habere censemus. Dat.prid.Cal Mart Constantin.post consulatum Lampadij & Orestis.VV.CC.531.

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum an à filio emancipato & postea exheredato relinqui possit.*

AB exheredati substituto legari nihil potest, multo minus ab exheredato, *l.cum quidam sup.de legat.* vbi hic locus apertius 1 constitutus est à Iustiniano. Quæsitum est, si † pater filium emancipauerit, an possit eo exheredato nihilominus ab eo fideicommissum relinquere? De hac specie dubitatum fuit, propterea quod pater emancipatione libertatem in filium contulerit: hæc res inæstimabilis est. Regula autem iuris facit, vt cui aliquid dedimus, etiam ab eo relinquere possimus. *leg.ab eo.sup.h.* Iustinianus eam dubitationem omnem remouens hic constituit, ab exheredato filio, quamuis antea emancipato, relinqui nihil posse. Non obstat, quod dicitur ab eo, cui dedimus, etiam relinqui posse. Hoc enim ita dictum est, si modo ei aliquid dederimus, quod ad eum peruenit voluntate nostra, *l.1.§ sciendum.de leg.3.* Libertas autem, quæ emancipatione confertur, confertur inter viuos, nec suprema voluntate reuocari potest; vnde intelligitur eam libertatem morte nostra ad alium non peruenire. Hoc amplius, libertas hæc, quæ ex emancipatione ea nascitur, nullam æstimationem habet, vt sciri possit, quid pro ea relinqui possit. *l. si filiusfam. de leg.1.*

Ad L. vlt.

Idem A. Iohanni præfecto prætorio.

Quæstionem ex facto emergentem resecantes & voluntati mortuorum prospicientes sancimus, si sine scriptura & præsentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit: heredis iuramentum, vel forsitan legatarij, vel fideicommissarij quotiens ab eo relictum est fideicommissum, siue vniuersitatis, siue speciale: necesse habere heredem, vel legatarium, seu fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia præstito, vel sacramentum subire, & omni inquietudine sese relaxare: vel si recusandum existimauerit sacramentum, aut certam partem, vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat: omnimodo exactioni fideicommissi subiacere, & eum ad satisfactionem compelli: cum ipse sibi iudex, & testis inueniatur, cuius religio & fides à fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque alijs aduentitijs probationibus requisitis, &c.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum non solemniter relictum an ab herede præstandum sit.*

2 *Heres nihil à se relictum, iurare recusans, fideicommissum soluere cogitur: & cur?*

3 *Ratio huius constitutionis.*

SIc aliquot locis constitutum est, ex imperfecto testamento, item ex imperfectis codicillis, & generaliter ex omni suprema voluntate, nisi quinque cum minimum testes adhibiti sint, deberi nihil, & nihil peti posse. *l.si veritas, sup.h. l.vlt.§.vlt.supr.de codicill.* Iustinianus ex his responsis excepit, de quo hic cautum est. Est autem constitutionis hæc sententia. Si † defunctus sine scriptu- 1 ra cum herede præsente egerit eiusque fideicommissario, vt aliquid ei præstaret, quamuis nulli omnino adhibiti sint testes; tamen placet fideicommissum ab herede præstandum duobus casibus. Vno, qui solis verbis huius constitutionis expressus est, si videlicet heres neget, quicquam à se relictum esse, & actus ad iusiurandum à fideicommissore, iurare nolit. Alter casus ex superiori colligitur, si videlicet heres vltro confiteatur fideicommissum à se relictum esse, sed dicat, se non teneri; quia solemniter relictum non sit. Hic casus ex priori colligitur, intellecta ratione huius constitutionis.

Cur en m † heres iurare recusans, fideicommissum soluere cõ- 2 gitur? Non alia ratio est, quam quod recusatio iurisiurandi tacitam confessionem habet; ideo enim non vult iurare, quia peierare non vult, sic à se relictum esse, *l.manifesta.de iureiur.* Si recte colligitur; propter quod vnumquodq; tale est, illud magis tale esse, existimandum est, quod probatur vulgo *ex auth.multo, sup.de episc. & clericis.* Proinde si recusatio iurisiurandi heredem obligat propter confessionem, quæ in hac recusatione inesse intelligitur; multo magis aperta eius confessio eum obligabit. Itaq; quod scriptum est *in §.vlt.in fin.Inst.de fideic.her.* heredem in hac specie confitentem obligari, si confiteatur, postquam negauerit, non sic accipiendum est, quod confitens de fideicommisso, non alia conditione obligetur, quam si prius legauerit: sed simpliciter, quisquis confitebitur, obligabitur. Intelligendum est enim, quod hic constitutum est in hac obligatione, fideicõmissum non esse constitutum pœnæ caussa, vt coerceatur inficiatio heredis, sed voluntatis testatoris tantum seruandæ caussa, vt diserte scriptum est in hac constitutione in extremis verbis.

Prior casus ex iis duobus, cum nihil iniquum & nouum habere videretur; ideo Iustinianus hanc constitutionem aduersus obiectionẽ tacitam munuit, & præterea addidit rationem, cur hoc ius constituerit. Primo diceret aliquis non recte exigi fideicommissum ab herede sine probatione, vbi heres negaret se scire quicquam relictum esse. Respondet Iustinianus in hac re iniquũ non esse, vbi heres iureiurando sibi delato, in sua caussa constituitur testis & iudex, vt sit in eius potestate non teneri, iurando se nescire quicquam relictum esse. Præterea obiiceret etiam aliquis videri hoc ius nouum & contra omnes regulas iuris, secundum quas solemnis numerus exigitur, & in testamentis, & in codicillis. Atq; adeo in omni voluntate, vt initio hic diximus. Respondet Iustinianus, requiri hunc numerum solemnem & iustum; cum res per testes probanda est. Ideo enim hic numerus exigitur, ne quid falsitatis admittatur, quod facile factu fuit, nisi hic numerus adhiberetur. Sed in hac specie nihil falsitatis metui potest, etiamsi nulli adhibiti sint testes; quia testimonium ab ipso herede, eodemque debitore exigitur: qui si iurauerit fideicommissum à se relictum non esse, liberatus discedit. Sin autem confiteatur, aut iurare nolit, ea recusatio cõfessionẽ tacitam habet. Hæc confes-

confessio omni suspicione falsitatis caret, cum ipse de se confiteatur.

3 Ad extremum autem, vt dixi, rationem reddit, qua motus ius superioris constituerit. Ait igitur, se motum primo legibus veteribus, quæ iubent, ratas esse supremas voluntates. Intelligit autem legem 12. tabularum, de qua *l. verbis l. de verb. sig.* item *leg. 1. sup. de SS. eccles.* & similes. Deinde motus est idem & iis legibus, quæ exigunt, ita vt impleatur voluntas suprema, vt velint etiam eum, qui hereditatis lucrum accepit, id amittere, nisi testatoribus suis paruerit. Quas leges hic intelligat, quæsitum est? Intelligere dicimus eas leges, quibus legatum adimitur tutori, qui se à tutela excusauit. *l. post legatum. §. amittere, de his, quæ vt indig. l. qui tutelam. sup. de test. tutel.* Nec obstat; quod Iustiniani constitutio de lucro hereditatis amittendo loquitur: his enim verbis non hereditas accipienda est, sed legatum, aut fideicommissum. Nam legatum omne, aut fideicommissum est lucrum delibatum ex hereditate, vt declaratur definitione legati, *l. legatum, de leg. 1* Huic constitutioni opponitur. *l. si veritas. sup.* vbi scriptum est, ex imperfecta scriptura nihil deberi, nisi quis vltro agnouerit voluntatem defuncti. Respondeo, & hoc verissimum est, neque contrarium huic constitutioni. Proinde etiam post hanc constitutionem, id ius manere intelligitur. Quoties testator scriptura aliquid reliquit, fidem scripturæ seruari voluit, proinde si fides scripturæ non constabit ex iusto numero testium, ius antiquum erit. Iustiniani hæc constitutio loquitur de eo, quod sine scriptura relictum est, vbi scilicet testator contemta omni alia probatione, vel scripturæ, vel testium, rem fidei solius heredis commisit, vt in principio hic expressum est.

Rursum opponitur *l. vlt. §. vlt. sup. de codicill.* vbi cautum est, nisi quinque testibus adhibitis, nihil ex vlla suprema voluntate deberi. Respondeo, & hæc constitutio hodie manebit, si defunctus absente herede aliquid reliquerit. Nam in absente hæc constitutio locum non habet; quoniam heres, qui ignorauit, quid testator dixerit, facile & liquido iurabit, se nescire, quid ille dixerit, quo iuramento præstito liberatur hac constitutione. Solum ergo relinquitur locus huic constitutioni, cum defunctus sine alia scriptura, & aliis probationibus, rem, quam præstari voluit, fidei heredis præsentis commisit.

Ad Auth. Hoc amplius.

Hoc amplius qui defuncti iudicium lege non repræsentatum monitus à iudice intra annum non implet, excluditur, eo quod præter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio: hoc autem cum onere suo, danda super hoc cautione, defertur primo substitutis, mox ordine seruato coheredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario, vel legatario soli, vel ex pluribus in parte potiori, vel speciali fideicommissario, vel legatario maioris emolumenti, vel omnibus, vel volentibus, vel libertate in testamento donatis, prout quisque eorum prior nominatus est: exheredatis ne hic quidem respectis: postremo defertur extraneo, vel fisco.

SVMMARIA.

1 *Occasio huius fragmenti subiiciendi vnde nata.*
2 *Verba huius constitutionis explicantur.*

1 OCcasio † huius fragmenti subiiciendi nata est ex postremis verbis superioris legis, quibus Iustinianus scripserat, adeo supremam voluntatem ex legibus seruandam esse, vt placeat eos amittere lucrum hereditatis, qui testatoribus suis non paruerint: vbi lucrum hereditatis dixi accipiendum legatum, aut fideicommissum alicui relictum, in hoc, vt aliquid ex iussu testatoris faceret. Adiicitur igitur apte hæc Authentica, in qua superior sententia amplificatur, vt hoc amplius, quam scilicet in legatis & fideicommissis relictis, etiam hereditas in tantum amittatur ab eo herede, qui non præstet id, quod testator fieri iusserit. Id autem accidit ex constitutione Iustiniani, *Nouel. 1. §. si quu. autē non impleuerit* in hac specie: Si heres aliquid facere, aut præstare iussus, & idem à iudice admonitus intra annum voluntati defuncti parere ne-
2 glexerit. Si † erit admonitus, ait constitutio: quibus verbis plures admonitiones non exiguntur. Proinde vna admonitio iudicis sufficiet; quoniam singulari ratione hæc oratio contenta est, *arg. in l. vbi. de testam.* Ait constitutio, *intra annum.* Quæstio, vnde annus numerandus sit. Apparet numerandum esse ex admonitione iudicis. Ait constitutio, *si præstare neglexerit*: quibus verbis significatur is, qui alioqui de fideicommisso confitens; tamen negligentia fideicommissum non soluit. Quod si heres fideicommissum negabit, & de eo vsque ad sententiam litigauerit, eritque fideicommissum ad pias causas relictum, dupli pœna aduersus heredem constituta est, *§. ex maleficiis. vers. item mixtæ Instit. de act. §. vlt. Instit. de obligat. quæ ex quasi contractu, &c.* Ait constitutio, *Si fideicommissum repræsentatum non soluatur.* His verbis significatur fideicommissum, quod lex repræsentare iubet, id est, quod iure valet. Pœna autem heredi iniuncta quæ sit, expressum est sequentibus verbis Authenticæ. Sed multo explicatius dicitur in ipsa constitutione Nouella.

AD TITVLVM XLIII. COD. COMMVNIA DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

CVm intellectum erit, an legatum & fideicommissum relictum valeat, de quo superioribus titulis de legatis & fideicommissis tractatum est; superest, vt legatum & fideicommissum præstetur: ni præstetur, restat, vt videatur, quæ sit eius obtinendi ratio: ea ratio posita est in actionibus, de quibus maxime hoc titulo agitur, præcipue autem *lege 1.*

Ad Leg. 1.

Cum hi, qui legatis, vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerunque habere nascuntur: quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus vsa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudauit? quis in rem missionis scrupulosis vtatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: Omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis vnam naturam imponere: & non solum personalem actionem præstare, sed & in rem: quatenus eis liceat easdem res siue per quodcunque genus legati, siue per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituenda: & insuper vtilem Seruianam, id est, hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta in res mortui præstare. Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, & iterum nouellæ constitutiones in multis casibus & tacitas hypothecas introduxerunt. Non ab re est etiam, nos in præsenti casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam, nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata, vel fideicommissa reliquit, vt omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant: apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, vt omnibus modis voluntati eius satisfiat: & præcipue cum talia sint legata, vel fideicommissa, quæ piis actibus sunt deputata. Et hæc disposuimus nan tantum si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum: Sed etsi à legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quam grauare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat nisi aliquid lucri adferat ei, à quo derelictum est: nihil est graue, etiam aduersus eum, non tantum personalem, sed etiā in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus, quas à testatore consecutus est. In omnibus autē huiusmodi casibus in tantum & hypothecaria vnumquemq; conuenire volumus, in quantum personalis actio aduersus eum competit: & hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ quæ grauata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum quæ à testatore ad eum peruenerint. Data decimo quinto Cal. Oct. Chalcedone, Decio viro clarissimo consule. 529.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Legis huius tria constituta.*
2 *Legatorum omnium an eadem vis & natura.*
3 *Fideicommissorum eadem vis & natura est.*
Lex hæc loquitur de fideicommissis particularibus.
4 *Lex hæc quid differat à sequenti.*
5 *Actiones legatorum & fideicommissorum tres, personalis, in rem, & hypothecaria.*
6 *Genera harum actionum quæ.*
7 *Actio legati & fideicommissi in personam quomodo aduersus heredem detur.*
8 *Actio legati & fideicommissi in personam quibus competat, & aduersus quos.*
9 *An etiam competat de legato & fideicommisso.*
10 *Actio legati & fideicommiss. in rem cui, & de quibus rebus competat, & aduersus quem.*
11 *Actio Seruiana, seu hypothecaria quæ sit.*
12 *Actio Seruiana de quibus rebus & aduersus quem competat.*
13 *Actiones legatorum & fideicommissorum competunt etiam aduersus legatarios & fideicommissarios, à quibus quid alteri relictum est.*
14 *Fideicommissum relictum legatario an valeat, si legatario nihil lucri accedat.*

TRia † hic constituuntur, vt breuiter comprehensum est *in vers. rectius. inf.* scilicet omnium † legatorum eandem vim & naturam esse, quod constitutum est à Iustiniano, propter veterum legatorum differentiam, quorum genera erant quatuor, & singulorum vis & natura distincta, vt indicatur §. *de legat.* quod plenius expositum est à Theod. *ibidem.* & apud Vlpianum *de legat.* Sed hic occurritur & negatur omnium legatorum eandem vim esse, exemplo eius, quod ad pias caussas est relictum; Nam huius legati est hæc natura, vt si heres inficietur & perseueret in ea inficiatione, vsque ad sententiam dupli condemnetur, quod non ita seruatur in ceteris legatis. §. *ex maleficiis. vers. item in ista, Inst. de actionib.* §. *vlt. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Resp. non id, quod Accursius & ceteri hoc loco, nempe genera legatorum esse exæquata, non autem singulas species generum; aio enim & singulas species esse exæquatas, hoc amplius singula indiuidua legata. Neq; tamen superius exemplum aduersatur. Quod enim dicitur, omnia legata esse exæquata, hanc significationem habet, vt sint exæquata, quatenus legata sunt, non autem amplius. Exempli gratia. Nemo dubitat aliud legatum esse, cum homo legatur, & aliud cum legatur pecunia; item aliud legatum esse centum aureorum, aliud 10. Sed hæc ideo contingunt; non quia legata sunt, sed quia sunt res diuersæ: ceterum quatenus legata sunt, eandem vim omnino obtinent. Idem accidit in legato ad pias caussas; nam quatenus in eo legatum est, non differt à ceteris legatis. Quod autem heres inficians mulctatur dupli, non propter legatum, sed propter rem, seu personam, cui legatur, contingit, cui hoc fauoris gratia tributum est.

Secundum † hic statuitur, fideicommissa quoque esse exequata legatis, & omnium eandem esse naturam, de quo initio tituli de fideicommissis dictum. Tantum hic notandum est, quod illic omisimus, sententiam hanc & constitutionem de exceptione fideicommissi & legati, accipiendam esse de fideicommissis singularibus seu particularibus, quemadmodum & legata intelliguntur legata singularum rerum, non vniuersi iuris. Nam quod ad vniuersa iura attinet, puta cum heres est rogatus legatum restituere, hic ius antiquũ manet, quo iure ex hereditate nec quicquam transfertur in fideicommissarium, quam hereditas sit illi testituta, *l. facta in pr. ff. ad Treb.* Cum in legatis contra ita ius sit, vt rei legatæ dominium recta transferatur, & transeat in heredem legatarium, quamuis re illi non tradita, dummodo legatum non repudiauit, *l. seruum filij. §. 1. l. si tibi. §. cum seruus. de leg. 1. l. legatum. de leg. 2.*

Sed † cum eadem sententia repetatur *in leg. 2. seq.* quid hæc lex differt à sequenti? Resp. plurimum etiam in parte. Nam de exæquatione legatorum & fideicommissorum hic obiter dicitur, & veluti per consequentiam earum actionum, de quibus hic præcipue agitur. Statuitur *in l. 2.* hæc sententia ex professo. Ita *in l. 3.* hic dicitur eandem esse naturam fideicommissi & legati. In *l. 2.* hoc amplius dicitur, quomodo & quando, & quibus in rebus eadem sit. Præterea in hac *l. 4.* dicitur, eandem naturam esse in rebus omnibus, idque declaratur. Tertium caput & proprium huius loci est de actionibus legatorum & fideicommissorum nomine constitutis. Has † actiones tres esse placet, personalem, in rem, & hypothecariam. In his actionibus constituendis primum illud occurrit, quod dubitatur, quod Iustinianus ait, se hoc primum constituere, vt hæ sint actiones, cum constet etiam iure veteri plures actiones de legatis competisse, *l. cum filius. §. variis. de legat. 2.* Respondeo iure veteri quoq; fuerunt plures actiones, sed de legatis: nam de fideicommissis vna fuit persecutio in personam extraordinaria, *l. pecuniæ. §. actionu. de verb. signif.* Hoc primo Iustinianus hac constitutione immutauit, qui voluit, quæ actiones competebant de legatis, easdem quoq; de fideicommissis competere. Præterea & de legatis duæ tantum fuerunt actiones, actio in personam & actio in rem. Hypothecariam autem eo nomine non fuisse, ex eo intelligitur, quod edicto prætoris cauebatur, vt de legatis caueretur legatariis & fideicommissariis stipulatione, quod nisi caueretur, tum demum consequeretur legatarius & fideicommissarius, vt mitteretur in bonorum possessionem, & eadem promissione pignus prætorium nancisceretur, non ante, *toto tit. vt legat. & fideicommissor. nomine caueat. & tit. seq. vt in poss. legat. & c. l. non est mirum, de pignorat. actio.* Iustinianus primus statim ab initio legatariis & fideicommissariis hypothecam dedit, quod quoniam nouum constituebat, idcirco conatus est hic eius constitutionis rationem reddere *in §. 1. & seq.* Genera † harum actionum consideremus, quod ideo faciendum est, ne ex hac constitutione in errorem incidamus. Nam constitutio est ita scripta, quasi videatur de iisdem rebus, aduersus easdem personas tres actiones hasce constituere, quod non est ita. Idque solum intelligitur cognita singularum actionum natura, quæ ob id nobis singillatim est cognoscenda. I. Legati † & fideicommissi actionem in personam competere constat, non tantum hac lege, sed iam olim. Sed cum nulla sit actio in personam, nisi ex obligatione, nec vlla obligatio, nisi aut ex contractu aut maleficio, quasi contractu, aut quasi maleficio. §. *1. Institutio. de action.* Vnde potest hic actio esse aduersus heredem, à quo quid relictum est, cum is neque contraxerit cum legatariis, aut fideicommissariis, neque quicquam aduersus eos deliquerit, vel quasi? Respondeo, à veteribus etiam actionem esse in personam ex quasi contractu, quasi heres contraxerit cum legatariis & fideicommissariis. §. *heres autem Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu.* Sed vnde hic quasi contractus intellectus est? Id explicatur *l. 3. §. vlt. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eatur.* hoc modo vt heres adeundo, vel pro herede se gerendo, videatur hoc ipso suscipere necessitatem & soluendi legata & soluendi creditoribus legatariis, vt quoniam à defuncto hereditatem accipit, eodem facto declaret, se velle eius voluntati parere. Hinc illius obligatio, ex hac obligatione actio in personam eius. Hinc † intelligimus, quibus de rebus actio hæc in personam competat, & aduersus quos. Omnes res, non tantum, quæ defuncti fuerunt, sed etiam alienæ, legatæ aut fideicommissæ peti possunt ab herede, vt vel eas redimat, vel earum restitutionem præstet, §. *non solũ. de legat.* Proinde hæc actio de omnibus rebus obligatis competit. Sed & si quid heres facere iussus sit, peti ab eo potest, vt faciat, proinde & in factis hæc actio locum habet. Cum autem omnis actio in personam, sit aduersus eum, qui obligatus est, *l. actionum. de obl. & act. d. §. 1. Inst. de act.* Solus aũt heres, & is à quo fideicõmissum est relictũ, obligatur ex quasi contractu, consequens est igitur actionem hanc in personam † de legato & fideicõmisso non competere, nisi aduersus heredem ipsum, qui fideicommisso obligatus est aut eo mortuo aduersus heredem eius; quia actio in personam et aduersus heredes competit, §. *1. Inst. de perpe. & temp. act.* Hæc actio veteribus dicta est actio ex testamento, vt ex his locis patet, *l. plane. 34. §. quod si rem emissem. l. nam quocunq; in pr. & §. 7. l. etiam. de solu.* Quid ergo si fideicõmissum sit codicillis relictum? Resp. Etiam de hoc fideicommisso actio olim in personam competebat, sed hæc dicebatur extraordinaria persecutio fideicommissi. Solum ex testamento actio de legatis competebat, vt quæ solum testamento linqui possent; nam codicillis non cõpetebat § *prætor. ea. Inst. de fid. her.* Hodie post cõstitutionẽ hanc Iustiniani, & *post l. seq.* omniũ fideiussorũ eadem natura sit, dicimus, si quid legatũ, aut fideicõmissum sit codicillis, actionẽ in personam cõpetere, non ex testamẽto; quia codicilli testamentũ non sunt. *l. si idem. sup. de codicil.* sed ex suprema volũtate. Idq; hac constitutione eã actionẽ inducẽte.

Secunda actio est legatorum & fideicommissorum nomine prodita, actio in rem. Ex quo primum intelligimus, quicquid legatum, aut fideicommissum est alicui, eius rei dominium recta transire in legatarium & fideicõmissariũ, si modo rẽ non repudiauerit; idq; ius erat olim in legatis, vt paulo ante dixi ex suis locis.

Nunc

Nunc idem hic in fideicommissis intelligimus constitutum. Intelligitur autem hoc ipso, vt actio in rem & de fideicommisso constituatur. Nam actio in rem iure ciuili nulli competit, quam domino, *l. in rem, de rei vind.* Hic consequens est, actionem in rem legatorum aut fideicommissorum nomine, non de iisdem rebus competere, de quibus in personam actio; quoniam non omnes res legatæ, aut fideicommissæ sunt in ea caussa, vt efficiantur legatarij, aut fideicommissarij. Primo igitur, si quid fieri testator iussit hic locum habere non potest in rem actio, cum factum nõ sit res, quæ dominio subiiciatur cuiusquã. Et ideo liberatione legata, id est, tunc, cum iussus est heres debitorem liberare, non potest huius liberationis consequendæ caussa alia actio institui, quã in personam ex testamento, vt & olim fiebat. *l. 3. §. nunc de effectu legati. l. 4. de lib. lega.* Sed etsi res, quæ subsistat, legata erit; tamen de aliena legata actio in rem competere non potest. Idemq; dicendum, si pecunia, aut res aliqua sit generaliter legata; nam hæ res ideo non sunt legatarij, quia non prius fuerunt testatoris. Nemo autẽ plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. *l. nemo plus, de re. iur.* Vt autem in rem actio competat legatario, prius est, vt legatarius sit eius rei dominus, vt supra dictum. Solum ergo in rẽ actio competere potest de rebus, quæ fuerunt testatoris, quorum ipse dominium transferre potuit. Idq; adeo verum est, vt quamuis res heredis propria sit legata; tamen nihilomagis transferatur eius rei dominium in legatarium, eoq; nec in rem actio. Vnde placet heredem, priusquam rem suam legatam præstiterit, posse suo iure eam alienare, & quouis modo de ea statuere. *l. si inquilinus. §. 1. de lega. 1.* Nec ad rem pertinet, quod ille locus de iure veteri scriptus est; nam etiam nunc idem ius manere oportet, si rei, quæ heredis erat, dominium non transfertur in legatarium. Nunc autem non potest transferri inuito herede; quoniam, vt dixi, semper verum est, testatorem eius rei non fuisse dominum? neminem autẽ plus iuris in alium potuisse transferre, quam ipse habuit.

Sed obstant verba huius constitutionis, *d. vers. rectius.* Quibus diserte scribitur, actionem in rem de iisdem rebus competere, de quibus & actio in personam. Respondeo; Hoc interpretes sic recte acceperunt, vt in rem actio de iisdem rebus competat, si modo rerum natura patiatur, vel vt competat de iisdẽ rebus, vbi per actionis naturam id fieri potest. Natura autem actionis in rẽ exigit, vt is, qui in rem agit, seu vindicat, eius rei dominus sit, quam vindicat. In superiores autem res, quas dixi, non cadit, vt iis legatis dominium à testatore in legatarium transferatur. Quod si res testatoris legata erit, hic demum concurrent de ea re actio in personam & actio in rem; sic tamen, non vt legatarius vtraq; actione possit experiri, sed possit alterutra, quam elegerit, vt est *in d. l. cum filius. variis. de l. 2. leg. huiusmodi. §. vlt. de legat. 1.*

Sed hoc loco opponitur regula iuris, qua efficitur, neminem rem suam condicere posse, seu neminem posse de re sua agere actione in personam, vt intendat eam rem sibi dari oportere. *§. sic itaque. Inst. de actionib. leg. vlt. de vsufr.* Id si verum est, consequens esse videtur, legatarium, qui rei legatæ factus est dominus, & ob id in rem actionẽ habet, non posse de ea re habere actionem in personam, etiamsi hanc solam eligat. Resp. Nihil aduersatur superior regula. Nemo enim condicere potest rem suam, si condicit vt suã vel nemo de re sua agere potest actione in personam, si, vt dixi, intendat eam rem sibi dari oportere: sed rem suam quamuis condicere potest, dummodo condicat non vt suam, sed tanquam sibi debitam, & de ea quiuis agere potest actione in personam, dummodo ne petat, vt sibi res detur, quod fieri nequit; nam iam est illius facta; sed petit eam rem sibi dari, vel restitui, seu quod idem est, eius rei possessionem tradi. Nam hæc omnia de re nostra licere, tradit exemplis: vnusquisq; enim potest rem suam stipulari sibi restitui, & erit ei ex stipulatu actio, vt restituatur. *leg. nemo rem suam. de verb. obligat.* Item constat, posse vnumquemq; rem suam commodare, & apud alium deponere, ita vt sit illi commodati & depositi actio ad rem suam repetendam, quæ omnes actiones sunt actiones in personam, & de re nostra competunt: sed ideo de re nostra competunt; quia his actionibus agimus de re nostra, non vt nostra, sed vt nobis debita ex stipulatu, commodato, vel deposito, nec petimus vt ea nobis detur, sed restituatur. Nihil autem prohibet, quo minus res nostra sit; & tamen possessio sit apud alium.

Hoc idem in re legata fieri intelligitur, si res testamento legata fuerit: hæc efficitur legatarij, ex quo legatario actio statim in rem nascitur: sed nihilominus idem legatarius de ea re actione in personam experiri potest, si modo intendat eam rem sibi restitui debere. Nam si petit, vt sibi detur, seipsum oppugnat; sic enim fatetur rem sibi legatam non esse: nam si ei legata esset, eius etiam facta esset, & si facta esset eius, inepte intenderet eius rei in se dominium transferri debere. Atqui de iisdem rebus legatis actio in rem non competit aduersus easdem personas. Idq; natura actionis efficit: nam actio in personam datur aduersus eum, qui nobis est obligatus, actio in rem aduersus eum, qui rem nostram possidet; aut dolo malo desiit possidere. *l. actionem, de obliga. & act. l. qui petitorio. in princ. de rei vindic.* Proinde actio in personam de legato, aut fideicommisso datur solum aduersus heredem, à quo legatum est; quoniam solus est obligatus: aduersus ceteros, quamuis rei legatæ possessores, non datur. Actio in rem contra aduersus heredem non datur, si non possideat rem legatam, neq; dolo possidere desiit. Et rursus quicunq; aliquam rem meam possidebunt, aut cum possiderent, dolo desierunt possidere, tenebuntur legatario & fideicommissario.

Tertia † actio legatarij, seu fideicommissarij, hic prodita est actio, quæ Seruiana, seu hypothecaria dicitur, *d. vers. Rectius.* Hæc actio est, quæ creditori de rebus illi pro debito pignori hypothecæue obligatis, est, inquam, in rem actio. *§. item Seruiana Inst. de actionibus. l. pignus. inf. de pig.* Hæc rursus non competit de iisdem rebus, de quibus superiores, neq; aduersus easdem personas, aduersus quas actio in personam. De † quibus rebus competat, hac constitutione expressum est. Competit autem de rebus testatoris solum his, quas heres consecutus est, siue quæ ad heredem peruenerunt. Exstant hæc verba *in §. sed hæc.* Et rursum *in §. vlti. inf.* Ex his apparet hypothecariam actionem legatorum, seu fideicommissorum nomine nõ competere de rebus alienis. Et recte: nam non potest res obligari, nisi quæ in bonis debitoris fuit, *leg. cum res. inf. si aliena res pign. dat.* Sed nec competit de rebus heredis: nam hæ res neq; sunt, neque fuerunt antea vnquam testatoris. Hæc autem constitutio solum testatoris res obligat. Sane si post sex menses petatur ab herede, vt satis det fideicommissi nomine neq; satisdat, constitutum est, vt fideicommissarius, si postulet, mittatur in bonorum possessionem etiam heredis, post quam missionem, vt supra dictum, incipiant res heredis pignori esse. Estque id genus pignorum prætorium, *l. certa. inf. vi in possess. legat.* Sed hoc nihil huic constitutioni aduersatur, vbi de pign. & hypoth. agitur, quæ statim constituitur legati & fideicommissi nomine, & constituitur sine vlla missione in possessionem.

Sed nec de rebus testatoris omnibus actio hypothecaria legatario aut fideicommissario competit. Nam de rebus ipsis legatis nullo modo datur, propterea, quod, vt supra est effectum, hæ res sunt legatarii & fideicommissarij: nulli autem res sua pignori esse potest, *leg. neque pignus, de reg. iur.* Neq; hoc aduersatur definitioni huius constitutionis. Et potius maxime hanc definitionem confirmat: nam res testatoris legatæ non peruenient ad heredẽ, seu heres eas non consequitur; sunt enim legatarij & fideicommissarij, non heredis. Ex iisdem verbis definitionis superioris efficitur, quod Iustinianus *hac l. §. vlt.* constituit, nempe si plures erunt heredes testatoris, & à quibusdam relictum sit in portionem singulorum, solum teneri hypothecaria eas res, quæ sunt singulorum, non autem res coheredis; quoniam coheredis ad alterum coheredem non peruenerunt.

Nunc autem Iustinianus vult solum eas res teneri, quæ ad heredem peruenerunt. Sit hoc exemplum: Duo sunt heredes instituti, ab his 100. legata sunt. Mortuo testatore singuli debent 50. Sic enim diuiduntur inter heredes ea, quæ sunt in nominibus, *l. ea quæ. sup. famil. erciscund.* Dicimus, si vnus ex his portionẽ non soluat, posse res has testatoris, quæ ad eum peruenerunt, conueniri hypothecaria actione. Res autem, quæ ad alterum peruenerunt heredem, conueniri eo nomine non possunt, neq; earum rerum possessores.

Huic loco opponitur, *lex 2. inf. si vnus ex pluribus hered.* vbi propter eo, quod vnus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conueniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio & pignus à defuncto inceperint, cum defunctus debere cœpit pecuniam, & in eam pecuniam res eius sunt obligatæ. Quemadmodum etiam pro minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatæ, *leg. si rem, §. omnis. de pignor. actio.* Sic debitæ mortuo, pro quacunque parte huius debiti, omnes res eius tenebuntur. Itaque pro debito vnius heredis, etiam res alterius coheredis conuenientur, si testatoris fuerunt; nam prius erant obligatæ.

Ex

Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, *l.2.§.ex his. de verb.oblig.* Et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris, *d.l.2.infr.si vnus ex pluribus hered.* At hic agitur de legato & fideicommisso, huius obligatio ab heredibus incipit, & propterea ab his quoque incipit pignus & hypotheca, cuius consequens est, non noua, aut singulari ratione iuris, sed communi, vt in id, quod singuli heredes debent, non possint obligati esse, nisi res, quæ sunt singulorum; quia pignus oportet esse, cum constituitur in bonis debitoris, *l.cum res, inf.si aliena res pignor.dat.*

Sed nec semper in omnibus legatis & fideicommissis hypothecaria actio locum habet, etiam aduersus res, quæ testatoris fuerunt, & ad heredem peruenerunt; quoniam interdum non est necessaria. Id contingit liberatione rei legatæ, cuius consequendæ nomine nihil amplius habet debitor, quam exceptionem, si conueniatur, aut actionem in personam ex testamento, vt liberetur per acceptilationem. In rem agere non potest; quia liberatio non est rei, quæ sit in dominio nostro: hypothecaria etiam non potest agere; quia pignus tantum hue spectat, vt agenti cautum sit.

Liberatione autem legata satis debitori est consultum; quia propter exceptionem liberationem iam consecutus intelligitur. Id traditur *in leg.1.§.si debitori. vt in possess.legat.* Hypothecaria, vt dixi, in rem actio est, vnde intelligitur, hanc non competere, nisi aduersus eos, qui res testatoris, quæ ad heredem peruenerunt, possident, aut dolo malo desierint possidere. Ceterum si possident, aut dolo desierunt possidere, omnes tenebuntur, & maxime extranei, à quibus nihil est relictũ, *l.si fundus, §. in vindicatione. de pign.d.leg.2.infra.si vnus ex pluribus.*

13 Notandum est, non tantum † has actiones tres legatorum, aut fideicommissorum nomine proditas esse aduersus heredem, à quo quid relictum est: sed etiam proditas esse aduersus legatarios & fideicommissarios singulares, à quibus rursum alteri quid legatum, aut fideicommissum est, quod nominatim cauetur *in hac leg.§.Et hæc disposuimus.* Exempli gratia, Testator ita scripsit: *Fundum Tusculanum primo do, lego, ab eo peto, vt ædes illas det secundo.* Dicimus secundo aduersus legatarium primum, item de eo, quod à primo est relictum heredibus, has actiones tres competere, in personam, in rem, & hypothecariam. Sed vnde in personam actio aduersus legatarium? Respondeo ex eo, quod legatum fundi agnoscendo, intelligitur tacite etiam se voluntati defuncti subiecisse, & ita quasi contraxisse cum fideicommissario secundo, vt supra, *de hered. act.* dictum. Vnde autem actio in rem huic fideicommissario secundo? Respond. Ex eo, quod vbi primus fundum legatum agnouit, statim ædes in fideicommissarium sunt translatæ, si etiam testatoris fuerunt, & primo legatario simul legatæ sunt, alioqui si ædes testatoris non fuissent, aut fuissent quidem, sed non primo essent legatæ, aut non potuissent à primo restitui, secundi fideicommissarii fieri non possent. Hypothecariam autem actionem fideicommissario secundo competere sic intelligendum est, si à primo legatario alia res sit relicta, quam quæ primo legata erat, vt in specie proposita fundus primo legatus erat, ædes secundo: hoc casu dabitur secundo hypothecaria aduersus fundum primo legatum. Quod si proponeremus fundum primo legatum, & ab eo petitum esse, vt fundum huic secundo restitueret, non posset actio hypothecaria secundo hoc casu competere. Non enim potest competere de aliis rebus; quia hæ testatoris fuerunt. Rursum non potest competere de fundo legato; quia hic incipit transire à primo ad secundum ipso iure, *leg.neq; pignus.de reg.iur.*

14 Notandum † præterea, quod in eodem §.*sed hæc, h.* dicitur, fideicommissario & legatario relictum non valere, nisi aliquid lucri legatario accesserit. Hoc falsum prima fronte videri potest. Nam certi iuris est, quantum cuique testamento datum est, tantum ab eo fideicommitti posse, *Instit.de singul.rebus, & in princip.& §.1.* Idque adeo verum est, vt si id, quod est legatum, iussus sit legatarius totum restituere, quartam ex lege Falcidia deducere non possit; quod tamen beneficium heredibus tribuitur, *l. lex Falcid.§.vlt.ad leg.Falcid.*

Ideo veteres quidam moti sunt hoc loco. Existimauerunt enim his verbis huius legis, emendari *legem l. Falcid.§.vlt.* & rem hanc deduci, vt nunc etiam ex legatis & fideicommissis Falcidia detrahi possit à legatario & fideicommissario, à quibus supra dodrantem legati, aut fideicommissi est relictum. Sed hoc aut imperite fit, aut veteratorie. Nam cum constet, quid Iustinianus hoc loco senserit, aut imperitia est non intelligere, aut veteratorium contemta sententia verba captare. Apparet vero, Iustinianum hic sentire, non valere fideicommissum relictum legatario, si legatario nihil lucri accedat, & cum ab illo fideicommissum relinquitur, est præstandum. Ceterum si eo tempore aliquid lucri ad eum peruenit, Iustinianus sensit tantundem ab eodem relinqui posse. Id enim postea apud Iustinianum sequitur. Itaque, si quid in prioribus verbis ambiguum est, ex sequentibus interpretari debemus, ita manebit semper ius vetus, in legatariis & fideicommissariis legem Falcidiam locum non habere; id quod legis Falcidiæ verba diserte exprimunt.

Ad L. Omne verbum. 2.

Idem A. Iuliano præfecto prætorio.

Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare, vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est, siue directis verbis, quale est, iubeo, *forte: siue precariis vtatur testator, quale est,* rogo, volo, mando, fideicommitto: *siue iuramentum interposuerit: cum & hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐν ὄρκῳ, partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc laceranti bus, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Constitutionis capita duo.*

HVius † constitutionis duo sunt capita. Primum: *Quibuscunque verbis testamento quid relictum sit, relictum valere, dummodo intelligatur, quid senserit testator.* Secundum huiusmodi; *eandem naturam esse legatorum & fideicommissorum.* De priore capite etiam prioribus constitutionibus Imperatorum cautum erat, *leg.in legatis.sup.de legat.leg.quoniam.supra, de testament.* quibus in locis diximus. Exæquatio fideicommissorum & legatorum, est Iustiniani propria, de quo attigimus supra *leg.1.* Dixi autem plenius tit. *de fideicom.* 1

Ad L. Si duobus. 3.

Idem Augustus Ioanni præfecto prætorio.

Si duobus, vel tribus hominibus, vel pluribus forte optio serui, vel alterius rei fuerit relicta, vel si vni quidem legatario optio serui, vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes: dubitabatur inter veteres si inter legatarios, vel heredes legatarij fueris certatum, & alter alterum seruum, vel alteram rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, & sortem inter altercantes adhibendam, vt quem sors prætulerit, is quidem habeat potestatem eligendi: ceteris autem æstimationem præstet contingentium eius partium, id est, seruis quidem & ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimandis: minoribus vero decem annis, non amplius, quam decem solidos computandis. Sin autem artifices sint, vsque ad triginta solidos, æstimatione eorum procedente, siue masculi, siue fœminæ sint: exceptis Notarijs, & Medicis vtriusq; sexus: cum Notarios quinquaginta solidis æstimari velimus, Medicos autem & obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis, vsque ad triginta solidos valentibus: maioribus vero vsque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, vsque ad septuaginta.

SVMMARIA.

1 *Vbi plures, quibus optio est relicta, discordant in eligendo; sorte dirimitur.*

2 *Incertum vbi est, cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet.*
3 *Duobus cum res legata est, inter legatarios scindetur legatum.*
4 *Optione secuta, perinde est, quasi sine optione legatum esset.*
5 *Constitutioni huic quando locus sit.*

TEstator ita scripsit: *Primo & Secundo, Stichi, aut Pamphili optionem do.* Item, cum Titio Stichi, aut Pamphili optio esset legata, Titius priusquam optaret, decessit, prioribus heredibus relictis, vt iam incipiat optio Stichi, aut Pamphili ad duos quoque pertinere. Si ambo legatarij in vnum aliquem ex his seruis consentiant, quem optent, is debebitur, si alienus est, siue testatoris, is legatariorum proprium esse incipit, *leg. apud, de optione legat.* Sin iam legatarij inter se dissentiant, atque ita se mutuo impediant, quo minus hic, vel ille seruus eligatur, hic singulare
1 & nouum ius est constitutum. Huiusmodi † nempe controuersiam tunc inter legatarios dirimendam esse sorte, vt cui obtigerit sors, is solus electionem habeat. Hoc amplius, cum quis optauerit, rem, quæ electa est, solius eius in dominio esse, qui optauit; hac tamen lege, vt portionis alij collegatario debitæ æstimatio ei præstetur. Deinde addit, quanti seruus sit æstimandus.

Nouum autem non est & singulare, quod res in hac specie sorti committitur. Nam per sortem vni datur optio, cum se-
2 cundum regulam iuris, vbi † incertum est, cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet, *l. si fuerit legatum. de rebus dub.* Sed hoc constitutum est à Iustiniano, ne voluntas defuncti intercidat, si dissentientibus legatariis nulla sit optio. Præterea & illud præcipue singulare est, quod ei, cui sors obtigit, Iustinianus totam rem optatam tribuit: nam duobus hæc res legata est secundum regulam iuris, cum duobus † res legata est, inter lega-
3 tarios scindetur legatum, *l. cui fundus, de condit. & demonstr.* Nec ad rem pertinet; quod in hac specie vni tribuitur optio: Nam optione † secuta, perinde habetur, quasi sine optione legatum
4 esset, *l. apud. de opt. legat.* Sine optione autem res duobus legata ex æquo, ad vtrumque pertinebit, vt dixi. Sed tamen non est iniquum, quod hic Iustinianus constituit, propterea, quod in hac re æqualis est vtriusque legatarij conditio; nam sors à principio tam potuit vni, quam alteri contingere. Hæc æqualitas facit, vt neuter in hac re iniuria afficiatur, *argum. l. de fideicommisso. supr. de transactio.* Et si is, qui non optat, putat sibi damnosum esse, quod partem rei non habeat, de se queri debet, quia per eum factum est, vt res ad sortem deduceretur, cum ipse non consentiret, qui seruus optaretur.

5 Notandum est autem † huic constitutioni tunc demum esse locum, cum res vna, ex duabus pluribusue, legata est duobus aut pluribus, nempe ea, quæ optata erit. Diuersum est, si duobus res diuersæ sint legatæ; quia tamen mutuo dissensu se impediant, quod contingit in hac specie, cum duobus eiusdem fundi vsusfructus legatus est alternis annis. In hac specie placet, si legatarij concurrerent in eundem annum, eos se impedire, neque res sorte dirimitur, *leg. 2. §. vlt. quibus modis vsusfruct. amitt.* Hæc ratio est; quia in hac specie vtrique legatario suus vsusfructus diuersorum annorum alternorum legatus est, non debet sorte hæc controuersia dirimi; quia si sors vni dederit electionem primi anni; tamen alteri legatario suam electionem, & suum vsumfructum adimere non debet. In specie autem huius loci, optio vni ex legatariis per sortem tributa, alteri legatario non adimit, vt mox dicemus.

Rursum animaduertendum est, tunc sorti locum esse in hac specie, cum duobus optio legata est rerum legatarum. Diuersum est, si optio actionum tributa est lege pluribus legatariis. Exempli caussa, is, cui fundus erat legatus, priusquam constitueret de legato, decessit duobus heredibus relictis. Hi heredes duas actiones habent ad legatum persequendum, vindicationem & actionem ex testamento, sed sub electione, vt eam ex his, quam velint, eligant, *l. cum filius, §. variis, de legat. 2.* Placet in hac specie, si hi heredes consentiant, qua actione agant, eos recte ea actione experiri, sin autem dissentiant & vnus velit rem vindicari, alter velit in personam agi aduersus heredem: placet eos se mutuo dissensu impedire, nec res sorte dirimitur, *l. huiusmodi, §. vlt. de legat. 1.* scilicet; quia alia caussa est actionum plurium, pluribus tributarum, & alia rerum legatarum. Nam cum optio rerum legata est, & vni ex legatario optio ea tribuitur, nihil adimitur collegatario. Non optio; quia eam neuter prius habuit; quia ea ante optionem neutri debetur, & neutrius est, *d. leg. apud. de opt. leg.* At plures actiones legati nomine competentes statim à principio loco heredum, etiam antequam eligant, qua experiantur. Proinde vni electionem dabimus, ne ei electionem dando, alteri coheredi actionem ipsi quæsitam adimamus, quod est contra ius, contraque æquum & bonum, *l. vlt. C. de pact. l. horreum, de euict. leg. 2. de his, qui sunt sui, &c.* Exemplum *leg. sancimus, §. sin autem in huiusmodi, infra, de donat.* ad hunc locum plane nihil pertinet; quia illic optio non duobus datur, sed vni.

Ad §. Sed etsi quis optionem.

Sed etsi quis optionem serui, vel alterius rei reliquerit, non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non potuerit, vel morte fuerit præuentus: & in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: vtrumne legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, vt viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunq; decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: Ita tamẽ, vt non optimum ex seruis, vel alijs rebus quidquam eligat, sed mediæ æstimationis: ne, dum legatarium satis esse fouendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

SVMMARIVM.

1 *Optio quando & quibus casibus ad legatarium transeat.*

SI optio Stichi, aut Pamphili alicui legata sit, quando non legatarius, sed Titius extraneus optarit secundum verba legatarij, optio non est. Si Titius extraneus vel non possit, vel nolit optare, Iustinianus constituit, duobus hisce casibus † optionem 1 ad legatarium transire: vno, si mortuus erit Titius; quia iam certum sit, illum optare non posse: altero, si viuus optare nolit, aut non possit, & vnus annus præterierit, ex quo optare debeat. Hic opponitur, *lex 1. de legat. 2.* vbi traditur, legatum in alterius extranei arbitrium collatum, videri in arbitrium boni viri collatum, ita vt nullam conditionem, nullamque moram recipiat, secundum quam sententiam in proposito dici debuit, vt videtur, Titio non arbitrante confestim optionem legatario dari debere; quia bonus vir ita arbitraretur; & quia non deberet exspectari longior mora.

Respond. Aliud est conferre in arbitrium extranei aliquid, aliud in optionem & electionem. Extranei arbitrium significat voluntatem cum iudicio & æquitate coniunctam, quod illis exprimitur verbis, *si arbitratus fuerit, si existimauerit, si putauerit, sicut videbitur, leg. 40. §. quanquam, de legat. 3.* At electio & optio nudam & veram voluntatem eligentis continet, vt possit, qui eligit, eligere etiam deterius, prout ipsi libitum fuerit: cum in voluntatem interdum alterius aliquid confertur, ab ea voluntate non receditur, *leg. si sit legatum, de legat. 1.* Proinde merito hic exspectatur, donec Titius moriatur, aut intra annum non possit, aut nolit optare.

Sed ex hac solutione incidemus in contrariam difficultatem. Nam si optio in voluntatem meram collata est, non modo aliquod tempus exspectari debet, dum optet, sed etiam illo non optante, optio erit nulla, nec ad alium recurret, *l. vlt. supra, de contrahenda emtio. l. si quis arbitratu, de verb. oblig.*

Respondeo, secundum verba ita etiam dici debuit in proposito, sed Iustinianus defuncti spectauit sententiam: nam optionem in personam Titij contulit, non Titij, sed legatarij caussa. Proinde æquum, hanc legationem ad legatarium suo tempore redire. Cur igitur non statim ad collegatarium transfertur, vt sic voluntas defuncti confirmetur? Respond. Mediam viam est secutus Iustinianus in voluntate obscura, vt in rebus obscuris & perplexis fieri consueuit, *§. penult. Inst. quibus ex caus. manum. l. vlt. in fin. si pars hered. pet.*

Ad §. Sed quia.

Sed quia nostra maiestas per multos casus legatarijs, & fideicommissarijs prospexit, actionesque tam personales, quam in rem

in rem & hypothecarias dedimus, & in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est: & ad hanc legem peruenimus. Nemo itaque heres ea, quæ per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: Sed sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, vt pote sui patrimonij exsistens, alieno iuri applicari; quia satis absurdum est, & irrationabile, rem quã in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ, pignorisue nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere.

SVMMARIA.

1 *Actionis in rem de rebus legatis & fideicommissis constituta effectus.*
2 *Res pure, aut in diem legata fideicommissaue ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neq; manumitti potest.*

1 IN his, † quæ sequuntur, constituitur effectus actionis in rem de rebus legatis & fideicommissis constitutæ. Ergo si rei legatæ, aut fideicommissæ dominium in legatarium, aut fideicom-
2 missarium transit, *ex leg. 1. supr. hic.* Consequens † est, quod hic dicitur, rem pure, aut in diem legatam, fideicommissamue, ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neque manumitti posse. Consequens igitur; quia si legatarius & fideicommissarius domini sunt, heres non est dominus. Porro qui non est dominus, dominium transferre non potest, *l. traditio. de acquir. rerum domin.* qui rem non habet, transferre non potest, *l. si dominium. infr. de pign.* nec potest quis manumittere seruum, qui seruum in sua manu & potestate non habet.

Et hæc ita dicit Iustinianus se constituere, quamuis secundum veterem dispositionem aliud obseruetur. Quod ideo dicit; quia fideicommissi dominium non transibat in fideicommissarium olim, sed tantum dabatur fideicommissario in personam actio, eademq; actio sola in legatis locum habebat, quæ relicta erant per donationem, *l. Theophil. §. 1. Inst. de legat.* Nunc sublata & legatorum & fideicommissorum differentia, consequens fuit, vt de omnibus constitueret id, quod hic constituit. Iuris autem illius antiqui, quod dixi, licere etiam heredi res fideicommissas alienare, argumentum est certum, *l. si heres, §. 7. ad Trebell.*

Animaduertendum puto in fideicommisso hereditatis, si heres ignarus fideicommissam rem aliquam hereditariam bona fide vendiderit, dum putat expedire, & vendiderit ignoranti, hoc casu venditionem seruandam esse, vt & olim, §. *vlt. h. l. 2. de legat. 2.* Neque obstat constitutio; quia cum fideicommissum hereditatis relinquitur, videntur singulæ res relictæ, aut pretium earum, & pretium tantum, vbi heres vendidit eas res bona fide, ignarus fideicommissas esse.

Ad §. Sin autem sub conditione.

Sin autem sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum, fideicommissum vniuersitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione: melius quidem faciet, si & in his casibus caueat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se grauioribus oneribus euictionis nomine supponat. Sin autem auaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit: sciat, quod conditione impleta ab initio caussa in irritum deuocetur, & sic intelligenda est: quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: vt nec vsucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, siue pure, siue sub die certo, siue sub conditione, siue sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare nullo obstaculo ei à detentatoribus opponendo.

SVMMARIA.

1 *Res sub conditione legata, aut fideicommissa, pendente conditione ipso iure est heredis: proinde eam ipsi distrahere licet.*
2 *Secus, si conditio legati, aut fideicommissi exstiterit.*
3 *In emtorem si dominium translatum sit, quomodo ab eo domino rei auferri possit.*

CONsequens etiam superioribus id, quod hic cauetur, si res † sub conditione legata, aut fideicommissa sit, pendente conditione ipso iure est heredis, ac proinde interim omnia tribuuntur heredi, quæ domino, *leg. quæ post. §. 1. Dig. famil. hercis. leg. 1. §. si filio. ad Trebell.*

Proinde heres pendente conditione rem legatam distrahet, & in emtorem transferet dominium, vt pote in dominum, *§. per traditionem. Inst. de rerum diuis.* Sed † si conditio legati, aut fideicõ- 2
missi exstiterit, euenient contra, vt legatarius, aut fideicommissarius rem vindicare possint, quasi prius nulla venditio præcessisset, scilicet, quia conditione exsistente legatarius & fideicommissarius domini esse incipiunt rei legatæ, aut fideicommissæ. Idemque in rebus legatis olim ius fuit, ne quis putet ius per omnia hic nouum constitui, *l. seruo legato, §. 1. de legat. 1.* Sed non omnium rerum legatarum, aut fideicommissarum dominium transibat in legatarium, aut fideicommissarium, vt supra dixi: Et circa has res Iustinianus hic ius nouum constituit. Sed † cũ in emtorem dominium translatum sit, quomodo ab eo domi- 3
no res auferri potest?

Respond. Soluto iure dantis, soluitur ius accipientis, *leg. lex vectig. de pignor.* Heredis ius in re sub conditione legata, soluitur impleta conditione, proinde, necesse est eadem conditione solui ius emtoris.

Ad §. vlt. Emtor.

Emtor autem sciens rei grauamen aduersus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretij, neq; duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione aduersus debitorem competente: vt ex omni parte, omnique studio id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, & vltima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emtoribus integra iura, & nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Datum Kalen. Septemb. Constant. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC. 531.

SVMMARIVM.

1 *Re legata, aut fideicommissa vendita, & emtori à legatario & fideicommissario euicta, quomodo consulatur emtori ob euictionem.*

SI heres rem legatam, aut fideicommissam vendiderit, ea res emtori à legatario & fideicommissario euinci potest, vt supra dixi. Re † euicta quomodo consuletur emtori ob euictionem? 1
Hic duo singularia constituuntur. Primum, si emtor nominatim sibi cauerit de euictione, tunc hæc pœna aduersus eum constituitur, ne agere possit ex stipulatione & cautione. Rursum, quamuis nihil cauerit de euictione; tamen constituitur, vt habeat regressum aduersus heredem venditorem saltem, vsque ad pretium, quod dedit. Hoc quoque singulare & contra ius; quia ei, qui sciens rem alienam emit, actio de euictione non datur, *leg. si fundum, inf. de euict.* Sed Iustinianus prius constituit recte, coercendi emtoris caussa. Posterius autem constituit per consequentiam prioris; quoniam qui in vna re oneratus est emtor, debuit alia parte subleuari, *l. eum, qui. de iureiurand.*

Ad Authen. Res, quæ.

Res, quæ subiacent restitutioni, prohibentur alienari quidem, vel obligari. Sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis, siue donationis propter nuptias obligationem: permittitur res prædictas in eam caussam alienare, vel obligare pro modo honestati personarum congruo. Ea enim, quæ communiter omnibus prosunt, his, quæ specialiter quibusdam vtilia sunt, proponimus.

SVMMARIVM.

1 *Filij, aut filiæ heredes instituti, rogati hereditatem restituere, ante omnia legitimam portionem habere debent.*

1 SI filii, † aut filiæ heredes instituti, rogati sint hereditatem restituere, hi ante omnia legitimam portionem habere debent. Quod si aut dotem, aut donationem propter nuptias dederit, prius ea soluere debent de legitima sua, si legitima non sufficit, possunt deducere de bonis paternis, aut aliter consequi id, quod ad donationem, aut dotem præstandam sufficiat, vsque adeo, vt in eam caussam alienari possint & retineri res restitutioni subiectæ, quæ exceptio est superioris constitutionis. Hunc locum mihi videtur Accursius recte exposuisse *in Nou. de restit. & ea, quæ parit &c. §. quamobrem*, ad verba, *si non suffecerit.*

AD TITVLVM XLVIII. COD. AD Senatusconsultum Trebellianum.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissa hereditas quid?*
2 *Ratio inscriptionis, siue rubricæ.*
3 *Ordinis & methodi ratio late explicatur.*
4 *Differentiæ duæ inter fideicommissum hereditatis, & fideicommissum rerum singularum.*
5 *Summa huius loci quinq; quæstionibus proposita.*
6 *Heres an fideicommissum restituere debeat.*
7 *Fideicommissum quando recte relictum dicatur.*
8 *Si heres institutus rogatus restituere, hereditatem adire nolit, vt ita fideicommissum intercidat, quid constitutum sit.*
9 *Fideicommissum quando restitui debeat.*
10 *Quid & quantum veniat in restitutionem fideicommissi.*
11 *Fructus rerum hereditariarum an fideicommissario restituendi sint.*
12 *Heres quando moram in restitutione facere dicatur.*
13 *Hereditas quomodo restituatur.*
14 *Quis restitutionis effectus.*

1 HOc titulo agitur de fideicommissis hereditatibus. Est † autem fideicommissa hereditas, de qua restituenda aliquis rogatus est: nam fideicommittere, vt restituat, & rogare, vt restituat, idem valent. Sunt enim omnia verba fideicom. *Instit. de fideicom. hered.* 2 Quod autem † inscribitur, *ad Senatusconsultum Trebell.* eo fit; quia hoc Senatusconsulto de restitutione fideicommissæ hereditatis cautum est. Inde inscriptio eiusdem tit. *Instit. de fideicommiss. hered. & ad Senatusconsultum Treb.* vbi & res, de qua agitur, & ius, quo de ea re cautum est, coniuncta sunt. Sed † cum 3 fideicom. hereditas sit species fideicommissi, cur de hac ipsa tractatum non est supra tit. *de fideicom. rerum singularum?* Resp. Quia fideicommiss. heredit. proprium quoddam ius est, separatum à 4 iure fideicommissi singularum rerum. Sunt † enim duæ hic differentiæ: nam si cui singulæ res aut legatæ, aut fideicommisso relictæ sunt, is cogere non potest heredem, à quo relictæ sunt, vt hereditatem adeat, & legata præstet: at quisquis est, qui heres rogatus est restituere hereditatem vniuersorum bonorum, is heredem cogere potest, vt hereditatem adeat & restituat, *l. nam quod. §. vlt. & seq. ff. eod.* Altera est, quod omne legatum & fideicommissum singularum rerum ad legatarium pertinet sine vllo onere æris alieni. Contra is, cui hereditas ex fideicommisso restituitur, obligatur omnibus oneribus hereditariis vt heres, *l. vlt. sup. de hered. act. l. si hereditatem. ff. de hered. vel act. vend. l. 1 ff. eod.* Sed cur non prius de fideicommiss. hereditatibus actum est, quam de fideicommissis rerum singularum, cum in Institutionibus id sit factum. Prior enim est titulus *de fideicom. hereditatib.* sequitur alter *de singulis rebus per fideicommissum relictis.* Et vere præstantior est hereditas, quam singulæ res, vt videatur de hereditate restituenda prius agi debuisse? Respond. Si res relictas tantum inspiceremus, prius de hereditate fideicom. restituenda agi oportuit: res enim maior est & præstantior rebus singulis, vniuersitas his rebus, quæ vniuersitate continentur. Sed sub hoc titulo non agitur tantum de fideicommissa hereditate restituenda, sed fideicommissi imminutione, quæ constituta est Senatusconsulto Pegasiano, *§. sed quia heredes. Instit. de fideic. hered.* Hanc imminutionem non spectamus; naturæ ordo postulat, vt priori loco de rebus testamento relictis agatur, quam de relictis minuendis. Qua ratione factum est, vt post tractationem hereditatum testamentariarum, item agnatarum & fideicommissarum, ad extremum sit subiecta tractatio ad l. Falcid. qua lege de minuendis legatis cauebatur. Sed cur ob hanc caussam non præponitur titulus *ad l. Falcid.* vt in Instit. & ff. est factum? Respond. Vterque ordo, & qui hic seruatur, & qui seruatur illic, rectus est, & suam rationem habet, prout diuersas res spectamus. Lex Falcid. de legatis minuendis prius lata est, quam SC. Trebell. constitutum. Hoc amplius, quod SC. Peg. cautum est, vt heres rogatus hereditatem restituere, possit retinere quartam ad exemplum l. Falcid. cautum est *d. §. sed quia. Instit. h.* Proinde cum & tempus spectamus, quo hæc l. constituta fuit, & similitudinem, quam legislatores hic secuti sunt, prius est, vt de l. Falcidia cognoscatur, quam de Senatusconsulto vel Trebell. vel Peg. Prius enim est id, ex quo exemplum deducitur, quam exemplum, quod inde ducitur.

Rursum, quoniam sub hoc titulo *ad Senatusconsultum Trebell.* non tantum de imminutione fideicommissi, sed etiam hereditatis restitutione agitur, non male fit, si habita rei, de qua agitur, ratione, prius de fideicommissa hereditate agitur, hac lege, quam de sing. legat. & fideicom. quæ lege Falcidia minuuntur. In summa † de fideicõmissis hereditatib. restituendis locis his breuiter 5 continetur. Nam cum constabit aliquem heredem rogatum esse à defuncto, vt hereditatem restituat, primo quærendum est, an fideicommissum restituere debeat; secundo loco, si restituere debet, quando debeat; tertio, quid & quantum veniat in eam restitutionem; quarto, quomodo hereditas restituatur; postremo, restituta hereditate, quid inde apud heredem maneat, quid in fideicommissarium transferatur, & in summa restitutionis effectus quis sit.

Prima quæstio † est, an fideicommissum heres restituere debeat? 6 Dicimus fideicommissum omne, quatenus fideicommissum est, iure valere, sed non continuo fideicommissario hereditas restitui debet, sed his conditionibus, si & fideicommissum recte relictũ est, & is, qui rogatus est, adierit, vel quo alio modo acquisierit hereditatem. Recte † fideic. hereditatẽ relinquit, si rite 7 relinquitur, & ab his, à quibus oportet, & quando oportet. Rite relinquitur citra controuersiam testamento, *§. inprimis. Inst. eo.* sed & rite relinquitur codicillis. Quod enim dicitur hereditatem codicillis dari non posse; tunc locum habet, cum hereditas directo datur, quod fit herede instituto, aut substituto, non etiam cum hereditas relinquitur verbis precariis, seu fideicommissariis, *l. 2. sup. de codicil.* Quisquis autem est, ad quẽ hereditas nostra peruentura est, recte rogatur, vt eam restituat, vt sunt primo scripti à nobis. *d. §. inprimis.* deinde etiam heredes legitimi; nam & ab intestato fideicommissum relinqui potest. Hoc amplius & hi omnes, quibus ex fideicommisso hereditas nostra restituta est; quoniam & hi heredum loco habentur, vt postea dicetur. Hæc *in §. præterea vers. tum autem Inst. h.* Porro hic autem fideicõmissa hereditas recte relinquitur, vt & pure & sub conditione, & in diem, seu ex certo die recte relinquatur, *d. §. inprimis. vers. potest autem.* in quo prium ius fideicommissarum hereditatum constituitur. Nam hereditas directe ex certo die & ad certum diem dari nequit: sed si dies adiectus fuerit vitio temporis sublato, pro pura habetur, *§. heres. Inst. de her. inst. l. hereditas. 34. ff. eod.* Quod, vt dixi, in fideicommissa hereditate danda cõtra obseruatur, & merito, quia vbi quis heres directe ad diem institutus est, nemo ante diem est heres, qui soluat creditoribus hereditariis, quod contra fit, cum quis heres institutus rogatus est, post annum hereditatem restituere: nã interim heres institutus est heres, & idem, qui creditoribus hereditariis respondeat. Non est satis fideicommissum recte relinqui, vt is, qui rogatus est, restituere debeat, nisi prius & ipse hereditatem adeundo acquisierit. Natura enim nemo restituere potest, quod non habet, nec vnquam habuit: hereditas autẽ heredi non nisi adeundo, aut pro herede gerendo acquiritur, *§. vlt. Inst. de her. qual.* Quid igitur † fiet, si heres institutus rogatus restituere 8 hereditatem, eam adire nolit, vt ita fideicommissum intercidat? Aduersus hoc periculum prospectum est SCto Treb. & Peg. Nã quoniam ita iusserat, vt nemo inuitus hereditatem adire cogeretur; quoniam aditio voluntate constat, *l. nec emere. supr. de iur. delib.* Ideo placuit initio heredes institutos & rogatos hereditatem restituere, adeoq; ceteros heredes eodem modo inuitare ad hereditatem adeundam: primo, periculi aditionis metu amoto: secundo, præmio etiam adeunti constituto. Metus onerum hereditariorum

ditariorum iustus est in herede, qui hereditatem adit: nam hereditas adita heredem obligat ære alieno, etiamsi soluendo non sit, *l. more. de acq. her.* Nec ad rem prodest heredi, si eam hereditatem postea restituat: nam qui semel heres exstitit, iure ciuili heres esse non desinit, *l. ait prætor. §. sed quod Pap. de minor. & l. ei qui. de hered. inst. §. restituta autem hereditate. Inst. de fideic. her.* Itaq; non dubium est, quin hoc metu territi heredes, qui rogati erant hereditatem restituere, non facile adire hereditatem vellent. Proinde hoc metu primum liberati sunt SCto Treb. quo effectum est, vt quæ actiones iure ciuili heredi & in heredem competunt, hæ ei & in eũ dentur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, *l. 1. h.* Sed restabat adhuc hoc incommodum, quod obstabat heredibus, quo minus hereditatem adirent, quam rogati erant restituere; quia nollent hereditatem adire sine vllo, aut perexiguo lucro. Quare & huic incommodo prospectum est SC. Peg. quo cautum est, vt heredib. rogatis hereditatem restituere, nõ minus quartam partem retinere liceat, quam per l. Falcidiam de singulis legatis retinere conceditur, §. *sed quia heredes. Inst. h.* His rebus fiebat, vt inuitati heredes ad adeundam hereditatem facilius adire vellent hereditatem: sed nondum tamen his rebus perficiebatur, vt hereditatem aditent. Nam fieri poterat, vt vel non necessario metu mouerentur, vel consulto hereditatem adire nollent, quo nocerent fideicommissario, vel quo voluntas suprema intercideret, Idcirco visum est eodem SCto Peg. heredibus adire recusantibus necessitatem imponere. Placuit igitur, vt desiderante fideicommissario, cui hereditas restituenda est, & postulante suo periculo hereditatem adiri, cogatur heres per prætorem hereditatem adire & restituere, sine vlla exceptione, *l. 4. l. nam quod. §. vlt. de codicill §. sed si recusabat. Inst. h.* Idque vsque adeo, vt quamuis heres vltro hereditatem repudiasset; nihilominus tamen desiderante fideicommissario adire cogeretur. *l. nam quod. in pr. ff. eod.*

Hereditate hoc modo adita, cum & fideicommissum valeret, nihil aliud relinquitur heredi rogato, nisi vt hereditatem restitu-
9 at. Sed † quando restituere debet, statim ne, an postea? quod secundo quærebatur. Res posita est in voluntate defuncti: si sub conditione fideicommissum relictum est; tunc debebitur, cum conditio exstiterit; si pure, statim & præsenti die debebitur. Hæc vis est & conditioni & aditioni adiecta *l. 1. de cond. & demonstr. §. omnis. Inst. de verb. oblig. l. cedere diem. de verb. sig.*

10 Tertium sequitur, † vt videndum sit, cum hereditas restitui debeat, quid & quantum restituat? Et quid restitui debeat, positum est in verbi significatione: hereditatem iussus est restituere; proinde id venit in restitutionem, quod hereditate continetur, id est, quod defuncti fuit, cum moreretur, *l. in fideicom. §. quoties. eod. l. hereditas. de reg. iur. l. nihil aliud. de verb. sig.* Hereditatis verbo eadem continentur, quæ verbo bonorum, *l. 1. 2. 3. de bon. poss.* Bonorum autem appellatione non tantũ res corporales continentur, sed iura & actiones, quæ defuncto competebant, *l. bonorum. de ver. sig.* Proinde quæcunq; actiones defuncti fuerint, hę in fideicommissariũ
11 sunt transferendæ, *l. postlimos. §. vlt. ff. eo.* Quæsitum † est de rerum hereditariarum fructibus, an & hi restituendi sint fideicommissario? Et placet, si hi post hereditatem aditam ab herede percepti sint ante restitutionem hereditatis, eos duobus tantum casibus restitui debere. Vno, si testator voluerit restitui, *l. in fideic. in pr. ff. eo.* Altero, si mora facta ab herede percepti sint, *d. l. eod.* In quo ius proprium legatorum & fideicommissorum notandum est. Nam in ceteris actionibus omnibus in personam, quib. non petimus quod antea nostrum fuit, fructus etiam post moram non præstantur, *l. videamus. §. actionem. de vsur.* præterquam in bonæ fidei iudiciis, *l. mora. §. in bonæ fid. ff. eod.* Sed placuit in hanc rem legata &
12 fideicommissa bonæ fidei iudicio comparari. *l. 3. ff. eod.* Moram † autem facit heres in restitutione hereditatis, cum à fideicommissario interpellatus opportuno loco & tempore, non restituit, *l. mora de vsur.* Quod si fructus ante moram ab herede percepti sint, neq; de his restituendis rogatus sit, hi in restitutionem non veniunt. *d. l. in fideic. in pr. & §. quoties. eo.* Quia, vt ibi scriptum est, ij magis rebus accepto ferendi sunt. Sentus est, quia nihil ab herede restitui debet, nisi quod est hereditarium, seu quod iure hereditario receptum est. Fructus enim ex rebus hereditariis non tam iure hereditario, seu ex hereditate percipere heres intelligitur, quam ex rebus ipsis, quæ post aditam hereditatem desierunt esse hereditariæ & cœperunt esse heredis, *l. heres in rem. de acq. hered. l. cum heredes. de acquir. possess.*

Sed diligenter notandum est, hoc dici de fructibus ab herede perceptis, proinde si vluræ & pensiones ex causa hereditaria debitæ nondum ab herede exactæ sunt, non fiunt heredis, sed actio ad eas petendas tota in fideicommissarium transfertur, *l. postulante. §. vlt. ff. h.* Hoc amplius exigimus, vt fructus percepti sint post aditam hereditatem, vt sic fiant heredis. Nam si ante hereditatẽ aditam percepti erunt, hi in restitutionem venient, quemadmodum qui viuo adhuc testatore sunt percepti. *l. ita tamen. vers. 1. in fin. ff. eo.* Et merito. Nam fructus viuo testatore percepti facti sunt testatoris; proinde in hereditate eius reperiuntur. Porro fructus mortuo testatore ante aditam hereditatem percepti à defuncto intelliguntur; quia hereditas iam adita defuncti sustinet personam, *l. hereditas. de acq. rer. dom.* Hæc sunt, quæ in restitutionem hereditatis veniunt, sed ita veniunt, vt debeant restitui tota, nisi quando ex SC. quarta pars apud heredem manere debet. Interest igitur, vtrum heres volens adierit hereditatem, an coactus: Si volens adiit, quartam retinere potest ex Senatusconsulto: Quod si coactus adiit, totum restituere cogitur, quod restituere rogatus est, ita vt nullum commodum ex hereditate sentiat, *l. 4. ff. eod.*

Quartum † sequitur, quomodo hereditas restituatur. Restitu- 13
tio hereditatis non continetur cassatione rerum, vt fit in rebus corporalibus, quæ non nisi traditione transferuntur, *l. traditionibus. sup. de pact.* Sed sola voluntate hereditas restituitur, siue verbis hanc voluntatem declaret heres, siue re aliqua & facto. Verbis, vt si aperte dicat fideicommissario, se illi hereditatem restituere. Re & facto, si vel rem vnam minimam hereditariam restituat fideicommissario, vt velit hereditatem illi restitutam esse. *l. restituta ff. eod.* Ita restitutio hereditatis, quemadmodum & aditio hereditatis, sola voluntate perficitur, dum tantum restituatur fideicõmissario, qui restitutionem admittit, quod facere potest præsens, vel absens per nuntium, *l. epistolam. d. l. restituta. ff. eod.*

Restituta † hereditate extremo loco de effectu restitutionis 14
quæritur. Hic comprehensus est SCto Treb. quo, vt supra dixi, effectum est, vt omnia commoda hereditaria, & item incommoda, in fideicommissarium transferantur, *d. l. restituta.* Quo SCto effectum est, vt fideicommissarij, quibus hereditas restituta est, heredum loco adeant omnia, *l. postulante. §. vlt. ff. eod.* Et hoc fit in totum, quoties tota hereditas fideicõmissario restituta est. Quod si heres voluntate testatoris, aut beneficio SCti huius, quartam retinuerit & dodrantem fideicommissario restituerit, euenit, vt scindantur inter eos actiones hereditariæ, item commoda & incommoda, pro portionibus vnicuique competentibus, ita vt heres pro quarta parte teneatur creditoribus hereditariis ipso iure; item & legat. & fideicom. his rebus omnibus teneatur vtili actione ex SCto, sublato iure veteruni, quo obseruabatur, vt fideicommissarius tantum teneretur stipulationibus interpositis inter eũ & heredem, de quo videndum est, quid Iustinianus scribat *in §. restituta. §. sed quia heredes. § sed quia stip. Inst. de fideic. her.* Vtriusque diuisionis exempla & confirmatio petenda sunt *ex l. 1. 2. h.* Altera verba inscriptionis huius tituli, de incertis personis, non sunt ferenda. Non enim agitur hic de incertis personis.

Ad L. Si ex. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Probo.

Si ex Senatusconsulto quartam partem hereditatis retinuisti, & dodrantem fideicommissario restituisti: quod creditoribus hereditariis pro nouem vnciis præstiteris, à fideicommissario petere potes. PP. 15. Kalen. April. Laterano & Rufino Coss. 198.

SVMMARIA.

1 *Restituta hereditate fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis iisdem actionibus, quibus heres.*
2 *Heres si quarta parte retenta ex SC. dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, & creditoribus hereditariis, quod debebatur, soluit solutum pro dodrante à fideicommissario repetere potest.*
3 *Quid si soluerit nondum restituta hereditate, nec retento eo, quod soluit, restituat hereditatem, an solutum itidem pro dodrante repetere possit.*
4 *Qua actione id repetere possit.*
5 *Notanda hic quæ sint.*

SI actiones, quæ iure ciuili in heredem competunt, transeunt in fideicommissarium restituta hereditate, vt transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano, *l.1.ff h.§.restituta. Instit.h.* consequens
1 est, † restituta hereditate, fideicommissarium teneri creditorib. hereditariis, iisdem actionibus, quibus heres teneretur: nam onus æris alieni heredis est, *l.vlt.sup.de hered.act.* Si fideicõmissarius tenetur creditoribus hereditariis, consequens est, quod hic dici-
2 tur, si heres † quarta parte retenta ex Senatusconsulto dodrantẽ hereditatis restituit fideicommissario, & is heres creditoribus hereditariis soluerit, quod debebatur, eum pro dodrante repetere posse à fideicommissario, quod soluit: consequens ideo; quia ea solutione fideicommissarium liberauit, quod facere potuit, etiam pro inuito soluendo, *l.soluendo. de neg. gest.* eum liberando negotium eius gessit: negotiorum alterius gestio, est negotiorũ gestorum eius, qui gessit, aduersus eum, cuius negotium gestum est. *l.1.2.de negot.gest. l.3.sup. de neg.gest.* Et hoc expeditum est, vbi heres restituta hereditate iam soluit creditoribus: sic enim, vt dixi, soluendo, vere fideicommissarium liberauit, qui iam teneri cœperat.

3 At quid si heres † nondum restituta hereditate soluerit creditoribus; deinde non retento eo, quod soluit, restituat hereditatem, an quod soluit, poterit itidem repetere pro dodrãte à fideicommissario? Mouet dubitationem, quod heres ante restitutam hereditatem soluendo, negotiorum suum gerit, non fideicommissarii, seu vere se liberat, non fideicommissarium. Nam fideicommissarius nondum restituta hereditate non obligatur actionibus hereditariis, quæ tunc solum transferuntur, cum restituta est hereditas, *d.l.1.h.* Ita solus heres actionibus hereditariis tenebatur, & quia solus tenebatur, soluendo se solum liberat, eoque & solius negotium suũ gerere videtur, atque ita efficitur, vt nullã negotiorum gestorum actionem habeat aduersus fideicommissarium. Hic rescriptum est, etiam hoc casu heredem, qui creditoribus soluit, repetere posse à fideicommissario, quam soluerit nõ restituta hereditate.

4 Sed qua † actione? Ait Accursius, negotiorum gestorũ, quod aliis displicet. Rectissime Accursius. Nam nisi sit actio negotiorum gestorum aduersus fideicommissarium, nulla esse poterit aduersus eum actio. Et vero negotium fideicommissarii hac solutione aperte gestum est. Non obstat, quod heres ante restitutionem hereditatis se liberat, non fideicommissarium. Subtilitate enim iuris & præsente tempore respecto fideicommissariũ non liberat: at effectu liberat; quia futurum erat, vt restituta hereditate fideicommissarius teneretur: quo minus autem teneatur, consequitur heredis solutione.

Præterea certius dici potest, heredem, dum ante restitutam hereditatem soluit creditoribus, gerere negotium fideicommissarii, non quia eum liberat; sed quia soluendo locupletiorem faciat hereditatem, sublatis nimirum oneribus hereditariis. Quapropter cum eandem hereditatem fideicommissario restituit locupletiorem, huius rei vtilitas ad fideicommissarium pertinet; facere enim ad rem & vtilitatem alterius, est negotium eius ge-
5 rere, *l.2.de neg.gest.* Notandum est † autem, quod hic dicitur, heredem, qui soluit creditoribus hereditariis, non repetere à fideicommissario totum, quod soluit, sed tantum pro dodrãte, id est, nouem vncias. Ex quo colligitur, pro quarta parte, quam heres retinuit, onus æris alieni ad heredem pertinere; vnde rursus intelligitur, quod supra ad hunc titulum dictum, cum heres retenta quarta parte hereditatem restituit ex fideicommisso, sciẽdum inter heredem & fideicommissarium actiones hereditarias esse pro portionibus hereditariis competentibus, quod & scriptum est *in Inst.de fideicom.hered.§.si quis vna.Inst.eod.* & apertius comprehensum *l.seq.h.*

Ad L. 2. Ad eum.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Iuliano.

Ad eum, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successionis onera, seu legatorum præstationẽ pro competenti portione spectare, indubitati iuris est. PP.18. Cal.Nouemb.Peregrino & Æmiliano Coss.245.

SVMMARIA.

1 *Definitio, seu summa legis.*
2 *Onus hereditarium quid, & quatenus in fideicommissarium transeat. num.3.*
4 *An quemadmodum fideicommissarius legata pro dodrante præstare debet; ita & heres pro quarta parte retenta eadem præstare teneatur.*
5 *Verbum* partis *quid significet.*
6 *Heres quarta parte retenta, dodrantem solum restituens, pro quarta parte & nomine & reipsa heres est.*
7 *Quoties iubetur heres restituere hereditatem non quarta parte, sed vna summa, aut re aliqua singulari deducta, toties omnes actiones in fideicommissarium transeunt, & ea pars, quæ apud heredem manet, sine vllo onere remanet.*

DEfinitio legis hæc est: Cum hereditas fideicommissario pro dodrante † restituta est, quarta parte ab herede retenta, onus æris alieni, & item legata ad fideicommissarium spectare: sed 1
dixi, pro competente portione, quæ illi restituta est. Onus † hereditarium est onus æris alieni, quod debetur creditoribus de- 2
functi. Hoc onus, vt dictum est, onus heredis est; quia hic solus ex lege 12.tabularum creditorib. hereditariis tenetur, *leg. vlt.supr. de her.act.* Id † ex senatusconsulto Treb. transit in fideicommissarium, restituta hereditate. Sed transit, quatenus ius & fructus he- 3
reditatis ad fideicommissarium transfertur, vt sunt verba senatusconsulti, *d.l.1.D. hic.* Proinde pro hac solum parte onus hoc ad fideicommissarium pertinet, pro parte autem ab herede retenta heres tenetur creditoribus, *d.§.si quis vna Inst.h.* Hoc ius in ærealieno nullam dubitationẽ habet. Quæritur † de legatis, an quẽ- 4
admodum fideicommissarius pro dodrante ea præstare debet, ita & heres pro quarta parte retenta ea præstare debeat? Nõ dubitaremus, nisi Accursius & alii hunc secuti statuerent, legata solum à fideicommissario deberi, ab herede autem, qui solã quartã hereditatis retinuerit, non deberi, quod statuerunt *in l.1.§.vlt.ff. eo. l.vlt. inf. eod.* Qua sententia nihil magis falsum est, proinde aduersus eam confirmandi sumus.

Sic igitur statuamus, legata testamento relicta, aut codicillis, restitutæ hereditate scindi inter heredem & fideicommissarium, itidem vt onus æris alieni, vt ea ab vtroque præstentur, pro portionibus hereditariis, quæ illic obtigerunt. De fideicommissario non dubitatur, de herede non minus ius certum est. Id probatur verbis huius legis, vbi dicitur, legata ad fideicommissarium spectare solum pro competente portione, ex quo intelligimus pro alia parte, quæ heredi competit, id onus ad heredem spectare, quemadmodum & de actionibus idem fieret. Nec cauillari verba oportet, vt facit Accursius: nam in principio huius rescripti agitur de eo, cui pars hereditatis restituta est. Accursius ait, hoc intelligi debere de eo fideicommissario, cui heres rogatus est restituere dimidiam tantum partem hereditatis; quo casu fatẽtur, legata diuidi inter heredem & fideicommissarium pro æquis partibus. *l.1.§.pen.D.eod.* Et mouentur eo; quia † verbum *partu* dimidium significat, vt traditur diserte *in leg.nomen.§.1.de verb.signi-* 5
fic. Sed additur ibidem *partis* nomen non semper significare dimidiam, & generaliter non significare tunc, cum additum esta liquod verbum, quod aliam partem, quam dimidiam demõstrat, vt si quis dixerit, partem dimidiam, quartam, tertiam. Id hoc loco factum est: nam quæ initio huius legis dicitur pars, ea postea dicitur pars fideicommissario competens. Scimus autem partem fideicommissario competentem esse dodrantem, non autem dimidiam. Omissis huius legis verbis ratione minime dubia efficitur heredem pro quarta parte hereditatis retẽta teneri ad præstandum legata. Nam certi iuris est, onus legatorum esse onus heredis, non minus, quam onus æris alieni. Id probat definitio legati. Dicitur enim legatum donatio testamento relicta ab herede præstanda. *§.1.Inst.de leg.* At cum † heres quarta parte reten- 6
ta dodrantem solum restituit, pro quarta parte, & nomine & reipsa heres est. Nomiue, quia heres semel factus, nunquam iure heres esse desinit, quamuis hereditatem restituit, *§.restituta.Inst. h.leg ait prator.§.sed quod Papinian. de min.* Re quoque heres est; quoniam eatenus hereditatis partem & emolumentum retinet; proinde iure eatenus onus legatorum & æris alieni ad eum pertinere debet. Idem euidenter colligitur ex Senatusconsulto: nam verbis Senatusconsulti ante restitutam hereditatem declaratur, oẽs actiones in heredẽ cõpetere, quæ intelligũtur actiones æris alieni & legatorũ, neq; hæ actiones ab eo discedũt, nisi in fideicõmissariũ trãseant: at quoties restituitur hereditas pro dodrãte, solũ actiones pro ea parte in fideicõmissariũ trãsferũtur, vt intelligitur ex verbis eius Senatusconsulti: nã eo cautũ ẽ, ideo trãsferri

actiones

actiones in fideicommissarium, quia ius & fructus ad eum transeunt: ex qua ratione intelligimus, quatenus fructus hereditatis in fideicommissarium transeunt, eatenus actiones in eũ transire, quatenus vero non transeunt, eatenus nec transire actiones, quia ratione legis cessante, legi locus non est, *leg. quod dictum de pact.* Eodem pertinet, quod generaliter definitur *in d. §. si quis vna. Instit. eodem.* quoties heres, retenta quarta parte hereditatis, dodrantem restituit, scindentur inter heredem & fideicommissarium actiones, quibus heredes tenẽtur. Generaliter dictum est, *actiones.* Hæ autem non sunt tantum æris alieni, sed & legatorum, quibus pariter heres tenetur. Nihil ad rem pertinet *l. 5. §. vlt. D. eodem.* Nam in exemplo eius loci heres quartam hereditatis non retinet, sed totam hereditatem restituit fideicommissario. Quo casu solus fideicommissarius tenetur, vt æri alieno sit obligatus, quod Senatusconsulto efficitur. Id autem vt intelligatur ita esse, obseruandum est, in specie illius loci heredem institutum rogatum esse, restituere hereditatem, deductis centum. Scire autem oportet,
7 quoties †iubetur heres hereditatem restituere nõ deducta quarta parte hereditatis, sed vna summa deducta, aut aliqua certa re singulari, toties omnes actiones in fideicommissarium transire, & eam partem, quæ apud heredẽ manet, sine vllo onere remanere, vt diserte *in d. §. si quis. Inst. h.* dictum est. Et redditur alia ratio manifesta; quia hoc casu iure singulari non heredi, sed legatario locus est, certi autem iuris est, heredes omnibus legatariis non premi *l. vlt. sup. de her. action. leg. si hereditati. D. mandati.* Idem respõsum esse volumus *ad l. vlt. h.* vbi fideicommissarius solum legatum præstitit, sed ideo, quia proponitur tota hereditas illi restituta esse. Ad extremum scindi legata inter heredem & fideicommissarium, diserte scriptum est *l. 1. §. pen. ff. eodem.* Id quidem scriptũ est in ea specie; cum heres iussus est dimidiam tantum hereditatis restituere. Sed quemadmodum heres dimidiam hereditatis retinens, dimidium legatorum præstare debet: sic quartam retinens legata præstare debet pro portione.

Ad L. Si per. 13.

Impp. Carus, Carin. & Numeria AAA. Zotico & aliis.

Si per fideicommissum hereditas reipublicæ relicta est: ex Trebellianico senatusconsulto (quod ab intestato quoque locum habet) quartæ partis & fructus eius vobis restitutio competit: Sine die & consule.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum hereditatis etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui potest.*
2 *Cuicunque hereditas ex fideicommisso restituenda est, aduersus eum quarta ex senatusconsulto retineri potest.*
3 *Fideicommissarius, hereditate tota sibi restituta, heredi quartam, vna cum fructibus restituere tenetur. & num. 6.*
4 *Discrimen inter partem hereditatis, quam heres fideicommissario restituere debet, & eam, quam fideicommissarius heredi restituit. Eiusdem ratio sub num. 5.*

1 HIc tria statuuntur, 1. Fideicommissum † hereditatis, etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui posse, §. *præterea. Instit. eod. leg. eam, quam. supra. de fideicommis.* 2. Cuicuoque †hereditas ex fideicommisso restituenda est, non facere fideicommissarii vllam auctoritatem, prærogatiuam, aut fauorem, quo minus aduersus eum quarta retineri possit ex senatusconsulto, quod eodem modo constituitur, quo è conuerso placet qui'quis est heres qui rogatus sit hereditatem restituere, nulla habita persona heredis, eum ex senatusconsulto teneri, vt hereditatem restituat, siue erit priuatus, siue fiscus, siue respub. *leg. recusare. §. fisco. D. eod.* Hoc ideo, quia senatusconsultũ, quo de restitutione hereditatis, item quartæ retentione cautum est, de re scriptum est, non de personis, vt dicendum sit, in quibuscunq; caussis eadem res sit, id est, restitutio hereditatis & quartæ retentio, in his idem ius statui debere ex senatusconsulto, neglecta personarum ratione, à quibus, aut quibus restituitur hereditas.

3 Hic † statuitur notandum præcipue, si hereditas restituta fideicommissario tota sit, eum heredi restituere oportere quartã hereditatis, vna cum quartæ fructibus, vt generaliter hoc statuendum sit, sic heredem quartam hereditatis habere debere, vt eã heres habeat cum fructibus. In qua † parte notandum est discri- 4
men inter eam partem hereditatis, quam heres restituere fideicommissario debet, puta dodrantem hereditatis, & inter eam partem, quam fideicommissarius hereditatem possidens heredi restituere debet, nempe quartam partem hereditatis ex Senatusconsulto. Nam heres sic dodrantem hereditatis ex senatusconsulto restituere debet fideicommissario, vt in hanc restitutionem solæ res hereditariæ veniant, fructus non veniant; sed heredis fiant; cum ab illo percepti sint post aditam hereditatem, & ante restitutionem fideicommissi, nisi aut fecerit moram in restituenda hereditate, aut nominatim fructus restituere rogatus sit *l. in fideic. in pr. §. quoties ad Trebell.* Contra vero si quo modo cœperit hereditatem totam possidere, quemadmodum ex senatusconsulto restituere debet heredi, sic debet & fructus eius quartæ, vt hic. Cur hæc tã varie? Differentiæ † ratio est, quia heres semel adita heredi- 5
tate, statim efficitur dominus rerum hereditariarũ *l. heres in omne. de acq. her. l. cum heredes. in pr. de acq. pos.* Proinde & quartæ partis hereditatis dominus est, citra controuersiam, & quamuis hereditas peruenerit ad fideicõmissarium, tamen heres semper dominus manet, vt fuerat. Certi autem iuris est fructus ex re nostra perceptos, nostros esse, itaq; cũ fideicommissarius fructus hereditarios percipiat, quamuis ex re communi, in qua ipse dodrantẽ habet, heres quartã partẽ recipiat, tamen non pro maiore parte fructus suos facere potest, quã pro qua res ad eum pertinet, *l. qui scit. leg. Herennius de vsuris.* Atidẽ heres ante restitutam hereditatem non solũ quartæ partis dominus est, sed etiam dodrantis, qui restitui debet, nec prius dominus esse desinit, quam transtulerit hereditatem in fideicõmissarium; quod solũ post restitutã hereditatem contingit ex senatuscõsulto, *l. 1. h.* Proinde qua ratione quartæ fructus semper sunt heredis, quia heres semper eius dominus est, eadẽ ratione fructus dodrantis ante restitutã hereditatẽ ab herede percepti, fuerunt heredis, quia pro eo toto tempore heres dominus est totius hereditatis, dodrans quidem etiam ante fideicommissario debetur, sed fructus ex re debita percepti non sunt eius, cui res debetur. Et hoc amplius, nec restitui debẽt, nisi percepti sint post litẽ contestatam in strictis iudiciis, aut post moram in bonæ fidei iudiciis, item in legatis & fideicommissis, *l. 3. in pr. l. videamus. §. si actionem. de vsur. l. si rem de ver. obl.* Sed videri † potest 6
falsum esse, quod dicitur, quartam partem heredi restituendam esse cum fructibus: nam hic proponitur heres restituisse fideicõmissario reipsa. Quoties heres totam hereditatem restituit fideicommissario, quarta non retenta, non modo fructuũ repetitionẽ sed etiam quartæ repetitionem amittit. Nam si sciens se rogatum esse restituere, & quartam retinere posse, nihilominus totam hereditatem restituit, quartã donat: sin in iure errans, putauit quartam se retinere non posse, iuris error ei non prodest ad repetendam quartam, quam soluit. *leg. error. proxim. titulo seq. ad leg. Falcid.* Dicendum est, hæc ita esse, si heres totam restituat hereditatem, sed fieri potest, vt restituerit hereditatem ita, vt diceret fideicommissario, se restituere pro dodrante, qui illi competit, quartã autem ad se velle pertinere, post quam restitutionem factum sit, vt fideicommissarius nihilominus totam hereditatem occuparit, non dolo aut præda; sed vt res communes facilius administraret, cum res adhuc essent indiuisæ, & ipse pro maiore parte dominus esset rerum hereditariarum, quod cum fit, heredi quarta salua est, quam sua voluntate non remisit.

Ad L. Non iustam. 4.

Impp. Diocl. & Maximian. AAA. & CC. Quintianæ.

Non iustam te gerere solicitudinem per fideicommissum relictæ portionis hereditatis perspicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicõmissi, quoniam auia testatoris ex parte heres scripta, & tibi rogata restituere, calliditate ac fraude repudiauit, vt ad alium nepotem, eundemque coheredem deuoluatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hereditatem adire, priusquam pro herede gereret rebus sit humanis exemta: cum diuo Antonino parenti nostro deberi etiam à substitutis fideicommissum contemplatione iudicii testatoris,

quasi tacite ab his repetitum, iam dudum placuerit. Neq; enim quartæ retentionem, quam illa, quæ repudiauit, hereditatem adire coacta, vt suspectam retinere non potuit, timere debes. S. 6. Id. Iul. Philippo. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis.*
2 *Fideicommissaria, an, cum, quærogata erat restituere, decedat non adita hereditate, & vel heredem habeat neminem, vel non locupletem, fideicommissum amittat.*
3 *Fideicommissaria si partem ab auia sibi fideicommisso relictam à nepote & coherede auiæ petere potest, an totam petere possit, coherede vltro eam restituere parato.*

1 AViæ † cum essent duo nepotes, vnus ex his testamento facto, auiam & fratrem suum alterũ auiæ nepotem instituit, & si non heres esset auia, fratrẽ suum ei substituit, præterea auiã rogauit, vt portionem hereditatis restitueret. Quintianæ Felicitæ. Quintiana fideicommissum ab auia defuncti petit. Illa adire non vult, sed repudiat hereditatem. Id eo consilio faciebat auia, vt ea portio hereditatis ad nepotem eius, qui illi substitutus erat, ex substitutione peruenirет fraudata fideicommissaria. Nam si hereditatem adiisset auia, substitutio vulgaris euanuisset, neq; ea pars vnquam ad nepotem peruenire potuisset ex testamento. *leg. post aditam. supra, de impub & aliis substitutio.* Cum auia perseuerauit in ea remissione, vocata est in ius ad prætorem à Quintiana fideicommissaria, ibi per prætorem coacta est hereditatem adire, vt verba sunt huius rescripti, quæ bene Accursius accepit, coactam esse verbis prætoris, vt adiret, id est, iussam esse adire: nam reuera non adiuit, vt postea in rescripto narratur. Ergo cum iussa esset adire, priusquam adiret, aut pro herede gereret, decessit: ita hereditas ex substitutione peruenit ad alterum coheredem nepotem eius, & quidem necessario, cum prius ex portione sua nepos heres exstitisset.

2 Hic duo quæsita sunt. Primo † quæritQuintiana, quid se facere oporteat, & num fideicommissum amiserit, cum, quæ rogata erat restituere, decesserit non adita hereditate, & aut heredem habeat neminem, aut habeat heredem non locupletem. Hic respondent Imperatores, non debere Quintianam sollicitam esse de fideicommisso, quasi non possit ea adire, quæ defuncta sit: nã omissa auia & nepotibus eius, posse Quintianam ab altero nepote auiæ, eodemque coherede auiæ: posse, quia ita ius constitutum sit, vt legata & fideicommissa ab herede defuncti relicta, etiam à substituto debeatur, quæ portio instituti ad substitutum cum suo onere pertinere debeat *l. licet de leg.* 1. Idem dicẽdum esset, etiamsi nepos coheres auiæ substitutus non esset: nam portio auiæ deficientis accresceret nepoti coheredi eius, qui suam partem adiisset, & quidem inuito, *l. testamento de impub. substit. l. qui ex duobus. §. vlt. de acq. her.* Accresceret autem aut cum onere fideicommissi ex eadem constitutione, aut quia coheres coniunctus in deficiente portione coheredis quodammodo substitutus est, & iam etiam olim Iustinianus hoc probauit aduersus Iuliani sententiam, vt exstat relatum *in l. si Titio & Mæuio. §. 1. de leg. 2.* Quæ sententia confirmata est lege Iustiniani, *l. vnica. §. his ita. inf. de cad. toll.* Cum Iuliano consensisse videtur Celsus: huius sententia refertur alias *leg. Celsus. de leg.* 2. vbi hæc sunt verba, si vni ex heredibus nominatim fideicommissum sit, videri potest fideicommissum non deberi, si is heres non exstiterit. Sed non idcirco hæc lex pugnat *cum d. l. si Tit. & Mæu. §. 1. de leg. 2.* Nam verum est, videri id posse, quod Celsus dicebat, sed subiiciendum est, quod Vlpian. *in d. l. si Tit. & Mæu.* subiicit, nempe videri id posse: sed post decretum Imperatorum existimari debere, accrescentẽ portionem debere accrescere cũ suo onere, quasi coheres, cui accrescit portio, sit substitutus. Et ita est, vt fideicommissum ab auia relictum peti possit ab herede & coherede eius, cui portio auiæ accreuit.

Quæritur, cur in proposito Quintiana fideicommissaria adeo laborauerit, vt auia hereditatẽ adire cogeretur, cum ea repudiante nihilominus fideicommissatia saluum fideicommissum haberet? Respondeo: Non potest dici Quintianæ hic quicquam interesse, si nepos coheres portionem suam adierit. Nec simile est exemplum, quod affertur ab Accursio *ex leg. recusare. §. Titius. ff. eod.* Nam ibi substitutus in totũ non erat institutus. Sed vt Quintiana ita laborarit, multæ sunt caussæ. Primo ignorabat hoc ius, de quo hic rescribitur; nam si etiam mortua auia id ignorauit, multo magis ignorabat, dum auia adhuc viueret: vnde hæc sollicitudo ex ignorantia huius iuris est nata. Deinde etiamsi Quintiana hoc ius tenuisset, tamen eius intererat auiam cogi adire, quia non erat certa nepotem coheredẽ partem suam aditurum. Postremo etsi is quoque suam partem adiret, tamen permittebat fideicommissariæ potius rem habere cum auia, quam cum nepote coherede, vel quod nepos litigiosus homo erat, vel quod nimium posset, vel quod inimicus esset.

Sequens † quæstio est, si fideicõmissaria partem ab auia sibi fideicommisso relictum potest petere à nepote & coherede auiæ, an possit totam petere, si nepos vltro paratus sit eam restituere? Mouet quæstionẽ Senatusconsultum, quo permissum est heredi rogato restituere hereditatẽ, retinere quartam, si volens hereditatem adeat, vt initio huius tituli dictum est. Respondẽt Imperatores, Ne hac quidem in parte Quintianam sollicitam esse debere de fideicommisso, quia non solum fideicommissum petere possit à nepote, sed etiam totum possit petere, hac ratione, quia metui non debet, ne auia, quæ coacta est hereditatem adire, possit quartam retinere *leg. deducta parte quarta. ff. eod. §. sed si recusabat. Inst. eodem.* Sed videtur hæc sententia falsa esse, & oratio minime cohærens. Nam certi iuris est, heredem rogatum restituere hereditatem, si volens hereditatem adierit, quartam retinere posse, *§. sed quia. Institut. eodem.* At nepos in proposito volens adierat hereditatem, ratio autem adiecta, est aliena. Nã de nepote quæritur, an fideicommissum totum restituere debeat? Imperatores rationẽ reddunt de auia, quæ ratio ad rem nihil pertinet. Nam auia coacta est, sed nepos non est coactus. Respondeo, nihil rectius dici potest, neque magis ex sententia Senatusconsulti, quam quod hic rescriptum est. Verum enim est, nepotẽ hic volentem adiisse, sed fideicommissum ab eo non petitur ex persona eius, sed ex persona auiæ, & in eo restituẽdo ex persona auiæ iudicandum est: nam portio auiæ deficiens, accreuit huic nepoti cum suo onere, vt supra dixi *ex leg. vnica. §. his ita. de cad. tollend. & leg. si Titio & Mæuio. §. 1. inf. de legat.* 2. At onus auiæ fuit non solum, vt fideicommissum restitueret, sed etiam, vt totum quia coacta erat adire, proinde & hoc onus ad nepotem coheredem transiit: vnde intelligitur Imp. recte reddidisse rationem ex persona auiæ, cum ex eius persona de hoc fideicommisso iudicaretur.

Huic §. aduersari videtur *l. ille, à quo §. 1. in fi. ff. eod.* vbi significatur, si rogatus heres instituere decedat, antequam coactus sit hereditatem adire, fideicommissum non deberi, & in eo fraudari fideicommissarium. Resp. Quod dicitur illic de herede coacto adire, intelligitur ex illius legis interpretatione de eo, qui iussus est à prætore adire, & ita verbis prætoris coactus. Estque hic sensus, Si heres rogatus hereditatem restituere, neque hereditatem adiisset, nec verbis iussus est à prætore hereditatem adire, & interim decessit, sine dubio fideicommissum non deberi. Sed si heres iussus sit à prætore hereditatem adire, statim heres fideicommissario obligatur, & fideicommissum peti poterit, ad quemcunque heredem peruenerit ex hac lege.

Ad L. Et sine. 5.

Iidem AA. & CC. Verissimo.

Et sine scriptura per fideicommissum hereditas recte relinquitur. Igitur si vxor tua te & priuignum suum in discrimine mortis constituta designauit velle successionem obtinere vsq; ad dodrantem: eius voluntatem ratam seruari conuenit: cum ab intestato ei succedentes, de resoluendo fideicommisso conuẽtos vltra quartam, ære alieno deducto, quantum penes eos sententia senatusconsulti relinqui præcepit, tantum obtinere posse præstiterit. S. 5. Cal. Maii. Sirmii. Cæs. coss.

SVMMARIA.

1 *Quatuor in hoc rescripto notanda. & num. 2. 3. 4.*
5 *Interpunctio falsa huius loci emendatur.*
6 *Heredes legitimi rogati restituere hereditatem, etiam quartam retinere possunt, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia.*
7 *Legitimi heredes retinent quartam & restituunt dodrantem ære alieno vltra quartam deducto: Declaratur num. 8.*

In

1 INhoc † rescripto hæc notanda sunt, quæ totidem constituuntur: Fideicommissum & sine scriptura relinqui potest. Hoc apertius *in l. & in epistola. sup. de fideicommissis.*

2 Item † fideicommissum non tantum testamento ab heredibus, sed etiam ab intestato heredibus quibuslibet relinqui potest, codicillis, vel scripto, vel sine scripto, testatur *lex. 5. Codic. h. §.*

3 *praterea Instit. eodem.* Item † vt fideicommissum ab intestato ab heredibus legitimis debeatur, non est necesse heredes legitimos nominatim rogare, vt restituant, satis est, si testator indefinite ita dicat, se velle hereditatem ad illos, vel ad illas pertinere *l. eam*

4 *quam. sup. de fideic.* Postremo † cum heredes legitimi rogati sunt hereditatem totam restituere, non minus & ipsi, quam scripti heredes quartam retinere possunt, ex sententia senatusconsulti, iti vt reliquum restituant deducto ære alieno, quod est vltra quartam. Hæc est sententia postremorum verborum.

5 Quo loco † diligenter animaduertendum est, locum vulgo vitiose interpunctum esse, & ita, interpunctio falsas sententias efficiat, proinde interpungendum ita esse: post verbum, obtineri debet interpori comma; post verba, conuentus, esse debet virgula. Est autem hæc sententia huius loci: Proponitur vxor quæ voluit hereditatem obtinere à suo marito & priuigno. Respondet Impp. Etsi heredes legitimi rogati sint hereditatem totam restituere, tamen voluntas eius seruari non debet, nisi ad dodrantem & rationē reddunt, cur vltra seruari non debeat, quia inquiunt, constitit heredes legitimos de fideicommisso restituendo conuē tos tantū obtinere debere; quantū apud eos relinquit sententia senatusconsulti, præcipue autē relinqui quartam, proinde quartā legitimi retinere possunt, idq; perfacile ære alieno vltra quartam deducto. Vulgaris interpunctio facit, vt proponatur, defunctum voluisse hereditatem à fideicommissariis suis retineri vsq; ad dodrantem, quæ sententia euidenter falsa est. Nam hoc casu quarta non retineretur ex sententia senatusconsulti, sed ex lege 12. tabularum, nempe aperto iudicio testatoris. Deinde eadē interpūctio vulgaris facit, vt dicantur heredes legitimi conuenti esse vltra quartā; quod & ipsum falsum est. Nam si dicuntur vltra quartam conuenirī, qui conuenietur de quarta & amplius. Nunc autem Impp. volunt eos conueniri tantum posse vsq; ad dodrantem. Interim ex his verbis notanda sunt duo ex hac posteriore sententia

6 I. heredes † legitimos rogatos restituere hereditatem, etiā quartam retinere posse, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sentēcia. Cur ex sententia duntaxat? Quia senatusconsultum scriptum est de heredibus institutis, non etiam de legitimis; sed placuit propter eandem rationem etiam ius idem transferri ad legitimos. *l. recusare. §. 1. D. eo.*

7 Alterum est, legitimos heredes † retinere quartam & restituere dodrantem, ære alieno vltra quartā deducto. Hoc si ita accipimus, vt cum dicitur in lege Falcidia, exquiri quantitatem patrimonii deducto prius ære alieno, vt est *in leg. in imponenda infra. proxim. seq. titul. Instit. de leg. Falcidia.* sententia aperte falsa est, & minime recipienda. Nam cum dicimus in leg. Falcidia ponenda, ex quo legata præstantur, ante deduci æs alienum, hoc significatur, heredem ante omnia deducere tantū, quantū sufficiet ad æs alienum creditoribus, & præterea id ita deducere, vt ipse retineat, quia heres solus est is, qui obligatur creditorib. At cum de hereditate ex fideicommisso restituenda agitur, nihil tale facere heres potest, duabus de caussis: nam heres, qui legata præstat, etiā legatis dissolutis, solus est heres, vt merito æs alienum suo iure deductum habeat, & præterea solus tenetur creditorib. hereditariis *leg. vlt. Cod. de hered. act.* Vt sit æquissimum eum retinere de hereditate, vnde soluat creditorib. ne cogatur dependere de suo, atq; ita fraudetur quarta parte hereditatis. At cum agitur de hereditate ex fideicommisso restituenda, ideo heres retinere æs alienum non potest, quia non est solus heres, sed fideicommissarius vsq; ad dodrantē heredis loco habetur *leg. postulante. vers. nam & quodā modo. ff. h.* Deinde esset iniquissimū, heredē rogatū restituere hereditatem, deducere & retinere totum æs alienum, cum ipse ære alieno non obligetur. Nam in fideicommissarium actiones omnes transeunt ex senatusconsulto, *leg. 1. D. h.* Deniq; ideo herec rogatus restituere hereditatem, æs alienum non deducit; quia scindi debet æs alienum inter heredē & fideicommissarium. Hoc nō dici intelligimus, cum dicuntur inter eos scindi actiones. *§. si quis*

8 *vna. h.* Quod † igitur hic dicitur, heredes legitimos conuentos retinere quartam ære alieno vltra quartam deducto, sic intelligere debemus, eum retinere quartam ære alieno deducto, id est, non retento, sed deducto de quarta, quam retinet, quoniam hoc æs alienum, quod vltra quartam est, transit in fideicommissarium, & æris alienia actiones.

Ad L. Iubemus. 6.

Imp. Zeno. A. Dioscoro præfecto prætorio.

Iubemus, quotiens pater, vel mater filio, seu filia, filiis vel filiabus, ex æquis vel inæquis partib. heredib. institutis, inuicē seu simpliciter quosdā ex his, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suæ superstiti, seu superstitibus restituere: vt omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani senatusconsulti, non per imputationem redituum (licet hoc testator rogauerit, vel iusserit) sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur. Idemq; in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere iubemus, & si pater, vel mater filio, seu filia instituti (sicut supra dictū est) heredibus rogauerit, eos easve nepotibus, vel neptibus pronepotibus, vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hereditatem.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis.*
2 *In quartam Falcidiam imputantur omnia, quæ iure fideicommissario capiuntur.*
3 *Fructus pendente conditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicommissi cedentem iure fideicommissario percipiuntur.*
4 *Fructus hi an in Falcidiam imputentur.*

HIc ius constituitur de certa specie heredum rogatorum, & fideicommissorum, & in hac specie singularia duo hic cōstituuntur circa fideicommissarias hereditates, ex quibus prius constituitur *in pr.* alterū *in §. 1.* Ceterū ad plenioreē interpretationē iuris propositā, pertinet species, de qua hic ius constituitur, quæ 1 hęc est. Cum † pater, aut mater filiū, vt filiā heredē instituit, & rogat, vt si sine liberis decesserit filius, restituat hereditatē fratri suo superstiti, ac vt restituat filio suo, eidemq; nepoti testatoris, & aliis deinceps liberis. Hęc species proponitur initio. In hac, vt dixi duo singularia constituuntur, prius pertinet ad quartæ retentionem, deque eo ita constituitur in principio, filium rogatum eodē modo restituere hereditatem, vel potius heredem filii mortui restituere hereditatem, ita vt quartam retinere possit: hoc commune cum ceteris heredibus rogatis hereditatem restituere: præterea fructus viuo filio apud heredem filii manere, nec venire in fideicommissi restitutionem. Hoc quoq; ius cum ceteris commune, quoniam hi fructus, qui pendente conditione fideicommissi, aut ante fideicommissi diem ab herede percipiuntur, iudicio testatoris percipiuntur, id est, ideo, quia testator voluit eos heredis esse, *leg. mulier. §. si heres. D. h.* Sed quod sequitur, singulare est & nouū: nam heres filii rogati ita hos fructus à filio viuo perceptos retinet, vt etiam præcipuos sibi habeat, id est, in quartam non imputet, sed ex iis bonis, quæ fuerunt mortui testatoris, quartā amplius retinere non potest, id vero est, quod hic constituitur, ius, vt dixi, nouum & singulare. 2

Nam hoc ius commune est & exploratū, in † quartam Falcid. multoq; magis in quartā hereditatis, quæ ex senatuscōsulto retinetur, imputari omnia, quæ iure fideicōmissario capiūtur, ita vt si ea tantū efficiant, quanta est quarta, quæ retineri debet, nihil amplius deducat, *l. in quartam ad l. Falcid.* Fructus † enim pendente cōditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicōmissi cedentem, iure fideicommissario percipiuntur *d. l. mulier. §. si heres.* Vnde generaliter traditur *in l. Papin. §. vnde si quis. de inof. testam.* huiusmodi † fructus sine exceptione in Falcidiam imputari. 4 Ob hanc caussam huic loco opponitur *d. l. Papin. §. vnde si quis.* Nam non tantū in hoc loco superiori definitio generaliter traditur, sed traditur in persona filiorū & heredum institutorum & rogatorū hereditatem post certum tempus restituere, quæ species est contra *l. iubemus.* Nam *in d. §. vnde si quis.* agitur de his heredibus rogatis, qui de inofficioso potuerunt queri, hi enim sunt liberi, quibus quarta non relinquitur testamento. Si hæc *lex iubemus*, effet Iustiniani vna ex 50. eius decisionibus, sine hæsitatione diceremus, hac constitutione Iustiniani *dict. leg. Papin.* emendari: Nunc autem hæc lex Neronis, non Iustiniani est, & in his legib. quæ sunt in Digest. & Codic. cum Iustinianus vetat quicquā sic acci-

accipi, vt sit contrarium *leg.2.§.contraria. Cod.de vet.iur.enucleand.* hinc difficultas nata ab interpretibus. Ad hanc quæstionem dissoluendam dicendum est, ius generale & commune esse, fructus pendente conditione perceptos ab herede rogato restituere hereditatem imputari in quartam, quam ex senatusconsulto retinere debet, sed ex hoc iure speciem hic propositam, cum filius institutus est & rogatus restituere fratri, vel liberis suis. Neq; ideo est contraria. *l.Papin.§.vnde si quis.de inoffic.testam.* alioqui etiam contrarium dicere oporteret, *leg.in quartam ad leg.Falcid.d.l.mulier.§.si heres Dæod.* Non sunt vero hi loci contrarii, quia generaliter scripti sunt de his fructibus in quartam imputandis, sine exceptione heredis & fideicommissi, quibus hereditas restitui debet. Sic ius est, priores leges ad posteriores trahi debere, *leg.non est nouum. & leg.sequent.de legib.* Sensus est, quod in prioribus legibus generaliter scriptum est, si quid in posterioribus excipitur in aliqua specie euius generis sit, priores accipi debent, quasi de ceteris tantum speciebus sentirent, non de ea specie, quæ postea est excepta, quasi posteriores sese ad priores retulissent, & hoc est, quod aliis verbis dicitur: In toto iure generi per speciem derogatur, *l.in toto. de reg iur.* Quod ait lex, si pater rogatus sit restituere hereditatem filio suo post mortem suam, ex leg.Falcidia videri posse contrariũ, *l.cum filiusfam.vers.denique de leg.1.* vbi dicitur, pater si rogatus sit post mortem restituere hereditatem filio suo, hereditatem restituet totam nec quartam ex lege Falcidia retinebit. Sed dissimiles species vtroque loco proponuntur: nam illic filius familias institutus erat heres; & quia per filiumfamilias hereditas patri eius quærebatur iure veteri, ideo rogatus est pater eam hereditatem restituere filio, eum pater moreretur. In hac autem lege pater ipse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem filio.

Differentiæ ratio inter has species hæc est, quia cum pater ipse heres est institutus, quartam retinent ex persona sua, quod facere potest ex senatusconsulto. At in specie *d.l.cum filiusfam.* vbi pater institutus non est, quartam retinet ex persona filii, qui heres institutus erat. Non potest autem idem filius & hereditatem ex fideicommisso consequi, & quartam retinere, proinde nec pater, aut patris heres, quia quarta ex persona filii retinetur.

Notandum est *in pr leg.* portionem l.Falcidiæ, quæ in extremo dicitur, eandem esse portionem, quæ appellauerat quartam, quę retinetur ex auctoritate Trebellian. vt intelligimus, cum heres rogatus est restituere hereditatem, quartam, quæ ab eo ex hereditate fideicommissaria retinetur, dici retineri ex senatusconsulto, & nihilominus recte ex leg.Falcidia. Et ita est vsus iuris auctorum, vt hanc ipsam quartam, quæ vulgo Trebellianica vocatur, vocent quartam legis Falcidiæ, siue quæ ex leg.Falcidia retinetur. Id liquet *ex §.vlt.huius leg.* idem tum ex aliis locis innumeris, tum ex his præcipue, *dicta leg.mulier.§.si heres.leg.ita tamen.§.Trebell.ff.eodem.leg.Titia.ad leg.Falcid.leg.coheredi.§.cum filia.ff.de vulgar.* Vtriusq; appellationis hæc ratio est. Dicitur hæc quarta retineri ex senatusconsulto; quia hæc senatusconsulto primum introducta est in hereditatibus fideicommissariis, & tamen nihilominus esse dicitur ex lege Falcidia, quia hæc ex senatusconsulto ita introducta est, vt sit nominatim introducta ex sententia eius legis, *vt est in §. Quia heredes.*

Ad §. In supradictis.

In supradictis autem casibus, fideicommissorum seruandorum satisdationem cessare iubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, & cum pater, vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, id est, cum testator specialiter satisdari voluerit, vel cum secundis se pater, vel mater matrimoniis iunxerit, necesse est, vt eadem satisdatio pro legum ordine præbeatur.

SVMMARIA.

1 *Satisdare quid.*
2 *Satisdatio an ab herede legatorum & fideicommissorum nomine exigatur.*

HIC alterum singulare & nouum constituitur in specie suprascripta, circa satisdationem fideicommissi: nam in ea specie, quæ initio est posita, vetatur fideicommissarius, siue is sit frater filii restituti, siue sint liberi heredis instituti, exigere satisdationem ab herede restituto & rogato instituere hereditatem. Singulare, inquam, hoc ius est: nam ius commune id est, vt heres legatorum & fideicommissorum nomine satisdet legatariis & fideicommissariis postulantibus satisdari, id est, stipulantibus legatariis & fideicommissariis promittere, se quibus diebus legata, aut fideicommissa relicta sunt, iisdem diebus legata & fideicommissa restituturum, & in hereditate tuenda à se dolum abfuturum malum, cui cautioni etiam heres fideiussores adiicere debuit. Id enim satisdare † significat cauere stipulanti fideiussorib. † datis. *leg.1.qui satisdar.cog.* De hac enim satisdatione scriptum est *leg.1.ff.vt leg.* Huic cautioni locus etiam fuit in fideicommissis hereditatibus, neque iis tantum, quæ pure essent relictæ, sed iis etiam, quæ in diem, aut sub conditione relictæ essent, *l.hæc stipulatio. ff.vt leg.*

Quomodo † ergo id ius non potest huic legi videri contrariũ, cum hic constituatur in specie proposita eiusmodi satisdationem ab herede non exigi? Respondeo, quod supra dixi à principio, ideo ius commune huius partis contrarium non videri debere; quia generaliter scriptum est de satisdatione exigenda. Hoc enim loco species vna ex genere excipitur, qua exceptione fit, vt quod in lege generaliter est scriptum, videatur cum hac ipsa exceptione esse scriptum, quia priores leges ad posteriores ita sint trahendæ. Sed excipiuntur hoc loco duo casus, quibus fideicommissarius satisdationem ab herede filio instituto possit exigere in specie proposita: si videlicet testator nominatim iusserit, vt filius nominatus satisdaret: item si filius rogatus secundas nuptias cõtraxerit: ergo his casibus & frater à fratre rogato, & liberi à patre instituto, satisdationem huius fideicommissi nomine exigere possunt: quæ sententia in totum videri falsa potest, hac ratione, quia nemo audiendus sit, qui solicitus est de hereditate viuentis, quod is facit, qui de ea hereditate sibi caueri postulat, *leg. 2. §.interdum.de vulg.* Respondeo fideicommissarium cum de ea hereditate, quæ ei restitui debet ex fideicommisso, sibi postulat caueri ab herede; qui rogatus est restituere, non sollicitus est de hereditate viuentis, sed de mortui testatoris hereditate agit, quam hereditatem heres rogatus est restituere.

Rursum si minus falsa hæc sententia est in aliis fideicommissariis, at saltem falsa est in liberius filii heredis instituti, quib. filius rogatus est restituere hereditatem. Nam si hi liberi sunt in potestate patris rogati, frustra postulant à patre stipulationem, cum inter patrem & filium, qui in potestate est, obligatio nulla possit subsistere; §. *hi, qui in parentum. Institutio.de obligat.quæ ex delict.* Vnde in hac ipsa quæstione de satisdatione fideicõmissaria exigenda, diserte scriptum *leg. Imperator.ad Trebell.* huiusmodi constitutionem frustra postulari à patre, manente patria potestate. Facilis & expedita res esset, si hæc constitutio lata esset post constitutionem Iustiniani, nempe post *leg.cum oportet. & leg. vlt.inf.de bon.quæ lib.* quibus ll. proprietas aduentitiorum bonorum filiifamilias attributa est, post quas constitutiones inter patrem & filium obligatio & actio consistere potest de proprietate aduentitiorum, quemadmodum olim poterat consistere de bonis castrensibus, *leg.is nulla de iudic.* Sed ad eas constitutiones confugere non possumus, quia hæc constitutio Zenonis eo tempore est lata, quo etiam aduentitia patri in totum acquirebantur, præterquam & certis quibusdam casibus, & paucis, vt apparet ex legibus, quæ sunt vsque *ad leg.cum oportet infra.de bon.quæ lib.* Itaque etiam ob iectio adhuc manet. Respondeo, secundum constitutiones Iustiniani nouas rem esse expeditam, vt filius à patre satisdationem recte exigat de aduentitiis, cum ea filio acquirantur. Quod vero ad tempora Zenonis attinuit, dicendum est, hanc conditionem hic debuisse accipi vt nepos à patre rogato satisdationem possit exigere, quo casu sui iuris esset: nam si esset in eius potestate, iure communi vti debuit *ex d.l.Impp.ad Trebell.*

Ad §. Sin autem.

Sin autem is, qui fideicommissaria restitutione grauatus est vno filio superstite, vel nepote ex filio, seu filia nato vel pronepote, vel posthumo relicto decesserit: non videtur exstitisse conditio: & ideo deficit fideicommissi petitio.

SVMMARIA.

1 *Quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem.*

2 *An videatur liberis relictis decessisse, qui decessit non vno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia.*

CVm in proposita specie filius rogatus sit restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, si sine liberis non decederet deficere institutionem, proinde & fideicommissum intercidere, quod & eueniret, etiamsi de liberis nihil dictum: esset, sed simpliciter iussus esset restituere post mortem suam; quia placet semper eandem conditionem intelligi, si sine liberis decesserit, *l. cum apertiss. sup. de fideicom. l. cum onus, de cond. & demonst.* Hinc quæritur,
1 † quis videatur liberis relictis decessisse secundum coditionem. Et primum an videatur decessisse liberis relictis, qui decessit vno filio relicto? Et placet videri hoc loco. Idque est, quod dicitur *in l. non est sine liberis, de verb. sig.* non esse sine liberis, cui vnus filius, aut vna filia est. Obiicitur pluralis numerus, cum dicitur, *liberis*, qui numerus cum minimum duos exigit. *l. vbi de testib.* Respond. hoc ita est, nisi aliud vsus linguæ obseruet. Nam vti linguæ cuiusque est vsus, ita testator sensisse intelligitur, *l. si seruus. §. vlt. de leg.* 1. Nunc autem Latini liberos plurali numero dicunt, non vt plures significarent, sed quia necesse habent plurali numero vti, cũ singulari careant. Idem fieri videmus in his verbis, pugillares & codicilli, in quibus pugillares dicimus, etiamsi sit vnus libellus, codicillos, etiamsi sit vnicum exemplum scripturæ, idque est, quod significatur, *in d. l. non est, de verb. signif.*

2 Deinde quæsitum est, an videatur † decessisse liberis relictis, qui decessit non vno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia? Cuius dubii caussa est; quia qui ex filiabus nascuntur, non sunt in potestate auorum, sed in alienam familiam transeunt. Et placet liberorum appellatione omnes contineri, qui descendunt ex nobis, siue ex masculini sexus personis, seu ex fœmini, *l. liberorum. l. cognoscere, §. vlt. de verb. sig.* Hinc est, quod hic dicitur & aliis locis, non videri decessisse sine liberis, qui etiam nepotem, quamuis ex filia natum, habeat, Idem *in l.* 2. est const. Iust.

Ad §. vlt.

Illud etiam admonemus, ea, quæ de Falcidia portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinenda & de satisdatione fideicommissorum (sicut supradictum est) concedenda diximus, non vlterius, quam in his personis & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci. PP. Kalẽd. Septemb. Constantinop. Probino & Eusebio coss. 489.

SVMMARIVM.

1 *An à nepote satisdatio fideicommissi nomine exigi possit, & interim fructus ab eodem percepti in quartam imputari debeant?*

QVod de fructibus pendente cõditione ab herede perceptis in quartam non imputandis, item quod de satisdatione ab herede rogato non exigenda, supra constitutum est, Zeno hoc loco nolle se locum habere dicit in aliis personis heredum, aut fideicommissariorum, item in aliis casibus, seu conditionibus locum habere, quã in suprascriptis. Quod ideo cauet, ne quod de vna dicitur persona, aut in vno genere cõditionis, ad alias personas, aliasve conditiones transferamus, in quibus eadem sit ratio, quod secundũ regulã iuris alioqui fieri oportebat. *l. non possunt. & l. seq. de legib. l. illud ad l. Aquil.* Hinc colligimus si testator, quãuis aliã ex liberis heredẽ instituat, quam filium, puta si auus nepotem instituat heredem, quamuis roget nepotem, hereditatem fratri suo
1 restituere, aut alicui ex liberis suis, tamen † & à nepote satisdationem fideicommissi nomine exigi posse, & interim fructus ab eodem perceptos in quartam debere computari, vti ius fuit antiquum.

Huic loco de fructuum imputatione opponitur, *l. quod bonis. §. auus ad l. Falcid.* vbi nepos ab auo institutus & rogatus, post mortẽ suam restituere hereditatem, non imputat in quartam fructus medio tempore perceptos. Respond. id fit in ea specie qua nepos fructus illos imputabat in debitum, quod ei ab auo debebatur, vt ibi nominatim scriptum est. Non potest eosdem fructus in duas res diuersas simul imputare. Nam cum in vnam prius imputabit, deinde habetur, quasi fructus non percepisset. Idem dicemus, si filius heres institutus rogatus sit; sine liberis decesserit, restituere hereditatem aliis, quam liberis, aut fratribus suis. Quin imo etsi filius heres institutus rogatus sit restituere hereditatem fratri suo, vel liberis suis, sub alia quauis conditione, quam si sine liberis decederet, dicemus ex hoc loco, & satisdationem ab eo exigi posse, & fructus ab eo perceptos in quartam imputatum non iri. Quo loco opponetur nobis superior regula, de qua dixi, nempe in quibus caussis eadem est ratio, ibidem idem ius statui debere. Responsio facilis est, hoc enim ita intelligendum est, nisi legislatori aliud placuisse nominatim constet: nam in voluntate certa non est opus coniecturis. Et quamuis nihil hic nominatim à Zenone cautum sit, nec ius ab eo constitutum ad alias caussas, aut conditiones transferatur, tamen intelligere debemus, id non transferri debere, quamuis eadem sit ratio, quia quod supra constitutum est, ius est singulare, & contra regulam iuris: quod ius eiusmodi est, ad consequentias deduci non debet. *l. quod vero & l. seq. de legib.*

Ad Auth. Nisi rogati.

Nisi rogati restituere datum dotis caussa, vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum, vel liberorum, monasterium, vel alium locum venerabilem ingrediantur: siue restitutio, aut substitutio fiat sub prædictis conditionibus, siue in redemtionem captiuorum, seu in egentium alimenta.

SVMMARIA.

1 *Quidquid rogatus quis est restituere sub conditione, non susceptuum, non contracturum, toties licet rogato contemta conditione monasterium ingredi & datum sine fraude secum retinere.*

2 *Datio dotis caussa conditionem habet, si nuptiæ sequantur.*

3 *Conditiones in testamentis, quæ contra bonos mores sunt, pro non adiectis habentur.*

SVpra constitutum est in initio *l. iubemus.* si filius rogatus sit hereditatem restituere, si sine liberis decederet, exsistente conditione fideicommissum deberi, sic tamen, vt quarta retineri possit: hic in hoc fragmento adiicitur exceptio, nisi is, qui sub ea conditione restituere rogatus est, monasterium, aut cœnobium ingrediatur, & ibi cœlibem vitam agat, & † generaliter constituitur 1
quicquid rogatus, aut iussus est quis restituere sub conditione supple, *non susceptuum*, vel sub conditione, rursus supple, *non contracturum*, toties licere rogato, contemta conditione monasterium ingredi, idque si fecerit, posse datum & relictum, sine fraude secum retinere. Intelligitur enim quis rogatus esse sub hac conditione, alias aperte, alias tacite, quomodo aperte verbum est: id enim continet in specie, de qua quæritur *in l. iubemus, supra.* Tacite enim id agi intelligitur, cum quid datur dotis caussa. Nam hæc
† datio cõditionem habet, si nuptiæ sequantur, *l. plerunque. §. si ante. l. stipulat. ff. de iur. dot.* Idque ideo, quia dos sua natura sine matrimonio esse non potest. *l. 1. 2. 3. de iur. dot.* Proinde cum eiusmodi datum detur ob caussam, vt nuptiæ sequantur, consequens est, caussa non secuta, conditionem non competere ob caussam dati, *tit. ff. de cond. caussa data, caussa non secuta.* Eiusdem generis est, quod donatur propter nuptias: nam & hoc eandem conditionẽ habet, si nuptiæ sequantur, *§. est & aliud. Inst. de donat.* Idcirco & id ob caussam datum intelligitur, qua non secuta eadem conditio est, vt datum restituatur, si videlicet nuptiæ non sequantur,

Sed huic constitutioni opponitur voluntas testatoris: nam ex verbis manifestum est, testatorẽ voluisse restitui hereditatẽ, si heres rogatus sine liberis decesserit. Hac conditione exsistente omnia iura clamant voluntatẽ testatoris esse seruandam. Sic in l. 12. tabul. *l. verbis legis, de verb. sig.* confirmatur nominatim ab eodẽ Iustiniano, *in Nouel. de nupt. §. disponat.* vbi his verbis vtitur, *statuat testator, & erit lex.* Huius enim iuris ratio & æquitas ostẽditur supra *in l. 1, de sacrosanct. eccles.* Ad hoc diluendũ Accursius & pleriq; alij hac vsi sunt exceptione, quod dicerent, heredem rogatum, qui monasterium ingressus est, videri filium genuisse, nempe monasterium, vt sic iure dici possit conditionem fideicõmissi defecisse quod bene à Bartol. notatũ est; & est absurdũ. Nemo enim dicitur g nere eum locum, in quo est, & in quo alitur, sed potius ab eo gigni, quomodo patriã nostram, parentem omnium nostrum dicimus. Ratio huius conditionis ea est, quam Iustin. in Nouel. vnde hoc fragmentum sumtum est, reddidit. Voluit enim fidei-

com-

commissum restitui non debere, quasi irrita conditione facta, vt intelligamus hoc casu reiici conditionem, *si sine liberis decesserit*.

Sed tamen amplius quærimus hic cur hanc conditionem reiecit contra voluntatem testatoris. Hic enim eadem dubitatio relinquitur. [redacted] Ceterum hac opinione posita, quam sup. dixi, consequens fuit, vt reiiceretur hæc conditio, *si heres sine liberis, aut nuptiis decesserit*, tanquam quæ esset contra bonos mores, quatenus præmio hereditatis proposito inuitabatur heres ad repudiandum propositum tam sanctum vitæ monasticæ suscipiendum. Perinde est igitur, quasi ita diceretur à Iustiniano, quod iubetur restitui sub conditione, si is, qui accepit, sine liberis, aut nuptiis decessit, sub contraria conditione ei datum intelligitur, si nuptias contraxerit, si liberos susceperit, *l. aliquando. de cond. & demon.* Hæc enim conditio dati, *si quis nupti.us contraxerit, aut si liberos susceperit*, est contra bonos mores in eo, qui vitam monasticam elegerit, ob eam, quam sup. dixi caussam:

Placet igitur eam hoc casu reiici debere. Certi iuris est enim, 3 † conditiones in testamentis, quæ contra bonos mores sunt, pro non adiectis haberi, *l. conditiones contra, de cond. instit.* In contractibus autem eodem numero habentur caussæ impossibiles, propter quas aliquid datum est, veluti si pecunia sit data, vt nuptiæ sequantur. Si quid donatum sit propter nuptias, *l. dictam. sup. de condict. ob ca. dat.* Caussa enim, quæ contra bonos mores est, impossibilis est. *l. filius, de cond. inst.* Sed hic Iustinianus adiecit exceptionem. Quod enim dicitur, *quod quis rogatus esset restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, aut sine nuptiis, fideicommissum non deberi, si is, quod rogatus est, monasterium ingrediatur*: hoc ita esse placet, nisi rogatus sit sub ea conditione restituere, in redemtionem captiuorum, aut in alimenta pauperum. Nam hæc caussa, quæ pietatis caussam habet, coniuncta cum voluntate defuncti, prævalet. Hæc exceptio est *in Nouell. de sanctiss. epis. §. sed & hoc præsenti in fin.* Vnde monendi sumus, in hac *Auth. nisi*, vitiose legi hæc verba extrema, *siue in redemtionem captiuorum*, nam pro *siue* legendum est *nisi*. Hic enim non continetur definitio præsens, sed eius definitionis exceptio subiicitur, nempe ea, quam modo diximus.

Ad Authen. Contra.

Contra cum rogatus fuerit quis vt sine liberis decedens quod tunc ex hereditate superest, restituat, vel aliis huiusmodi fideicommissi verbis grauatus: quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super hoc igitur & cautionem, nisi à defuncto remissa sit, exponit. Quod si contingat eam deminui: aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiente, in rem actione & hypothecaria fideicommissario vti permittitur aduersus rerum acceptores. Ex caussa tamen dotis, seu propter nuptias donationis, seu captiuorum redemtionis, vel si non habeat, vnde faciat expensas, huius quartæ permittitur deminutio.

SVMMARIA.

1 *Heres an possit ex iudicio defuncti alienare, & consumere quodlibet ex hereditate.*

2 *Quid iuris, si heres non tantum dodrantem, sed etiam quartam consumat.*

3 *Quid si nihil alienauerit, nihilque consumserit ex editate her. vtrum eo mortuo heres eius dodrantem retinere, & suo arbitrio consumere possit, vt tantum quartam consumere cogatur.*

HAc authentica nihil plane corrigitur *in l. iubemus*, cui hæc authentica subiecta est, sed declarat, quid interfit, vtrũ heres institutus rogetur simpliciter hereditatem restituere, an vero rogetur restituere, quod ex hereditate supererit, cũ decedet. Et hoc est, quod significatur hoc verbo, *contra*, quod sic accipiendũ est, quasi diceretur, cum heres rogatus est restituere hereditatem *si sine liberis decesserit*, de hereditate suo arbitrio nihil imminuere potest, sed restituens cogitur dodrantem restituere, quartum retinere potest. Contra diuersum erit, cum rogatus sit restituere decedens id, quod ex hereditate supererit. De quo quid hic constituatur, vt possit intelligi, secundum est, fuisse veterem quæstionem in hoc genere fideicommissi, an heres † his verbis rogatus possit ex iudicio defuncti alienare & consumere quidlibet ex hereditate, vt si quid ex ea supersit, id restituat, si nihil, debeatur, id quod verbis fideicommissi videtur effici, cum ita dicit; restituat, quod ex hereditate supererit. Hæc verba, *si quid supererit*, cõditionem habent. *l. 5. de leg.* 1. Hæc autem conditio, *si quid supersit, restituat* contrariam conditionem tacitam habet, sin nihil supererit, neutiquam restituat. *l. si quis. §. 2. de cond. & dem. l. 1. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Et hoc non aliter esse à fideicom. & M. Ant. & Papin. visum est, in hac fideicommissi specie bonam fidem heredis contineri, & ita constituerunt heredi licere hereditatem imminuere prout liberet, nisi interuertendi fideicommissi caussa id probaretur factum. *l. Titius. D. eod.* Sed hoc ius incertius visum est Iustiniano contra idipsum, de quo quærebatur; & ideo visum est illi cõsultum esse, hac de re, id est, de potestate imminuendi res hereditarias certi aliquid constituere, quod fecit *Nouell. de restit.* cuius summa descripta est in *Auth. contra.*

Sic veto de eo constituit, qui rogatus est restituere decedens, quod ex hereditate supererit, iure suo de dodrãte hereditatis statuere pro arbitrio potest, vt vel alienet, vel consumat, prout volet, vt omnibus iustis dominis in re sua agere licet: quartam reliquam attingere non potest, sed integram fideicommissario seruare cogitur, quamobrem etiam huius quartæ nomine satisdatio ab herede viuo exigi potest, nisi testator vetuerit nominatim exigi. Quid si filius heres nominatim à patre institutus rogatus sit restituere, si sine liberis decedat, id quod ex hereditate supererit, sed restituat fratri, aut liberis suis, an etiam hoc casu, huius quartæ nomine satisdare debebit? Verba constitutionis generalia sunt, nullas enim personas heredum excepit, vt videri possit in specie hac corrigere *l. iubemus. §. 1. sup. hic.* vbi satisdatio à filio herede instituto & rogato restituere hereditatem fratri, per liberos exigi prohibetur. Sed dicendum est hanc Authenticam, & const. Iustiniani ad eam speciem *l. iubemus.* non pertinere. Quãuis enim hæc constitutio Iustiniani generalis sit *l. iubemus*, tamen semper hanc regulam tenere oportet, posteriores leges ad priores trahi, nisi nominatim sint contrariæ. *l. sed & posteriores, de legib.* Sensus est: posteriores leges, nisi nominatim prioribus derogent, non videri prioribus derogare, sed cum exceptione priorum intelligendas esse, de qua re supra *ad l. iubemus.* dictum.

Quid si heres † in specie proposita non tantum dodrantem, 2 sed etiam quartam consumat? Placet eum de suis bonis sarcire debere, si habet: si non habet, datur fideicommissario, ad huius quartæ persecutionem, & rei vindicatio, & hypothecaria actio, quas actiones diuersis de rebus dari intelligendum est. Datur vindicatio de rebus hereditariis, quia conditione fideicommissi existente, & restituta hereditate fideicommissarius rerum hereditariarum dominus est effectus. At hypothecaria iisdem de rebus non competit: nam hypothecaria pignora persequitur. *§. item Seruiana. Inst. de act.* Nulli autem res sua pignori teneri potest. *l. neq; pignora, de reg. iur.* Sed datur hæc actio de rebus heredis, quæ sunt alienæ, de quo diximus sup. *ad l. 1. 2. com. de leg.* Si tamẽ prohibetur hic quarta ab herede imminui, vt quatuor in caussis etiã eius imminutio cõcedatur. Nã primum, si heres dotem filiæ constituere velit, & nihil habeat in bonis, vnde dotẽ hãc cõstituere, aut restituere possit, licet quarta etiã reliqua hereditatis in hac cõstitutione & restitutione dotis vti. Idẽ ei licet facere, si donationem propter nuptias caussa mortis velit cõstituere filiæ nomine, aut cum mulier esset rogata, vt soluto matrimonio donationem propter nuptias restituere debeat; & non habeat, vnde hæc præstet. Sed horum vtrumque conceditur sub conditione, si heres non habeat in suis facultatibus vnde dotem hanc, aut donationẽ propter nuptias præstet: quod si habebit, de suo præstabit, non de quarta, vt nominatim in his duobus casibus cautum est Nouel. Iustin. Potest & hanc quartã consumere in redemtionem captiuorum, quod illi facere conceditur, sine vlla exceptione, siue habeat

beat quid in bonis, siue non habeat, vt apparet legenti Nouel. Iustin. Si nihil horum est, etiam permittitur heredi quartam consumere, si nihil habeat aliud, vnde viuat. Ceterum his causis exceptis non permittitur ei quartam hereditatis attingere, dodrantem autem pro arbitrio consumere conceditur. Quod si † heres bonam fidem secutus nihil alienauerit, nihil consumserit ex hereditate, vtrum eo mortuo heres eius, dodrantem retinere potest, & suo arbitrio consumere, vt tantum quartam consumere cogatur? Nos ita tenebimus, vbi de hereditate nihil est imminutum, heredem heredis rogati nihil amplius ex hereditate retinere posse præter quartam, dodrantem autem restituere cogēdum esse. Idq; Senatusconsulto efficitur, §. *sed quia, Inst. eod. l. iubemus. sup. h.* Hoc amplius ita statuemus; si heres rogatus, dum viueret, tantum ex fructib. hereditariis percepit, quantum ad quartam hereditatis sufficeret, eos fructus in quartam imputari, & ita totā hereditatem restitui debere, quarta exclusa, vti ius antiquum fuit. *l. Papin. §. vnde si quis ff. h. l. mulier. 1. resp. §. si heres ff. eod. l. in quartam. ff. ad. l. Falcid.* Hæc ita sunt ex voluntate defuncti, qui hereditatem restitui volet, vt mutari non possit, nisi aduersus voluntatem testatoris aperte faciemus. Nam verba fideicommissi sunt manifesta; iubet testator heredem suum restituere, quod ex hereditate supererit: omnia supersunt ex hereditate; quia nihil consumtum est, vt fingimus, necesse est igitur secundum voluntatem hanc omnia restitui. Et quoniam Senatusconsultum potestatem facit quartæ retinendæ, ideo heres rogatus, aut, eo mortuo, heres eius quartam retinere ex Senatusconsulto poterit, sed nihil amplius. Hæc ex iure veteri sunt rata, necesse est igitur eadem nunc manere etiam, nisi posteriorib. constitutionibus Iustin. vel aliorum Imperatorum mutata sint, & aperte mutata. Tenenda enim semper est hæc regula: quicquid ex iure veteri correctū non est, id veteris iuris regulis esse relinquendum. *l. præcipimus. in fin. inf. de appell.* At superiori iuri posteriores nullæ leges aduersantur. Inprimis non obstat Iustin. *Nouell. de restit.* vnde hæc Authentica est desumta; quia Iustinianus lata ea Nouella permittit heredi, qui ita, vt supra scriptū est, rogatus est restituere, consumere ex hereditate, quantum velit, dummodo quartam non attingat, & in ea potestatem ei facit dodrantis restituendi, sed ita, si dodrantem consumserit. Nihil autem addidit, quod retinere heres deberet, aut posset, vbi nihil consumsit. Proinde vbi nihil consumtum est, ius erit antiquum iuxta regulam suprascriptam.

Non obstat hæc authentica, vbi dicitur: eum heredem, de quo agatur, vel successorem cogi restituere quartam. Hoc enim non ita dicitur, quasi solam quartā restituere semper debeat, sed quia interdum non cogitur amplius restituere, videlicet si cetera hereditatis consumserit: quod auctor huius authenticæ aliter sensit; quia ex Nouella Iustin. non colligitur ita: præterquam vero, quod ex verbis Iustiniani id non colligitur, etiam minime colligitur omnium ex sententia Iustiniani. Nam multis locis Iustinianus est testatus in supremis testantium voluntatibus, sibi hoc vnum curæ esse, vt seruentur supremæ voluntates, *l. 1. 2. in fin. sup. com. de leg.* & aliis locis innumeris. Idem ipse in specie proposita *in dict. Nouel. de restit. §. pen. in fin.* §. testatur, se id agere, vt in hac quoque specie voluntas testatoris seruetur. Ait enim, si testator vetuit satisdationem quartæ exigi, se non pati, vt ea exigatur; quin si exigatur, non sit eius, qui conseruat voluntatem testatoris: quasi hoc absurdum putet non conseruare. At qui iam dixi & manifestum est, cum nihil ex hereditate consumtum est, voluntatem testatoris esse, vt quicquid ex hereditate supererit restituat. Ergo & secundum sententiam Iustiniani restitui debet, quo defuncti voluntas conseruetur. Nō obstat *l. quanquam. inf. ad leg. Falcid.* vbi scribitur, quemadmodum heres, à quo legata supra dodrantem relicta sunt, retinere quartam potest ex l. Falcid. Ita etsi decesserit, heredem eius, quamuis legitimum, eodem beneficio vti posse, ex quo Accursius veruerse colligit, sententiam hanc generalem: quod heredi rogato aliquid præstare conceditur in eo, quod rogatus est, id etiam successori eius concedi. Quæ definitio, neq; ex eo loco colligitur, & per se aperte est falsa, ita vt nihil magis.

Nā ne longius abeamus, id liquet ex exemplo proposito. Heres institutus rogatus est, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem Titio. Certum est heredem, dum viuit, retinere posse hereditatem. At eo mortuo heres eius statim restituere iubetur, *l. iubemus. sup. h.* Similiter in proposito est dicendum; heres restituere rogatus est, quicquid eo mortuo ex hereditate supererit: poterit is heres dodrantem restituere, si volet, ex constitut. Iustin. Sed si nō consumserit heres eius, restituere cogetur; quia ex hereditate defuncti id superest. Quid igitur ad speciem *d. l. quanquam*, dicimus? Respondeo, res expedita est: quicquid heredi rogato conceditur, id & successori eius concedendum est, nisi voluntas testatoris refragetur, & eiusdmodi sit voluntas, quam leges tueantur, vt dixi in persona eius heredis, qui moriens est rogatus. Nam viuus retinere potest, secundum voluntatem defuncti: ipso mortuo heres eius non potest; quia testatoris voluntas refragatur iubentis, tunc restitui hereditatem. Idem fit, cum heres rogatur restituere, quod ex hereditate supererit. Nam voluntas defuncti viuenti potestatem facit consumendi pro arbitrio vsq; ad dodrantem, vt Iustin. voluntatem est interpretatus: at heres eius non potest idem facere; quia voluntas testatoris iubet eum heredem restituere, quod ex hereditate supererit.

Ad L. sancimus. penult.

Imp. Iustinianus A. Iuliano præfecto Prætorio.

Sancimus, licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine vniuersitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, & sine onere fideiussionis: vbi tamen pupillus fari nō possit, vel abesse noscitur: ne dum nimia subtilitate vtimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum reuertatur. Idemq; iuris esse oportet, & si furioso fideicommissoria debeatur hereditas: vt restitutio curatori eius soli nomine scilicet furiosi celebretur. Quis enim sensus, quæ vox certa furioso esse intelligitur, cum in vtroq; casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem: hoc eodem obseruando, & si ipsi pupilli, vel furiosi restitutione grauati sunt.

Summaria.

1 *Pupillo & furioso quomodo recte restituatur hereditas, vt in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto.*
2 *An soli tutori hereditas possit restitui, vt iis casibus pupillo acquiratur, & an in pupillum actiones transeant.*
3 *Heres cum restituit hereditatem tutori, an ea restitutione liberetur, an vero caueri ei debeat cum fideiussoribus datis à tutore, hereditatem indemnem esse futuram.*
4 *Pupillus si heres institutus, & restituere hereditatem rogatus, quis & quomodo restituat.*

Rogatus est heres restituere hereditatem pupillo, rogatus est restituere † furioso, in his personis quæritur, quomodo hic recte restituatur hereditas, vt in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto? 1 Mouet quæstionem personarum conditio; quia non restituitur, hereditas, nisi consensu fideicommissarij. *l. restituta D. eod.* Et præterea valde iniquum est, quenquam inuitum, aut ignorantem restituere obligari. *l. qui in aliena, in pr. de acquir. hered.* Porro infans pupillus consentire non potest: furiosus nullo modo: per tutores autem & curatores solos obligari hos, nihil continetur hic. Hinc quæritur, quid in his personis sit facto opus ad restitutionem hereditatis, & translationem actionis? De pupillo primum dicemus. Ipsi pupillo, si maior est 7. annis, recte hereditas restituitur: nam ea ætate sentire aliquid & velle existimatur, sed tutoris oportet accedat auctoritas, *l. restitut. §. 1. D. h.* Ratio huius rei redditur *in Institutionib. de auctor. tut.* Sed fieri potest, vt pupillus sit infans, cuius nulla volūtas: fieri potest, vt pupillus maior infante adsit. Hic duo quæsita sunt, de quibus ius nouum constituitur hic. I. Quæritur, † an soli tutori hereditas possit restitui, vt iis casib. pupillo acquiratur, & an in pupillum actiones transeant? 2 Et placet soli tutori his casibus recte restitui, in quo intelligimus recedi à iure veteri, quo etiā continetur factum infantis, *l. seruiu. §. si pupillo, D. h.* Hoc ideo constitutum est; quia necessitas & vtilitas pupillorum hoc exigit: nam reuera infans consentire non potest, vt valde ineptum sit, ei tanquam consentienti adhiberi tutoris auctoritatē. Huc regula pertinet, etsi nihil facile ex solemnib. fit mutandum, id est, ex solemni communi vsitato iure; tamen vbi euidens ratio postulat, subueniendum est, *l. pen. ff. de in integ. rest. l. etsi, de reg. iur.* Deinde quæritur, quid pertineat ad liberationē heredis restituentis fideicommissum, an † is, cum restituerit hereditatem tutori, ea restitutione plene liberetur? an vero; quia non 3

plene liberatur, debeat ei caueri cum fideiussoribus datis à tutore, hereditatem indemnem esse futuram? Et constituitur hoc loco, restitutionem hanc sine vllo damno & periculo heredis processuram, & ob id nullam satisdationem eo nomine à tutore exigi posse, in quo rursum ius nouum à Iustiniano est constitutum. Recessit enim ab eo iure, quod prius ipse constituit *l. sancimus. de restit. milit. & l. constitutionem. sup. de administr. tutor.* Quibus constitutionibus cautum est, quod pupillo datur, id neque tutori, neq; pupillo tutore auctore recte solui, vt debitor plene, & sine vllo metu liberetur, nisi auctoritate iudicis id debitor fecerit, qui passus sit se in ius vocari, & vocatur iussu iudicis solius, vel tutoris vel pupilli. Iustinianus quosdã excepit casus, quib. adiicere debemus casum loci huius, nempe cum de restituenda pupillo fideicommissaria hereditate agitur. Eadem dicenda sunt, inquit Iustinianus, in curatore furiosi. Hoc sic est intelligendum, vt sint eadem, quod attinet ad facultatem restituendæ hereditatis curatoris, & ad liberationem heredis restituentis. Ceterum multum interest ad vim acquisitæ hæreditatis. Nam cum tutori pupilli restituta est hereditas, sic hereditas acquiritur pupillo, vt etiam eo mortuo intra pubertatem transferatur hereditas ad heredes eius. *l. si infanti. sup. de iur. delib.* At cum hereditas restituitur curatori furiosi, quãdiu furiosus viuit, retineri potest hereditas, sed si is in eodem furore decesserit, perinde erit, quasi hereditas non esset quæsita *l. vlt. §. tali itaque. sup. de cur. furios.* Hæc dicta sunt de pupillo & furioso, quib. heres rogatus est restituere hereditatem. Quid è conuer-
4 so, † si pupillus heres institutus sit, & rogatus hereditatem restituere, quis & quomodo restitueret? Hic rescriptum est, & hic eadem esse dicenda. Id habet hanc sententiam: si pupillus & fari potest, & præsens est, ipse restituet hereditatem, sed tutore auctore, *l. restituta. §. 1. D. h.* quod si autem infans est, & aberit, tutor solus recte restituet, idemq; in curatore furiosi dicendum est, vt curator solus recte restituat. Sed hoc ita est, nisi pupillus rogatus sit hereditatem restituere ipsi tutori. Nam hoc casu ipsi sibi tutor restituere non potest; quia non habet, quod restituat, vt iura & actiones transeant. Nam hæ actiones sunt penes pupillum heredem, non tutorem. Pupillus igitur eas restituat, non tutor. Rursus pupillus restituere tutori non potest: non enim potest quicquam à se dimittere & alienare, sine tutoris auctoritate, *Inst. de auctor. tut. l. obligari. de auctor. tut.* Porro tutor in rem suam actor fieri non potest. *l. 1. de auctor. tuto.* sic fit, vt eius voluntate, & auctoritate restitui ei hereditas non possit *dict. leg. restituta. §. 1.* Et ideo aut alius tutor quærendus est, qui pupillo auctor sit, aut iudex adeundus est, cuius auctoritate restituat pupillus hereditatem, *argumento l. si infanti. sup. de iur. delib.*

Sed hic occurritur. Nam constat tutorem solum, si quod ei pupillus debeat, posse sibi soluere. *l. quoties. 9 §. si quid. de administrat. tut.* cur ergo & non potest fideicommissarius sibi à pupillo debitum soluere restituendo? Quia solutio, de qua dicitur *in d. l. quoties, §. si quid*, intelligitur naturalis solutio pecuniæ, vt solutionis verbum significat, *l. solutam. de solut.* perspicuum est autẽ multum interesse inter corpora pecuniæ, & actiones incorporales. Corpora pecuniæ à tutore corpore sumi possunt, eaque in rem suam potest tutor conuertere natura. At actiones naturales sunt tantum in pupillo herede, quas secundum naturam tangere, & tractare tutor nequit: solum ex animo consistunt, sic animo & voluntate transferuntur, voluntate, inquam, eius, in quo subsistunt actiones.

Ad §. 1.

Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est, & dolo malo, vel post litem contestatam, vel ante sese contumaciter celauerit: vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est, nullo herede, vel successore ei existente: vel fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas, alij per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur. & Domitius Vlpianus constituendum esse super his putauit. Sancimus itaque, vt siue per contumaciam abfuerit is, cui restitutio imposita est, siue morte præuentus nullo relicto successore fuerit, siue à primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est: ipso iure vtiles actiones transferantur. Da. 10. Kalend. Nouemb. Constantin. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss. 530.

SVMMARIVM.

1 *Hereditas fideicommissaria, quando & quomodo adquiratur fideicommissario.*

HIc locus ostendit in vniuersum, quando † & quomodo he- 1
reditas fideicommissaria adquiratur fideicõmissario. De eo ita statutum est: tunc demũ hereditatem acquiri fideicommissario, cum ab herede rogato restituta est. Proinde acquiri restitutione, non aliter. Id ex hoc loco intelligitur hoc modo. Nam cum hic dicitur in casib. tantum certis hereditatem fideicommissario acquiri ipso iure, hoc ipso confirmatur, non acquiri extra hos casus, non acquiriri, nisi tunc cum ab herede est restituta. Hæc autẽ sententia satis intellecta est ex Senatusconsulto *l. 1. D. h.* Nam eo Senatusconsulto cautum est, ei & in eum dari actiones, cui fideicommissum restitutum erit, siue vt est *in §. restituta. Inst. eod.* cui ex fideicommisso restituta erit hereditas, his verbis: *cui hereditas restituta est.* Conditio hæc confirmatur, si ei fideicommissum, aut hereditas sit restituta. *l. Stichum. 6. de leg. 1.* Inde dictum est, si heres, priusquam adiret & restitueret hereditatem, decesserit, intercidere fideicommissum, *l. ille, à quo. ff. eod.* Nam herede mortuo neq; ipse, qui non est, eam restituet, neq; heres eius hereditatem eam adire potest; quia hereditas non adita non trãsmittitur ad successores heredis, *l. vnica. §. in nouissimo. inf. de cad. toll.* Sed tamen iustis de causis interdum placet hereditatem fideicommissario etiam ipso iure acquiri, & ipso iure transire in eum actiones: quo verbo hæc constitutio vtitur in fine, *ipso iure valet*, iuris potestate sine vllo facto, aut opera fideicommissarij, id est, sine vlla restitutione, & susceptione hereditatis: quomodo hoc verbum vsurpatur, cum dicimus suis heredibus hereditatem ipso iure acquiri. Hoc enim significatur, suis heredibus etiam ignorantibus & inuitis acquiri, sine vlla aditione hereditatis, aut pro herede gestione. *§. fin. Inst. de hered. quæ ab intestato.* Vt autem ita transferatur hereditas & actiones, tribus in casib. receptum est, de quibus hic est constitutum.

I. Casus: si heres conuẽtus iudicio, vt hereditatem restitueret, dolo malo se celauerit, vt post litem contestatam, vel ante. Exigit constitutio, vt se celauerit contumaciter. Id ita fieri intelligitur, non si semel conuentus non venerit in ius, sed si tribus denuntiationibus euocatus, aut vna, quam prætor etiam dixerat pro omnibus, præsentiam sui facere contemnit, sic enim definitur contumacia *in l. contumacia. de re iudic.* Exigit constitutio, vt se dolo malo celarit, ex quo intelligimus, aut ipsi heredi coram esse denuntiandum, aut probandum, significatum illi fuisse à domesticis, apud quos vocatio in ius facta est. Notandum est autem non exigi, vt heres pronuntiatus sit à magistratu se celasse, sed solum se vt celauerit, ex quo colligitur, nulla sententia iudicis hac in re opus esse, ad declarandam contumaciam heredis vocati, sed satis esse probari, eum rite vocatum contemsisse. Sed quomodo id probabitur? Respond. ex actis iudicis sui tribunalis; nam in his perscribitur petitio fideicommissarij, iussus magistratus, iubentis heredem vocari & adesse, vocatio apparitoris, & contemtus heredis, qui declaratur ad conditum diem non venisse.

II. Casus, si heres rogatus ante restitutam hereditatem decesserit, sine vlla hereditate, quod sic intelligitur: si decesserit prius adita hereditate, ita vt de ea solum restituẽda ageretur. Nam alioqui, qui non adita hereditate decesserit, facit, vt intercidat fideicõmissum, vt initio dixi *ex l. ille, à quo. §. 1. in fin. ff. eod.* Sed quomodo probabitur heres decessisse sine herede, cum possent esse innumerabiles heredes, qui lateant? Respondeo, hoc ipso probatur, quod nulli heredes exstent, & ideo si fideicommissarius mortuo herede rogato putet, heredem sine herede decessisse, potest tuto conuenire hereditarios debitores, quod dicat actiones hereditarias in se ipso iure transisse; quia heres sine herede decesserit: nam si debitores dicent ei esse aliquem heredem, qui dicunt, probare debent, *l. 2. de probat.* si nõ probant, nulla probatio à fideicõmissario est exigenda. Quia hæc oratio, *heredem de. cessisse sine vllo herede relicto*; negatio est facti. Factum autem negantis per rerum naturam nulla est probatio, vt est *in l. actor. sup. de probat.*

III. Casus, si heres rogatus sit restituere hereditatem primo, & is primus rogatus sit restituere eandem hereditatem secundo. Placet hoc casu, si primo restituta si hereditas, statim sine vlla alia restitutione actiones transire in fideicõmissarium secundum, si ei pure restituitur hereditas: aut si restitui debeat sub conditione, tunc transire, cum conditio exstiterit. Huic casui similis est, ac

prope

prope idem, qui refertur *in l.1.§. sed & quoties D.eod.* cum videlicet heres rogatus est restituere hereditatem duobus, vni partem pure, alteri partem sub conditione, & postulante eo, cui pure relicta erat, heres hereditatem adiit, & totam ei restituit. Placet enim
3 conditione alterius partis postea exsistente, statim postea actiones transire in eum fideicommissarium, cui sub conditione pars relicta erat. Sed cur id receptum est potius in persona fideicõmissarij, quã in persona heredis instituti, id est, cur potius ab herede exigimus, vt hereditatem restituat, quam exigimus à fideicommissario primo, vt eam secundo fideicommissario restituat? Respondeo, vbi heres non restituit, nemo est, qui restituat, & vbi semel fideicommissario primo restituit, videtur sub persona eius, & primo & secundo restituisse, quasi primus & sua, & fideicommissarij gratia acceperit. Hic opponitur *l.3.§. de illo D.eo.* vbi in eadem specie dicitur primus fideicommissarius restituendo transferre actiones in secundum. Respondeo, restituendo transfert, si vult: si non vult, nihilominus ipso iure transeunt actiones in fideicommissarium. Quod si Vlpianus aliud sensit, *in §. de illo.* sciendum, eum locum huius constitutionis emendari, quæ est ex 50. decisionibus Iustiniani. Vt sunt tres hi casus hoc loco constituti, in quib. sine vlla restitutione hereditatis transeunt in fideicommissarium, ita non plures casus occurrunt, quib. actiones transeunt. Postremo obstat *l.vlt. §. sin autem. sup. commun. de leg.* vbi si heres sub conditione rogatus hereditatem restituere, pendente conditione abalienarit res hereditarias, placet conditione exsistente dominium rerum hereditariarum ad ipsum fideicõmissarium ipso iure pertinere. Hoc ita intelligendum est, si prius restituta erit fideicommissario hereditas: restituitur autẽ hereditas, vt dixi in initio huius tit. non si singulæ res hereditariæ restituantur, sed si dicat heres, se restituere hereditatem, etiamsi nulla restituat corpora, *l. restituta D.eod.* Regulariter igitur oportet hereditatem, de qua nunc agitur, restituere, non est necesse restitui res singulas, vt illic scriptum est.

Non obstat *l. ita tamen. §. si pater D. h.* vbi filio suo herede instituto, & rogato restituere hereditatem, dicitur, actiones transire in fideicommissarium, quamuis filius se non immiscuerit hereditati. Adiicit eo loco, quod ad responsionem pertinet. Sic enim dicuntur actiones transire, si filius hereditatem restituat; restituendo igitur hereditatem, actiones transfert. Sed non est necesse, vt se immisceat hereditati, ad hoc, vt restituere possit. Optima ratione; quia sui heredes ipso iure heredes sunt, sine vlla aditione & immixtione, *§. sui. Inst. de hered. quæ ab intestat.* Hoc loco non importune quæritur, quando de duobus fideicommissariis agitur, quorum prior secundo rogatur restituere hereditatem, an prior fideicommissarius itidem retinere quartã possit ex Senatusconsulto, vt potuit heres prius rogatus. Dixerit aliquis eum statim posse ex sententia Senatusconsulti: nam constat ex Senatusconsulto heredem omnem rogatum hereditatem restituere, posse quartam retinere, vt ex singulis per l. Falcidiam cõceditur. *§. sed quia heres. Inst. eo.* Diximus autem fideicommissarios, quib. hereditas restituitur, heredis loco esse, *l. postulante, §. vlt. ff. eo.* Proinde quod iuris est in heredibus, idem & in fideicommissariis statuendum, vt & sic restituta hereditate tota possint quartam retinere. Sed hoc non est ita, alioqui duæ quartæ aliquando auferẽtur postremo legatario, quod est contra sententiam Senatusconsulti, quod vnam quartam retineri voluit. Proinde de ea re sic est statuendum.

Cum heres institutus rogatus est restituere hereditatem primo, & restituit, primus autem item rogatus est restituere hereditatem secundo, & quæritur, an primus fideicommissarius quartam possit retinere? Dicendum est, si heres institutus prius quartam retinuit, nunquam fideicommissarium primum quartam retinere posse, sed quod accepit, totum restituere cogendum. Quia ab herede retentum est, quemadmodum Senatusconsultum voluit, eum vna quarta vti. Quod si heres rogatus restituere primo fideicommissario, totam hereditatem restituit nulla quarta retenta, interest, vtrum ideo non tenuerit quartam; quia coactus hereditatem adiit, & restituit: an vero; quia volens quartam non retinuit. Si coactus hereditatem adiit, & ideo nihil retinuit, primus fideicommissarius suo iure quartam retinebit, *l. Marcellus. l. facta. §. si cum suspectam. D.eod.* Sin autem heres volens non retinuit quartam, perinde nõ habebit, quasi retinuisset, & eam remisisset secundo fideicommissario. Proinde fideicommissarius primus eam non habebit, præterquam si heres primus fideicommissarij gratia non retinuit, vt scilicet liberalitatem in eum exerceret; quia vellet eum quartam retinere, *l.1.§. inde Neratius. D.eod.*

Ad L. vlt. Quidam.

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

Quidam testamento condito iussit heredem omnem hereditatem, quam ei dereliquit, alij restituere: speciale etiam fideicommissum alteri adscripsit, & quærebatur, specialis fideicommissarius, id quod ei derelictum est, à quo consequi debeat: vtrumne ab herede, vt post restitutionem eius alias res vniuersitatis fideicommissarius accipiat: an vna cum aliis rebus oporteat & hoc generali fideicommissario aggregari, vt ipse specialis fideicommissario hoc tradat, siue in rebus, siue in pecuniis fideicommissum relictum sit. Sancimus itaque, totam quidem substantiam secundum Senatusconsulti Trebelliani auctoritatem restitui generali fideicommissario, illum autem specialis fideicommissario, id, quod ei derelictum est, dependere. Dat. 15. Kalend. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampad. & Orestis, VV.CC. anno secundo 532.

SVMMARIA.

1 *Heres rogatus restituere hereditatem, si totam vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum, vel fideicommissum est.*
2 *An idem tribuendum sit heredi, nondum restituta ab eo hereditate.*

HEres † rogatus hereditatem restituere, si totam restituere 1
vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpl citer legatum, aut fideicommissum est. Hoc ius constat ex Senatusconsulto, si iam restituta hereditate legatarij, aut fideicommissarij cum herede agant. Nam ex Senatusconsulto transeunt actiones in fideicommissarium. Sed quæstio est; An idem tribuendum sit † heredi, nondum restituta ab eo hereditate, de qua re ius constituitur. Idem nimirum tribuendum esse heredi, etiam antequam hereditatem restituat, si paratus sit totam restituere, in quo ius aliquod nouum constitutum videtur. Nam ex Senatusconsulto non transeunt actiones in fideicommissariũ, actiones dico æris alieni & legatorum in restituta hereditate. Ante restituram autem hereditatem actiones penes heredes manẽt, vt his actionibus heredes teneantur. Sed Iustinianus hoc loco voluit, perinde esse, ac si heres restituisset hereditatem, quam restituere paratus est: proinde fideicommissarij legatarium conuenient, non heredem.

Adiicitur *h. l.* fideicommissarium à legatariis solum conueniri, & heredem totam hereditatem restituere, cui sententiæ Senatusconsultum aduersatur. Nam quamuis heres nominatim sit rogatus hereditatem totam restituere, tamen quartam ex Senatusconsulto retinere semper potest, *§. sed quia heredes. Inst.* Et quãuis testator vetuerit quartam retinere, nihil agit, quoniam conuentionibus priuatorum iuri publico non potest derogari. *leg. quod bonis. §. 1. ad l. Falc.* Dicendum est, si heres in specie proposita velit quartam retinere, id ei facere licere: sed intelligendum est de eo herede agi, qui sua sponte voluntatem defuncti secutus, totam hereditatem restituit; in quo dubitari poterat, an possit à se reiicere onera hereditaria pro ea parte, quam remittit. Et hoc loco cauetur posse, quod & Senatusconsulto Trebell. efficiebatur, sed moueri potuit dubitatio Senatusconsulto Pegas. quod quartam retineri noluit.

AD TITVLVM XLIX. COD. AD L. FALCIDIAM.

SVMMARIA.

1 *Breuis superiorum titulorum anacephalæosis, & tripartita huius legis proposito. & num. 2.*
2 *Primum legis caput liberam legandi potestatem vsque ad dodrantem concedit.*
4 *Secundum cauet, ne vltra dodrantem legare liceat.*
5 *Tertium cauet, vt legata, quatenus dodrantem excedunt, eatenus ipso iure imminuantur. Eiusdem exceptio. nu. 6.*
7 *Dodrans patrimonii quomodo & ex quo tempore æstimandus sit.*

1 SVperioribus † titulis *de legat. & fideicom.* Item *commun. de leg.* & aliis aliquot locis coniunctis, ius constitutum est: Quęcunq; legata, aut fideicommissa sint, valere, dum eo modo, quo oportet, & quibus oportet, & quas res oportet, legatum sit. Hoc totum cum hac exceptione intelligendum est, dummodo non legetur vltra dodrantem patrimonij: nam vltra legare non licet, & quod vltra est, pro legato non habetur. De qua re hic agitur. Id autem l. Falcidia effectum est. Lex Falcidia plebiscitum est: lata est enim
* à C. Falcidio, Tribunoplebis, Augusti temporibus, Dion *in Aug.* Euseb. *in Chron.* Refertur ex Isidoro in canone quædam distinctio: Eius legis complures clausulæ referuntur *in l. 1. ff. eod.* quę totidem capita legis faciunt, si verba spectemus. Quod si rem &
2 sententiam † l. spectabimus, summa eius legis tribus capitibus continebitur.

3 Primum † caput l. liberam legandi potestatem dat, vsque ad dodrantem, abrogatis contrarijs legibus, *l. 1. statim in pr. ff. eod.* Statim occurrit nobis quæstio, quid opus fuerit hac parte l. cum de ea potestate etiam abunde cautum esset leg. 12. tabularum, his verbis; Vti quisque legasset, &c. *l. verbis leg. de verb. sig.* Respondeo: Nihil hac lege Falcidia opus fuisse, si à lege 12. tabularum in hac re recessum non esset. Sed facultas legandi, ea lege constituta, imminuta erat l. Furia & L. Voconia, quæ leges commemorantur *in princ. tit. de leg. Falcid. in Inst.* de quibus est apud Theophilum. De leg. Furia est *in fragmentis Vlpiani, Inst.* Ergo aduersus has leges hęc lex Falcidia veterem facultatem legãdi restituit. Et quoniam huic parti aduersari poterant præcedentes leges, adiectum est in hac parte, quod ad eas leges abrogandas pertineret. Nam cum L. Furia caueretur; ne liceret cuiquam donare aut legare causa mortis supra mille asses, vt Vlpianus refert: & præterea si quis amplius cepisset, eius, quod amplius cepisset, quadrupli pœnam constituerat: cautum est lege Falcidia, vt quãta pecunia cuiquam legata erit, eam pecuniam sine fraude tunc capere liceat. In his verbis: *Ex, quibus quid ita datum, &c. sine fraude sua, &c. sine vllo delicto:* & per consequens sine vllo damno pœnaue sua omni, quæ prioribus legibus constituta esset. Rursum cum lege Voconia caueretur, ne legatarius plus haberet, quam heres, atq; ita fieret, vt si cui legatum esset amplius, quam heres haberet, id, quod amplius, heres præstare non cogeretur. Huic quoq; parti alia clausula legis Falcidiæ occursum est, ad eandem potestatem legãdi pertinente, qua clausula est iussus, vt heres, qui dare iussus damnatusue est, id, quod dare condemnatur, ipse habeat. Quas clausulas apparet ad abrogandas ll. priores pertinere. Ita ad hanc facultatem legandi, pertinent 3. clausulæ l. Falcid. nempe 1. 3. 4. Secundum ca-
4 put † legis cauet, ne vltra dodrantem legare liceat, sed hactenus, non minus, quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant. Id effectum est secunda clausula eius legis. Et hic modus est, qui dicitur in lege Falcidia legatis esse impositus, *Inst. eod. tit. in princ.* Modus, id est, moderatio ad quam vsque legare liceret.

5 Tertium caput † totum prætermissum est, *l. 1. ff. h.* Hoc autem capite si supra dodrantẽ patrimonii quid legatum erit, lex cauet, quid velit fieri de legatis. Cauet autem, vt quatenus legata dodrãtem excedunt, eatenus de singulis proportionibus detrahatur, & ipso iure imminuantur, vt declaratur *in l. in quantitate. 73. §.*
6 *vlt. ff. eodem.* Addita est † exceptio eodem capite. Nam lege Falcidia non minuuntur hæc; Dos vxori legata: Item res vxoris causa
7 emtæ, paratæ, quæ ei legatæ sunt, *l. si vsusfruct. ff. eod.* Præterea † eodem capite cautum est, huius patrimonij dodrantem lege hac vere accipi, quo modo æstimarit. Nam res docet, aliam quantitatem esse solere patrimonij, cum testator moritur, aliam cum heres adit, aliam cum legata præstantur. Nam res, quæ defuncti fuerunt, possunt interire vel incendijs, vel bello, vel alijs casibus; contra quoque augeri multis partibus possunt, vt per magni referat, ex quo tempore æstimemus patrimonium. Ob hanc causam cautum est, vt in exquirẽda quantitate patrimonij, ad hoc, vt sciatur, an supra dodrantem eius patrimonij legatum sit, mortis testatoris tempus spectetur. *d. l. in quantitate. in pr. ff. eo.* Præterea vt æstimetur patrimonium deducto ære alieno, funeris impẽsa, & pretij seruorum manumissorum de quo dicitur *in d. l. in quantitate.* Sic ergo dicendum est; Vsq; ad patrimonij dodrantem legare licet, supra dodrantem non licet ex l. Falcidia. Si supra dodrantem legatum erit, quatenus legata dodrantem excedent, eatenus legata ipso iure per legem minuuntur. Vtrum supra dodrantem legatum sit, nec ne, ita constabit, si contributis in vnum legatis, & his, quæ præterea haberi debent: deinde ex altera parte æstimato pretio harum rerum, summas inter se conferemus, vt videamus an legatorum summa dodrantem patrimonij excedat. In æstimando patrimonio obseruandum est, non ex quouis tempore æstimari, puta aditæ hereditatis, aut eo tempore, quo legata præstantur, sed tempore mortis testatoris. Et hanc computationem patrimonij fieri, deducto prius ære alieno defuncti, funeris impensa, & pretiis seruorum testamento manumissorum.

Ad L. Scire debes. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Prisco.

Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhibere, non videri plus debito solutum esse. PP. 3. Id. Maii, Laterano & Rufino Coss. 198.

SVMMARIA.

1 *Si heres sciens supra dodrantem legatum esse, contemto l. Falcidia beneficio, integra legata præstet, an, quod ex eadem l. debebatur, repetere possit.*
2 *An quod vltra dodrantem solutum est, tãquam debitum, an vero tanquam indebitum datum sit.*
3 *Quæstionis huius ratio.*

SI supra dodrantem legatum sit, quatenus legatum dodrantem excedit, tãtum heres de legato retinere potest. Quid † si heres 1
sciens supra dodrantem legatum esse omittet Falcidiam consulto, id est contemto iure, quod habet ex lege Falcidia, integra legata præstet, voluntatem defuncti bona fide secutus, an poterit, quod ex lege Falcidia debebatur, repetere? Et certum est, eum repetere non posse, siue id, quod dodrantem excedebat, debitum fuerit ab herede, seu indebitum. Nam debitum solutum citra controuersiam repeti non potest. Indebitum autem ab eo, qui sciebat se non debere, datum, non intelligitur solutum, sed donatum. Donati nulla repetitio est, *l. 1. de condict. indeb. l. cuius per errorem. de reg. iur.* Etsi hoc ita sit, tamen hic ar[illegible]lius quæritur, an † id 2
quod vltra dodrantem solutum est tanquam debitum solutum, an vero tanquam indebitum datum sit? Et respondetur hoc loco quod amplius, quam per l. Falcid. retinere licebat, datum est, id indebitum solutum non videri, proinde repeti nõ posse; quia debitum solutum videatur. Hic obiiciuntur illi loci, in quibus diserte traditum est, cum legata dodrantem excedunt, quatenus excedunt, ipso iure minui per l. Falcid. vt perinde habeantur, quasi nec legata sint, *l. in quantitate. § vlt. ff. eod. l. 1. § si quis ex mortis. ff. quod legat.* Hic non possumus vti distinctione vulgari, vt dicamus id, quod dodrãtem excedit, naturaliter deberi, propter defuncti voluntatem, qui legauit. Iure ciuili autem non deberi, propter l. Falcid. quæ vltra dodrantem legare vetat. Nam hoc legatum totum naturaliter debetur, & quod dodrantem excedit, si soluatur ab herede, nunquam repeti poterit, tametsi heres per errorem facti soluerit; quoniã etiam, quæ naturaliter debentur, soluta repeti nõ possunt. At quod vltra dodrantem per errorem solutum est, repeti potest, *l. error inf. h.* Proinde nec naturaliter id debebatur. Dicendum est igitur id, quod res est, cum supra dodrãtem legatum est, id, quod dodrantẽ excedit, alias in totum debetur, alias in totum non debetur. In totum debetur ex l. Falcidia, si heres Falcidiæ beneficio vti velit, in quam sententiam accipiendi sunt superiores loci, de legatis imminuendis. Ac in totum debetur, si heres consulto legis Falcidiæ beneficium omittat, vt hic proponitur. Tum enim legatum debetur totũ naturaliter propter voluntatem defuncti. Idem & ciuiliter ex l. 12. tab. quæ iubet, *vti quisq; legasset, &c.* Neq; hoc casu. 12. tabularum impeditur lex Falcid. quia legis Falcidiæ mens est, vbi heres quartam retinere non vult, vt in totum voluntas defuncti conseruetur; quoniam l. Falcidia testatoris causa lata est, *Inst. eod. in pr.*

Sed cur frustra † quærimus, vtrum id, quod dodrantem exce- 3
dit, sit debitum, an indebitum, vbi id vltro ab herede præstetur cum etiamsi indebitum fuerit; tamen repeti non possit; quia (vt dictum) videatur donatum? Resp. Effectus hic est, quod si debitũ solutum est, nunquam repeti potest: si indebitum fuit, interdum reuocari potest; quia non omnes donationes inter omnes valẽt, qualis est donatio inter virum & vxorem. Finge hoc modo: Maritus

ritus à téſtatore heres inſtitutus eſt, ab eo ſupra dodrantem patrimonij legata relicta ſunt, & inter cetera legatum eſt ab eo relictum vxori eius. Heres ſciens vltra dodrantem eſſe legatum vxori ſuæ reſtituit. Quæritur, an quod in hoc legato dodrantem excedit, maritus repetere poſſit? Quæſtio in eo eſt, an debitum, an vero indebitum ſoluerit: ſi debitum ſoluit, repetere non poteſt: ſi indebitum, donauit, & ideo repetere poteſt; quia ſolutio inter maritum & vxorem interdictum non eſt, donatio interdicta eſt, *l.1.2.3.de donat.inter virum & vxorem.* Reſpondetur ex hoc loco, id, quod dodrantem excedit, repeti non poſſet; quia donatum non ſit, ſed debitum ſolutum. Idque ex hac ratione etiam à veteribus reſponſum eſt, *l.5.§.ſi quis rogatus, de donat.inter vir.& vxor.* Ideoq; ex veterum Iureconſultorum ſententiis hoc reſcriptum tanslatitium eſt.

Ad L. Falcidiæ rationem. 2.

Idem A. Sanctiano.

Falcidiæ rationem aduerſus omnes pro modo legatorum & fideicommiſſorum locum habere, certi & explorati iuris eſt. PP. Kal. Iul, Laterano & Rufino Coſſ. 198.

SVMMARIA.

1 *An ſi legata dodrantem excedunt, heres id, quod amplius eſt, aduerſus vnum legatarium, an aduerſus omnes retinere debeat?*
2 *Legata dodrantem excedentia interdum non minuuntur, ſed pro parte, quæ deduci debebat, æſtimatio aliunde præſtatur.*
3 *Si res legata diuiſionem accipit, in ipſa re deductio fit, non in alia, & fit, quatenus legatum dodrantem excedit.*

1 CVm legata dodrantem excedunt, id retinere heres poteſt, quod amplius eſt. Quæritur, † vtrum aduerſus vnum legatarium retinere id totum poſſit, an aduerſus omnes id retinere debeat? Hic ſcriptum eſt, retinere debere non aduerſus vnum, ſed aduerſus omnes, quibus quid teſtamento relictum eſt. Sed cur id potius aduerſus omnes eſt retinendum, quã aduerſus vnum, cum l. Falcid. id ſolum caueatur, vt heres quartam partem hereditatis habeat: vnde autem habeat, l. Falcidia non exprimitur? Reſpon. L. Falcidia non de quarta tantum hereditatis heredi relinquenda cauet, ſed etiam maxime de legatis præſtandis intra dodrantem, qua in parte l. Falcid. legatariis ex æquo conſultum voluit. Proinde vſque ad dodrantem ſingulis legata præſtabuntur. Quod dodrantem excedit, non poterit ab vno deduci; quia iſto modo huic vni detraheretur, vt augerentur ceterorum legata, quod eſt contra ſententiam legis. Vt aduerſus omnes legatarios detrahitur id, quod dodrantem excedit: ita conſequens eſt, id, quod heres habere debet vltra quartam, non poſſe eum deducere in vna aliqua re legata, quæ efficiat vniuerſam eam ſummam, quæ heredi debetur ſupra dodrantem: ſed ſingulorum legata per Falcidiam minui, vt quod in ſingulis ſupra dodrantem patrimonij legatum, id de ſingulis pro portione detrahatur, & quidem ipſo iure, *l. in quantitate. §. vlt. ff. eod. ſi quis ex mortu. ff. quod legat.* Id hanc vim habet, vt ſi proponas, patrimonium legatis exhauſtum eſſe, & fundum Tuſculanum legatum eſſe Titio, dicendum ſit, in hoc fundo partes tres eſſe Titij legatarij, quartam partem eſſe ipſo iure hereditatis, quaſi nec legata, vt intelligamus ex hoc ipſo prædio quartam deduci & deduci ipſo iure, quaſi ſemper apud heredem manſiſſet. Hinc fit, vt heres natura quartam, quæ dodrantem excedit, iure vindicare poſſit, in eo fundo, & à legatario, & à quouis poſſeſſore, vt ſcriptum eſt *l. lineam. ff. eo.* Quod non fieret, niſi dominium iure manſiſſet heredis; quia non alij competit in rem actio, quam domino. *l. in rem de rei vind.* Interdum tamen † ipſa legata non minuuntur, tametſi ſupra dodrantem legatum ſit, ſed pro ea parte, quæ deduci ex l. debebat, præſtatur aliunde ab herede æſtimatio. Id autem contingit, vbi legata natura diuiſionẽ non recipit. Huius generis ſeruitus eſt. Si defunctus legauerit Titio ius eundi, agendi per fundum hereditarium, iter ſolidum præſtabitur legatario, etiamſi l. Falcid locus ſit; quoniam pro parte iter præſtari nõ poteſt, ſed cum pars itineris præſtari nõ poſſit, pro ea parte præſtabitur æſtimatio, vt legi Falcidiæ ſatisfiat, *l. 7 ff. eo.* idem accidit in libertate ſeruo teſtatori relicta, ſi eidem ſeruo aliquid legatum ſit. Nam ſi legata omnia contributa dodrantem excedant, nihilominus libertas in ſolidum præſtabitur; quia pro parte non poteſt, ſed æſtimabitur ſeruus, cuius æſtimationis pars heredi relinquitur, quatenus legatum dodrantem excedit, idq; ſumetur ex eo legato, quod manumiſſo datum eſt *l. plane. l. ſeq. ff. eod.*

Ceterum † ſi res legata diuiſionem recipiat, in ea ipſa re deductio fit, non in alia, & fit, quatenus legatum dodrantem excedit. 3
Eſt autem ita, vt in eo legato deductio fiat pro ceteris legatis. Opponitur *l. filium, quem. ſup. famil. erciſcund.* vbi heres rogatus reſtituere hereditatem, quartam retinet in vno certo fundo. Reſpondeo: Id ideo fit; quia is fundus legatus erat, & heres ex aliis rebus quartam deducere non poterat. Nam illic heres rogatus erat reſtituere hereditatem habens fundum, id eſt, reſtituere ea lege, vt ſibi fundum præciperet, & ſibi haberet. Eum igitur fundum heres iure prælegati habuit, & vt habet, ita in quartam imputat, *l. in quartam. ff. ad leg. Falcidiam.* Cum autem fundus ſufficeret ad quartam vna cum ceteris rebus, quæ heredi relictæ, aut ab eo deductæ, eo fiebat, vt de ceteris rebus Falcidiam detrahere non poſſet. Nos autem hic dicimus, cum de ceteris rebus Falcidia detrahi poteſt, nunquam heres eam portionem Falcidiam in alia re deducere poteſt.

Opponitur *l. non amplius. §. 1. de leg. 1.* vbi pars bonorum legata eſt, placet heredem pro rebus hereditariis æſtimationem præſtare poſſe. Reſpondeo: Hic locus nihil ad rem pertinet: nam illic apparet, non quando quid heres retinere poſſit, ſed quid præſtari debeat legatario. Et placet eum debere præſtare aut res, aut æſtimationem, vt illi commodum viſum fuerit. Et quamuis diceremus heredem poſſe ex ea æſtimatione, quam præſtat, deducere Falcid. portionem; tamen non deducere ex alia re, quam quæ legata eſt: nam legata parte bonorum æſtimatio legata intelligitur, prout heredi viſum fuerit, vt dixi.

Opponitur *l. lineam. ff. eo.* vbi rem, ex qua heres quartam Falcidiam detrahere poterat, cum ea eſſet apud legatarium, non pro parte tantum repeti, ſed repeti totam proponitur.

Reſpondeo: Cum rei legatum apud legatarium reperitur ſine voluntate heredis, eam heres repetere poteſt interdicto, quod legatorum, &c. *l. 1. ff. quod legatorum, &c.* Sed hæc repetitio non eo pertinet, vt totam rem legatam heres habeat, ſed vt poſſit iudicio communi diuidundo, aut priuato conſenſu portionem, quæ ei ex l. Falcidia debetur, retinere. Poſtremo opponitur *l. ſi ex pluribus. ff. eo.* vbi pluribus rebus vni legatis, cum locus L. Falcidiæ eſſet, & heres quaſdam ex his rebus in ſolidum legatario præſtitiſſet, poteſt reliquas in ſolidum retinere, niſi portio Falcid. in reliquis iam ſolutis debita præſtetur. Reſpondeo: Nunquam portio Falcidiæ, quæ ex certis rebus debetur, aut maior peti, retinerive poteſt, quam debetur, aut in aliis rebus retineri, quam in quibus debetur: ſed eius portionis conſequendæ non vna ratio eſt. Nam interdum recta deducitur, interdum obliqua via, dum aut res legata, quæ eſt apud legatariũ, repetitur interdicto quod legatorum, aut aliæ res legatæ nondum præſtitæ per exceptionem doli mali retinentur, niſi legatarius, quod in ceteris rebus iam ei ſolutis, dodrantem excedit, paratus ſit reſtituere. Quæ ſunt rationes expoſitæ *in d. l. lineam. & d. l. ſi ex pluribus eod.*

Ad L. Etiamſi. 3.

Imp. Alexander Auguſt. Hermagoræ.

Etiamſi tacitum fideicommiſſum heredem adminiſtraſſe apparuerit: legata tamẽ, ſeu fideicommiſſa, quæ teſtamento relicta ſunt, præſtanda eſſe, ambigi non oportet: ad eum videlicet modum, quem lex Falcidia patitur: cum quartam, quæ aufertur heredi, qui contra legem fidem ſuam obtulit, legatarius proficere non placuit. PP. Id. Octobr. Alexand. A. Coſſ. 223.

SVMMARIA.

1 *Hereditas, quæ vt indigno aufertur, ad fiſcum cum ſuis oneribus & commodis pertinet, idemq; in ea vice heredis ſcripti fungitur, legata præſtando & Falcidiam detrahendo.*
2 *Quæſtio huius legis.*

1 QVoties † hereditas heredi ſcripto tanquam indigno aufertur, & fiſco vindicatur, toties hereditas ad fiſcum cum ſuis oneribus & commodis pertinet, omninoque fiſcus in ea heredi-

tate vice heredis scripti fungitur; & ideo si quæ legata testamento relicta sunt, ea fiscus præstat. Similiter si heres Falcid. detrahere potuit; quia dodrantem legata excedunt, etiam fiscus detrahere poterit, *l.3.§.vlt.ff.ad Trebell.leg.cum fiscus.ff. de Syll. Senatusconsulto.* Idem confirmatur in hoc rescripto, in persona eius heredis, qui tacite fidem suam accommodauit testatori, vt hereditatem restitueret ei, qui capere non poterat; quia fides hic accommodatur in fraudem legis. Placuit fraudem ita vindicare, vt hereditas tanquam indigno auferatur & vindicetur fisco, *l.in fraudem. l. heres.de his,quib.vt indig.l.3.l.cum tacitum,de iure fisci.* Hoc autem cum fit, etiam fiscus in legatis eodem illo iure vtitur, quod supra diximus: nam & legata præstat, & præstat intra modum legis Falcidiæ, id est, vt quartam partem hereditatis integram retineat, vt hic. Et hoc ius tunc certum est, cum heres, qui tacite fidem suam accommodauit, fideicommissario restituit quarta retenta, *d.l.cum tacitum.de iure fisc.* Nam tunc iure heredis fiscus vtitur, vt videlicet quemadmodum heres quartam retinuit, sic possit & fiscus retinere.

2 Quæsitum est, † an idem dicendum sit, si heres in proposito solidum fideicommissum administrauit, vt rogatus erat, ita totum restituens, quæ propria huius rescripti quæstio est. Dubitationis causa hæc est; quia toto fideicommisso restituto hereditas aufertur fideicommissario, non heredi. Vnde consequens est, fiscum iure fideicommissarij vti debere, non heredis. Porro certi iuris est, nunquam legatarium, aut fideicommissarium, etiam cui iure ex fideicommisso restituta est hereditas, l. Falcid. beneficio vti posse in legatis, *l.lex Falcid.§ vlt.ff.eo.* Proinde in proposito nec fiscus, qui iure fideicommissarij vtitur, poterit legis beneficio vti, & quartam hereditatis retinere. Rescriptum est, nihilominus etiam hoc casu heredem quartam hereditatis retinere posse, hac ratione; quia heres, qui tacite fidem suam in fraudem legis accommodauit, etsi quartam retinere non possit, tamen perinde habetur, ac si retinuisset, & quarta ad fiscum pertinet, *l.beneficio. in fin.ff. eod.d.l.cum tacitum. de iure fisci.* Et quarta sicad fiscum pertinet ex constitutionibus, vt fisco prosit, non vt prosit legatariis, quæ ratio significatur in extremo h.

matrem contulisse probare potes: legis Falcidiæ ratione secundum constitutionem diui Seueri aui mei vti merito potes. PP. 15.Kal.Nou.Maximo II.& Æliano Coss.224.

SVMMARIA.

1 *Circa legis Falcidiæ rationem quæ consideranda, & quibus de causis.*
2 *Quæ res in numero legatorum haberi debeant.*

Circa † rationem legis Falcidiæ ponendam, semper quærendum est, quid & quantum in numero legatorum haberi debeat duabus de causis. I. Est, vt sciri possit ex legatorum contributione, an legata patrimonij dodrantem excedant. Altera, vt cum constabit, quæ legata sint, possit de singulis detrahi, quod dodrantem excedit, vt initio diximus. Hæc quæstio hoc rescripto ex parte attingitur. Declaratur enim, quid in numero legatorum haberi debeat, in quo lex Falcidia locum habeat. De eo ita statuendum est. Cum † quæritur, an supra dodrantem legatum sit, in quæstione legatorum non solum computari debent, quæ vere dicuntur legata, tametsi l. Falcid. de legatis tantum nominatim scripta sit, sed etiam ex sententia legis, ea omnia, quæcunque vicem legatorum obtinent, cuiusmodi est donatio causa mortis, de qua hic. Vicem autem legatorum hæc obtinent. Primum, iam olim fideicommissa, *l.1.de leg.1.* proxime donationes causa mortis, *l.illud.de mortis causa donatio.* Hæc autem causa est; quia vt legata non nisi morte testatoris confirmantur; sic nec donationes causa mortis, cum possint hæ donationes ex pœnitentia reuocari à donatore, vsque ad vltimum vitæ spiritum. *l. senatus. §. donatio de mortis causa donationib.* 1 2

Hinc placet, hoc loco eiusmodi donationes in contributione legatorum venire, & simul ex iis posse deduci, quod dodrantem excedit. In eodem numero habentur donationes inter virum & vxorem, ob eandem causam, *l.in donationibus. infr.hoc tit.* Etiam quæ donata non sunt, nec testamento, nec à viuente testatore relicta, sed quæ solũ mortis causa capiuntur, si in fraudem legis à testatore impositæ, accepta sunt, de quo genere dicitur *ad l.pen.inf.*

Ad L. Et in legatis. 4.

Idem A. Philetiano.

Et in legatis Principi datis legem Falcidiam locum habere merito diuo Hadriano placuit. PP. 5. Kalend. Ian. Alexandro A. Coss. 223.

SVMMARIA.

1 *Cum supra dodrantem hereditatis legatum est, nullius legatarij persona vel fauor, vel amplitudo, vel necessitas facit, quo minus Falcidia detrahi possit.*
2 *Falcidia an etiam contra Principem retineri possit.*

1 Cvm supra dodrantem † hereditatis legatum est, nullius legatarij persona, vel fauor, vel amplitudo, vel necessitas etiam facit, quo minus de legato ei relicto portio Falcidiæ detrahi posit; quoniam lex Falcidia non legatariorum causa constituta est, sed testatorum, *Inst.eod.tit.in princ.* Idque est, quod dicitur, legem Falcidiam & ad legata municipum, & legata Deo relicta pertinere, *l.1.§.ad eos.verfic.ad municipum.ff.eod.* Eodem pertinet, quod de legato Principi relicto hic cauetur. Sed † in Principis persona hæc dubitatio erat, cur non videretur aduersus eam Falcidia retineri posse; quia Falcidia lex est in numero legum & constitutionum. Princeps vero legibus solutus est. Sed aduersus hanc obiectionem etiam hæc responsio est in legibus, etsi Princeps legibus solutus sit; tamen Principem sua voluntate legibus viuere, ita vt in omnibus negotiis similibus Princeps priuatorum iure vtatur, *l.3.supr.de testam.l.digna vox.sup.de legib.§.vlt.Instit.quibus modis testam.infirm.* 2

Ad L. Si mortis. 5.

Idem A. Damasatæ.

Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam

Ad L. In imponenda. 6.

Idem A. Secundinæ.

In imponenda ratione legis Falcidiæ omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamuis aditione hereditatis confusæ sint actiones. ¶ 1. Omnia autem legata, quamuis in operibus publicis conficiendis statutisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suæ cuiusque quantitatis reuocantur. ¶ 2. Nec si quid vltra solidum heres præstiterit, aut perfecerit, legitimæ computationi præiudicatur. S. 5. Kalend. Ianuar. Maximo II.& Æliano Coss.224.

SVMMARIA.

1 *Tria huius legis capita.*
2 *Computatio patrimonij qualis esse debeat.*
3 *Æs alienum defuncti quid.*
4 *Funeris impensa quid.*
5 *Pretia seruorum manumissorum quare deducantur, & quomodo.*
6 *Pretia seruorum, de quibus supplicium sumtum est, an deducantur, & ad quod deductionis genus referenda sint.*
7 *Heres an in detractione æris alieni etiam possit deducere id, quod sibi à defuncto debetur.*
8 *Quæ legata in contributionem legis Falcidiæ veniant.*
9 *Ius Falcidiæ deducendæ quale sit.*

Hic tria † capita sunt. I. De computatione patrimonij, qualis esse debeat in ratione legis Falcidiæ ineunda, id est, cum quæritur, an supra dodrantem patrimonij legatum sit. II. De legatis, quæ in contributione legis Falcidiæ veniant. III. De iure Falcidiæ deducendæ. Computatio † patrimonij hæc est: Computatur patrimonium, quod fuit tempore mortis testatoris deducto ære alieno, funeris impensa & pretiis seruorum manumissorum. *l.in quantitate patrimonij. in princ. ff. eod.* Id ita fieri debere 1 2

bere intellectum est ex l. Falc. quia lex exigit, vt heres legatis solutis non minus, quam, quartam partem hereditatis habeat. Nõ videtur heres quartam habere, si quartam præstare postea cogitur, aut eo amplius, non est nostrum, quod mansurum non est, *l. aliud est capere. de verb. sig.* Nec videtur ea res penes nos esse, cuius pretiũ abest, *l. Labeo & Sabin. de verb. sig.* At id futurum est, si heres legata præstat suprascriptis rebus prius non detractis: nam ipse æs alienum soluere debet, & impensas funeris facere & præterea serui manumissi illi obfuturi sunt quarum rerum æstimatio interdum quadruplo maior erit quarta. Proinde vt quartam habeat ex sententia legis, & quartam cum effectu, oportuit res suprascripras antea de patrimonio deduci, vt reliqui patrimonij quartam heres habeat sine vllo damno intactam.

3 Æs alienum defuncti est id, quod defunctus debuit, *l. cedere. §. æs alienum. de verb. sig.* Et generaliter id omne quod defunctus pre-
4 stare necesse habuit, *l. pater filium. in fin. ff. eo.* Funeris† impẽsa est, quæ fit funeris causa. Funeris causa intelligitur fieri, quæ fit deducendi funeris & sepeliendi mortui causa, sine qua neque duci, neque sepeliri honeste potuisset. *l. & si quis. §. funeris causa. l. funeris. de religios.* Ita funeris impensa est, quæ ad necessitatem funeris facta est: non est autem necesse ad mortuum sepeliẽdum monumentum illi ædificare, præsertim si sit sumtuosius. Proinde si quam impensam monumenti exstruendi causa heres fecit, præterquã quod necesse sit, quamuis iussus sit à testatore exstruere; tamen hanc impensam non deducit; quia non est facta funeris
5 causa, vt definiuimus. Hinc est *l. 1. §. vlt & l. seq. ff. eo.* Pretia † seruorum manumissorum ideo deducũtur; quia serui tempore mortis testatoris, cum nondum liberi essent, in pretio defuncti computabantur, postea adita hereditate, aut etiam non adita manumissi in patrimonio defuncti esse desinunt, vt sic in patrimonio defuncti solum eorum pretia computentur, & pretia deducantur. Id hoc fit modo, vt serui manumissi perinde habeãtur, quasi in pretio defuncti non fuerint tempore mortis eius. Notandum est autem generaliter esse dictũ, deduci pretia seruorum manumissorum, non autem testamento, aut aliter manumissorum. Vnde intelligimus, omnium manumissorum pretia deduci, nõ tantum, si testamento liberi esse iussi sint à testatore, sed etiam pro pretio libertatem à testatore acceperint. *l. heres. ff. eod.*

6 Etiam † pretia seruorum deducuntur, de quib. seruis sumtum est supplicium. *d. l. æs. in pr.* Vnde quæritur, ad quod genus istarum deductionum hi referri debeant, cum neq; sint manumissi, neq; in funeris sint impensa, neq; videantur etiam esse in eo, quod debuit defunctus? Et placuit, eorum pretia deduci, tanquam æs alienum, vt ibidem est scriptum. Recte. Nam serui, qui delinquunt, cum Rep. contrahere videntur pœna, vel vindicta, quam luendo
7 soluũt *l. 1. ff. de legib.* Circa † æris alieni deductionẽ quæritur, an heres in æris alieni deductione possit etiam detrahere, quæ ei à defuncto debetur? Merito hoc quæsitum est. Nã subtilitas rationis facere videbatur, ne possit detrahere: id enim debitum deduci potest, si est aliquid debitum. At hereditate ab herede adita fit, vt quod prius ei debebatur desinat deberi; quoniam aditione actiones confunduntur, confusione tolluntur, *l. debitori. supr. de pact. l. Stichum. §. à Titio. de solut.* Sic fit, vt quod debitum esse desiit, tanquam debitum deduci non possit. Et placuit nihilominus heredẽ deducere posse, quod sibi debebatur, de quo nominatim hic. Nõ obstat, quod confusione actiones sunt sublatæ, quoniam in ratione l. Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonij agitur, spectatur, quemadmodum patrimonium fuerit tempore mortis defuncti, vt dictum. Eo autem tempore nondum actiones confusæ erant; proinde ex eo tempore æs alienum, quod heredi debebatur, deducitur. Hanc obiectionem hodie non debemus metuere in eo herede, qui inuentarium facit. Nam hoc beneficium ei tribuitur, vt nec adita ab eo hereditate actiones eius confundantur, *l. vlt. §. in computatione. sup. de iur. deliber.*

8 De legatis, † quæ in contributionem legis Falcidiæ veniũt, ita est scriptum, vt veniant omnia, quæcunq; testamento sunt relicta siue in dando, siue faciendo, id est, vt non tantum æstimatione ea, quibus testatori iussit dare heredem, sed etiam ea, quibus eum iussit aliquid facere, veluti opus exstruere, statuam alicui ponere, quod non fit suis sumtibus. Hoc amplius, additur etiam, facta in contributionem legatorum venire, quamuis heres iussus sit facere, aut operibus publicis exstruendis, aut in statua publice ponenda. Quibus verbis id, quod dixi *l. 4. in princip.* & traditur. *in l. 1. §. ad eot. vers. ad municipium. ff. eod.* continetur: nempe L. Falcid. ad omnia legata etiam ciuitati & Reipublicæ relicta pertinere. Forma autem loquendi, quæ est *in vers. 1.* de horum legatorum contributione notanda est. Dicuntur enim omnia legata ad contributionẽ dodrantis reuocari. Non videntur legata esse in dodrante patrimonij, & reuera non sunt. Aliud est enim patrimonium, aliud legata, quæ ex patrimonio debentur. Est igitur hic sensus: Legata omnia reuocari eo, vt contribuatur vsque ad dodrantem, seu vsq; ad dodrantis patrimonij quantitatem: quod amplius est, eatenus minuuntur, pro modo & quantitate cuiusque legati. Hoc autem quomodo intelligendum sit, declaratur dilucide exemplo *§. vlt. in fin. Inst. eod. & in l. in quantitate patrimonii. in fin. ff. eod.*
Ius † autem Falcidiæ portionis detrahendæ, de quo in extremo 9
cauetur, tale est, vt heres hanc possit deducere, nec legitimæ ea computatione quicquam detrahatur, quamuis quædam legata solida præstiterit: quod sic est interpretandum, siquidem ignorãs L. Falcid. locum esse, solida quædam præstiterit. Nam non tantum de his, quæ nondum præstitit, deducit, quod dodrantem excedit, sed etiam ea, quæ soluit iam, amplius repetit. *l. error. inf. h.* Quod si heres sciens quædam soluit in solidum, sensus huius loci est, eam solutionem heredi in reliquis legatis non nocere; quoniam in illis Falcidiam detrahat. Nam id, quod sponte amplius soluit, & ob id donari voluit, non repetit, *d. l. error.* Sed hic locus emendatur *in auth. sed cum testator. inf.*

Ad L. In testamento. 7.

Idem August. Primo & P. Pomponio.

In testamento quidem militis ius legis Falcidiæ cessat, sed si ea, quæ ad vos pertinent, defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt: & ideo recte rationem eorum, vt æris alieni, haberi desiderabitis. PP. Kal. Maiis, Alexandro II. & Marcello Coss. 227.

Summaria.

1 *Heres testamento militis institutus l. Falcidiæ beneficio non vtitur. Limitatur num. 3.*
2 *Miles hic quis accipiatur.*
4 *Lex Falcidia quibus ex causis cesset, & locum non habeat.*

HEres † testamento militis institutus, à quo supra dodrantẽ 1
legata relicta sunt, legis Falcidiæ beneficio non vtitur, vt quartã detrahat, sed solida legata præstare cogitur, id est quod hic dicitur, in testamento militis Falcidiam locum non habere. Id sumtum est ex constitutionibus, quibus de testamento militis cauetur, vt quicquid statuerit miles de bonis, id ratum sit. *l. 1. de testam. milit. l. 1. 2. sup. eo.* Sed militem † accipere debemus, qui testa- 2
mentum fecit in expeditione: nam si alibi facit testamentũ miles, is quidem recte testatur, etiãsi sit filius familias, qui de peculio castrẽsi testatur, aut quasi castrensi: sed iure communi testari debet, *§. 1. Instit. de testam. milit.* Proinde & in hoc testamento lex Falcidia ex iure communi locum habebit. Hoc est, quod alibi traditur, ad veterani militis testamenta l. Falcid. pertinere, *l. ad veterani. ff. eod.* Sed † quamuis heres ex testamento militis solida legata præstet, 3
& hactenus l. Falcid. beneficio non vtatur: tamen priusquam legata præstet, æs alienum, & quidem quod sibi à milite debebatur, ante omnia potest deducere, vt hic est scriptum. Et generaliter ita placet, etiam ex militis testamento heredem legata præstare non cogi, vltra facultates patrimonij defuncti, quod patrimonium æstimatur deducto ære alieno. *l. subsignatum. §. bona. de verb. sig.* Idque ita definitum est *in l. 1. §. denique. ff. ad Treb.* Sed constitutiones superiores obstant, latæ de testamento militis, quibus sine exceptione cauetur, vt quod testator statuit, quodque, 4
voluit, id tanquam ius seruetur. Responsio additur illis constitutionibus, quod voluit rebus suis, *l. 1. de testam. milit.* Proinde de alieno si quid miles statuerit, ratum non erit, *l. cum filius fam. ff. eod.* Testabitur autem de alieno, si heres vltra quantitatem patrimonij militis legata præstare cogetur.

Huic rescripto opponitur *l. 1. §. hoc Senatusconsultum, ad Treb.* vbi scribitur: Hoc Senatusconsultum etiam in militis testamento locum habet. Cõstat autem Senatusconsulto Pegas. cuius auctoritas postea Trebell. est tributa, quartam ex fideicommisso hereditatis detrahi posse, *§. sed quia hered. & §. sed quia stipulationes, de fid.*

hereditatib. Ita suprascriptis verbis hęc sententia exprimitur, etiam in militis testamento quartam ex Senatusconsulto retineri posse, si heres rogatus sit hereditatem restituere supra dodrantem. Nec ad rem pertinet, quod illic agitur de quarta Trebell. quæ ex hereditate deducitur, non de singulis legatis. Nam Treb. nihil est aliud nisi Falcid. quarta, introducta ad exemplum eius quartæ, quæ de singulis legatis detrahitur per legem Falcid. *dict.* §. *sed quia heredes. Instit. de fideicom. her.* Respond. Si L. 1. accipitur ex sententia scriptoris, vt accipi debet, nihil hisce aduersatur. Nam Vlpianus cum dicit, hoc Senatusconsultum, intelligit SC. Trebell. quod illic interpretatur. Eo Senatusconsulto non cauebatur de quarta detrahenda, sed actionibus hereditarijs, & oneribus in fideicommissarium transferendis, vt SC. refertur in pr. eius legis. Verum est, hoc SC. in omnium testamentis locum habere, quoniam ex omnium testamentis hereditate restituta nihil apud heredem remanet. Postea quarta iussa est detrahi SC. Peg. de quo illic Vlpianus non tractabit, sed tamen postea Peg. auctoritatem tribuit Trebell. quasi ex Trebell. etiam iusta sit detrahi, *dict.* §. *sed quia stipulationes Inst. de fideicom. hered.* secduũm quam posteriorem legem sic placet accip. *i d l. 1. §. hoc Senatusconsulto. ad SC. Trebell.* Sed tamen ne sic quidem locus aduersabitur, sed ita interpretandus erit: Hoc Senatusconsultum locum habet in militis testamento; quia locum habet in maxima parte, non in omnib. Habet autem locum in his capitibus, vt heres cogatur hereditatem adire, aditam restituere, & vt restituta hereditate transeant actiones in fideicommissarium, sed non etiam, vt quarta detrahatur. L. Falcid. de omni quarta detrahenda, in militis testamento locum nõ habet. Interim apparet ex hoc loco interdum l. Falcid. cessare, nec quartam ex legatis deduci. Id cum non solum in hac vna specie receptum sit, sed etiam in multis alijs, de quarũm aliquibus est cautum in *authent. tribus sequentibus.* non male est factum, vt auctores hoc modo subijcerentur, vtroq; autem loco admoneremur, vt breuiter proponamus, in quibus causis locum non habeat. Falcidia, id est, in quibus legata non minuantur l. Falcidia, sed solida præstentur.

Lex Falcidia cessat partim ex priuilegio, partim iure communi. Ex priuilegio in testamentis militum, qui in expeditione sunt testati. Cessat etiam iure cõmuni in testamentis paganorum. Cessat autem aut ex iudicio testatoris, aut ex facto heredis, aut ex cõditione rei legatæ, aut ex conditione eius, cui relinquitur. Ex iudicio testatoris, si testator non ignarus, qui sit modus patrimonij sui nominatim vetat Falcidiam detrahi, *Auth. sed cum testator. in princ.*

Ex facto heredis dupliciter, alias propter delictum eius, alias propter solutionem & tacitam quãdam repudiationem Falcidiæ. Propter delictum, quoties necessarium non fecit, aut non fecit eo modo, qui præscribitur, de quo cautum est *d. authent. sed cum testator. versi. penult. & vlt.* Propter tacitam repudiationem, quoties ex pluribus legatis, in quibus l Falcidiæ locus erat, quædam solida præstitit, non ignarus locum legi Falcid. esse. Nam hoc casu, non modo non potest repetere, quæ soluit, sed etiam reliquis se in solidum astringere intelligitur, *d. Authen. sed cum testator. versi. 2.* Ex conditione rei legatæ multis in rebus legatis cessat Falcidia. Hæ autem res numero fere sunt sex: Dos à marito vxori prælegata. Item res vxoris causa emtæ, parataeue, quæ ei legatæ sunt. *l. si vsufructus. ff. ad leg. Falcid.* Ratio adiecta est, quia hæ potius videantur vxoris antea fuisse, quam ei denuo legatæ. Item, libertates testamento datæ, *l. si vniuersæ, supra, de legat. leg. Papinianus. §. 4. de inoffic. testam.* Item quicquid filio & similibus personis datur, legatur, vt in quartam iure naturæ debitam habeant. Nam hanc quartam ius est sine vllo onere, & vlla deductione tribui his, quibus debetur. *leg. quoniam, l. scimus, de inoffic. testam.* Item quæcunque res sint eiusmodi, in quibus quartæ deductio heredi sit inutilis: huiusmodi sunt instrumenta prædiorum à testatore legata domino prædiorum, de quo *in l. si prædiorum, inf.* Postremo res omnes ex hac lege legatæ, ne extra familiam legatarij alienentur, *authen. sed & in eare infr.* Huius partis ratio deducitur ex priori Iustiniani constitutione, qua est cautum, licere testatori Falcidiam prohibere: qui rei legatæ alienationem vetat, quartæ deductionem vetare intelligitur: nam hæc deductio alienatio est.

Ex conditione eius, cui quid relinquitur, cessat Falcidia in his, quæ ad pias causas sunt relicta, *auth. similiter. infr.* Pietas est erga Deum; ergo omnino causa est pia, quoties his datur legatum, quos Deus suo loco habere voluit. Christus autem denuntiat, quicquid pauperibus & egentibus datum, id pro sibi dato habiturum. Proinde recte dicemus, legatum esse ad pias causas, quicquid ministris ecclesiæ, quicquid in alimoniam & sustentationem pauperum, quicquid in redemtionem, & similes causas legatur. Proinde nec de his Falcidiam detrahi posse.

Ad auth. Sed cum testator.

Sed cum testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia: & si heres in hoc defuncto non pareat, defertur hereditas personis enumeratis sub titulo de legatis & fideicõmissis. Itẽ si heres quædã legata, substantiæ suæ mensurã subtiliter agnoscens, præstat in solidum: neq; ex his repetitio, nec ex aliis promittitur retẽtio: nisi inopinatũ quid emergat. His cessantib locus est Falcidiæ, si fiat inuẽtarium secũdum modum tempusq; statutum in additione: Hac quoq; adhibita obseruatione, vt in præsentia omniũ ipsius ciuitatis, in qua fiat, legatariorum, aut pro eis agẽtium, si personæ ratio sit habenda, perficiatur: vel si quis absit ex ipsis, aut interesse noluerit, succedat præsentia trium testium itidẽ ipsius ciuitatis locupletum & bonæ opinionis, absq; præiudicio tamẽ veritatis inquirendæ per seruorum quæstionem & heredis testiũque iusiurandum, quo non obseruato, solida legata præstet, etsi fines hereditarios excedant. Nulla autem quæstionum talium vel litium excedat annum. Anno enim culpa heredis transacto cadet à relictis.

SVMMARIA.

1 *Testator an prohibere possit, ne heres Falcidiam detrahat.*
2 *Vnde probetur testatorem patrimonii sui quantitatem ignorasse, vel non? & num. 3.*
4 *Quod de quarta per legem Falcidiam ex legatis detrahenda hic constituitur, an transferri possit ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano.*
5 *Inuentarium quibusdam legatariis præsentib. quibusdam absentibus, nullisq; in eorum locum adhibitis testib. confectum, an quo ad præsentes sit nullum, & an iis etiam solida legata præstanda sint.*

AIt licere testatori † prohibere, ne heres Falcidiam detrahat. Opponitur *lex, quod bonis, §. 1. lex, si debitor, D. eod.* vbi nominatim cauetur, testatorem posse inhibere deductionem leg. Falcidiæ. Respondeo: Palam est Iustinianum, veterem legem corrigere. Sed obstat ratio legis, *leg. quod bonis, §. 1.* Ratio est hęc, Quoniam legibus priuatorum pactis non est derogandum, quam rationem Iustinianus mutare nec voluit, nec potuit, *argum. l. non dubium, supr. de legib.* 1

Respond. Cum Iustiniani institutione liceat deductionem quartæ prohibere, qui hanc prohibet, non derogat legibus, sed secundum leges facit. Sed eodem modo testator ex hac l. potest prohibere, ne heres, rogatus restituere hereditatẽ, retineat quartam ex Senatusconsulto, de eo dicetur *l. si vt allegas, inf.* Illud constat, quartam iure naturæ debitam à testatore prohiberi non posse, *leg. quoniam, & leg. scimus, sup. de inoff. testam.* Et merito. Hæ enim diuersæ res sunt: iam l. Falcidia iure ciuili debetur quarta, quæ filijs & similibus personis debetur, etiam natura debetur, *l. vlt. de bon. damnat.* Ciuilia iura ciuilibus mutari possunt, naturalia non possunt, §. *pen Inst. de iur. nat. gent. & ciuil.* sed addetur cõditio, vt ita testator possit vtiliter Falcidiæ deductionem prohibere, si non ignarus quantitatis patrimonij sui id faciat. Quæritur quomodo † id constabit? Respond. Hoc ipso præsumitur testator non ignorasse modum patrimonij sui, quod contra non probatur, neque hic petenda probatio *l. quisquis, supr. de rescind. vendit.* Ex quo loco dubia & infirma probatio est: sed ratio in promtu est: nam cum testator vetuerit Falcidiam detrahi, intelligebatur Falcidiæ locum esse, alioqui frustra vetuisset. Non potuit autem intelligere, se supra dodrantem patrimonij legasse, contra l. Falc. nisi prius sciuerit & quantum legaret, & quantum in patrimonio haberet. 2

Si auctoritas quæritur, hæc sententia euidenter probatur *Nouell. 1. §. hoc vobis. vers. hæc autem.* vnde hoc fragmentum sumtum est.

Nam

Nam Iustinianus illic eum testatorem, qui Falcidiæ deductionem non prohibet, distinguit ab eo, qui nominatim prohibet, & distinguit ab eo, qui prior videtur ignorasse quantitatem patrimonij sui. Ex quo colligitur, posteriorem à Iustiniano in eo numero haberi, quasi qui quantitatem patrimonij sui nõ ignoraret, eoque non ignoraret, se supra dodrantem patrimonij sui legare.
5 Sed quomodo † contra probabitur, testatorẽ ignorasse modum patrimonij sui? Id ita fiet, si testator quasdam res pro suis habeat, quæ deinde sunt euictæ. Hic euentus declarat illum plus putasse esse patrimonij, quam vere esset.

Deinde ait: Si ex pluribus legatis heres quædam solida præstitetit, eum nec de reliquis Falcidiam detrahere posse, quasi vnum præstando heres agnouerit voluntatem defuncti, non in eo tantum, sed in ceteris omnibus legatis. Itaque corrigitur hac parte ius vetus, *l. quod bonis, §. non idcirco, l. si ex pluribus, D. eod. l. in imponenda, in fin. supr. hoc tit.* Et diligenter notandum est ius hic singulare esse, quod non est producendum ad consequentias, *l. quod vero, D. de legib.* Ius hoc constitutum est in legatis, quæ variant, & in portione legitima, quæ ex leg. Falcid. potest detrahi. Proinde in hac solum causa hoc ius obseruabitur. Ceterum generaliter ita definiemus. Quoties plures sunt res indebitæ, si quis vnam ex his soluat, non ideo sibi in ceteris nocet, *l. vlt. supr. ne vx. pro mar. l. 1. 2. sup. de fideicom.*

Ait in extremo versu: *si quis inuentarium non fecerit, aut non fecerit ad eum modum, qui hic præscribitur, heredem primum Falcidia non vsurum.* quod & ante constitutum erat *in leg. vlt. §. sin autem, supr. de iur. deliber.* Hoc amplius etiam solida legata præstiturum vltra facultates patrimonij, in quo ius singulare & nouum constituitur. Nam ita ius fuit, & est in reliquis causis omnibus: Legata supra facultates patrimonij à nullo præstari, *leg. 1. §. denique. ad Trebellian. l. si vniuersa. supr. de legat. l. successores. infr. h. t.* quod ius sumtum est ex lege duodecim tabularum; qua l. de facultate legandi cautum est, ita vt quisque legare possit, vt velit, dummodo leget & testetur de re sua, *l. testandi, supra, de testam. l. verbis leg. de verb. sign.*

Vnde intelligimus, inuentario ab herede confecto in hac specie superiore, omnia iura & locos corrigi. Neque hoc iniquum est: Constituitur enim coercendi heredis causa, qui non videri potest inuentarij confectionem omisisse, nisi fraudandorum legatariorum, aut fideicommissorum causa, quo facilius possit res hereditarias interuertere.
4 Hic † quæsitum est, an, quod de quarta, quæ ex legatis detrahitur per legem Falcidiam, hic constitutum est, transferri debeat ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebellia. id est, an si heres institutus rogatus sit hereditatem restituere alij, & is inuentarium non facit, aut non eo modo faciat, vt hic præscriptum est, an solidum fideicommissum restituere debeat, nec possit quartam ex Senatusconsulto retinere? Dixeris idem hic statuendum esse, quod quarta, quæ ex Senatusconsulto detrahitur, Falcidia est, aut certe ad exemplum Falcidiæ introducta. *Instit. de fideicom. hered.*

Deinde quia in vtraque quarta non deducenda eadem ratio est, quod scilicet heres inuentarium non facit. In quibus autem causis eadem est ratio, idem ius statuendum est, *l. aliud. ad l. Aquil.* Sed verius est, quod de Falcidia in singulis legatis hic constituitur, ad quartam Trebellian. transferri non debere; quia etsi in vtraque quarta, & in facto heredis, par ratio esse videatur; tamen quod hic de quarta legatorum constituitur, aperte ius singulare est, constitutum contra rationem iuris communis. Ius singulare non est producendum ad consequentias, *l. quod vero. l. ius singulare. de legib.* Adde, quod pœna est, quæ hic constituitur aduersus heredem, in interpretatione autem legum pœnæ molliendæ sunt potius, quam exasperandæ, *l. pen. de pœn.*

Ait *in vers. pen.* nullum esse inuentarium, nisi confectum sit, aut præsentibus legatariis, aut in locum absentium adhibitis tribus
5 testibus idoneis. Eleganter hic quæritur. Quid † si inuentarium quibusdam legatariis præsentibus confectum sit, quibusdam absentibus, & nullis testibus in eorum locum adhibitis, an etiam quod ad præsentes legatarios attinet, inuentarium nullum erit. & an iis etiam solida legata præstanda sunt? Et hac constitutione efficitur, solida præstanda esse absentibus, secundum verba constitutionis, nisi totum inuentarium nullum sit: nam verba de toto inuentario scripta sunt, non de parte inuentarij. Sed humanior est sententia Bartoli, in persona præsentium legatorum consistere inuentarium, ita vt ius solida legata præstari non debeant, sed solum absentibus, in quorum persona inuentarium non consistit. Ille pro hac sententia recte vtitur probatione horum locorum, *l. de vnoquoque. in fin. de re iudic. & l. Fulcinius, §. sed is qui, vers. quid si aduersus, D. quibus ex causis in possess. eatur.* Sed iis etiam locis deficientibus, tamen ratio iuris suadet, eam sententiam recipiendam esse. Nam quotiescunque lex ob certam causam lata est, cessante causa, cessat & lex, *l. quod dictum. D. de pact.* Coercendi autem heredis in hac constitutione causa est; quia legatarios non adhibuit, aut eorum loco testes idoneos. Proinde si adhibuit, & quatenus adhibuit, legi locus non est.

Ad Auth. Similiter, ex Nouell. 119. cap. 11

Similiter Falcidia cessat in his, quæ ad pias causas relicta sunt.

SVMMARIVM.

1 *An, quod in legato ad pias causas supra dodrantem est, heres de suo præstare debeat, an vero de bonis detrahere possit?*

AIt, quod ad pias causas relictum est, solidum dari, nec minui lege Falcid. Quæritur, † id, quod supra dodrantem est, vtrum heres de suo præstabit, an vero onerabit legatarios, id est, an de bonis detrahi debet. Idem quæ rere oportet in omnibus iis rebus legatis, in quibus supra diximus cessare Falcidiam. Et generaliter definiendum est: Quæcunque testamento relicta solida præstantur, nec minuuntur lege Falcid. ea heres æris alieni loco ante omnia deducere potest, vt sic non cogatur ea de suo præstare heres, sed totum patrimonium minuatur: proinde etiam dodrantem, qui legatariis præstari debet, & quartam, quam heres ex reliquis legatis retinere dicitur ex lege Falcidia. Id primum declaratur exemplo libertatum, quæ testamento relictæ sunt. Hæ non minuuntur Falcid *l. si vniuersa, supra, de legat. l. Papinianus. §. quarta de inoffic. testament.* Et ob hanc causam ante omnia earum æstimatio deducitur, *§. vlt. Instit. eod.* Præterea, si de aliquibus seruis supplicium sumtum est, si aliqui sint à prætore manumissi; quia in solidum eorum pretia de hereditate subducuntur: ideo etiam placet hæc pretia æris alieni loco deduci, *leg. æru. D. eod.* Proinde non tantum de legato ad pias causas relicto idem dicemus, sed etiam de iis, quæ in legitimam naturæ iure debitam legata sunt. Item de rebus legatis, quæ vetitæ sunt alienari, & generaliter de iis omnibus, quas solidas præstandas esse diximus *ad leg. in testamento, supra.*

Ad L. Irritum. 8.

Imp. Alexander A. Aurelio.

Irritum quidem propterea testamentum fratris tui esse non potest, quod ex causa fideicommissi obligatus fuit, vt, si sine liberis prior decederet, paternam tibi hereditatem redderet. Sed licet te heredem scripserit: in imponenda tamen legatorum ratione, quibus te oneratum esse suggeris, fideicommissum debitum æris alieni loco deduci oportet: insuperque in residuo legis Falcidiæ beneficium vindicabis. PP. Idus Septemb. Maximo II. & Paterno Coss. 234.

SVMMARIA.

1 *Testamentum eius, qui fratri fideicommissum debet, an iure valeat.*
2 *Legata ex proposito testamento, an solida præstanda sint, non deducto fideicommisso: aut si id detrahi possit, vtrum debeat in quartam compensari, & nu. 3.*
4 *Ex dicto fideicommisso quantum fratri debeatur.*

PAter duobus filiis, quos habebat, heredibus institutis, primo & Aurelio, à primo petiit, vt, si sine liberis decederet, portionem suam hereditatis fratri Aurelio restitueret. Is primus sine liberis decedens fratrem Aurelium sibi heredem instituit, & cum ei integrum fideicommissum hereditatis præstare deberet, multis legatis eum onerauit. Eo mortuo Aurelius fratris hereditatem adiit, legatarij ab eo legata petunt, & petunt sine deductione fideicommissi, quod Aurelio debebatur à fratre defuncto. Aurelius indignatus, se oneratum esse legatis ab eo, à quo integrum fidei-

fideicommissum accipere debebat, primum negat legata deberi hac ratione, quia testamentum fratris sui irritum, seu nullius momenti sit. Hoc si verum est, recte colligitur, ex eo legata non deberi. Nam ex eo testamento quod iure non valet, quocunque tandem modo fiat, vt non valeat, nihil deberi potest, *leg.3.supr. de testam.§.vlt.Inst.quibus mod.test.infir.*

1 At † quomodo dicetur hoc testamentum irritum esse? Et potuit pro hac sententia hæ oratio afferri, quæ ratio fecit dubitationi causam: Quia constat ex l.duodecim tabularum, neminem posse testari nisi de suis bonis, *l. testandi.supra.de testam.* In proposito autem dicitur primus testatus de portione hereditatis paternæ restituenda. Hæc non fuit primi, sed Aurelii, cui restitui debuit. Proinde hactenus testamentum non valet, proinde etiam ius totum non valet.

Hic primo respondetur, non ideo irritum fratris primi testamentum esse; quia is fideicōmissum Aurelio debuerit. Nō obstat, quod testator non possit testari de bonis alienis. Nam hic subtili iure portio hereditatis, de qua restituenda rogatus est, eius fuit, alioqui eam restituere non potuisset. Deinde etsi ea portio non fuit defuncti, attamen quarta eius portionis fuit defuncti: nā hanc ex Senatusconsulto deducere potuit. Postremo vt heres liber & sui iuris testamentum facere possit, non exigitur, vt aliquid in bonis habeat, sed hoc solum, an habere possit: nam quamuis duplo plus debeat, quam habeat; tamen eo mortuo hereditas eius subesse intelligitur, de qua heredē instituere potuit & voluit. Nam heredis verbum etiam damnosam hereditatem continet, & vt alibi scribitur in eandem sententiam, hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectū hunc habet, id est, iure subesse intelligitur, *l.hereditatis appellatio.de verb.sig.l.hereditas.de her ed.pet.* Proinde recte responsum est, testamentum, quod proponitur, non ideo esse irritum; quia testator fideicommissum debuerat.

2 Recte † ergo, vt legata præstentur non deducto fideicommisso, quod Aurelio debebatur, & vtuntur hac ratione. Fideicommissum tuum non est; quoniam non est tibi restitutum, nō potest etiam tuum fieri restitutione; quoniam fideicommissario successisti, ipse tibi fideicommissum restituere non potest, sed confusione obligatio fideicommissi sublata est, *l.debitori.supr.de pact.* Respondent Impp. Sic Aurelium legata præstare debere, vt in patrimonio æstimando, ante omnia deducere possit fideicōmissum sibi debitum. Nec obstat, quod fideicommissum eius non est, nec eius fieri potest restitutione; quoniam fideicommissum deducet, non vt suum, sed vt sibi debitum loco æris alieni, quod per l.Falcid. conceditur, quotiescunq; l. Falcid. ratio ponitur, id est, cum quæritur, an legata dodrantem patrimonij excedant, & id patrimonium quantum sit.

3 Si † igitur fideicommissum deduci potest, saltem hoc postulant legatarij, vt de reliquo patrimonio Aurelius quartam non detrahat, sed fideicommissum, quod deduxit, compenset in quartam. Respondent Imperatores, id repugnare l. Falcidiæ, secundum quam in patrimonio æstimando antea deducitur æs alienum. In eo autem, quod reliquum est, ita ratio subducitur, vt eius reliqui quarta apud heredem manere debeat, dodrans præstari legatariis. Proinde idem & in proposito fiet; *§.vlt.Inst.eod.*

4 Sed quæritur, † quantum in fideicommisso debeatur Aurelio, vt ipse id detrahere possit æris alieni loco? Respond. Ius certum est, tantum ei deberi dodrantē eius portionis, quam frater rogatus est ei restituere, Quarta ipso iure ei non debetur, sed minuitur per leg. Falcid. ac proinde Senatusconsultum, quod ad exemplum leg. Falc. introductum est, *leg.in quantitate, §.vlt.D.eodem.*

Ex his apparet, Aurelium in hac deductione simul habiturum & fideicōmissum, quod ei relictum est, & præterea reliqui patrimonij quartam, neque fideicomis. in quartam Falcidiam imputari. Quod tamen sic accipiendum est, nisi frater, idemque fideicommissarius debitor iussisset, vt frater Aurelius fideicōmissum cum quarta compensaret; quo casu ab initio æstimabitur patrimonium deducto fideicommisso, & totius patrimonii quartam retinebit Aurelius. Hanc quartam compensabit Aurelius cum summa fideicommissi, si quid in fideicommisso amplius est, id de reliquo dodrante detrahet. Hęc sententia Papin. est *in l.quod bonis, §.cum fideic.D.eod.* Eodem pertinet *l.si deb.D.eod.*

* * *

Ad L. Error.9.

Imper. Gordianus A. Mestriano.

Error facti quartæ ex causa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, vniuersum restituit, condictionem non habet: quinetiam si ius ignorauerit, cessat repetitio. PP. 15. Cal. Nouemb. Pio & Pontiano. Coss. 239.

SVMMARIA.

1 Si heres, quod vltra dodrantem legatum est, soluerit vt debitum, an id repetere possit. Distinguendo respondetur, & num.4.
2 Per errorem facti soluere quis dicatur.
3 Heres quibus ex causis ignoret, supra dodrantem esse legatum.
5 Heres sciens legata dodrantem patrimonii excedere, si in iure erret, & legata solida præstet, an per errorem solutum repetere possit.

QVod supra dodrantem legatum, id ex l. Falcidia indebitum est, & citra controuersiam retineri ab herede potest, & si id non habet, potest ab eo vindicari. Quod † si heres id soluerit tā- 1
quam debitū, quęsitum est, an possit repetere. Hic vtilis distinctio traditur, non ad hanc speciem tantum pertinens, sed omnem indebiti soluti repetitionem. Est autem hæc: Si heres per errorem facti soluit, semper repetit, idem *in l.fideicommissum.l.si per ignor.sup. de cond.indeb.* Sin aliter soluit, nunquam repetet, quamuis soluerit indebitum. Per errorem † facti soluere intelligitur, qui putat su- 2
pra dodrantem non legatum esse, id est, qui putat nō esse factum id, propter quod legatum erat indebitum. Nam cum supra dodrantem legatum est, eo fit, vt quod supra dodrantem legatū est, sit indebitum. Id † autē ignorat heres factum esse, duab. de cau- 3
sis, vel quod legata tantum apparent testamento relicta, quæ vere dodrantem non excedebant: erant autem alia multa relicta codicillis, codicilli autem latebant, qui postea emersérant. Idem etiam contingit hoc modo, si heres nouerit, quantum legatum sit, sed multo amplius patrimonium esse putet, atq; est, id est; quia ignorat æs alienum, quod postea multo plus emersit. Si in hac ignoratione vel legatorum, vel patrimonij heres legata soluit, quod patrimonij dodrans ad ea soluenda satis esse putaretur, errore facti soluit, ideo repetet; quoniam cum tanquam debitum soluerit, sub contraria conditione non soluisse intelligitur, *arg.l. quibus diebus, §. 2.de condit. & demonst.* Vnde condictio, actio in personam *§.1.Instit.quib.modis re cont.*

Quod † si heres sciuit supra dodrantem patrimonij vere legatum esse, & sciuit l. Falcidia vti posse, ac nihilominus solida legata 4
soluit, non repetet; quia qui sciens se non debere, soluit, donat, *l. cuius per errorem, de regul.iuris.* Donati nulla repetitio est, *l.si repetendi, supr.de condict.ob causam, leg.2. & tot. tit. de reuoc. donat. infra.* Quod † idem heres sciuit legata, dodrantem patrimonij excede- 5
re, sed in iure errauit, id est, homo imperitus iuris, & nesciens, an vlla sit lex Falcidia, aut quid contineat, putauerit se secundum voluntatem defuncti solida legata præstare debere, quæritur, qui in hoc errore soluerit, an possit repetere? Mouet, quod non magis hic eo animo est, vt soluat, quam is qui in facto errat, vt si erranti in facto conditio competat ex tacita conuentione, consequens esse videatur, etiam in iure erranti dandam esse. Sed placuit erranti in iure repetitionem non dari, vt *hic & l.cum quis supra.de iur. & fact.ignor.* Ratio hæc est; quia absurdum putauerunt iuris auctores, meliori conditione esse stultos, quam peritos & stultos vocant eos, non qui ius ignorant, sed cum ignorent, peritos non consulunt, *l.4.l.regula, cir.fin.de iur. & fact.ignor.*

Ad L. Quanquam.10.

Imper. Gordianus A. Diogenio.

Quanquā pater tuus fratrem tuum rogauerit vt si sine liberis diem suum fungeretur, portionē hereditatis tibi restitueret: tamen intestato eo diem suū functo, id, quod beneficio legis Falcidiæ habere potuit, ad successorem intestati pertinere: ideoq; non immerito sororē tuam, quæ simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti, quod retinere potuit, portionem sibi vindicare, manifestum est. PP. 5. Idus Nou. Gordiano A. II. & Pompeiano Cos. 242.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Species huius legis.*
2 *Soror an totam portionem paternam restituere fratri debeat, an non possit eius portionis, quæ ad eam peruenit, quartam retinere.*
3 *Frater defuncti quantum de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, suo iure detrahere possit, & num. 4.*

1 EX duobus filiis † à patre heredibus institutis, vnus rogatus est, vt si sine liberis decederet, portionem hereditatis paternę fratri suo coheredi restitueret. Is, qui rogatus erat, decessit sine liberis, & ita factus est locus fideicōmissi. Sed decessit intestatus: intestato duo heredes exstiterunt, frater alter, quem coheredem esse dixi, & soror demortui, quā & ipse habebat. Certi iuris est, in successione ab intestato hereditatem intestati diuidi ex æquo inter duos istos heredes legitimos, & in ea hereditate etiam continetur portio hereditatis paternę, quam alteri fratri restituere debebat. Nam priusquam restituta sit, manet in bonis eius, qui restituere debuit; & quia manet, cōsequens est, ad heredes eius pertinere. Huius igitur portionis pars ad sororem iure pertinet. Sed quoniam heredes in æs alienum defuncti succedunt pro portionibus hereditariis, *leg. 2. l. vt debitum. supra, de heredit. actionib.* eo fit, vt soror in proposito portionem eius portionis hereditatis paternæ, quę ad eum peruenit, restituere debeat fratri suo, tanquam debitum à defuncto.

2 In hac restitutione † quæritur, an soror totam eam portionē paternam restituere fratri debeat, an nō possit eius portionis, quę ad eam peruenit, quartam retinere? Frater petebat totam eam hereditatis paternæ partem, & negabat sororem posse inde quartam deducere. Et videtur ei ratio non deesse; quia quarta ex Senatusconsulto tribuitur heredi instituto, qui restituere rogatus est, §. *sed quia. Instit. de fideicommiss. hæred.* Hæc autem soror nec est ea, quæ rogata est, sed frater eius defunctus. Porro is, dum vixit, quartam non retinuit, proinde non soror retinere debebit. In hac quæstione hic respōdetur, quemadmodum frater defunctus quartam retinere poterat, sic & eius heredes legitimos de fideicommisso eo similiter quartam retinere posse. Proinde & hanc sororem pro sua portione posse quartam retinere. Hoc respondetur ex conditione & iure heredum. Nam heres eiusdem iuris est, cuius & defunctus: heres in omne ius defuncti succedit, *leg. hereditas. de regul. iuris. leg. heres in omne de acquir. heredit.* Hinc in-
3 troducitur hoc loco quæstio, quantum frater † defuncti de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, possit suo iure detrahere? Et hic Accursius scripsit: Quoties filius heres à patre institutus, rogatus est portionem hereditatis alij restituere, posse filium, itemque heredes eius deducere duas portiones. I. Portionem legitimam, quæ filio in bonis paternis debetur, quæ olim erat quarta, nunc ex constitutione Nouell. triens, aut semis pro numero liberorum, §. *l. Authent. de triente & semisse.* Deinde hac portione detracta, quæ ab initio detracta intelligitur, dum filius adhuc viueret, in reliquo patrimonio ita fideicommissa, aut legata inde præstare, vt eius reliqui quartam habere debeat filius, aut heres eius. Quod reliquum est dodrantis, restitui debeat vel legatariis, vel fideicommissariis, de qua sententia paucis nobis cognoscendum est.

Si de iure ciuili quæritur, dubitari non debet, si filius rogatus restituere hereditatis paternæ portionem debeat esse contentus portione legitima, quæ debetur filijs, quæ olim fuit quarta, *leg. Papinianus §. quarta. Digest. de inoffic. testam.* nunc triens, *ex Nouel. Iustin. de triente & semisse, §. 1.* & hac deducta, quin non possit amplius habere ex Senatusconsulto quartam Trebellian. Hæc sententia multis argumentis confirmari solet, sed magna ex parte infirmis. Hæc, quæ subiicio, certa sunt, & esse debent ex omnibus. Primum, expressum est *in leg. iubemus. supra ad Trebellian.* vbi filius rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ fratribus suis, & nominatim constituitur, eum retenta quarta ex Senatusconsulti auctoritate, dodrantem illius portionis paternæ restituere cogendum. Non restitueret dodrantem, si amplius aliam quartam retineret. Sed certius est expressa eadem sententia *in Nouell. 39. de restitut. & ea, quæ parit in 11. mens. §. quamobrem.* vbi canetur diserte, si pater velit à filio hereditatem suam restitui, filium imprimis habere debere trientem hereditatis paternæ; ex qua filius est institutus, reliquum totum restituere debere, nec posse quicquam filium ex eo retinere, si triens, quem habet sufficiat ad dotem, aut donationem propter nuptias, de eo, quod restat, detrahi posse. Ex quo perspicuum est, si filius aut nullam dotem, aut donationem propter nuptias habeat, aut debeat quidem, sed portio legitima ad eas res præstādas sufficiat, nihil filium præter trientem retinere posse. Et in summa, si quid filius pręter trientem retinere potest, id non est quarta ex Senatusconsulto, sed dos, dixi, aut donatio propter nuptias, ad quas præstandas triens sufficiat.

Sed vt hæ auctoritates certorum locorum nos deficiant, hæc sententia diserte probatur, ratione sumta ex leg Falcid. & Senatusconsulto Trebellian. Certum est, heredem, qui quartam hereditatis habet, vel iure hereditario, vel iudicio testatoris, quartam ex Senatusconsulto retinere non posse, quia habet, *l. 1. vers. secundo cap. leg. quod supra. ad leg. Falcid.* At filius à patre heres institutus, qui trientem iure naturæ debitum retinet, is non solum quartam habet, sed amplius etiam vnam vnciam, proinde quartam ex Senatusconsulto amplius retinere non potest: Filium autem heredem institutum certum est eum trientem, quem retinet, habere, & iudicio defuncti, & iure hereditario. Nam non solum illi hereditas iudicio defuncti delata est, sed etiam ita delata est, vt esset heres, & cum trientem retinet, non retinet, nisi iure hereditatis, quia Senatusconsultum facit, vt non videatur filius de eo triente restituendo rogatus esse, aut saltem de quarta restituenda, quoniam legatum & fideicommissum per legem Falcidiam ipso iure minuitur, vsque ad quadrantem hereditatis, *l. in quantitate patrimonii, §. vlt. Digest. ad leg. Falcid.* Veruntamen contraria sententia suos defensores & assertores habet. Non dubium est, quin confirmata sit iure Pontificio, quæ sententia exstat Innocentij *in cap. Raynutius. de testam.* Non desunt tamen, qui eam sententiam iure ciuili probari putent, in quibus est Accursius ad legem hanc. Qui duobus vtitur argumentis, sed friuolis.

Accursius sic argumentatur. Trientis natura debitus filio non potest fideicommisso onerari; quia de legitima omne ius & gratuamen subducitur, *l. quoniam in prioribus. leg. scimus, de inoffic. testam.* Cum ergo filius heres institutus rogatus est hereditatem paternam restituere, perinde est, quasi de triente natura debito restituendo rogatus non esset. Ex quo colligit de reliquo patrimonio restituendo filium rogatum videri, proinde & eius patrimonij reliqui quartam retinere non posse.

Resp. ōdeo, Vitiosissime colligit: Nam & cum heres extraneus oneratus est legatis supra dodrātem. Item, cum rogatus est hereditatem restituere, videtur de quarta parte hereditatis nihil à testatore constitutum: nam hæc quarta retinetur ipso iure, quasi nec legata, aut fideicommissa esset, *dict. lege. in quantitate. §. vlt. Dig. eodem.* Et tamen cum heres hanc quartam habet, de reliquo dodrante deduci nihil potest. Præterea hoc argumentum aduersus auctores facit; sic enim colligi debet: Cum filius rogatus est portionem hereditatis restituere, non videtur rogatus de triente restituendo. Ergo eum trientem filius solū habet: si habet, consequens est eum amplius quarta hereditatis consequi non posse, qui quartam habet, & amplius. Deinde Accursius argumentum ducit *ex l. quotus, Dig. eod.* vbi si quid legatum sit ei, qui capere non poterat & contributis omnibus legatis reperiatur supra dodrantem legatum esse, placet in hoc legato, quod non capienti relinquitur, sic poni rationem l. Falcid. vt primo heres portionem Falcidiæ ex hoc legato detrahat, deinde ex reliquo dodrante eius legati detrahat eam portionem, quam legatarius capere non potest. Respondeo: Exemplum ad rem plane nihil pertinet. Nam hoc exemplo heres non retinet, nisi vnam quartam, quæ ex leg Falcidia ei debetur. Quod amplius retinet ex dodrante, non sibi, sed fisco retinet. Deinde non retinet, tanquam sibi debitum, sed tanquam ei legatum.

Multæ præterea rationes ab alijs in hanc sententiā colliguntur. Sed omnes eiusmodi, quæ nullo negotio refelli possunt. Vna est tamen ratio pro ea sententia, quæ magnam speciem veri, & æquitatis habet. Ea nobis erit vna pro omnibus. Est autem hæc: cum heres rogatus est restituere hereditatem, sic ratio l. Falcidiæ ponitur certo & explorato iure, vt heres rogatus ante deducat, quod sibi à defuncto debebatur, quod reliquum est patrimonij, id solum patrimonium defuncti esse existimatur. In eoque id obseruatur, vt heres eius reliquam partem habere debeat, reliquum dodrantis præstare legatariis, aut fideicommissariis, *leg. irritum, supra. h. §. vlt. Institut. ad leg. Falcid.* At triens & tota ea portio legitima, quam filius, vt filius habere debet, est debitum filij, quod à patre filio debetur, & quidem iure naturali, vt

proba-

prebatur *in leg.vlt.de bon.damnat.in Nouell.1.de hered.& Falcid.§.patrimonium itaque.*

Proinde,cum filius institutus rogatus erit restituere paternã hereditatem,secundum regulam supra scriptam, ante omnia deducere debebit trientem sibi natura debitum; deinde in reliquo ita ponitur l.Falcidia,vt ex eo reliquo quartam retineat, & quod reliquum est dodrantis,fideicommissario restituat. Hæc ratio infirmari non potest, si statuimus trientem legitimum, qui filio debetur, esse ex numero reliquorum debitorũ hereditariorum. Sed hic respondebitur recte ex iure ciuili, quod dicitur in ratione leg.Falcidiæ ineunda aut deduci æs alienum, quod heredi debetur,id intelligendum est, si quod sit debitum, vt à defuncto, aut herede debeatur. At si est aliquid, quod tribuatur iure heredi,non à persona defuncti,aut hereditatis,id ante omnia non deducitur,aut si deducitur, ex reliquo patrimonio nihil deducitur amplius. Argumento est certissimo quarta,quæ ex l. Falcidia debetur:item quæ ex Senatusconsulto debetur. Nam hæc l.quoque & Senatusconsulto debetur, itidem vt portio legitima debetur lege naturæ liberis,& tamen cum heres hanc quartam semel deducit, quæ ex legibus & Senatusconsultis debetur, in reliquo dodrante nihil amplius deducere potest.

Veruntamen ad hanc responsionem hoc referri potest diuersam esse causam quartæ,quæ ex l.Falcidia retinetur, & portionis legitimæ,quæ filio debetur. Nam quarta Falcidiæ tantum iure ciuili debetur: portio debita liberis naturali ratione debetur, & legibus naturæ, vt consequens sit, plus in ea debitum esse, quam ceteris,*dict.leg.vlt.de bon.damnat.* Et verisimile est hac ratione motum Innoc.superiorem sentẽtiam comprobasse *in d.c. Raynutius.* Et certe si hoc conceditur, portionem legitimam, quæ debetur liberis,vere debitum esse patrimonium, nihil causæ dici potest, quin prius hunc trientem filius retineat, tanquam æs alienum. In reliquo autem patrimonio recte retineat *ex d.l.irritum,supra.*

Sed & eadem principio posito argumenta, quæ in priorem sententiam afferebantur,facile diluuntur. Non obstat,quod dicitur filium rogatum restituere portionem hereditatis paternę restituere debere dodrantem eius hereditatis,deducta solum quarta,*l.iubemus.supr.ad Trebell.& similibus locis.* Fatebimur enim hoc ita esse,sed respondebimus,portionem hereditatis paternæ æstimandam esse deducto prius ære alieno,quod filio debetur. In eo autem ære esse trientem filio natura debitum in successione patris. Hoc triente deducto æris alieni loco,quod supererit, erit hereditas paterna, cuius detracta quarta dodrantem restituere cogetur.

Non obstat etiam,quod dicitur,heredẽ, qui quartam hereditatis habet,non posse quartam ex Senatusconsulto,aut l. Falc.retinere;quia habet,quod petit. Hoc enim ita est, si heres quartam habeat iure hereditario,aut iudicio defuncti, *l.in quartam, D.eod.* At portio hereditatis debita, id est,triens ille, de quo loquimur, non accipitur à filio iure hereditario,aut iudicio defuncti, sed tãquam debitum. Iccirco in eadem causa haberi debet cum reliquis,quæ filio debentur,vt scilicet in æstimando patrimonio defuncti patris hoc debitum ante omnia deducatur. Deinde quod superfit existimetur esse hereditas patris. Non accipi autem hunc trientem iure fideicommissario,aut iudicio defuncti, sed tanquã debitum,argumento est, quod filius idem etiam haberet ab intestato, & multo plus. Non obstat etiã, quod quidam obijciunt: Natura absurdum esse, vt duæ quartæ dicantur ex eadem hereditate detrahi posse, & nihilominus his detractis, dicatur dodrans restitui.

Facilis enim hic responsio est,admissa ea ratione, quam supra posuimus. Nam triens natura filio debitus,non vt quarta hereditatis deducitur,sed vt æs alienum, ita vt filius deducendo trientẽ æris alieni loco,& ex reliqua substantia detrahendo quartam,intelligatur vnam tantum quartam habere hereditatis paternæ, sed quæ æstimata sit prius deducto ære alieno.

Quid igitur in hac varietate iuris nobis sequendum est? Respondeo, Melius est, eam sententiam sequi, quæ confirmata est *in cap. Raynutius. de testam.* Idque his de causis. Primo, quia præterquam, quod confirmata est eius capit. auctoritate etiam in vsu & foro ita obtinuit, vt fere vbique seruetur. Qua ex re fit,vt sit multo tutius, non se vexare inanibus sumtibus aduersus eam sententiam. Deinde;quia etsi hæc sententia non esset ex iure ciuili:tamen non eo minus æqua & benigna est, & benignior,quam prior. Nam ea demum sententia benignissima & æquissima putanda est, quæ naturæ rationem & legem sequitur,*leg.penult.Dig.de iustit.& iur.*

At ratio naturalis, tanquam naturæ lex tacita, successionem, parentum liberis tanquam debitam tribuit, vt est *in l. vlt.de bon. damnat.* Proinde ea sententia æquissima iudicanda est,quæ parentum hereditatem quam maxime & prolixissime liberis retinet, qualis est sententia superior de triente non debito prius deducendo, deinde de quarta reliquæ sententiæ detrahenda. Postremo etiam ex ratione ciuili ea sententia admittenda est. Etsi enim non sit explorati iuris ciuilis ea sententia, sed multa contra ex iure ciuili dici possint; Tamen superior ratio, quarta pro ea sententia adduximus, hoc saltem facit,vt res in dubitationem,& ambiguitatem reuocetur. In omnibus etiam iure ciuili placet benignioremsententiam præferendam esse,*l.si fuerit legatum, in fin. de reb.dub.l.semper in dubiis,de reg.iur.* Ea autem sententia humanior & benignior est,quæ pro liberis facit.

Hac † sententia admissa propter eam rationẽ,quã supra adduximus,dicendum est non tantum filium,qui rogatus est,restituere portionem hereditatis paternæ, posse ita deducere trientẽ,vt supra dixi, deinde reliquæ substãtiæ quartam,tunc,cum rogatus est hereditatem restituere, sub conditione, si sine liberis decesserit,vt Accursius existimauit,hoc loco:sed etiam filio rogato idẽ tribuendum esse,etsi rogatus sit pure portionem hereditatis paternæ restituere,contra distinctionem Accursii hoc loco. Nam semper verum erit filium rogatum posse deducere trientẽ,vt sibi natura debitum,quo deducto, consequens erit reliquum patrimonium ita posse restitui,vt inde filius posset deducere quartam ex Senatusconsulto,*l.irritum.sup.* 4

Hac sententia quæsitum est,quãtum in duabus illis deductionibus,quas filio tribuimus,filius deducere debeat, & de trienta conuenit inter omnes,tunc ex tota hereditate detrahi: de quarta quæ amplius ex SC.deduci debet,quæstio est:quidã putãt præter quatuor vncias hereditatis,quas filius iam retinuit, habere eum debere eiusdem hereditatis vncias tres, vt sic totius hereditatis, ex qua institutus est,habeat 7.vncias,quinq;tantum restituat. Sed hæc sententia merito displicuit,quia triẽs,qui primus deducitur, non vt quarta deducitur,sed vt æs alienum & debitũ filij, secundum quam sententiam huius deductionis ratio ita ineũda est ex sentẽtia *l.irritum sup.* Filius ante quatuor vncias hereditatis deducit: id quod reliquum est,diuidetur in duodecim vncias, ex quib. filius tres accipit,reliquum dodrãtem restituit. Aut quod idẽ est, deductis quatuor vncijs,ex tota hereditate,relinquitur bes hereditatis,id est,8. vnciæ, ex quibus filius quartam partem tantum habebit,id est,duas,vt sic ex tota hereditate auferat 6. vncias tantum,nõ septem. Neq; nos mouere debet ratio eorum,qui 7. vncias filio tribuunt. Dicunt enim,filio tribuendam esse quartam totius portionis paternæ. Portio autẽ quarta totius hereditatis paternæ non sunt duæ vnciæ,sed triens. Respondemus enim verum esse,filio tribuendam esse quartam totius portionis paternę. Sed iam diximus,hanc portionem paternam,non æstimari computato adhuc triente,qui natura filio debetur, sed computati eo triente ante deducto, vt ære alieno,quod reliquum est,id totam portionem paternam existimari debere.

Ad L. Si vt allegas.11.

Imp.Gordianus A.Maximæ.

Si(vt allegas)pater tuus eam portionem, ex qua te facit heredem,fratribus tuis restituere iussit, certisq; specieb. pro Falcidia præcepit esse contentam : auxilium legis Falcidiæ, quod imploras,apud suum iudicem non prohiberis flagitare. PP.7. Kalen.Nouemb.Arriano & Pappo conss.244.

SVMMARIA.

1 *Filia heres instituta & rogata restituere portionem paternam fratribus,quartam ita retinet, vt testator prohibere non possit, quo minus retineat.*

2 *An idem post contrariam Iustiniani constitutionem locum habeat.*

FIlia † à patre instituta, & rogata restituere portionem paternam fratribus,quartam ita retinere potest, vt testator prohibere non possit,quo minus eam retineat, siue in totũ prohibeat, siue

sive pro ea quarta aliquid filiæ attribuerit, vt hic. Non quod non debeat in quartam imputari id, quod à defuncto tribuitur, *l. in quartam. ff. eod.* sed quod si id ad quartam non sufficit, possit filia, quod amplius est, ex Senatusconsulto deducere, vel petere, quod Senatusconsultum hic appellatur Falcidia, quia Senatusconsulto permissum est, vt quarta ex fideicommissa hereditate ita deducatur, vti per l. Falcidiam de legatis deducere concessum est, vt docuimus *ad l. iubemus. sup. ad Trebel.* Hæc sententia ex iure veteri certa est, quo iure testator contra l. Falcidiam non potuit cauere, ne quarta portio hereditatis apud heredem maneret, *l. quod bonis. §. 1.*
2 *l. si debitor. D. eod.* Quid † dicemus hodie, post constitutionem Iustiniani, qua cautum est, licere testatori prohibere, ne portio ex l. Falcidia deducatur. *Auth. sed cum testator. sup. eod.* Respond. si hanc quartam intelligimus eam portionem, quæ filiæ natura debetur ex successione patris, hanc testator prohibere non potest. *l. quoniam in priorib. l. Scimus. sup. de inoffic. testam.* Nec constitutio noua Iustiniani ad eam portionem pertinet. Hæc enim portio, vt naturæ iure debita deducitur, non ex l. Falcidia. Deinde eadem *Nouella, de hered. & Falcid. §. pen.* declaratur, libertum non posse testamento suo prohibere, quominus patronus quartam sibi debitam habeat. Plus autem iuris est filiis in ea portione, quæ illis in successione patris natura debetur. Quod si præter hanc portionem filia etiam deducere volet de reliquo patrimonio quartam, ex Senatusconsulto, vt facere posse eam diximus, *ex c. Raynutius. de testam.* puto patri licere ex Nouel. constitutione hanc quoque quartam partem prohibere.

Non obstat, quod Nouella constitutio scripta est de Falcidia prohibenda, hic autem agitur de quarta Trebell. nempe quæ ex fideicommissa hereditate deducitur. Etsi enim verum est, quod in priorib. legibus nominatim correctũ non est, id posteriorum legũ regulis permittendum esse. *l. præcipimus. in fi. inf. de appellationib.* tamen verbo Falcidiæ, quo Nouella vtitur, satis cõtinetur quarta, quæ retinetur ex Senatuscõsulto. Nam & hæc Falcidia appellatur nominatim in hac l. item *in l. iubemus. sup. ad Trebel.* de quo illic plura. Deinde ratio Iustiniani in Nouel. constit. cur velit, posse prohiberi deductionem Falcidiæ, est hæc, vt voluntas defuncti conseruetur, *d. Nouell. 1. §. hinc nobis.* Hæc ratio pariter in quarta Trebellian. locũ habet. Postremo maior causa est, cur testator possit deducere quartam Trebell. quam quartam Falcid. quæ deducitur ex singulis legatis. Nam Falcidiæ quarta prohibita, licet heredi hereditatem non adire, Trebelliana etiam prohibita, non licet heredi hereditatem non adire. Quisquis enim heres rogatur restituere hereditatem, is etiam adire cogitur & restituere, vt sup. tit. dixi. Multo igitur facilius, & huius deductio prohiberi potest à testatore.

Ad L. 12.

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. Iustino

In donationibus inter virum & vxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus fungunturnonnullis, iuris placitis comprehensum est. PP. 16. Kal. Iul. ipsis AA. IV. & III. Coss. 290.

SVMMARIVM.

1 *Donationes, quæ inter præsentes facta morte solum testatoris confirmantur, vicem legatorum obtinent, & in iis Falcidia locum habet.*

1 QVæcunque † donationes inter præsentes factæ morte solum donatoris confirmantur, hæ vicem legatorum obtinẽt; quæ & ipsa solum morte confirmantur. Eadem ratione fit, vt in iis donationib. itidem, vt in legatis, Falcidia locum habeat, id est, hæ donationes in numero legatorum computentur, cum quæritur, quantum legatum sit, & an legatum sit supra dodrantẽ. Item vt ex iis, tanquam ex legatis deduci possit, quod dodrantem patrimonij excedit, ex l. Falcidia. Exemplo est donatio causa mortis, de qua *in l. si mortis. infr.* item donatio inter virum & vxorem, de qua *h.* Huiusmodi donationes ipso iure non valent. *l. 1. 2. 3. de donat. inter vir. & vxor.* Sed tamen nisi à donatore reuocatæ sint, morte eius confirmantur, *l. cum hic status. §. 1. de donat. inter. vir. & vxor.* Vnde & l. Falcid. locus vt ibidem scriptum est.

Ad L. Si ea. 13.

Iidem AA. & CC. Zetho.

Si ea, cuius filium tuum seruum significas, ex iudicio defuncti, quam dicis fideicommissariam libertatem ei reliquisse, aliquid consecuta est: ad restituendam fideicommissariam libertatem non immerito obnoxia constituta debet vrgeri. Nam fideicommissum ei relictum vsque ad eum modum potest petere, quem deducto pretio seruorum, quos fuerat rogata manumittere, relictorum substantia patitur. S. 5. Kalend. Maij, Heraclia, AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Titia rogata, vt seruos per fideicommissum sibi relictos, & amplius seruum quendam proprium manumittat, an fideicommisso agnito cogenda sit manumittere.*
2 *Quatenus seruos sibi legatos petere possit.*
3 *Error interpretum huius loci notatur.*

TEstator seruos quosdam suos per fideicommissum legauit Titiæ, & rogauit eam, vt seruos manumitetret, hoc amplius, vt manumitteret seruum quendam suũ proprium, qui erat filius naturalis Seij, cuius ad consultationem hoc rescriptum relatum. Titia fideicommissum seruorum agnouit, neq; postea seruum suum proprium manumittit, vt rogata erat manumittere: vrget pater naturalis Seius, vt manumittat.

Quæsitum † est, an debeat manumittere? Nam videbatur cogenda esse manumittere. Nam qui ex testamento defuncti nihil accipit, ab eo nihil relinqui potest, *§. 1. Inst. de sing. reb. per fideicommiss. rel. l. ab eo. sup. de fideicom.* Hæc autem mulier ex testamento capere nihil videtur. Proinde rogari non potest, vt quicquam præstet. Non videri autem eam quicquam capere, probatur ex definitione capiendi. Nam capere non est manu capere tantum, sed cum effectu, id est, capere, vt maneat. Capere enim, quod restituere opus habet, non est capere, *l. aliud est capere. de verb. sign.* In proposito autem mulier seruos per fideicommissum relictos ita capit, vt debeat manumittere, proinde capere non videtur. Quare nec propter id fideicommissum, quicquam ab ea relinqui potest, vltra seruos legatos. Hic respondetur eam manumittere cogendam seruum, quæ seruos per fideicommissum relictos agnouit, etiamsi eos manumittere sit rogata. Et recte respondetur, & secundum regulam eam, quæ obstare videbatur. Nam etiamsi seruos relictos manumittere debeat; tamen non eo minus in his aliquid capere intelligitur. Nam manumissos habitura est libertos & ita consecutura in his ius patronatus. Quod ius hæc commoda secum affert, obsequium à libertis debitum, operas item officiales, & præterea ius succedendi liberto ad eum modum, qui constitutus est legibus. De obsequio est *sub tit. de obseq. à libert.* De operis est *sub tit. Inst. de success. liber.* 1

Hinc colligimus: quicquid est, quod ad aliquem peruenit testamẽto, id eiusmodi esse, vt qui in eo voluntatem defuncti agnouit, cogendus sit, seruum, atque adeo seruos suos manumittere, quemcunque ab eo testatore manumittere est rogatus, etiamsi serui manumittendi multo sint plures, quam id, quod accipitur; quoniam legatarius voluntatem defuncti agnouit etiam in minimo relicto, non videtur seruos suos pluris manumisisse, *l. sed si non seruus. D. eod. l. generaliter, §. si quis alienum. l. si debitor, de fideicommiss. libert.*

Quæsitum † est amplius, quatenus Titia legataria possit petere seruos sibi legatos, quos manumittere rogata est? Respondetur, eam petere posse ad eum modum, quem relictorum substantia patitur, id est, potest petere fideicommissum horum seruorum insolidum. Et hoc est, quod dicitur, l. Falcidiam non minuere libertates. *l. si vniuersa. sup. de legat. l. Papin. §. 4. D. inoffic. testam.* Serui autem in proposito per fideicommissum relicti, sunt relicti manumissionis causa, proinde in solidum præstantur, *l. in testatoru 34. & l. seq. D. eod.* Sed additur in hoc rescripto ita præstare solidum hoc fideicom. vt antè deducantur pretia horum seruorum, quos Titia manumittere rogata est, quod fit ex verbis l. Falcid. ex qua patrimonium æstimatur, deductis prius pretiis seruorum manumissorum, *§. vlt. Inst. h.* 2

Vulgo † grauiter erratur in interpretatione huius loci, quod fideicommissum hoc, cuius hic fit mentio, interpretarentur fidei- 3

commissum pecuniarium, seu pecuniam relictam Titiæ eo modo, vt seruum suum manumitteret, & præterea ex eo pretio alios seruos redimeret, quos rogata est manumittere.

Primo de seruis alienis redimendis nullum hic verbum est, deinde pecuniam esse relictam in hoc, vt legatarius aliquos manumittat, Falcidia non patitur, id est, non præstatur ad eum modum, quem bonorum substantia patitur, sed quem dodrantis substantia patitur. *d.l.in testatoris, & l.seq.eo.* Quod est conueniens verbis huius rescripti.

Ad L.14.

Iidem AA. & CC. Faustinæ.

Licet adieris patris hereditatem, & confusione pro parte, qua eidem successeris, exstinguatur actio, quam tibi adseris competere, eo quod ex administratione tutelæ, multa eum debuisse contendis: pro residuis tamen partibus coheredes conuenire non prohiberis: & fundum à te relictum, eatenus, quo ad deducta quarta residui substantia patitur, præstare necesse habes. Dat. 6. Kalend. Octob. Viminacij. AA. Coss.

Svmmarivm.

1 *Creditore testatoris à testatore pro parte heres instituto, iusso prædium suum restituere Titio, siue extraneo, siue coheredi, quantum coheredes de debito huius creditoris consequi possit.*

CReditor testatoris institutus est à testatore heres pro parte. Idem iussus est, prædium suum restituere Titio, siue is
1 extraneus est, siue coheres. Quæritur † de debito huius creditoris, quantum de eo consequi possit? Respondetur primo, posse eum citra omnem controuersiam partem hereditariam à coherede petere: quia pro ea parte actio vetus confusa non sit, reliquam autem partem, pro qua ipse heres testatoris exstitit, eum petere à coherede nullo modo posse. Quod duabus de causis recte respondetur. I. quia hæc portio iam amplius non debetur, vt consequens sit, eam neque ab herede, neque ab vllo alio peti posse. Nam pro ea parte obligatio non tollitur confusione; quoniam nemo idem creditor & debitor esse potest. *l.pen.sup.de hered. act. l. vxor. inf. de bon. auct. iud. poss.* Sed quã partem hic heres à coherede accipit, eam retinere potest aduersus legatariũ, & hoc modo saluam habere, idque est, quod significatur extremis huius rescripti verbis per aduersarium. Nam in extremis dicitur, *debere eum præstare legatum à se relictum scilicet, quod deducta quarta, quantitas patrimonij patitur.* Quibus verbis duo significantur. I. hunc heredem, à quo supra dodrantem portionis eius legatum est, deducere posse quartam suæ portionis, idque est, quod dicitur, in singulis rationibus rationem Falcid. ponendam esse, §. *1. h.* Alterum iisdem verbis significatur, ita quartam hanc ex l. Falcidia deduci, vt heres prius deducat æs alienum, nisi quod ei à defuncto debeatur. *l. in imponenda. sup.* Quo fit, vt hic heres portionem debiti, quam à coherede exigere non poterat; tamen in ratione Falcidiæ ponenda, ponat, & deducat aduersus legatarios, dein reliquum ita partiatur, vt retineat quartam, dodrantem restituat.

Ad L. Si prædiorum dotis. 15.

Iidem AA. & CC. Pomponio.

Si prædiorum dotis apud te iure remanentis instrumenta verbis precariis, vel testamento, vel condicillis vxor tibi dari mandauit, eius iudicium successores implere compellentur: cum instrumentis prædiorum domino relictis, Falcidiæ nulla possit interuenire quæstio. Supposita 16. Kalend. Febr. Sirmij CC. Coss.

Svmmaria.

1 *Dos quando soluto matrimonio mulieri, aut heredibus restituenda sit.*

2 *An ex legato instrumentorum Falcidia quoq; detrahi possit.*

SOluto matrimonio dos mulieri, aut heredibus restituenda est, *l.2.D. solut. matrim.* Sed hoc † ita, nisi in dote danda conue- 1
nerit, vt vel susceptis liberis, vel mortua in matrimonio vxore, dos maneat penes maritum, *l.2. & l. si pater. de pactis dotalib.* Cum forte eiusmodi pactio inter maritum & vxorem interuenisset, ex qua prædia dotalia apud maritum manere deberent, vxor decedens legauit marito suo instrumenta eorum prædiorum, id est, tabulas & literas, quibus origo emtionis & acquisitionis eorum prædiorum continebatur. Hoc ideo recte fit ab vxore; quia nisi hæc instrumenta marito legentur, non sunt mariti, tametsi maritus prædiorum sit dominus, *l. instrumenta sup. de fideicommis.* Quæsitum est, cum tantum legatum esset ab vxore, vt locus esset legi Falcidiæ, an † ex hoc quoque legato instrumentorum Falci- 2
dia detrahi possit secundum verba *l. potest. ff. eod.* nam legata sunt, & L. Falcidia omnia legata minuuntur, si dodrantem excedant, vt supra diximus. Hic respondetur, quod horum instrumentorum nulla sit æstimatio, & proinde non sint in computationem legatorum æstimanda. Nam pretia rerum cum aliis in causis, tum præcipue circa l. Falcidiam non ex affectu cuiusquam æstimantur, veluti si dicat heres, *se nolle istiusmodi instrumentis carere pro 10. aureis h.* Sed æstimantur reuera communi hominum æstimatione. *l. quia. ff. eod.* At pretia instrumentorum, si quis alius velit vendere, nullo pretio æstimantur; quia aliis omnibus sunt inutilia: proinde nullo modo æstimanda. Recte quoque hanc rationem Accursius reddit, cur non debeat ex his instrumentis quarta detrahi; quia ea quarta heredi sit inutilis, legatario prosit, vt consequens sit, heredem non posse eam quartam retinere, nisi vt officiat legatario. Præclare autem scriptum est à Celso, malitiis non esse indulgendum, *leg. in fundo. de rei vindicat.*

Ad L. Successores. 16.

Iidem AA. & CC. Diomedi.

Successores legata, vel fideicommissa, si æs alienum hereditarium defuncti substantiæ fines occupauerit, legis Falcidiæ iussio peti, item Trebelliani Senatusconsulti præceptum exigi non concedit. S. 16. Kalend. Febr. Sirmij AA. Coss.

Svmmaria.

1 *Heres adita hereditate adit omnia onera hereditaria, vna cum commodis.*

2 *Onerum hereditariorum duo genera.*

3 *Quomodo ari alieno & legatis heres obstringatur.*

4 *Æs alienum si sit tantum, vt hoc dissolutio in patrimonio nihil superfit, legatorum nomine nihil debetur.*

HEres † hereditate suscepta, suscipit omnia onera heredita- 1
ria, vna cum commodis *l.1.2. sup. de bon. poss.* Onerum † here- 2
ditariorum duo sunt genera, æs alienum defuncti & legata. His oneribus obstringitur heres, sed dissimiliter iure veteri. Nam
æri † alieno obligatur in solidum: legata autem non præstantur 3
vltra vires cuiusque patrimonij, vt hic est scriptum, & *l.7. §. deniq. ad Trebell. 1. §. in quibusdam. ff. si cui plus, quam per l. Falcid. lib. &c.* Id efficitur & l. Falcid. & Senatusconsulto Trebel. Proinde neque ab herede legata supra vires patrimonij exigi possunt, neq; possunt à fideicommissario, cui restituta est hereditas. Efficitur hoc l. Falcidia non patitur legata præstari vltra dodrantem hereditatis, multo igitur minus patitur ea præstari, vltra vires eius patrimonij. Idem efficitur Senatusconsulto. Quod si de Pegasiano veteri intelligimus, quarta ex eo Senatusconsulto deducitur, vt deducitur, ex l. Falcid. §. *sed quia hereditas. Inst. de fideicom. hered.* Sin intelligimus de Senatusconsult. Trebell. vetere, hoc SC. non transferuntur actiones in fideicommissarium, nisi quæ, & quatenus in heredem competebant. Legatorum autem petitio vltra dodrantem non competit.

Hinc † consequens est, quod in princ. hic dicitur, si tantum sit 4
æs alienum defuncti, vt hoc dissoluto nihil in patrimonio supersit, legatorum nomine nihil deberi, idem *in l. si vniuersa. supr. de legat.* scilicet quia in legatis præstandis ex l. Falc. patrimoninm æstimatur, deducto prius ære alieno, vt si quid superfit, eius quartam heres habeat, si nihil superfit, nihil præstare debeat. *§. vlt. Inst. eo. ti.*

Sed

Sed hæc iure veteri ita sunt: constitutionibus autem Iustiniani, quæ scriptæ sunt de inuentario ab heredibus faciendo, in totum à iure hoc recessum est. Nam si heres inuentarium facit, non tenetur creditoribus vltra vires patrimonij. Si non facit, aut non ita facit, vt ex illis constitutionibus oportet, non solum æri alieno in solidum obligatur, vt ante, sed etiam legatis vltra vires patrimonij, *Authent. sed cum testator. in fin. supr. eod. l. vltim. supra, de iure delib.*

Ad L. A coheredibus. 17.

Iidem AA. & CC. Caio.

A coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiæ præstitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est. Suppos. 5. Kalend. Nouemb. Anchiali. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Relictum heredi à coherede quatenus debeatur.*
2 *An in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda sit.*

HEredi à seipso legari non potest; quia non est, qui ei legatum præstet. Heredi à coherede recte relinquitur legatum; quia est, qui illi legatum dare possit. *l. legatum. §. 1. de legat. 1.* Posterior pars huius definitionis hic constituitur, & hic quæritur, quod
1 à † coherede, heredi relictum est, quatenus debeatur, exempli gratia, qui 400. habeat in bonis, duos instituit heredes, primum & secundum, ex æquis partibus, primum iussit secundo 200. dare. Hic duo quærimus 1. An primus 200. præstare debeat, si nulla esset l. Falcidia. mouet quæstionem; quia onera hereditaria diuiduntur inter heredes pro portionibus hereditariis *l. 2. sup. de hered. act.* Huiusmodi onus videtur esse legatum à primo relictum, vt proinde videatur primus ex 200. ab eo relictis 100. debere duntaxat, vt portionem legati, vbi pro portione heres est. Hic respondetur 200. deberi, vt legata sunt à primo: nihil ad rem pertinet, quod dicitur onera hereditaria diuidi inter heredes, pro portione hereditaria. Hoc enim de ære alieno defuncti intelligendum est, ex quo prius tenebatur, *l. ea, quæ sup. famil. hercisc. l. debitorum. de pact.* diuersa causa est legati. Nam quantum cuique relictum est testamento, tantum ab eo relinqui potest, §. 1. *Inst. de sing. reb. l. 4. & 6. de legat. 3.* & hæc ita sunt, si l. Falcidia non interueniat, id est, si supra dodrantem portionis hereditariæ legata relicta non sint. Quid ergo, si supra drodantem eius portionis relicta sint, vt in specie proposita contigit? Et placet heredem leg. Falcidia bono fine vsurum pro portione sua.

2 Hæc est illa vetus quæstio, † an in singulis heredibus ratio leg. Falcidiæ ponenda sit, quod prima ratione non videtur, vt in exemplo à nobis proposito. Nam à secundo herede nulla legata relicta sunt, ita fit vt amplius, quam quarta hereditatis apud vnum heredem maneat; manet enim semis integer apud secundum. Videtur autem l. Falcidiæ satisfactum, si testator quartam hereditatis integram reliquit, vel apud omnes. Quod si recipitur, consequens erit, primum heredem in specie proposita detrahere de legatis à se relictis nihil posse, quamuis ea eius portionem exhauriant. Sed placuit, vt dixi, in singulis heredibus rationem l. Falcidiæ ponendam esse, id est, si tantum à singulis legatum sit, vt dodrans portionis hereditariæ excedatur, quantum vltra dodrantem erit, tantum de legatis singulorum decedet, *l. in singulis. ff. eodem. §. 1. Inst. de l. Falcid.* Quæ sententia efficitur verbis l. Falcidiæ. Nam in secundo capite non dicitur, tum ita deducitur legatis, ne minus, quam quartam hereditatis partem vnus heres habeat, sed ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. Quibus verbis exigitur, vt quarta apud vniuersos heredes maneat: proinde vt maneat apud singulas portiones.

Ad L. Si quis penult.

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto Prætorio.

Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam, iusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persoluat, vel aliam quantitatem, quæ deminuere Falcidiæ rationem potest: sancimus heredem, si adierit, legis Falcidiæ beneficio sustentatum, replere quidem, quod ad Falcidiam deest: & prius eo dato, vel retento, siue vna datio est, quæ celebrari disposita fuerit, siue in multas diuiditur personas, præfatæ legis immutilatum habere beneficium, si enim cum mortis causa donatio procedat, & hac modum legis Falcidiæ excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quæ vltra modum legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit: quare non in præsenti casu & viuentibus, & morientibus prouidemus, & eorum vltima elogia conseruantes, & commodum hereditarium non minuentes? Dat. Kal. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC. 531.

SVMMARIA.

1 *Conditio, quæ sit conditionis implendæ causa, an lege Falcidia minuatur, vt legatum.*
2 *Heres instituitus sub conditione, si 300. dederit, an cogatur ab initio totam eam summam præstare, vt fiat heres, postea detracturus Falcidiam; an vero ab initio possit detrahere 80. & 300. præstando fiat heres.*
3 *Conditionis implendæ causa quæ capiuntur, an imputentur in quartam.*

CVm quæritur, an supra dodrantem legatum sit, vt l. Falcidiæ locus sit, placet in his, quæ relinquuntur, computanda esse, non tantum legatum, sed ea etiam, quæ legatorum vicem obtinent, quæ omnia in numero & computatione legatorum traduntur: & si omnia hereditatis dodrantem excedunt, singula per l. Falcidiam minuuntur, quatenus dodrantem excedunt. In his habentur donationes causa mortis, *l. si mortis. l. in donationibus. sup. h. t.* Quæsitum est hoc loco, an in eadem causa haberi debeant ea, quæ conditionis causa implendæ ab herede præstantur, exemplum est tale. Qui 400 habebat in bonis, non potest amplius legare, quam 300. proinde si legauit 400. de legatis 80. decedent, vt 100 apud heredem maneant. Quid si testator ita scripserit, *Lucius Titius mihi heres esto, si 400. Titio dederit.* Quæro, an huius conditionis implendæ causa necesse habeat heres 400. præstare, vt fiat heres; an vero non habeat necesse præstare, nisi 200 propter l. Falcidiam, vt nihilominus recte fiat heres 300 præstitis. Quæstio est in eo, an † hæc conditio, quæ fit conditionis implendæ
1 causa, lege Falcid. minuatur, vt legatum, secundum verba leg Falcid. Hæc præstatio non potest minui; quoniam lege Falcidia solum legata minuuntur, quæ legatorum vim habent, vt verba legis declarant, *leg. 1. D. eod.* & dicitur apertius *in l. in quantitate partium. §. vlt D eo.* Quod autem præstatur ab herede conditionis implendæ causa, id neque legatum est, neque legati vim habet, quod dilucide testatur *eit, si quis omissa causa testamenti.* Nam edicto, *si quis omissa causa testamenti,* cautum est, si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, vt ne minus legata, & quæ legatorum vicem obtinent, præstet, quam si ex testamento hereditatem adiisset, & tamen si heres fuerit institutus sub conditione, *si 10. Titio dederit,* & ab intestato possideat hereditatem, placet eum 10. non debere. *d. l. si quis sub conditione. ff. si quis omis. caus. testam.* Non sunt igitur ea 10. legata, nec legati vim habent, alioqui ex edicto præstanda essent. Constituit hoc loco Iustinianus nihilominus de præstatione, quæ fiat ab herede conditionis implendæ causa, quartam non minus detrahi posse, quam ex legatis & donationibus causa mortis potest. Non obstat, quod hæc præstatio non est in numero legatorum, ac eorum, quæ vim legati habent. Non enim ideo de hac præstatione Falcidia detrahitur; quia præstatio sit contra verba legis Falcidiæ, sed quia est in fraudem legatorum. Quando lege quid prohibetur, non tantum prohiberi intelligitur, quod est contra verba legis, sed etiam quod est contra mentem & sententiam legis, id est, contra id, quod vetuit lex, etsi verbis non prohibuerit. *l. non dubium. sup. de legib.*

Huiusmodi est hæc præstatio, de qua quæritur. Nam lege Falcidia vetuit vltra dodrantem legari, ne alioqui heredes nullo lucro prouocati omitterent hereditatem, & ita destitueretur iudicium defuncti, vt est *Instit. eod.* At hac præstatione heredi iniuncta, eodem res recidit, vt si heres cogatur totam eam pecuniam

præstare, quam iussus est, futurum sit, vt hereditatem omittat; ergo hæc quoque præstatio est contra id, quod lex voluit, proinde irrita est, atque sic hæc præstatio esset in numero legatorum. Hinc colligimus, non solum donationes causa mortis l. Falcidia minui, vt legata, sed etiã omnes præstationes, quæ sine donatione mortis causa capiuntur, quale est, quod ab herede præstandum est conditionis implendæ causa, vt declaratur *l. mortis causa capitur. in pr. §. sine donatione de mort. caus. donat.*

Huic sententiæ contraria videtur *l. 1. §. item si ita. ff. eod.* Proponitur exemplum eiusmodi; testator ita scripsit: *Heres meus Titio penum dato, si non dederit, 10. ei dato.* Hoc in casu placet, si heres in præstando penum moram fecerit, statim 10. deberi, & sola deberi: amplius autem non deberi penum, nec legatum esse; sed tamen heredem, vt liberetur, posse penum præstare, si præstiterit, in Falcidiam non imputari, id est, non computabit in numeratione legatorum, nec de penu quicquam detrahi posse ex l. Falcidia; & tamen penus in hac specie mortis causa capitur: nam huius capiendi occasio obuenit per mortem testatoris, quæ definitio est mortis causa capionis *in d. l. mortis causa capitur.* Respondeo non sunt contrariæ horum locorum species, quæ sunt dissimiles. In hac lege agitur de eo, quod heres ex conditione præstare debet, quo non præstito non est heres factus. Itaque id præstare cogitur, si vult heres esse, vt merito hæc præstatio legatis comparetur. At in exemplo legis, quod supra retulimus, heres non habet necesse, penum præstare, si non vult. Nam quamuis non præstiterit, nihilominus heres erit; potest enim præstare 10. quæ sola legata intelliguntur. Hinc hæc distinctio tenenda est, quod heres præstare cogitur, si vult heres esse, de eo Falcidiam detrahet, vti de legato, vt in hac lege. Quod autem præstare necesse non habet, de eo non detrahit Falcidiam, etiamsi id mortis causa capiatur; quia si id præstat, sibi imputare debet, qui id præstare necesse non habuerit.

2 Quæsitum est circa exemplum huius legis, an † heres institutus sub conditione, si 380. dederit, cogatur ab initio totam eam summam præstare, vt fiat heres, postea detracturus Falcidiam? An vero iam à principio possit detrahere 80. & 300. præstando fiat heres? Quidam putant heredem debere 380. præstare solida, vt conditionem impleat, & conditione impleta fiat heres. Mouet eos; quia conditio omnis implenda est, vt vulgo loquuntur, in forma specifica, id est, secundum præscriptum verborum conditionis, vt nihil in illis omittatur, *l. qui heredi, in princ. de cond. & demonst.* Sed huic sententiæ aduersantur huius legis verba, *quia fiat potestas heredi retinendæ Falcidiæ*, illis verbis: *dato, vel retento.* Deinde quia in extremo dicitur, hæc præstatio ipso iure minuit, quemadmodum donatio causa mortis. Non obstat, quod dicitur conditiones implendas esse ex omni parte. Hoc enim dicitur de conditionibus vtilibus, non vero de conditionibus, quæ pro non scriptis habentur, qualis est hæc conditio, quatenus præstatio dodrantem hereditatis excedit, placet enim eatenus ipso iure minui præstationem. Hic introducitur hæc quæstio:

3 An † ea, quæ conditionis implendæ causa capiuntur, imputentur in quartam ratione sumta ex specie huius loci? Sed hæc quæstio hoc loco inepta est, & stolida. Nam hic agitur de eo, quod heres præstare debet, & de quo cupit Falcidiam retinere. Quæstio autem superior ponitur de his, quæ heredi præstantur conditionis implendæ causa, veluti si fundus legatus sit sub conditione, si 10. heredi daret, vbi quæritur, an hæc 10. data heredi imputentur in quartam? Certi autem iuris est hæc non imputari, *l. id autem quod. l. in quartam. ff. eod.*

Ad L. Cum certum. vlt.

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

Cum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatoris exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis Falcidiæ prætendentem repetitione vti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: Iubemus hoc simili modo firmum haberi, & si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In vtroque etenim casu, id est, siue soluerit, siue super hoc cautionem fecerit, æquitatis ratio similia suadere videtur Dat. 15. Kal. Nouemb. Constantinop post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC. anno secundo 532.

Summaria.

1 *Quartam Falcidiam qui retinere potest, an, si vltra stipulanti promittit, idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit.*

2 *Dubitandi rationes adductæ.*

QVi quartam ex lege Falcidia retinere potest, si vltro soluit, non repetis, *l. error. sup. eod.* Si vltro † stipulanti promittit, quæsitum est, an idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit? Constituitur hoc loco, eum, qui solida legata promisit, quartam retinere non posse contra stipulantem. Inutilis constitutio est, nisi hac de re sit aliqua dubitatio. Et veteres de eo dubitarunt, vt hic testatur Iustinianus. Dubitatio exstat *in leg. si patronus. §. 2. de donat.*

Quæro, † cur hic dubitetur circa legẽ Falcidiam de stipulatione, cum certi iuris sit, ex stipulatione omni iure ciuili obligationem nasci, *§. de constituta. Instit. de actionib.* Respondeo, dubitatio nata est ex exemplo patroni: nam si patronus institutus sit à liberto, & ex debita portione; & rogatus sit quid præstare, si id stipulanti promittat, stipulatio non valet, *d. l. si patronus, in princ. de donat.* Quo exemplo videtur idem dicendum in eo herede, qui promisit se legata præstiturum vltra portionem legis Falcidiæ debitam. Respondeo dissimilia hæc sunt: nam portio debita patrono in bonis liberti, debetur ob reuerentiam patrono debitam. Hæc reuerentia videtur violari, cum patrono hæc portio non seruatur: sic fit, vt stipulatio contracta videatur esse contra bonos mores. At heredi extraneo testator non debet reuerentiam: ob hanc causam si heres promittit, se solidum legatum præstiturum, nihil hic fit contra bonos mores, ac proinde stipulatio valet. An idem hic efficiat simplex pollicitatio, qua heres promittit se solidum, solituru, quod efficit promissio stipulanti facta. Vide quæ diximus *ad l. 1. & 2. sup. de fideicommiss.*

HVGO-

HVGONIS DONELLI, IVRISCONSVLTI CELEBERRIMI, NORICI QVONDAM PROFESSORIS,

Commentarij

AD TIT. I. LIB. VIII. C. DE INTERDICTIS.

SVMMARIA.

1 *Series tractatus de interdictis.*
2 *Interdictum quid, & num. 45.*
3 *Interdictum vnde appellatum.*
4 *Interdictum formula distare ab actione: re nihil aliud esse, quam actionem, & num. 7.*
5 *Actiones olim proprie ita dictas, de ceteris rebus esse: interdictum, omnemq; ex causa interdictorum actionem esse de possessione, & quasi possessione: & quæ sint interdicta ex vtroque genere.*
6 *Interdicta omnia esse de possessione & quasi possessione sola, etsi dicantur quædam proprietatis causam continere.*
7 *Cur placuerit olim de possessione agi interdictis, non actionibus, cum non minus & ageretur de possessione.*
8 *Interdictum ab edicto quid differat.*
9 *Interdicta omnia, etsi in rem concepta, personalia esse, quid sit.*

1 IVRIS † nostri persequendi causa proditæ sunt partim actiones, partim interdicta. Actionũ quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem, de reb. nostris, aut ad ius nostrũ pertinentibus, quas petimus ab eo, qui possidet. In personam, de eo, quod nobis debetur. *l. actionum. D. de obl. & act.* §. 1. *Inst. de act.* Interdicta de possessione rei cuiusq; asserenda, vt mox dicetur. De his ita ius compositum est, vt prius compositores de actionibus & iis iuribus, quæ ad actiones pertinent, dicerent: quod hucusq; fecerũt. Sic deinde ordine de interdictis; quod fit hoc loco. Hanc ordinem secutum esse Iustinianum in Institutionibus constat ex principio tituli *de interdictis.* Consentaneum est compositores iuris hunc eundem ordinem & in Pandectis & in Codice secutos
2 esse. Interdictum † si formulam veterem spectes, vnde interdicta sunt appellata, sic recte definitur: formula & cõceptio verborum, qua prætor inter eos, qui de possessione, aut quasi possessione contendebant, iubebat eum, cum quo agebatur, aliquid facere, aut facere vetabat, prout id ad possessionem asserendam, de qua agebatur, conuenire videbatur. Nam alias petitur, vt possessio restituatur, aut vt res exhibeatur: hic prætor restitui, aut exhiberi iubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, perit, ne sibi tenenti, aut petenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat. Colligi potest hæc definitio ex initio tit. Instit. *de interd.* de qua & mox plura dicentur.
3 Ex † ea intelligere possumus interdictũ dictum esse, quasi inter, aut interim edictum; & interdicere, quasi inter & interim edicere. Non dico inter duos dictum, vt est apud Iustinianum *in* §. *in fin. Inst. eo.* parum apte: quoniam & sententia, & arbitrium, & interlocutio inter duos dicitur: quorum tamen nihil à veteribus dicitur interdictum. Non dico interim: nam & multa interim dici & tractari solent, donec ad ius nostrum perueniamus; quæ tamen nihil minus sunt, quam interdicta, cuiusmodi sunt, quæ dicuntur à priuatis litigatoribus: in magistratu autem & iudicibus interlocutiones. Ne illud quidem placet, interdicti appellationem, quæ proprie ad probatoria interdicta pertinet (nam interdicere proprie vetare est) ad cetera quoq; per abusionem esse translatam, vt quosdam putasse refert Iustinian. *in d.* §. 1. *Inst. de interd.* Nam vt hoc in verbo interdicti ferri possit; certe in verbo *intercedendi*, vnde est interdictum, defendi non potest. Nemo enim vnquam de exhibitoriis, aut restitutoriis interdictis loquens dixit in his interdicere pro iubere, & decernere, ne abusiue quidem: cum tamen in his & prætor & actor etiam proprie interdicere dicantur. Hoc dico igitur interdictum dictum quasi *inter* & *interim edictum*, & *interdicere* quasi *inter* & *interim edicere.* Quod omni interdicto plane conuenit. Est enim edicere iubere aliquid. Id vero in omni interdicto prætor faciebat. Edicebat enim, & iubebat quid fieri, aut nõ fieri. Illud cum faciebat, dicebatur absolute iubere: proinde & hic maxime proprie edicere. Hoc posterius cum faciebat, dicebatur speciali verbo *prohibere*, & *vetare*; sic tamen, vt iuberet nihilominus, ne fieret: proinde & hic quoq; ediceret, vt profecto nihil aliud sit interdictum, quã inter priuatos & interim interpositum prætoris edictum. Et tamen quia non simpliciter dictum est, dicitur interim edictum. Et recte, edicebat enim hic prætor interim: id est vel obiter, vt omnis causa possessionis est momentanea, *l. vnica. sup. si de mom. poss. su. ap. l. momentaria. infr. vnde vi.* vel interea dum de alia re principali contenditur; puta de iure & proprietate rei, per quod tempus decidi solet possessionis atq; vsus cõtrouersia. *l. ordinarij. sup. de rei vind. l. 3. inf. h. t.* eaq; decisio olim transigebatur interdictis. Ex † eadem definitione intelligimus interdictum, 4
vt fuit vetus formula, actionem non esse. Nam actio est priuati litigatoris petitio & persecutio, qua intendit sibi aliquid ab aduersario dari, aut fieri oportere. § *1. Inst. de act.* Interdictum litigatoris petitionem & intentionem non habet; sed iussus est, & imperium prætoris aduersus eum, cum quo agitur, propositum, sed hæc ita sunt, si, vt dixi, formulam tantum in interdicto spectemus. Quod si spectabimus vim & potestatem interdicti id est, id, quod in interdicto agimus, & consequi volumus; sine dubio interdictum actio est, sicq; rectissime definietur: vt sit actio, qua de possessione asserenda, vel quasi possessione agitur, siue eam nunc primũ adipisci, siue adepti retinere, siue ademtam & amissam recuperare velimus. Dixi interdictum actionem esse, recte. inde enim dicitur actionis verbo contineri. *l. actionis. ff. de obl. & act.* Hinc etiam quæcunq; de actionib. dicuntur, eadem dicuntur & de interdictis. Itaque & interdicto agere dicimur: & dicitur interdictum aliquibus & in aliquos competere; dicitur & condemnatio eius iudicij esse. *l. 3.* §. *1.* §. *condemnatio.* §. *vlt. ff. de tabul. exhib.* Quæ omnia actionum propria sunt, ideo, vt dixi, tributa interdicto; quia etsi interdictum vetere formula petitionem litigatoris nõ continebat, sed iussum & imperium prætoris; vi tamen ipsa nihil aliud erat, nisi petitio & persecutio priuata litigatoris. Non enim ita iubebat prætor in interdicto, aut quid vetabat, vt sententiam ferret: alioqui sententia esset sine causæ cognitione, quod ius non recipit, *l. ex stipulatione. sup. de sent. & interloc. l. 1. sup. de exsecut. rei iud.* sed prætor vna cum interdicto iudicẽ dabat, qui cognosceret, an vere intenderet petitor causam esse, cur res sibi restitueretur, exhiberetur, possessio retineretur, atq; ita causa cognita reum condemnaret. Ita interdi-

ctum nihil aliud erat, nisi persecutio possessionis in iudicio; quæ actionis definitio est. *Inst. de act. in pr.* Nunc formulis veteribus interdictorum sublatis, constat nihil amplius de interdictis restare, quam actionem ex causa interdictorum. §. *vlt. Instit. de interd. leg. vltim. infr. hoc tit.* vt iam inter actiones, quæ sunt ex causa interdictorum, & ceteras non formula intersit, sed res tantum, de qui-
5 bus agitur. Nam † ceteræ actiones sunt de reb. alijs quibuslibet. Interdictum, siue actio ex causa interdicti est de possessione, vel quasi possessione obtinenda. *Inst. de interd. in pr.* De possessione in reb. priuatis & corporalib. quæ solæ possunt possideri. *l. 3. in pr. l. qui vniuersas. §. 1. ff. de acq. pos.* Si tamẽ & de harum vera possessione agatur vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda, quo pertinet omnis de possessione controuersia: vnde & interdictorũ diuisio. *l. 1. §. est igitur. ff. vti pos. §. seq. Inst. de interd.* Quod ideo adiecimus, quia & de his rebus interdum agitur interdicto, vt exhibeantur; vt fit in interdicto de tabulis exhibendis. quo tamen genere interdictorum non petitur possessio, sed videndi tantũ & cognoscendi copia De quasi possessione dictum, propter res sacras, religiosas, publicas, liberum hominẽ: quæ res cum nõ sunt in hominum cõmercijs, ne possideri quidem possunt *d. l. qui vniuersas. § 1. D. de acq. pos.* Verumtamen de earum vsu interdicta sunt prodita, *ti. ne quid in loc. sac. tit. ne quid in loc. pub. tit. de lib. hom. exh. ducend.* Hic vsus quasi possessio nominatur. de quo sic agi reperiemus, vt vel nobis, vel his ipsis rebus suam quodammodo asseramus possessionem, eamq; ab aliorum iniusto facto velut vindicemus. Dictũ est etiam propter res priuatas, sed incorporales. Nam hæ possideri non possunt. *l. seruus. §. incorporales. D. de acq. rer. dom.* De earum tamen vsu interdicta sunt: vt de itinere actuq; priuato, de riuis, de cloacis, & similibus. tit. *De itin. act. priu. & sequentib. aliquot. D.* Hic quoq; vsus quasi possessio est, atq; ita nominatur in *l. si quis diuturno. D. si ser. vind.* Vnde & interdicta huius generis veluti possessoria nominata. *in l. vlt. ff. de seruit.* Dictum etiam propter res priuatas, easq; corporales, quas nobis exhiberi petimus ex interdicto. Hic enim, vt paulo ante dixi, tantum copiam rei videndæ & cognoscendæ petimus, quæ copia reuera rei possessio non est; vsum ta-
6 men rei continet, vt sit hic vsus quædam quasi possessio. Atq; vt † sunt interdicta, & quæ eorum nomine cõpetunt actiones, omnia de possessione, aut quasi possessione: ita de possessione, & quasi possessione sola, vt diuisiones interdictorũ propositæ *in l. 1. & l. 2. D. eo* facile declarabunt. Quod enim dicuntur quædã proprietatis causam continere, *l. 2. §. quædam. D. de interd.* non eo dicuntur; q̃ non sint de possessione & vsu rei tuendo, sed cũ sint his de rebus principaliter, per consequentiam adiunctam habent proprietatis causam, dum placet eum vincere in hoc vsu, qui ius, de cuius vsu agitur, ad se pertinere ostenderit. q̃ receptum est in interdicto de itinere actuq; priuato reficiendo; vt declaratur *in l. 3. §. ait. §. hoc autem, D. de itin. act. priu.* Atq; † hinc coniecturã licet facere, quid causæ fuerit olim prætorib. in iure dicundo ita rẽ instituendi, vt cum de possessione non minus agretur iudicio, quã de ceteris rebus;
7 tamen formulis istis interdictorum placeret illis transigi causam possessionis, potius, quam actionib. id est, quam solemni ritu obseruato in actionib. & iuris nostri persecutionib. Animaduertebant scilicet in cõtrouersiis istis de possessione & vsu rerum non tã de iure nostro agi, quã de aduersarij facto, qui impediret, quominus eam possessione, atq; vsum obtinerent ij, quib. ea asserta esse volumus. Itaq; & hic id agi, non tã vt aduersarius quid nobis restitueret, præstaret, quã vt cœpto desisteret, à re discederet, nos nostra possessione frui aut rem in sua velut possessione esse pateretur. Quã ad rem obtinendã omnino interdictum vtile esse visum est: dum scilicet prætor donec de iure rei plenius constitutũ sit, edicit, vt aduersarius faciat quid, aut nõ faciat, quod sit ad possessionem illam nostram interim obtinendam accommodatum. Sed quoniam hoc edictum primum ex iuris nostri persecutione prætoris nascitur, & porro ad ius obtinendum refertur, de quo & iudicio agitur: perspicuum est & origine & fine inspecto nihil hic versari re ipsa, nisi actionem: atq; adeo interdictum etiam iam olim re actionem fuisse: si quid differret ab ea, quæ proprie dicitur, actio, formulam tantum & genus agẽdi interfuisse. Quid
8 interdictum † differat ab edicto absolute ita dicto, non est obscurum. De quo nihil monerem, nisi scirem veteres interpretes ignoratione partim verborũ, partim veteris historiæ tradidisse *ad l. 1. ff. de op. no. nunt.* interdictum speciẽ esse edicti, vt recte interdictum dicatur edictum. In quo pueriliter ab illis erratum est. Edictum lex est prætoris, atq; ita ius publicum, *prætorum. Instit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Interdictum; quia ius est etiam ius generale est ad omnes pertinens. *l. iura. D. de legib.* Interdictum priuatum est, & personale, pertinens duntaxat ad eas personas, inter quas interdicto agitur. Idq; † est, quod dicitur *in l. 1. §. vlt. ff. de interd.* interdicta 9
omnia licet in rem videantur cõcepta, vi tamẽ ipsa personalia esse. Nõ enim significatur his verbis, interdicta esse actiones in personã, etsi ita concepta sint, quasi sint actiones in rẽ, sed interdicta etsi in rẽ, id est, generaliter & sine designatione alicuius personæ ad quam dirigantur, scripta sint; vi tamẽ ipsa personalia esse, id est, ad certam priuatam personã referri. Et ita est: iure ad eum litigatorẽ pertinẽt, qui interdicto experitur: cõceptione verborum ad eum diriguntur, cum quo ex interdicto agitur, quẽ prætor aut iubet aliquid restituere, aut vim facere vetat. quod his exemplis planum fiet. Interdictum de loco sacro ita scriptum est: *In loco sacro facere, inue eum immittere quid veto. l. 1. ff. ne quid in loc. sacr.* Hæc verba in rẽ & generaliter scripta sunt, quasi lex esset. non enim dicitur *te, aut illum veto.* sed nihilominus perinde accipienda sunt, quasi ita scriptum esset, *te, cum quo agitur, veto*; vt vi ipsa ad personam rei hæc verba referantur. Idem licet obseruare in interdicto, ne quid in flumine publico, *l. 1. D. ne quid in flum. pub.* Inscite autem veteres illi moti sunt, *l. prætor. in pr. & §. 1. ff. de op. no. nunt. l. 1. ff. de tab. exh. l. 1. ff. vti possid.* & quibusdam similib. locis, vt existimarent interdictum esse dictum; quia his locis partim interdicto misceretur cum edicto, partim interdicto proposito postea nominaretur edictum à iure cõsultis. Hoc enim ideo factum est, non quod essent hæc eadem; sed quod prætor in albo eodem in loco & proponeret edictum, quo pollicebatur se interdictum de re quaq; daturum, & deinde subijceret interdicti verba, quod in eam rem redditurus esset; vt interdicta in albo proponi solita intelligimus *ex l. 1. inf. hoc tit.* Quæ omnia ex tractatu de interdictis in Pandectis facile legenti patebunt. Genera interdictorum, eorumque species si quis desiderabit, eæ diuisiones ostendent, quæ de his sunt traditæ *in l. 1. & l. 2. Digest. eo. tit. & Inst. eod.*

Ad L. Cum proponas. 1.

Imp. Alexander A. Euocato.

Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentib. fundamentis domus tuæ periculũ adferri præses ad exẽplum interdictorum, quæ in albo proposita habet prætor, si arbor in alienas ædes impendebit: Item, si in alienũ agrum impendebit: quib. ostenditur, nec per arboris quidẽ occasionem vicino nocere oportere ad suam æquitatem rediget. PP. 6. Cal. Apr. Iul. II. & Crisp. Coss. 225.

SVMMARIA.

1 *De arbore aliena, quæ vicino noceat, quæ interdicta, quibus, & quarum rerum gratia.*
2 *Ex leg. aut edicto esse, etiã quod est ex sententia; & quid sententia.*
3 *In paribus causis ius idem statuendum.*
4 *Directum, & vtile interdictum quid.*
5 *Finium regundorum actionem esse de arbore in alieno insita non tricto legitimo spatio.*

DE arbore, quæ in alieno † agro nata est, duo sunt proposita 1
interdicta vicino: Vnum de arbore quæ impẽdet in alienas ædes in hoc comparatũ, vt aut dominus arborem excidat, aut patiatur vicinum excidere, & ligna tollere. Alterum de arbore, quæ in alienum agrum impendet, huius rei gratia comparatum, vt arborem dominus coerceat, id est, ramos cædat vsq; ad altitudinem quindecim pedum, ne arbor vmbra sua vicino agro noceat. *leg. 1. D. de arbor. cæd.* Neq; plura sunt interdicta de arbore aliena, quæ vicino noceat. Hinc quæsitum est, *si aliena arbor in vicini ædes, aut parietem non impendeat: sed ita radices eius excreuerint, vt excurrant sub parietem vicini, & intumescentes periculum ruinæ parieti adferant: an cum vicino agi possit, vt aut arborem exstirpet, aut patiatur vicinum exstirpare, & ligna tollere, vti de arbore, quæ impendet, iuris esse diximus.* Hic placet agi posse ita, vt præses ad exemplum superiorum interdictorum rem ad æquitatem suam redigat. Æquitas, siue æquum est quod natura ius est, *leg. penult. Digest. de inst. & iur.*

Natura

Natura autem ius est, quod est positum in illis principiis naturæ, ius suum cuique tribuere, alterum non lædere; quæ sunt præcepta iuris. *l. iustitia. §. vlt. D. de iust. & iur.* Ergo his verbis intelligimus, cum domino arboris sic agi posse, vel vt arborem totam stirpitus euellat, vel radices excrescentes cædat. Denique id faciat, quo res eo deducatur, ne radices arboris vicino noceant, aut patiatur vicinum id facere, & ligna tollere. Hæc enim æquitas est, quæ hic appellatur, constituta ad exemplum interdictorum, quæ suprascripta sunt, vt ibidem adiicitur, quod huc spectat. Obstabat enim huic sententiæ, quod verbis superiorum interdictorum nihil huiusmodi cautum est. Huic dubitationi superiorib. verbis occurritur, hoc modo. Non est hoc ius ex verbis superiorum interdictorum; sed non minus ex illis interdictis ius est.

2 Ex † lege enim esse intelligendum est, non solum quod ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. *l. nominis. §. 1. ff. de verb. sign.* Sententiam legis appellamus propositum legis, seu finem legislatori propositum, siue rationem, propter quam ius constitutum est. At in superiorib. interdictis hæc ratio fuit eorum proponendorum, ne per occasionem arboris vicino noceretur. Hæc ratio, siue sententia interdictorum, & edicti prætoris multo magis locum habet in arbore aliena, non solum qui damni vicino occasionem præbet, vt accidit, cum in vicinum locum tantum impédet; sed etiam quæ suo corpore nocet vicino, quod fit, cum radices arboris parieti vicini periculum creant. Quare multo magis in hac specie ius idem statuendum est.

3 Itaq; † hac ratione, atq; hoc exemplo statuitur hæc definitio iuris certi; quoties lex de ceteris tantum rebus scripta est, si legis sententia & ratio manifesta est, nihilominus idem ius ad ceteras res omnes, quæ in lege appellatæ non sunt, transferendum esse, si in his aut par, aut maior ratio est, exstat *in l. non possumus. & leg. seq. ff. de legib.* Ex quo & verissime hoc vulgo dicitur, vbi eadem ratio est, ibi idem ius esse statuendum, sumtum ex *l. illud. ff. ad leg. Aquil.* Non absimile exemplum est illi, quo vtitur Cicero in Topicis ad confirmationem huius ipsius sententiæ, in argumento ex com-

4 paratione parium. Ergo † in specie hoc loco proposita interdicto de arboribus cædendis agitur; non directo; quia verba deficiunt; sed vtili ex interdicti sententia. Sic enim vtiles actiones appellamus, quæ deficientibus verbis legis ex sententia competunt. *§. vlt.*

5 *Inst. ad leg. Aquil. l. pen. ff. si quadrup. pauper. fec. dic.* Hæc, † quæ diximus, ita sunt, si arbor, cuius radices nocent, infra sit à domino relicto legitimo spatio, quod relinqui iubetur. *l. vlt. ff. fin. reg.* Nam si hoc spatium relictum non est, agi cum domino arboris potest finium regundorum, vt siue arbor noceat, siue non noceat; tamen arborem tollat. *d. l. vlt. fin. reg.* Quod si hoc spatium legitimum relictum erit, & nihilominus arbor ita nocebit, vt supra dictum est, hæ erunt actiones & interdicta, de quibus diximus.

L. Præses Prouinciæ. 2.

Impp. Valerian. & Galienus. AA. Messiæ.

Præses prouinciæ in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere. PP. 7. Kalend. Maij. Seculare & Donato. Coss. 261.

SVMMARIA.

1 *Extra territorium neminem iudicem cognoscere posse, ne ex interdicto quidem.*
2 *Cur dubitetur, & nihilominus contra statuatur in interdicto.*
3 *Iudicem omnem in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, cognoscere posse quatuor in causis, & quibus.*
4 *Id huic loco non aduersari, & cur.*

PRæses prouinciæ, eoq; multo magis inferior iudex, aduersus eum qui eiusdem prouinciæ & territorij non est, cognoscere nõ potest, quod sic interpretandũ est. Nõ potest iure, siue vtiliter; quia quodcunq; aduersus eum ius dixerit, pro non dicto est, licet enim ei non parere, id q; impune; quia supra iurisdictionem suam ius dixit. *l. vlt. ff. de iurisd. tot. tit. sup. si à non comp. iud.* Hoc ius pro explorato habetur tam in actionibus in rem, quam in actionibus in personam de aliis rebus, quam de possessione competentibus.

1 Quæsitum † est, *an idem seruandum esset, si apud præsidem prouinciæ ageretur interdicto:* veluti, si aduersus ciuem alterius territorij ageretur de possessione fundi ibi constituti vel interdicto retinendæ possessionis *Vti possidetis*, vel interdicto recuperandæ *Vnde vi.* Placet hoc loco idem iuris esse, etsi ex interdicto agatur, vt intelligamus generaliter ita definiri: neque præsidem, neque vllum iudicem vllo in iudicio cognoscere aduersus eum posse, qui eiusdem territorij non sit.

Sed † cur potius dubitatur de interdicto, quam de ceteris a- 2
ctionibus? Quia ex interdicto de possessione agitur. Causa autem possessionis, siue victoria de possessione non magnum præiudicium adferre videtur; quia sit possessio, quæ inde obtinetur, momentaria, de quo dicetur ad *l. momentariæ. inf. vnde vi.* Sed nihil hoc ad rem pertinet. Nam dum à præside ius dicatur, nihil refert, quantum ea sententia noceat, & quamdiu. Ius certum esse debet, neminem supra iurisdictionem suam ius dicere posse. *d. leg. vlt. de iurisd.* Et merito, qui enim supra iuridictionem suam ius dicit, tanquam priuatus dicit, vt proinde non magis necesse sit ei parere quam alij cuiuis priuato.

Sed † diligenter cauendum est, ne quod hic dicitur, simpli- 3
citer & absolute dictum accipiamus, alioqui multis modis falsum erit. Et certe ius ita habet, vt, non dico præses, sed quiuis iudex in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, possit iure cognoscere, & quidem pro iurisdictione sua, quatuor de causis, quæ ex argumẽto de iurisdictione, & foro competenti sumuntur melius, nunc pro loco, quod necesse sit, tantum leuiter perstringam. Primum, si is cum quo agitur, in iudicem consenserit. *l. 1. & 2. in pr. D. de iud.* Tum si idem in eadem prouincia contraxerit, quo nomine nunc ibi conuenitur, *l. heres absens. §. vlt. & l. seq. ff. de iud.* Et ideo si in hoc agro tibi dederim rem aliquã precario, recte aduersus te, quamuis exterum, in hac prouincia tecum agam interdicto de precario. Præterea si quis hic agat, & vice mutua ab aduersario conueniatur. *l. qui non cogitur ff. de iud. l. cum Papin. & auth. seq. sup. de sent. & interloc.* Postremo si in hoc territorio fundus situs sit, cuius controuersiam patior ab homine extero, aut cuius de possessione ab illo sum deiectus; licet mihi aduersus illum hoc loco experiri de fundi possessione tam ex interdicto *Vti possideris*, quam ex interdicto *Vnde vi.* Plus dico: etiam hoc loco causa possessionis agenda est. *l. vnica. sup. vbi de possess. agi oportet.*

Quid † est igitur, quod hac lege dicitur, præsidem in eum, qui 4
alterius prouinciæ est, cognoscere ex interdicto non posse? Id ex quæstione proposita interpretandum est. Agebatur ex interdicto apud præsidem prouinciæ, & actor contendebat; quia interdicto ageretur, posse in hoc territorio etiã agi aduersus exterum. Hic respondetur, si ob hanc tantum causam præses aduersus exterum cognoscere vult; quia causa possessionis agitur ex interdicto, nullam hanc causam esse, cur posit id facere. Itaque hæc solum causa cognoscendi hoc loco remouetur. Ceterum ob alias causas, si velit iudex cognoscere, potest: non dico ex interdicto, sed & ex ceteris quibusuis actionibus, dummodo vna aliqua ex illis quatuor causis afferatur, quas supra dixi.

L. Incerti. 3.

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Pompeiano præfecto Prætorio.

Incerti iuris non est, orta proprietatis & possessionis lite prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, vt ex hoc ordine facto, de dominij disceptione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent; tamen ad exemplum eorum res agitur. Subscr. Kalend. Ian. S. ipsis. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Proprietatis & possessionis controuersia, quæ, & quando incidat.*
2 *Commodum possessoris, & petitoris onus, controuersiæ de possessione causam præbere, & quod sit hoc commodum, atq; onus.*
3 *Possessionis litem prius, quam proprietatis decidi oportere, idque ciuilem & naturalem rationem efficere: & quare.*
4 *Possessorio & petitorio iudicio simul agi nunquam posse, quocunq; interdicto agatur, etiam recuperandæ, aut adipiscendæ possessionis.*
5 *Ius refragari.*
L. 1. C. de appel. *explicatur. ibid.*
6 *Petitorio & possessorio simul agi posse, absurdum.*

6 *Petitorio & possessorio simul agi posse, absurdum.*
7 *Petitorii & possessorii naturam non admittere horum iudiciorum concursum.*
8 *De* c.Pastoralis.& c.cum dilectus de caus.pos.&prop.*quid sentiendum.*
9 L.cum fundum.§.vlt.D.vnde *vi explicatur.*
10 *Qui cæpit rem vindicare, si postea de possessione experiatur (quod facere non prohibetur) non ideo repudiari petitorium iudicium, sed pendere, donec de possessione iudicetur. & num.12.13*
11 L.naturaliter.§.nihil commune.D.de acquir.*pos.sententia, vbi & vulgaris error refellitur.*
12 Auth.qui semel.C quo.& quan.iud.*quam sententiam habeat.*
13 *De possessione quæ actiones.*
14 *Interdictis hodie cessantibus eorum loco actionem esse vtilem, & cur dicatur vtilis.*
15 *Interdicta hodie cur locum non habeant.*
Extraordinaria iudicia omnia nunc esse, & fuisse etiam temporibus Iurisconsultorum, cum olim essent ordinaria, nunc extraordinaria.ibid.

1 TVnc inter aliquos cõtrouersia † possessionis & proprietatis, cum ambo se eiusdem fundi, aut cuiusuis alterius rei possessores esse volunt, & ambo se dominos esse dicunt. Oriri solet hęc controuersia, cum is, qui se dominum fundi dicit, fundum, qui ab alio detinetur, à possessore vindicat, illũ suum esse & sibi restitui debere intendens: sed idẽ & de possessione adijcit petẽs, vt nihilominus in ea lite possessoris cõmodo fruatur, aduersarius petitoris partes sustineat. Quod his de causis potest petere; vel quod dicat se eum fundum iã nunc possidere, qua in re & interdicto *vti possideris* agat: vel quod intendat sibi possessionem ad aduersario restitui debere. Quod & ipsum duplici nomine peti potest; vel quia deiectus sit de possessione ab aduersario, vbi & interdicto *vnde vi* experiatur, vel quia dicat, se possessionẽ nunc primum adipisci posse, & ad eam rem vtatur ijs interdictis, quæ sunt adipiscẽdæ possessionis, vt, *Quorum bonorum, Quod legatorum.* Aduersarius contra primum se dominum esse dicit: deinde, quod ad possessionẽ attinet, etiam se possidere contendit, & ita possidere, vt possessionem aduersario restituere non debeat. Et quod actor, qui se dominum dicit, rei vindicatione agit, vt possessionẽ fundi sui recuperet; recte & consulto facit. Nã hoc iudicio possessionem rerum nostrarum recuperamus ab iniustis possessoribus & quidem ita efficaciter, vt postea illi de possessione cõtrouersiam mouere non possint, obstante his rei iudicatæ exceptione, *l.officium. D.de rei vindicat.* Sed dum hoc consequatur, nihil est, quod quærat amplius. Quid igitur necesse fuit, dixerit aliquis, eum, qui hoc iudicio agit, etiam interdicto aliquo, aut actione de possessione controuersiam mouere.

2 Id eo † fit, & recte, quia certum est cõmodum possessoris, certum onus petitoris. Petitoris onus in eo est, quod is probare debet rẽ suam esse, quam suam esse intẽdit, ac nisi faciat, reus absoluitur. *l.qui accus.sup.de edendo.l.inter.ff.de.iud.* cõmodum possessoris in eo, q̃ si petitor nihil probet, reus absoluitur, quamuis ipse nihil præstiterit: atq; ita in suo loco manet possessio. *d.l.qui accus.* §.*retinendæ.vers.commodum.Inst.de interd.* Hoc commodum sibi habere vult actor possessionem sibi asserendo, & simul petitoris partes in aduersarium transferre. Recusat is, cum quo agitur. Hinc controuersia de possessione in causa proprietatis.

3 In † hac controuersia possessionis & proprietatis quęstio est, vtrum iudex possit prius de proprietate cognoscere, & sententiã ferre, an simul de vtroq;, an vero prius possessionis litẽ decidere. Placet possessionis litẽ prius decidi oportere: q̃ hic scriptũ est, & *in l.ord.sup.de rei vin.* Ex quo colligimus, nisi prius iudex de possessione iudicauerit, iure ab eius sententia appellari posse, quod & ipsum est *in l.1.sup.de ap.* Cur placeat causam possessionis prius decidi oportere, hic rario reddita est, ad hanc sententiã, vt scilicet finita possessionis controuersia, & hoc cõstituto, vter sit possessor; tunc recto ordine, ad petitoriã actionem procedatur: in qua qui possessor pronuntiatus est, fruatur commodo possessoris: contra qui de possessione victus est, petitor factus partes & onus petitoris sustineat: quę duo sunt in eo, vt ꝓbationes ab eo exigantur. Et vero id ita fieri necesse est. causa.n. possessionis ante nõ decisa, petitoria actio, id est, lis de ꝓprietate, neq; potest institui, neq; iure ordinari, neq; in eo iudex idoneã sententiam ferre. Non põt actio institui petitoria quia vt hoc explicatur *in* §.*retinendæ.Inst.eo. tit.* in petitoria actione oportet vnum petitorẽ esse & alterũ possessorẽ, à quo petatur, idq; & ciuilis & naturalis ratio facit. Ciuilis; quia ius ciuile actionem in rem proponit tantum aduersus possidentem *l.actionum.ff.de obl.& act.* Naturalis; quia natura põt fieri, quin in petitione sit vnus, qui petat, & alter, à quo petatur. is autẽ est, qui pro possessore habetur. Nã cum ab eo petatur, vt rem restituat, non potest fieri, quin rem habeat apud se, aut teneat. Quod enim non possidet restituere non potest. Sed & is, qui petit, non potest possessor esse; quoniam frustra peteret, quod habet. Ergo, vt dixi, non potest petitoria actio, siue rei vindicatio, siue, quod idem est, lis de proprietate aliter institui, quã si cõstet, vter possessor sit, vter petitor. Hoc autem constitui non potest, nisi decisa possessionis lite, ex qua intelligetur, vter sit possessor. Prius igitur eam litem decidi oportet, vt petitoria actio instituatur. Eadem actio sine superiore decisione ordinari non potest: non enim potest intelligi, qui commodo possessoris, quis onere petitoris fungatur. Postremo iudex, quam hic sententiam ferat, nõ habet. Etenim si in petitoria actione petitor nõ probat, aut pares sunt vtrinque probationes, iubetur iudex de dominio secundum possessorem iudicare aduersus petitorem. *d.l.qui accusare.de eden.l.in pari.ff. de reg.iur.* Hoc vero præstari ab eo non potest, qui vter possessor, vter petitor sit, ignoret.

Si † de possessione prius iudicari oportet, perspicuũ est simul 4
possessorio & petitorio iudicio agi nõ posse, & quod idem est falsum esse, quod vulgo dicitur, possessoriũ & petitoriũ iudiciũ posse cõcurrere. Idq; ita est, siue iubeatur iudex iudicare de alterutro, vbi prius de eo probatum erit, siue iubeatur de vtroq; id est, & de possessione & de proprietate eodem tẽpore sententiã ferre. Hoc idem & vulgo recipiunt, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis: vbi sane absurdum est, eũ qui se possessorẽ dicit ex interdicto, petitorio agere, quo modo agendo aduersariũ facit possessorẽ. Nõ idem probant, si de possessione agatur interdicto recuperandæ & adipiscẽdæ possessionis, vt si quis deiectus de fundi possessione experiatur interdicto *vnde vi*, & idẽ se fundi dominum dicat; aut heres interdicto *quorum bonorum* de adipiscẽda rerum hereditariarum possessione, quarum & idẽ se dominum esse dicat. Hic statuunt vtrumq; iudiciũ posse concurrere, vt quis agat & de possessione quã sibi restitui postulet, & simul de proprietate, de qua iudicio petitorio experiatur: ratione, vt videtur non improbabili, quia qui possessionẽ sibi restitui petit, is se non possidere confitetur, sed aduersariũ: cui intẽtioni nihil facit repugnans, cum & ab eo petit rẽ iudicio petitorio. Sed hanc sentẽtiam falsam esse omnib. modis cõuincitur, siue quæratur de iure, quod de hac re constitutum habemus; siue quæratur huius iuris ratio; siue natura ipsa spectetur, quę conditio horum iudiciorum, istam sententiam vt absurdam & impossibilem repudiat.

Si † quærimus, hæc generalis sententia tradita est in hac lege. 5
item *in l.ordinarii.sup.de rei vin.* possessionis quæstionem prius decidi oportere, vbi obseruandum est dici, decidi oportere; nõ quia de retinenda possessione agetur, sed tantũ, ideo; quia de possessione sit cõtrouersia. At possessionis controuersia est etiam cum interdictis recuperandæ, & adipiscendæ possessionis agitur, vt declarat diuisio interdictorum *in* §.*seq.Inst.eo.tit.* Prius igitur & hæc controuersia ex his indictis nata decidenda est: Quod si de specie ipsius interdicti *Vnde vi*, quod est recuperandæ possessionis, quæritur; res decisa est *in l.1.su.de ap.* Illic enim scriptum est, prius de possessione iudicari oportere, & de ea possessione, in qua crimen violentiæ excutiatur. quod nõ fit, nisi vbi interdicto *Vnde vi* agitur ab eo, qui vi de possessione deiectus erat. Non additur: prius iudicandum esse, quam de proprietate agatur. Sed hoc necessario intelligẽdum est. Non enim potest dici, prius iudicari de possessione ex interdicto, nisi hoc prius ad alias res relatum sic intelligamus; vt iudicetur de possessione prius, quam agatur aut de vi criminali iudicio, aut de proprietate, aut de vtroq;. Cum autem nihil adijciatur, vtrumq; intelligere debemus nempe prius de possessione iudicandum esse, quam & de proprietate & de vi, de qua iudicio criminali agitur. *l.si quis inf.ad leg.Iul.de vi publ.*

Si † ratio huius iuris quæritur, sententia istorum absurda est. 6
Nã cum agitur interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, non constat, vter ex litigatorib. sit possessor, aut certe vter pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto iudicatum sit. Ergo & prius de eo iudicari oportet; quoniam hoc non constituto, petitoria actio institui non potest. Et quidem hac ratione fatentur omnes in interdicto retinendæ possessionis prius de possessione iudicari oportere, vt sic ad petitorium iudicium perueniatur.

Et

Et si negent, dicerte scriptum est *in d. §. retinenda. Inst. eo.* Ergo & in interdictis recuperandæ & adipiscendæ possessionis eadem ista ratione fateamur, necesse est, prius ex his interdictis de possessione iudicari oportere. Nec ad rem pertinet, quod qui petit, possessionem sibi restitui, vel de qua deiectus est, vel quam nunc primum adipisci vult, is se possessorem non esse confitetur, & aduersarium possidere agnoscit, qui alioqui male ab eo peteret, vt possessionem restitueret. Hoc enim ita est, si spectetur id, quod videtur esse. Diuersum est, si spectetur res & effectus iuris. Reuera & iure is, qui deiecit, non videtur possidere, neq; omnis possessionem retinere nõ potest. *l. non videtur. de acq. pos.* Contra, qui deiectus est, & omnis omnino, qui ad recuperandam possessionem actionem habet, proinde habetur, quasi possideret. *l. si quis vt. ff. de acq. poss. l. qui actione. ff. de reg. iur.* Itaq; siue is reuera possidet, bene est, siue non possidet; tamen possessio & vna possessionis cõmodum ei tribuendum est sententia iudicis. Quod si iudex ante omnia non facit, iure ab eo prouocatur. *d. l. 1. sup. de appel.*

7 Postremo † vt de hac re nihil iure proditum esset, vt huius iuris rationem nullam teneremus; tamen ea est conditio istorum iudiciorum, possessorij dico & petitorij, vt natura nõ patiatur, vt quisquã his iudicijs simul experiatur. Primũ iudicia inter se sunt pugnantia, & eiusmodi, vt quod actor vno consequitur, id altero repudiet. Nam possessionis controuersæ finis & exitus hic est, vt qui possessorio agit, possessor iudicatus commodo possessionis fruatur. *l. exitus. ff. de acq. pos. l. inter. ff. de iud.* At petitorii iudicii hęc cõditio est, vt qui eo expetitur petitoris onus in se suscipiat, simul possessionis cõmodum repudiet. *d. l. inter. de iud. d. §. retinendæ. Inst. de interd.* Nemo autem sanus ita simul aget, vt tam aperte seipsum excludat. deniq; pugnantia vt natura, sic iure non admittuntur. *l. vbi pugnantia. D. de reg. iur.* Verum fingamus hæc admitti à iudice: attamen res apud iudicem ex tum habere non potest, vbi de possessione prius iudicatum non erit. Nã si actor in iudicio petitorio non probet se dominum esse, aut probet quidem, sed pares sint ab vtraq; parte probationes; iubetur, vt ante dixi, iudex reũ eumdemq; possessorem absoluere, aduersarium damnare. *d. l. qui accus. sup. de eden. l. vlt. sup. de rei vind. l. in part. ff. de reg. iur.* Hoc vero quomodo aut iure, aut natura iudex præstare potest, qui nesciat, vter ex litigatorib. sit possessor, vt petitur? Quid amplius volumus? vt maxime hæc duo iudicia recipiantur; tamen vter natura vincat, petitori alterutrum inutile futurum. Siue enim is possessorio vincit, siue vincitur, semper ei possessorium inutile est. Nam etsi eo vincit, tamen ipse sibi inutile reddit, cum nihilominus petitorio experiatur, vbi possessoris commodum repudians, petitoris partes sustinet. Sin autem vincit prius petitorio, ei multo magis possessorium est superuacuum. Petitorio namq; consequitur possessionem fundi efficacius, quam possessorio; quia priore iudicio vincenti possessio amplius auocari non potest. *l. offic. de rei v. n.*

8 Quod † si eodem tempore & de possessione iudicabitur & de proprietate, ita vt is, qui agit, possessor pronuntietur, aduersarius pronuntietur esse dominus; euenient mirifica illa sententia, de qua est *in c. pastor. & in c. cum dilectus. de caus. prop. & pos.* nimirum vt iudex iubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est: & simul eodem momento, eademq; sententia iubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est, & superior in iure proprietatis. Quæ sententia non tam est iniqua & absurda, quã ridicula & derisoria. Est enim festiuus iudex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit. Non enim videtur peruenire, quod mansurum non est; & præsertim, si statim id aufertur, quod datum erat. *l. aliud est capere. D. de verb. sig.* Itaque hic videtur magis actor, quam ei quidquam tribuitur. Quinquã hæc sententia est absurda, cum eumdem reum possessionem retinere vetat, & tamen habere iubet. Est etiam contra ius; quoniam actor dolo facit, qui petit possessionẽ, quam statim & momento restituturus est. *l. dolo. de dol. mal. except.* Iniquum igitur statuit iudex, qui hunc dolum sententia sua tuetur. Et tamen verbis tantum tuetur, effectu autem ridet. Summa sit hæc; cum ex interdicto recuperandæ & adipiscendæ possessionis actor possessionem, & simul possessionis commodum consequi debeat, hoc illi ante omnia sententia iudicis tribuendum esse, lite possessionis prius decisa. Id nisi fiat, iure ab eo appellari posse.

Cum sit hæc sententia adeo certa, &, vt videtur, explorata, operæ pretium est cognoscere, quid fuerit Martino, & reliquis hunc secutis causæ, vt eam repudiarint.

9 Mouit † eos præcipue *l. cum fundum. §. vlt. D. vnde vi.* Illic scriptum est eum, qui fundum vindicauit, pendente adhuc iudicio vindicationis, quod petitorium iudicium, & de proprietate appellamus, hoc, inquam, iudicio pendente posse interdicto *vnde vi* experiri, nẽpe de possessione eius fundi, de qua actor deiectus erat. Ex quo colligunt simul eumdẽ vtroq; iudicio experiri posse, & possessorio & petitorio. Grauis sane obiectio, & digna inprimis, cur à iure tam manifesto, quam supra dictũ est, discederent. At qui perspicuum est, nihil hic plane contrariũ dici superiori sententiæ. Non enim dicitur eum, qui interdicto experitur sic experiri; vt simul & interdicto, & rei vindicatione agatur. Sed nec ex eo, quod dicitur interdicto agi posse pendente vindicatione, idcirco colligitur etiam vna & rei vindicatione agi eodem tẽpore: cum possit actor interdicto experiri omissa vindicatione, quã instituerat. Et vero ita fieri debere intelligendum est. Nam cum dicitur, pẽdente vindicatione interdicto agi posse, etiã dicitur agi de possessione. Quod si agitur de possessione, res certi iuris est possessionis cõtrouersiã prius decidi debere, nõ nouo aliquo & nuper constituto iure, sed iure ordinario, vt est *in l. ordinarii. sup. de rei vin.* id est, iure solemni vetere, & iã olim cõstituto, atq; vsurpato. At dicunt, illic non dicitur, *pendente iudicio rei vindicationis, & omisso, siue intermisso.* In promtu responsio est: non dicitur, fateor, sed etiam non negatur. Præterea non sic dicitur: interim agi posse interdicto, vt simul rei vindicatione agatur, & de ea cognoscatur. Itaq; hoc, an ita interdicto agi possit, vt coniunctim & de possessione ex interdicto & de proprietate iudicio possessorio agi possit, an vero de possessione separatim tantum: hoc, inquam, eo loco non attingitur, sed in medio relinquitur. Proinde relictum ex regulis iuris certis, quæ alibi traduntur, dijudicandum est. Sunt autem hæ, quas dixi, prius decidi oportere possessionis causam.

Quod † si verum est, consequens est, si prius de proprietate actum esset petitoriũ iudicium interim pendere & cessare debere, donec de possessione iudicatum fuerit. Quapropter si quis *in d. l. cum fundũ §. vlt.* illa verba, *pendente iudicio*, interpretetur, suspenso iudicio rei vindicationis, & ad aliquod tẽpus omisso, fortasse non erraverit. quod tamen, vt verba illa non significent; nihilominus ex alijs locis intelligi oportet. 10

Ex † quo etiã intelligi põt, quid respondeamus ad id, quod vulgo putant *ad l. natural. §. nihil cõmune. D. de acq. pos.* quod tam multis pagnis Bart. & ceteri omnes expedire adhuc non potuerunt. Nam cum illic diceretur, eum, qui cœpit rem vindicare, posse nihilominus interdicto *vti possidetis* de possessione experiri, idq; ita omnes acciperent, vt faterentur simul cum eo possessorio non posse agi petitorio, siue rei vindicatione prius instituta: ideo quærunt, quid igitur interim petitorio fiat, cum ista concurrere in hac causa non possint. 11

Ei respondeo, eum, qui interim interdicto *vti possidetis* experitur, petitorio renuntiare aut aperte, aut tacite; aut etiam intelligendum finitũ prius esse petitorium, quam possessorio agerentur. Vtrumq; falsissimum. Qui interdicto *vti possidetis* experitur, nõ magis petitorio renuntiat, quã is, qui petitorio prius egerat, siue rem vindicare cœperat, intelligitur renũtiare possessioni. Nihil enim cõmune habet proprietas cum possessione, vt illic dicitur. quo significat Vlpianus, cum harũ rerum iudicia diuersa sint si quis experitur, non ideo eũ alteri renuntiare. Multo minus intelligendũ est in specie illius loci, finitum fuisse petitorium, vel rei vindicationẽ. Nam ita verba sunt. nõ denegari ei interdictum *vti possidetis* qui cœpit rẽ vindicare. Qui cœpit, nõ finiuit. Cœptum igitur iudicium, nõ finitum est. Quid ergo, inquam, petitorio iudicio fiet, cum non possit cum possessorio concurrere? Respondebimus, quod supra: nẽpe interim omittetur rei vindicatio, donec de possessione iudicetur. Neq; probatio huius rei lõge petenda est, subministratur enim aperte ex hac *l. incerti.* & similibus, cum dicitur, *possessionis controuersiam prius decidi oportere.* Non potest decidi prius, nisi interim iudicium petitorium conticescat, ad quod non, nisi constituta possessione peruenirí potest.

Hoc † loco obijcitur *auth. qui semel. sup. quom. & quæn. iud.* Illic scribitur, *eũ, qui semel actionem instituit. debere vsq; ad finem litem exercere.* Quo eumci putant, vindicationem institutã omitti nõ posse. Sed. hoc iure offendi non debemus. Qui interdicto de possessione experitur pendente rei vindicatione & interim petitorij omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes petitoris sustinere, ac se cõmodo possessoris frui vult, id quod iure postulat, cum sit possessor, nec possessioni renuntiauerit vindicando. Licet etiam hoc modo respõdere. quod dicitur in *auth. qui semel.* eum qui actionem instituit, actionẽ ad extremum exercere debere: sic accipiẽdũ est, *nisi sit iusta* 12

causa

causa, cur actionem cœptam omittat. Quæ interpretatio probatur ex sequentibus verbis illius authenticæ. Subiicitur enim postea, *si is, qui actionem instituerat, litem non exerceat, rem iudicandam esse, præsente aduersario, auditis eius allegationibus & cognita veritate.* id est ita iudicari debere secundum præsentem, si iure id fieri oporteat, & agenti nullum ius sit. At tunc secundum præsentem aduersarium iudicari non oportet, vbi non constat eum possessorem esse. Non cõstat autem, vbi is, qui rem vindicare cœperat, interdicto de possessione experitur. Nihil igitur prohibet neque ex vetere neq; ex nouo iure, quominus is, qui rem vindicare cœperat, pendẽte iudicio de possessione aliquo interdicto experiatur, & interim suspendatur rei vindicatio. Neque ideo actor in expensas litis condemnandus est, qui rei vindicationem instituam omittit. Is enim in expensas litis condemnandus est, qui temere litigauit. *l. cum quem temere ff. de iud.* Nihil autem temere facit actor, qui cum illi & petitorium & possessorium competant, his diuersis temporibus vtitur, cum vult. Huc pertinet regula iuris, nullum videri dolo facere, qui suo iure vtitur. *l. nullus ff. de reg. iur.*

Hoc iure constituto, possessionis litem prius decidi oportere, quæsitum est, quomodo decideretur. Aiunt Imperatores decidi oportere competentibus actionibus. Sensus est: ita decidi oportere, vt sunt interdicta, siue actiones, quibus de possessione nobis asserẽda agitur, siue quæ de ea re nobis competunt. Quod propterea dicitur; quia non vnum genus est possessionis quã nobis asserimus. Est enim possessio, quam penes nos esse dicimus, quam nobis volumus retineri. Est possessio, quæ nobis abest, sed quam vel adipisci, vel recuperare amissam volumus. *l. 1. §. 1. & 2. vti poss.*

13 De † vnoquoq; genere, suæ sunt actiones, siue interdicta, quæ nõ eandẽ petendi causam habent. Hoc igitur sentiunt Imperatores, litem possessionis decidi oportere, vti erunt interdicta, siue actiones, quib. aut retinendæ possessionis causa agitur, aut adipiscendæ, aut recuperandæ, §. *sequens. Inst. eo.* Etiam actiones ordinariæ interdũ de possessione competunt ex quibusdã causis; vt condictio indebiti de possessione indebita alij tradita, vt condictio furtiua de re furtiua; vt condictio sine causa, & triticaria de possessione fundi, de quo deiecti sumus, *l. indeb. §. 1. de cond. indeb. l. 1. in fin. cum l. seq. D. de cond. trit.* Itaq; his etiam cum agetur, ex earum natura æstimandum erit, quomodo lis possessionis decidatur.

Hoc posito, occurrebat hoc loco hæc dubitatio. At isto modo non poterit lis possessionis expediri; quia nullæ sunt competẽtes actiones de ea re, aut certe perpaucæ. Nam de possessione interdicta competunt. Porro interdicta in extraordinarijs iudicijs locum non habent. Huic dubitationi occurrunt Imperatores; in extremo, & rem expediunt hoc modo.

14 Interdicta, † id est, formulæ quib. olim concipiebantur interdicta, sane hodie locũ non habent, sed res interdictorum mansit. Nã res agitur actionibus exemplo interdictorum, id est, actione petet vnusquisq;, vt sibi possessio defendatur, vt sibi possessio, quam non habet, restituatur ex ijs causis, ex quibus interdicta ijsdem de rebus competerent. Et tantum consequetur actor, quantum consequeretur, si interdictis retinendæ, adipiscendæ, aut recuperandæ possessionis expertus esset. Vnde actio, quæ de possessione nunc competit, vtilis dicitur, §. *vlt. Inst. eo.* quoniam omissis interdictorum verbis sententiam interdicti, id est, rem & effectum retinet.

15 Sed † *cur interdicta hodie locum non habent?* Quia iudicia hodie sunt extraordinaria, vt significãt Imperatores his verbis; interdicta autem licet in extraordinarijs iudicijs proprie locũ non habeant, quæ nisi explicentur, locus cõmode intelligi non potest. Primum hoc statuẽdum est, hodie iudicia esse extraordinaria, & quidem ijs temporibus, quib. vixerunt Iurisconsulti ac non tantum Imperatores Diocletianus & Maximinianus auctores huius rescripti. Extraordinaria fuerunt, nõ vnum aliquod, sed omnia, §. *vlt. Inst. eo,* Extraordinaria dicta, cum olim essent ordinaria, vt est *in tit. Inst. de succes. subl. in pr.* Ordinaria iudicia olim dicta sunt ex eo, quod certo tãtum anni tempore, & constituto, idq; certo ordine & forma exercerentur: quod tẽpus dicebatur cõuentus, vt Theophilus docet ad eum tit. *Inst. de succes. subl.* & ad §. *eadem. Inst. quib. ex cau. manu. non lic.* Recte hoc modo iudicia ordinaria. Nam in vsu veterum ordo dicitur forma & ratio, siue mos rei gerendæ certus & solemnis, idemq; iam olim constitutus: quod quæ certa sunt & constituta, ea certo ordine constant & administrantur. Hoc sensu dicitur ordo iudiciorum publicorum exercendorum exoleuisse: *L. ordo. ff. de pub. iud.* Hoc sensu ius ordinarium, id est, certum & vsitatum, *l. ordinarii. sup. de rei vind.* Hinc feriæ extraordinariæ solemnib. oppositæ, *l. sed etsi. § si feriæ. ff. ex quib. cau. maior.* Hac ratione dicta exsecutio ordinaria, cum iudicio de iure nostro agitur. Cõtra cum præt or vi & manu deeretum suum exsequitur, dicitur extra ordinẽ exsequi, *l. 3. ff. no vis fi. ei, qui in poss. miss. est.* Nempe quia ratio vsitata & solemnis iuris nostri persequendi hæc est, vt iudicio experiamur, *l. 1 sup. de exse rei iud.* Recte ergo iudicia ordinaria appellata, quæ certo & stato tempore atq; ordine exercentur. A quo ordine cum discessum est, quod tunc factum est, cum cœperunt quouis tẽpore iudicia exerceri: recte dicta sunt exerceri extra ordinem quia præter morem veterẽ & vsitatum. Vt autem in tempore à vetere ordine discessum est: sic discessum est ab ordine iudiciorum exercendorum, vt ambages verborum & circuitus nõ necessarij in iudicijs exercendis omitterẽtur, *tit. de suc. subl. in Inst.* Hinc conceptio formularum in iudicijs obseruari desiit: quod & Pauli temporib. valuit, *l. antepen. ff. de neg. gest.* Ius deinde renouatum, & cõstitutum apertius lege Constantini, *l. 1. sup. de for. & imp. act. sub.* In hoc genere erant interdicta, quæ constabant formulis & conceptiomib. verborum, *Inst. de interd. in pr.* Ex his iam intelligimus, cur dicantur hoc loco interdicta in iudicijs, quæ nunc extraordinaria sunt, proprie locum non habere. Proprie adiectum est, quia interdictorum conceptiones locum non habent, vis ipsa, & effectus interdictorum manet.

L. vlt.

Impp. Arcad. & Honorius AA. Æmiliano præfecto prætorio.

Si quis quodlibet interdictum efflagitet ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionũ auspicia, actionem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere. Dat. 13. Cal. Aug. constantinop. Arcadio A. VI. & Probo Coss. 406.

SVMMARIA.

1 *Ambages interdictorum ha, formulæ verborum, deductiones in rem præsentem, impetratio actionis ex causa interdicti.*

2 *Ambages interdictorum hac lege ita sublata vt interdictum ne postulare quidem hodie liceat.*

AMbages † interdictorum hic nominantur, non solũ, quod interdicta formulis verborum non necessarijs constarent; sed etiã quod impetrato & reddito interdicto deductiones quædã in rem præsentem more fieri solent, vbi possessio restitueretur, aut declaret reus se vi abstinere, vim possidenti non facere; vt colligere licet ex *oratione Cic. pro Cæcin.* Hic si interdicto prætoris paritum nõ esset, tunc deniq; impetrabatur actio aduersus eum, qui non paruisset, quæ ex causa interdicti reddebatur, vt significatur in §. *vlt. Inst. de interd.* quæ bene & erudite annotata sunt à Barone *ad tit. de interd. in pr.* Hos circuitus & has ambages inutiles esse perspicuum est. Itaq; his sublatis statim iubetur actor actionem suam de possessione proponere. Sed cum hæ ambages iam ante obseruari desiissent, vt declaratur lege præcedente, quid opus fuit hac constitutione? 1

Hoc † videtur hæc constitutio adiecisse. nam ante interdicta non obseruabantur, id est, non necesse erat obseruari. Si quis tamen interdicto experiri vellet, non prohibebatur: vt res hæc videretur relinqui libera, vtrum quis interdictum postularet, an nõ postularet. Hac constitutione res in necessitatem iuris translata est, vt si quis interdictum postulet, non audiatur. 2

AD TITVLVM II. QVORVM BONORVM.

SVMMARIA.

1 *Pand. Florentinarum lectio in interdicto* Quorum bonorum *emẽdata. & num. 13.*

2 Quorum bonorum *interdictum propositum ei, cui ex edicto prætoris bonorum interdictum possessio data est: & hoc totum quid sit, quidque hodie contineat.*

3 *Non omnibus heredibus* quorum bonorum *interdictum competere, sed solis, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt.*

L. 1. C. hoc tit. exponitur, ibidem. & num. 6.

4 Quo-

4 Quorum bonorum *interdictum ideo necessarium ad rerum singularum possessionem adipiscendam, quia hanc bonorum possessio data non tribuit.*

5 *Non sufficere ad hoc interdictum bonorum possessionem datam, sed probari oportere ex iusta & vera causa datam.*

6 *Hoc interdictum competere de rebus hereditariis non solum, quæ nunc tales sunt, sed etiã quæ à possessore vsucaptæ sunt, explicantur illa verba interdicti,* possidere se, si nihil vsucaptum esset.

7 *Pro herede possidentem non aliter vsucapere posse res hereditarias, quam si iustam causam habeat existimandi se heredem.*

8 *Hoc interdictum cur de re hereditaria à possessore vsucapta aduersus dominum, & eum, qui actionem & exceptionem de re habeat.*

9 *Hoc interdictum solum aduersus corporum hereditariorum possessores, non etiam aduersus debitores hereditarios, aliter atque petitio hereditatis datur & differentiæ ratio.*

10 *Hoc interdictum cum persequatur res singulas, quid sit, quod dicitur in* l. 1. D. hoc tit: *referri id ad vniuersitatem bonorum, non ad res singulas.*

11 *Interdictum dari aduersus eum solum qui pro herede proue possessore, non etiam iusto titulo possideat; & cur.*

12 *Hoc interdictum competere etiam aduersus eum, qui dolo desiit possidere.*

Tenor interdicti quid sit in l. 2. C. hoc tit. *ibid.*

13 *Hoc interdictum ad hoc competere, vt quod de hereditate possidetur, restituatur, id est, præstetur actori.*

14 *Petitionem hereditatis, & hoc interdictum competere de iisdem rebus, iisdem personis, & aduersus easdem personas: sed interdictum ad possessionem adipiscendam vna in re commodius vnde & comparatum.*

OMissis iis interdictis, quæ sunt de rebus sacris, religiosis, publicis, quæ proponuntur in Pandectis, solum hic traduntur interdicta de rebus priuatis. eaque sequuntur deinceps; initio facto ab iis, quæ sunt restitutoria, & adipiscendæ possessionis, vt fert ordo diuisionum interdictorum, quæ traduntur *in §. 1. & seq. Inst. de interd.*

1 Interdictum † *quorum bonorum*, quod hic primũ proponitur, exstat *in l. 1. ff. eo.* In quo cetera recte scripta sunt in Pandectis Florentinis, illud non recte: *quod quidem dolo malo fecisti* legendum est enim, vt in alijs exemplaribus: *quodque dolo malo fecisti*, vel, *quodque item dolo malo fecisti*, vt in partibus huius interdicti explicandis suo loco pluribus ostendemus. Complectitur id interdictum quatuor, quæ ad naturam eius pertinent; quibus expositis, simul & natura & vis interdicti, & rescripta huius tituli, quæ easdem partes confirmant, intelligentur. Sunt igitur in hoc interdicto hæc quatuor; *Cui detur; Quibus de rebus; Aduersus quos; Cuius rei gratia*, siue *quid in condemnationem huius iudicii veniat.*

2 Primum † proponitur interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est. Bonorum possessionẽ cum dicimus, bonorum hereditatẽ & patrimoniũ defuncti intelligimus. Possessionis verbo ius eius patrimonii retinendi, persequendiq; *l. 3. in pr. ff. de bon. poss.* Bonorum possessionẽ olim dabat prætor, cum ei, cui ex edicto prætoris delata erat bonorũ possessio, petenti & agnoscenti prætor dicebat se bonorum possessionẽ dare. Hodie vt quisq; apud magistratũ testatus est se hereditatẽ alicuius ex aliqua causa amplecti & agnoscere bonorũ possessio ei data intelligitur. Annuit enim magistratus; annuẽdo intelligitur admittere petẽtem; admittendo possessionem dare, vt est constitutum *l. vlt. sup. qui adm. ad bon. poss. pos.* Dare possessionem bonorum ex edicto, est dare possessionem bonorum secundum edictum prætoris, id est, ex ea causa, ex qua prætor edictis suis pollicetur se bonorum possessionem daturum. cuiusmodi causæ sunt, ex testamento quidem, secundum tabulas, & contra tabulas testamenti; ab intestato autem, vnde liberi, vnde cognati, vnde vir & vxor, *§. sunt autem. Inst. de bon. poss.*

3 Cum † hoc interdictum proponitur ei, cui bonorum possessio ita data est, ex eo intelligimus cõpetere quidem hoc interdictum heredib. aut iis, qui vice heredum sunt; non tamen omnib. sed iis duntaxat; qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt, vt intelligatur prætor possessionem singularum rerum ei soli promittere, cui prius ex edicto hereditatis, siue bonorum possessionẽ dedisset. Est quidẽ *in l. 1. hoc tit.* hoc interdictũ dari ei, qui probauerit se aut ad hereditatẽ, aut ad bonorum possessionem admissum esse; quæ verba vulgo sic acceperunt, vt hoc interdictum non minus detur heredibus, hoc ipso, quod heredes exstiterunt, quam bonorum possessoribus agnita apud magistratum bonorum possessione: quamuis concedant heredib. solum competere vtile. Sed non recte his verbis aduersus superiorem sententiam mouentur. Nam & is bonorum possessionem agnoscere intelligitur, qui dicitur ad hereditatem admitti. Is enim admittitur ad hereditatem, qui admittitur à magistratu, apud quem quis testatur se hereditatẽ amplecti. Hoc autẽ testari apud magistratum annuente magistratu est possessionẽ bonorum agnoscere & accipere, *l. vlt. sup. qui ad bon. poss. admit. pos.* Tãtum hoc interest inter eum, qui ad hereditatẽ admittitur, & qui admittitur solum ad bonorum possessionẽ, quod heres verus sic admittitur ad bonorum possessionem, vt etiam admittatur ad hereditatem, qui reuera heres erat. Is autem, qui iure ciuili heres non est, admittitur duntaxat ad bonorum possessionẽ. Sic fit in summa, vt non alij detur hoc interdictum, quam ei, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerit.

Sed † si bonorum possessio alicui data est, quid opus est hoc interdicto ad nouam possessionem adipiscendam? Eo opus est, quod bonorum possessio iuris, id est, hereditatis tantum possessionem tribuit, corporum possessionem & detentionem non tribuit, *l. 3. ff. de bon. pos.* Hæc igitur adhuc restat. Ea est, quæ hoc interdicto petitur, *l. vlt. hoc tit.* 4

Hactenus † verba interdicti solum hoc exigere videntur, vt data bonorum possessio sit ei, qui hoc interdicto experiri volet. sed adiicitur *in l. 1. hic.* quod sit ad interdictum interpretationis vice; ita demum scilicet hoc interdictum competere ei, cui bonorum possessio data est, si etiam cum effectu sit data: id est, si ea causa, ex qua bonorum possessio data est, vera sit vt intelligamus eũ, qui hoc interdicto experiri velit duas res suscipere & probare debere primum se ad bonorum possessionem admissum; deinde admissum ex ea causa, quæ vt iusta, ita sit etiam vera. Id *in d. l. 1.* declaratur hoc exemplo. Filius testamento patris præteritus est. is bonorum possessionem contra tabulas agnouit, vt ius est, *§. sunt autem. Inst. de bon. posses.* Nõ poterit hoc interdicto vti, nisi se & bonorum possessionẽ accepisse, & filium defuncti esse probauerit; ex qua causa videlicet bonorum possessionem agnouerat. Quo exemplo idem de aliis causis ceterarũ bonorum possessionum dicendum est, vt puta, qui bonorum possessionem agnouit secundum tabulas testamenti, probare debet testamentũ esse, & id iustum: qui agnouit bonorum possessionem, vnde agnati, probare debet se proximum agnatum esse. Idemq; de similib. iudicandum est. Is probat se filium esse, qui probat se ex vxore defuncti natũ, *l. filium. ff. de his, qui sui, vel al. iur.* Quod si quis vulgo talis habeatur, is necessitate probationis liberatur, quasi qui sit in eius iuris possessione, *argum. l. non nudis. sup. de prob. l. quidem. ff. de prob.* 5

Cui † detur hoc interdictũ, dictum est. Sequitur, quib. rebus competat. Id expressum est illis verbis interdicti, *quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides possidere se, si nihil vsucaptum esset, quodq; dolo malo fecisti, vt desineres possidere, id illi restituas.* Quorum verborum hic sensus: *restituas, quod de his bonis possides pro herede, aut pro possessore.* Item, *& quod pro herede proue possessore non possides; possideres tamẽ pro herede proue possessore, si à te vsucaptum non esset.* Quibus in summa declaratur hoc interdictum competere de iis quidem bonis, quorum possessio data est, id est, quæ fuerunt hereditaria, cum defunctus mortuus est; sed id dupliciter. Non enim tantum competere de his rebus, quæ hereditariæ fuerunt, & etiam nunc in eadem causa manent (hæ sunt, quæ possidentur à te pro herede proue possessore) sed etiam de iis, quæ prius quidem fuerunt hereditariæ, nunc autem à te vsucaptæ sunt quæ iam à te non possidentur pro herede proue possessore; cum priuato titulo, id est, pro suo possideantur, *l. hereditatem sup. in quib. cau. ces. long. temp. præs.* sed tamen sunt eiusmodi, quæ pro herede proue possessore à te possiderentur, si à te vsucaptæ non essent. 6

At † enim quomodo quid ex his reb. à te vsucapi potest, quod ante impletam vsucapionem isto titulo possidebas? Etenim qui pro herede possidet, is vero titulo non possidet. Is namq; dicitur pro herede possidere in hoc interdicto, qui reuera heres non est; sed putat se esse, vt postea dicemus. Ita hic titulus, vt dixi, verus non est. Nihil porro vsucapi potest, nisi quod vero titulo possidetur. quam ob causam etiam receptum est, eum, qui pro herede hoc modo possidet, vsucapere non posse, *l. vlt supra pro hered.* Sed hoc sic acceptum est, nisi is, qui pro herede possidet, iustam causam habeat existimandi se heredem esse, vt & in ceteris titulis non veris receptum est, *l. non solum. §. 1. versic. hoc ampliùs. ff. de vsuc. l. quod vulgo. ff. pro emt. l. vlt. ff. pro suo.* 7

Finge

Finge igitur hoc modo. cum pater filium peregre profectum haberet, certis nuntiis allatum est, illum esse mortuum. Ita cum se putaret filium non habere, extraneum heredem instituit. Is heres eodem errore se vere heredem putans bona hereditaria possedit. Si iusto tempore possederit, vsucapiet. Hic nos dicimus, quamuis heres in hoc errore res hereditarias vsuceperit; tamen filium reuersum, si bonorum possessionem agnouerit contra tabulas patris, etiam de his vsucaptis rebus hoc interdicto experiri posse. Sed obstant huic sententiæ duo.

8 Illud primum, quod petitio hereditatis non datur aduersus eum, qui iusto titulo & priuato possidet, *l. hereditatem. sup. in quib. causs. cess. long. temp. præs.* Atqui qui vsucepit, iure dominus rei effectus est. Quam ob causam maxime iusto & priuato titulo possidet, *Inst. de vsuc.* Ex quo effici videtur, neque hoc interdictum aduersus eum dari debere. Alterum est, quod nulli res sua auferri debet, *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* ne ei quidem, qui vsuceperit. Nam etsi is rem vsucaptam non possideret; tamen ad eam persequendam actionem haberet, *l. in rem. ff. de rei vind.* Quare si rem à se vsucaptam possidebit, multo magis exceptionem habebit ad eam retinendam, *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.* denique hæc ipsa definitio eius rei, quæ est in bonis nostris, vt sit ea, quam possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus, *l. rem in bonis. ff. de acq. rer. dom.* Et vt vera sunt, ita admittenda essent hæc omnia, si in hoc interdicto constaret eum, cum quo agitur, rem hereditariam aliquam vsucepisse. Sed neque hoc constat, neque adeo in hoc interdicto constare potest: nam si possessor hac exceptione vtatur, rem, quam tibi restitui vis, vsucepi: possedi enim pro herede; sed probabilis error meus fuit, cur putarem me heredem; hac, inquam, exceptione si vtatur, exceptio obscurior est, & quæ altiorem quæstionem habeat. Huius generis exceptiones in præparatorijs iudicijs non admittuntur, sed differuntur in iudicium directum proprietatis, *l. 3. §. ibidem. ff. ad exhib.* Multo minus recipiẽdæ sunt in iudicio, quod est de momentaria possessione. Sic enim vocant interdicta, *l. momentaria inf. vnde vi.* Neque hoc modo fit iniuria actori: cui de possessione victo nihilominus causa proprietatis integra relinquitur, *l. vnica. sup. si de momen. poss. fuer. appel. l. vlt. in fin. hoc tit:*

Tertium sequitur, aduersus quos detur hoc interdictum. Datur autem aduersus duo hęc genera possessorum, primum aduersus eum, qui pro herede, proue possessore possidet aliquid de iis bonis, de quibus agitur, vt interdicto expressum est his verbis,
9 *quod de his bonis possides.* Possidendi † verbum si ad hereditatem aut bona refertur, iuris possessionem intelligeremus, vt fit, cum nominatur bonorum possessio, *l. 3. in pr. ff. de bon. poss.* Nunc cum referatur ad res singulas, quæ de his bonis possidentur, seruata hic est propria possidendi significatio, qua res solum corporales continentur, *l. seruus. §. incorporales. ff. de acq. rer. dom.* Vnde placuit solum corporum restitutionem in hoc interdictum venire; non etiam competere interdictum aduersus hereditarios debitores, tametsi hi quasi iuris possessores habeantur, *l. vlt. infr. l. 2. ff. eod.* Atqui petitio hereditatis aduersus debitores hereditarios datur, *l. regulariter. l. nec vllam. §. vlt. l. quod si in diem. §. Iulianus ff. de pet. her.* Cur igitur non datur & hoc interdictum, cum interdicto de re non vsque adeo magni momenti agatur? Differentiæ ratio est, quod in petitione hereditatis constat eum, qui agit, heredem esse: neq; enim aliter vincit, quam si se talem esse probauerit. Æquum vero est heredi soluere debitores hereditarios. At in interdicto *quorum bonorum* is, qui agit, non plene probat se heredem, aut bonorum possessorem esse, vt mox dicetur. Proinde ne illud quidem æquum in hac incertitudine ei solui, qui heres non sit; quia soluendo non possessio tantum pecunię in eum transfertur, sed etiam dominium.

10 Datur † interdictum aduersus eum, qui possidet quid de his bonis: Ergo non tantum aduersus eum, qui res omnes hereditarias possidet, sed etiam, qui vnam aliquam etiam minimam, vt de petitione hereditatis placet, *l. regulariter. & l. licet. ff. de pet. her.* Nõ est contrarium, quod scribitur *in l. 1. ff. eod.* hoc interdictum referri ad vniuersitatem bonorum, non ad res singulas. Hoc enim sic accipiendum est, si persona agentis spectetur. diuersum, si spectetur is, cum quo agitur. At enim nihil distinguitur, dicet aliquis. Sed ex ratione iuris necessario id intelligendum est. Nam cum de conditione actionis agitur, eam metiri oportet ex iure eius, qui agit, non eius, cum quo agitur, vt de hoc ipso genere actionis nominatim traditum est *in l. 1. §. 1. D. si pars her. pet.*

11 Datur † interdictum non aduersus quemlibet possessorem, sed aduersus eum, qui pro herede, aut pro possessore possidet, id est, qui nullo titulo possidet. Nam is dicitur hoc loco pro herede possidere, qui se dicit heredem, cùm non sit, siue sciat se heredem non esse, siue se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidendi habet aliam, quam quod possidet. vnde nomen natum. hæc *in l. pro herede. & l. seq. ff. de pet. her. §. sequens. Inst. de interd.* Aduersus eum autem, qui iusto aliquo titulo possidet, hoc interdictum non datur, non magis, quam hereditatis petitio, *l. hereditatem. sup. in quib. cau. cess. long. temp. præs.* Merito: non enim si quis heres est, & res, de qua agitur, hereditaria, continuo heres est dominus. Nam & res pignori datæ defuncto, & bona fide ab herede possessæ hereditariæ sunt, *l. item veniunt. ff. de pet. her.* neque ideo heres earum dominus est. Iniquum est autem eum, qui dominus non sit, aut certe quem dominum esse non constat, rem domino auferre, aut ei, qui pro domino rem bona fide & iusto titulo possideat, *l. vlt. ff. de publ.* Addita est exceptio in interdicto, præterquam si quis vsuceperit, quod prius pro herede possidebat: cuius exceptionis rationem supra reddidimus.

Est † alterum genus eorum, aduersus quos hoc interdictum 12
datur. est autem eorum, qui dolo fecerunt, quominus pro herede proue possessore possiderent. Quod illis verbis comprehensum est, *quodque item dolo malo fecisti, vti desineres possidere,* quæ verba in interdicto ita restitui debere initio monuimus, quod non obscure declaratur in *l. 2. hoc tit.* vbi scriptum est, hoc interdictum propositum esse aduersus eos, qui pro herede, proue possessore possident, doloue malo fecerint, quo magis desinerent possidere. Et nominatim adiicitur, hunc esse tenorem interdicti, id est, hæc interdicto teneri, seu contineri. Et vero consentaneum est omnibus regulis iuris; quibus efficitur, vt quæcunq; actiones, quæcunque interdicta aduersus eum dantur, qui possidet, dentur etiam aduersus eum, qui dolo desiit possidere, vt sit par vtriusque causa, *l. qui petitorio. ff. de rei vind. l. parem. l. qui dolo. ff. de regul. iur.* Illa autem verba, quæ sunt in Pandectis Florentinis: *quod quidem dolo malo fecisti,* penitus delenda sunt ex libris nostris. Habent enim aperte non tantum sententiam falsam, sed etiam absurdam. Hoc enim exprimunt, siquidem dolo fecisti, vt desineres possidere, vt sit in illis verbis conditio. At hoc certo statui debet, quisquis rem hereditariam pro herede, proue possessore possidet, eum teneri hoc interdicto sine vlla conditione. Tum autem conditio est stulta & absona; quia naturæ aduersatur. Perinde enim valet, quasi diceretur: restituas quod possides, si modo desiisti possidere.

Quod † reliquum est, datur hoc interdictum huius rei gratia 13
vt quod de bonis hereditarijs possidetur, vt supra dictum est, id restituatur petitori, id est, in petitorem transferatur, vt est *in l. vlt. hic.* Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ à nobis prius profecta nobis restituuntur. Sed interdum & de iis accipitur, quæ nunc primùm nobis præstantur, *l. verbum reddendi. ff. de verb. sig.* quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res, quas aliquando possedit; sed quas nunquam. Vnde interdictum est, vt restitutorium, sic adipiscendæ possessionis, *l. in fin. ff. eod.*

His † de interdicti, atque huius tituli sententia cognitis, non 14
abs re quæritur, quid opus fuerit hoc interdicto; cum videatur ad possessionem rerum hereditariarum adipiscendum sufficere petitio hereditatis, iudicium & plenius & efficacius, quam hoc interdictum. Nam petitio hereditatis datur aduersus omnes, qui pro herede, proue possessore possident; neq; tantum corporum possessores, sed etiam debitores hereditarios, *l. regulariter. l. nec vllam de pet. hered.* Sed & possessio, quam eo iudicio obtinemus, à nobis auocari non potest ei, quem vicimus. Nec maiora onera esse videntur in petitione hereditatis, quam in hoc interdicto. nam in petitione hereditatis qui agit, probare debet se esse heredem. At idem probare debet, qui hoc interdicto experitur, *l. 1. hoc tit.*

Quare non abs re videri posit hoc interdictum inutile esse & otiosum. Dicendum est, cetera in petitione hereditatis esse pleniora & commodiora. Vnum in hoc interdicto esse commodius, rationem probandi. Nam in petitione hereditatis; si quis se filium defuncti esse contendat, exempli gratia; eoque heredem patris, non tantum probare debet se esse filium defuncti, sed etiam si ex aduerso dicatur eum ex illo non esse natum, puta aut eam, ex qua natus est, vxorem defuncti non fuisse, aut si vxor fuit, à defuncto concipi non potuisse: exceptiones sunt, de quibus in eo iudicio quæri oportet. Est enim petitio hereditatis directum iudicium. quo in genere plena inquisitio requiritur, *l. iudices. sup. de iud.*

de iud. In interdicto autem ſatis eſt, ſi quis ſe primo filium eſſe oſtenderit in ſpeciem, cui ſi contra obiicientur exceptiones ſuperiores, hæ in hoc iudicio non admittuntur, ſed differuntur in directum iudiciũ petitionis hereditatis, vt ſupra docuimus. Quare hoc interdictum ad poſſeſſionem adipiſcendam commodius, in eo breuior & expeditior via ad poſſeſſionem adipiſcendam.

AD TITVLVM III. QVOD LEGATORVM.

SVMMARIA.

1 *Interdicti* Quod legatorum *ſumma, nominis ratio, & verba reſtituta, ac ſigillatim confirmata.*

2 *Hoc interdictum eſſe inutile heredi, niſi aut neget rem legatam eſſe, aut dicat ſupra dodrantem eſſe legatum. & num. 3.*

3 L. vnicæ. C. hoc tit. *ſententia.*

4 *Hoc interdicto ſic res legatas legatorum nomine occupatas recipi, vt heres, ſola quarta retenta, cogatur reliquum legatario reſtituere: diſſimiliter, ſi legatarius legatum ſubtrahat, quo caſu totum amittit: & differentiæ ratio.*

5 *Legatarium rem legatam ſua auctoritate, non vi occupantem non teneri iis conſtitutionibus, quæ damno rei afficiunt eos, qui res inuaſerunt.*

3 ETſi legatarius † rei legatæ dominus ſit, & ita dominus, vt ad eam rem non indigeat heredis traditione, ſed dominium rei legatæ à teſtatore ad legatarium recta via tranſeat, *l. legatũ ita ff. de leg. 2. l. à Titio ff. de fur.* placuit tamen eum hactenus dominum eſſe, vt non eo minus iubeatur legatum ab herede petere, non ſua auctoritate occupare. Si cõtra facit, iubetur rem legatam heredi reſtituere, in quam rem hoc interdictum comparatũ eſt, quod appellatur, *Quod legatorũ*, ex initio videlicet interdicti, vt & ſuperius interdictum *Quorum bonorum. l. 1. ff. eo.* Interdicti hęc verba fuerũt: *Quod legatorum nomine non ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet, occupatum poſſides, aut dolo deſiiſti poſſidere, ſi de eo tibi ab illo ſatiſdatum eſt, aut per eum non ſtat, quominus ſatiſdetur, id illi reſtituas.* Illa verba, *quod legatorum nomine poſſides occupatum*, indicantur *in l. 1. in prin. & verſic. redigit. ff. eo.* Illa autem, *aut dolo deſiiſti poſſidere*, indicantur *in d. l. 1. §. quod ait prætor, aut dolo.* Nam quod illic ita verba ſunt, *aut dolo deſiiſti poſſidere*, in tertia perſona ſcilicet, intelligendum eſt edicti verba referri, quo prætor pollicetur hoc interdictum generaliter aduerſus eum qui dolo deſiit poſſidere. Sed vel hinc maxime idem interdicto caueri intelligimus: mutata tamen perſona, vt interdictis mos eſt, quod interdictum dirigatur ad eum, cum quo ex interdicto agitur. Sic ex edicto interdicti verba intelligimus, & vice verſa. Illa verba, non ex voluntate eius, expreſſa ſunt *in d. l. 1. §. quod ait prætor*, non ex voluntate. His autem verbis, *eius, ad quem ea res pertinet*, ſignificãtur heredes & bonorum poſſeſſores, & generaliter, qui in ius vniuerſum defuncto ſuccedunt, *l. ſciendum. §. vlt. ff. de verb. ſign.* Vnde intelligendum eſt, hoc interdictum & heredi & bonorum poſſeſſori competere. Adde & heredes, *l. 1. §. 1. ff. eod.* quod & *in l. vnica. hic.* confirmatur. Illa, ſi de eo tibi ſatiſdatum eſt, indicantur *in d. l. 1. §. pen.* vbi pro *niſi ſatiſdatum eſt*, legendum eſt, *ſi ſatiſdatum eſt*, vt apparet ex interpretatione Vlpiani, quæ ſequitur, qui illa ſic interpretatur, *ſi ſatiſdatum perſeueret.* Quod ſi legeremus, *niſi ſatiſdatum ſit*, ſic interpretari debuit, *niſi ſatiſdatum perſeueret.* Et ſane hoc interdictum competit heredi non hac conditione, ſi non ſatiſdatum ſit, ſed ſi ſatiſdatum ſit. Illa autem, *aut per eum non ſtat*, exſtant *in l. vlt. ff. eo. Id enim reſtituas*, indicantur *in d. l. 1. in prin. & fere tota l. 1. & 2.*

2 Sed † aduerſus hoc interdictum initio hoc occurrit, non videri dari debuiſſe heredi. Meminiſſe enim debemus eius, quod ante dixi legatarium rei legatæ à ſe occupatæ dominum eſſe. Vnde etiam ita propoſitum eſt interdictum, vt placeat heredem cum hoc interdicto nactus fuerit poſſeſſionem rerum occupatarum, tamen poſtea nihilominus eas reſtituere debere legatariis, *l. 1. §. 1. ff. eo.* & mox pluribus oſtendemus. Hoc poſito, videtur hoc interdictum aut iniquum eſſe, aut inutile: certe pugnare cum regulis manifeſti iuris, his de cauſſis. Primum legatarius ad legatum petendum actionẽ habet, vtpote dominus, *leg. in rem. ff. de rei vindic.* Igitur multo magis poſſidens ad legatum retinendum actionem habebit, ex regula iuris, *l. inuitus. §. 1. ff. de regul. iur.* Deinde nulla eſt actio, niſi ei, cuius intereſt, præſertim in hoc interdicto, quod tãtum ei datur, ad quem res legata pertinet. Nec in eo alia cõdemnatio eſt, niſi in id, quod heredis intereſt, *l. vlt. §. ex hoc. ff. eod.* At heredis nihil intereſt, rem legatã recipere, ſi res tota legatarij eſt, & eam acceptã heres cogitur legatarijs reſtituere. Poſtremo hoc ipſo, quod rem receptam legatariis reſtituere cogitur, dolo facit, ſi eam petit. Proinde & petens doli exceptione remoueri poteſt, vt ſunt regulæ iuris, *l. dolus. ff. de dol. mal. exc.* Et hæc ita ſe habere fatendũ eſt, ſi heres & rem legatam eſſe agnoſcat, & idem fateatur nihil ſupra dodrantẽ legatum eſſe. Nam in hanc rem cadunt ea, quæ ſupra obiecimus. Sed ſi quid horum deeſt, æquiſſimum eſt, heredi interdictũ ad res legatas occupatas reſtituendas dari: neq; ſuperiora aduerſantur. Primũ tum huic dari æquum eſt, cum negat res occupatas legatas eſſe. Sic enim fit, vt petat res nõ alienas, ſed ſuas: quæ ipſi reddi ob eam cauſſam eius intereſt. Et quamuis fieri poſſit, vt res vere legatæ ſint, tamen in hac incertitudine æquum eſt, legatarium rem ab herede petere, non ipſum ſibi ius dicere: quod iura auerſantur, *l. exſtat. ff. quod met. cauſſ.* Et hãc rationem huius interdicti proponendi poſuit Vlpianus *in l. 1. in princ. ff. eod.* Sed etſi heres fateatur, rem legatam eſſe, de qua hoc interdicto agitur, ſi tamen dicat ſupra dodrantem hereditatis legatũ eſſe æquiſſimum eſt, hoc interdictum dari ad rem reſtituẽdam, ac ne hic quidem ſuperiora obſtant, quæ obiecimus. Nam quatenus ſupra dodrãtem legatum eſt, eatenus res legata ad heredem pertinet ex lege Falcidia. *l. 1. l. lineam. ad leg. Falcid.* Sic fit, vt heres rem legatam repetendo, eam repetat, quæ ipſius ſit ex parte, & quam ipſi reddi hac ipſa de cauſſa eius interſit. Et quamuis pars tantum eius ſit, tamen eius intereſt rem totam legatam recipere, vt & ea recepta ſuo iure quartam retineat, quam ex lege Falcidia habere & retinere debet. Et † ob hanc quartæ retentionẽ maxime comparatum eſſe hoc interdictum demonſtratur *l. vnica. hoc tit.* cuius eſt hæc ſententia: *Herede inſtituto teſtator totam hereditatem legatis erogauerat.* Ita fiebat ex lege Falcidia, vt in ſingulis rebus legatis quarta portio ad heredem pertineret, *d. l. 1. & l. lineam. ff. ad leg. Fal.* Et quoniã ad heredem pertinebat, eueniebat hoc quoq;, vt pertineret ad heredem heredis, quoniam heres in ius defuncti ſuccedit, *l. heres. ff. de acquir. hered.* Itaq; ſi res iure & ordine gereretur, ita geri oportuit, vt res legatæ permitterentur heredi, ex quibus ille quartam partem ex lege Falcidia retineret, reliquum dodrantem legatariis reſtitueret. Sed legatarij ſua auctoritate legata occupabant. quo fiebat, vt heres quartam retinere non poſſet ex iis rebus, quas non poſſidebat. Conſulit heres, non an quartam de ſingulis rebus legatis petere poſſit, & conſequi, de quo ius certũ erat, ſed quomodo eam quartam conſequatur. fortaſſe enim rem vindicare volebat. Reſpondent Imperatores, heredi, cum ſupra dodrantem legatum eſt, ſatis proſpectum eſſe lege Falcidia per quartæ retentionem. Quibus verbis ſignificant, non eſſe neceſſe heredi ad quartam conſequendam vindicationem inſtituere aduerſus legatarios, & ita iudicij & probationis moleſtiam ſuſcipere, cum ei per retentionem quartæ ſatis conſultum ſit. Non indiget actione, qui retẽtionem habet. Quod ſi obiiciatur, heredem in propoſito retentione vti non poſſe, cum res legatas non poſſideat: in promtu remedium eſt. Eſt enim paratum heredi interdictum *Quod legatorum*, quo conſequatur à legatariis, vt ſibi res occupatæ reſtituantur: quibus reſtitutis, ſic deinde competente ratione vtetur. Hęc, inquam, reſcripti ſententia eſt: qua declaratur, hoc interdictum comparatũ eſſe, vt heres ex hoc interdicto poſſeſſione recuperata rerum legatarũ, quartam ex lege Falcidia retineat. Ex quo duo colligimus notatu digna. Primum, ſi rem legatam eſſe conſtet, quam legatarius occupauit, & fateatur heres ſupra dodrãtem hereditatis legata relicta non eſſe, non eſſe huic interdicto locũ, quia appareat nihil eſſe, quod heres teſtitutis rebus poſſit retinere. Et certe perſpicuum eſt hoc caſu illi obſtare ea, quæ ſupra diximus: & quod eius nihil intereſt, & quod dolo facit, qui petat id, quod conſtet illum ſtatim reſtituere debere.

Alterum, † etſi legi Falcidiæ locus ſit, tamen ſic heredem recipere legatas res ex hoc interdicto, vt ſolum quartam poſſit retinere. Quo efficitur, eum reliquum legati legatariis debere reſtituere. Alioqui hic diceretur, eum totius rei legatæ retẽtione vti, non autem cõpetentis partis ſiue quartæ. Non aduerſantur huic ſententiæ ij loci, quibus ſcriptum eſt, legatariũ, ſiue fideicommiſſarium, ſi rem ſibi legatam ſubtraxerit, legati petitionem amittere, *l. non eſt dubium. ſup. de legat. l. Paulus reſpondit. ff. ad ſen. Trebel.* Multum enim intereſt, vtrum legatarius rem legatam occupet legatorum nomine, de quo genere hic agitur, & aduerſus quod hoc interdictum propoſitum eſt, *l. 1. in prin. ff. eo.* an vero legatarius rẽ legatã ſubtrahat. Is rem occupat legatorũ nomine, qui agnoſcit

rem sibi legatam, & pro tali tanquam suam occupat. Is ideo legati petitionem nõ admittit, quia ita occupando legatum agnoscit, agnoscendo, & legatum & rei legatæ petitionem acquirit. Cõtra is rem legatam subtrahit, qui furatur. hoc enim subtrahere significat, §. *interdum etiam.* & §. *seq. Inst de obl. quæ ex del. nas.* ac præcipue in hac specie rei legatæ subtractæ, subtrahendi verbum id significat, vt declaratur *in d. l Paulus respondit. ff. ad Trebell.* Porro is rem legatam furatur, siue subtrahit, qui tanquam alienam occupat, non suam, quoniã nemo rei suæ furtum facit, *l. merito. ff. pro soc.* Id si ita est, non est mirum, si is, qui rem sibi legatã subtraxit, eius rei petitionem amittere dicatur. Nam qui ita subtrahit legatũ, repudiat, repudiando, vna & legatum & legati petitionem amittit. Quod ita facile probabitur. Nam vti est hereditas, sic legatũ. Hereditas a leundo siue agnoscendo nuda voluntate acquiritur, repudiãdo amittitur, *l. sicut. sup. de repud. hered.* Sic & legatum, *l. seruum filij. 44. §. 1. l. si tibi homo. 86. §. cum seruus. ff. de legat. 1.* Hereditas repudiatur, siue recusatur non tantum verbis, sed re & facto quouis voluntatem repudiantis significante, *l. recusari. ff. de acquir. hered.* In quo genere facti est, si heres extraneus rem aliquam hereditariam surripiat, vt significatur *in leg. si quis extraneus. in princip. ff. de acquir: hered.* vbi traditur, heredem, qui ita rem subtraxit, non videri pro herede genere, quia admissum eius contrariam voluntatem declaret. Contraria adeundi est voluntati est voluntas repudiãdi. Hæc voluntas superiore admisso declarari recte dicitur. Nam qui rẽ surripit, hoc facto declarat, se velle rem alienam esse, & pro tali se eã habere. Non potest id velle heres, nisi hereditatem repudiet. Idẽ igitur & in legatario rem legatariam surripiente probandum est. Ex quo intelligimus, quod dicitur in hac specie legatarium rei legatæ petitionem amittere, non esse ius ob id constitutum, vt furtum pœna afficiatur, sed esse ius ratiocinatione prudendum effectum, hinc natum, quod qui rem ita surripuisset, idem simul legatum repudiasset. Constare autm hoc ius responsis & auctoritate prudentium declaratur *in dict. l. Paulus respondit. ff. ad Trebellian.* illis verbis, *iure respondetur.*

5 Multo † minus superiori sententiæ aduersantur illæ constitutiones, quæ damno rei occupatæ afficiunt eos, qui res inuaserũt, vt *l. vlt. l. si quis in tantam. inf. vnde vi. l. exstat. ff. quod met. causs.* Nam *l. vlt.* constituta est aduersus eos, qui res alienas possessorib. vacuas inuaserunt. Hic legatarius rem suam occupat, non alienam. *Lex si quis in tantam.* pertinet ad eos, qui possessionem apud alios cõstitutam vi inuadunt. Hic legatarius rem occupat, non quidem cõsentiente herede, sed tantum non vi, non deniq; ita, vt illi extorqueat, propterea quod hic agitur de rebus occupatis, quæ prius ab herede non possidebantur, argumẽtum est, quod hoc interdictum *quod legatorum* proponitur heredi adipiscendæ possessionis caussa, *l. 1. in pr ff. eo.* Id est, eius acquirendæ, quã prius non habuit, §. *sequens. Instit. de interd. l. exstat. ff. quod met. cau.* pertinet ad eos, qui rem sibi debitam à debitore possessam inuito debitore occupãt. Hic legatarius & rem occupat ab alio non possessam, vt iam dixi, & occupat suam, non sibi debitam. Ex his apparet, si forte heres iam ante rerum hereditariarũ nactus esset possessionem, quam illę à legatariis occuparentur, hoc interdictum heredi non competere ad recuperandam possessionem. Sed & illud apparet dicere nos, legatarios, si inuito herede res occupassent, res legatas eo facto amisisse, quia vi possideant. Vnde res incidat in pœnam, *l. si quis in tantam. inf. vnde vi. & l. exstat. ff. quod met. caus.*

AD TIT. IV. COD. VNDE VI.

SVMMARIA.

1 Vnde vi *interdictum hic intelligi, & vnde appellatio.*
Vnde vi *interdictum vsitate dici: legi tamen & interdictum* De vi *pro eodem. ibidem.*
2 *Collocationis huius tituli ratio reddita.*
3 *Inuasionum species, quæ quibus constitutionib. hoc titulo vindicentur.*

1 HIs † verbis *vnde vi*, significatur interdictum, quod *vnde vi* appellatur *in leg. 1. §. ex interdicto, l. neque. l. cum fundum. §. vlt. ff. eodem §. recuperandæ. Inst. de interd. l. 4. inf. hoc tit.* vt sit titulus, quasi ita dictum esset, *de interdicto vnde vi.* quomodo & superiores inscriptiones accipi debent, & inferiores. Nomina ex initio interdictorum nata, vt supra dixi. Nam initium huius interdicti ita fuit, vnde tu illum vi deiecisti, *l. 1. in prin. ff. eo.* Itaque rectius fortasis, ad eundem modum legatur titulus eiusdem argumenti in Pandectis, restituaturque ita, *Vnde vi, & de vi armata.* vt sit sensus, *de interdicto vnde vi*, id est, vi priuata, & *de interdicto de vi armata*, quæ & publica dicitur, §. *recuperandæ. Instit. de interdict.* Et sane interdictum *vnde vi* sub eo titulo passim appellatur. Legimus tamen & interdictum *de vi* pro eodem *in l. si quis vi ff. de acq. poss.*

Est † hoc interdictum recuperandæ possessionis, *d.* §. *recuperandæ.* Ideo superioribus, quæ sunt adipiscendæ possessionis, subiicitur propter coniunctionem possessionis, quæ vtroque genere interdictorum petitur. Petitur enim ea possessio, quam non habemus, petiturque eo, vt quod non possidemus, nobis restituatur. sic fit, vt vtrumque genus & restitutorium sit, & quodãmodo eandem petitionem habeat. Hoc eo monemus, quia alius ordo seruatur *in Inst. sub tit. de interdictis.* Nam interdicta adipiscendæ possessionis sequuntur interdicta possessionis retinendæ. Extremo loco proponitur id, quod est recuperandæ possessionis. Habet id quidem & suam defensionem. hoc enim ordine sequimur progressum naturalem possessionis: quippe natura prius est, vt possessionem acquiramus: proximum, vt quęsitam teneamus: tertium, vt cum cœperimus tenere, si amittamus, sic deinde de recuperanda cogitetur. Sed, vt dixi, coniunctio & similitudo possessionum & interdictorum, hic spectata est: vti & in Pandectis. Est ergo hic titulus præcipue de interdicto *vnde vi*, vt inscriptio indicat. Sed † monendi sumus titulum, seu tractationem subiectam plus complecti. Et in summa hoc titulo prohibetur omnis iniusta alienarum possessionum detentio, siue quis vi possessionem occupet, siue clam inuadat siue precario acceptam, aut ex locatione rem inuito domino retineat. Itaq; totidem sunt genera constitutionum, quæ ad vnumquodq; horum generum referuntur. Ad tertium genus iniustę detentionis pertinet *l. pen.* Ad secundum *l. meminerint. & l. vlt.* Ad primum, reliquæ constitutiones, in quo genere de his agitur, qui vim intulerunt ad occupandas alienas possessiones. de quo dicere incipiemus ex *l. 1.*

L. 1.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodoro.

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illam vim propulsare licet PP. Kal. Decemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Aduersus vim remedia duo constituta: Vim vi propulsare licere. ibidem.*
2 *Vim concessam quæ propulset, quæ adhibeatur tuendi sui caussa, non etiam vlciscendi.*
3 *Propulsationis non est expectare, dum quis pulsetur, sed ne pulsetur, prohibere.*
4 *Tuendi sui caussa quidquid fiat, quia iure fit, impunitum esse.*
5 *Vitiose, id est, vi, aut clam, aut precario possidenti non licere se aduersus vim aduersarij defendere: quia non licet impune: & quomodo id accidat.*
6 *Tutelæ inculpatæ moderamen requiri, & id quodnam sit.*
7 *Armis licere se defendere etiam aduersus inermem, si inuadentem nos aliter prohibere non possumus, ne ad nos perueniat.*
8 *Non esse contra moderamen inculpatæ tutelæ, si quis se defendat aduersus inuadentem, etsi alioqui potuerit fugiendo sibi consulere.*

SI quis alicuius rei possessionem obtinere vult, is iubetur iudicio de ea re agere, vim ad rem occupandam facere prohibetur *l. exstat. ff. quod met. cau.* Ideo etiam aduersus vim legibus prospectum est, ne frustra vis prohibeatur. 1

Aduersus † vim duo sunt remedia iure constituta. Vnum aduersus vim, quæ infertur. Alterum aduersus vim, quæ illata est. Aduersus vim, quæ infertur, hoc remedium est cautum hac lege, vt liceat vim vi defendere, propulsare nostra auctoritate. quod ius aliis multis locis proditum est. vt *leg. vt vim. ff. de iust. & iur. leg. scientiam. §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil. leg. 1. §. vim vi. ff. eo. leg. 1. supr. quam lic. vnic. ff. iu. se vind.* vbi & ratio huius iuris reddita est. Sed nusquam hoc ius melius constitutum, quam hac lege, vbi non tantum permittitur vim vi propulsare, quod fit superioribus locis: sed adiicitur, cui liceat, & præterea ad quem modum. quæ singula nobis expendenda sunt.

Primum

2 Primum id, quod permittitur. Aiunt † Imperatores, *vim vi propulsare licere*. Propulsare est arcere à nobis, & prohibere, ne vis & iniuria ad nos perueniat. Quo verbo admonemur, si quis rebus integris, cum vis infertur, neque dum illata est, hanc prohibet, hunc iure facere videri. Si quis autem vi illata & iniuria iam accepta cum nouam iniuriam non metuat, vim inferat aduersario, veluti si fugientem persequatur, & ei noceat, hunc ad hanc definitonem non pertinere, quia non propulsandæ iniuriæ caussa faciat, quæ iam accepta est, sed vlciscendæ. Tuitio & propulsatio permissa est, prohibitum, quicquid fit vlciscendi caussa. *d. leg. scientiam, §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil.*

3 Eodem † verbo admonemur, falsum esse, quod quidam censuerunt, quorum sententia in glossa refertur, eum, qui se recte tueatur vi, exspectare debere, vt prius pulsetur ab aduersario, argumento sumto *ex l. si ex plagis. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Qui exspectat, vt pulsetur, is iniuriam & vim admittit, non propulsat. Nunc autem propulsare illi permittitur. Ergo & illud non admittere, vt pulsetur. Iam & in hac promissione expendendum est, quid valeat, quod dicitur licere propulsare. nempe vt liceat iure, & omni iure, vt dicitur *in d. l. vlt. vim. ff. de iust. & iur. in d. l. scientiam. §. qui cum aliter.*

4 Ergo † etiam hoc dicitur, quicquid fit propulsandi caussa, impunitum esse. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, vt est *in l. Gracchus. in f. ad leg. Iul. adult.* Hinc intelligimus, si quis, cũ inuaderetur eius possessio, vim vi repulerit, neq; eũ vi possidere videri, neq; eo nomine aduersario teneri vllo interdicto. Præterea si quid damni eo facto aduersario dederit, atque adeo si eum occiderit, impune esse, vt neque teneatur lege Aquilia de damno dato, neque lege Cornelia de sicariis. *l. 1. traq. & l. sicq. & d. l. scientiam §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil.*

Sed permittitur hoc duabus conditionibus, quæ hic expressæ
5 sunt. Primum † permittitur ad defendendam possessionem vim vi propulsare: sed recte possidenti, &, vt adiicitur, ei, qui sine vitio possidet. Is recte possidet, qui nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidet. Contra non recte, sed vitiose is, qui ab aduersario possidet aut vi, aut clam, aut precario. *l. in fin. & l. seq. ff. vti pos.* id est, qui aut aduersarium vi expulit, aut illo ignorante possessionem recuperauit, aut qui precario, id est, precibus, ab illo impetrauit, vt sibi possidere liceret, & domino reposcenti rem non reddit, vt hæc verba interpretatur Iustinianus *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Ergo hoc dicitur, eum recte vim vi propulsare, qui aut omnino nec vi, nec clam, nec precario possidet, aut ita possidet, vt saltem non possideat ab aduersario. Quod autem dicimus ei, qui ita possidet, licere vim aduersarij propulsare, eo spectat, vt intelligatur, si constiterit iure eum fecisse & impune. Proinde & eo nomine aduersario nulla actione teneri. Contra vero si quis secus possideat ab aduersario, ei non licere aduersarij vim propulsare, exemplo interdicti *vti possidetis*, in quo, cum prætor polliceatur se eum tuiturum in possessione, qui nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidet, ex eo omnes iuris auctores collegerunt, eum non defendi à prætore, qui non recte ab aduersario possideat, id est, possideat aut vi, aut clam, aut precario ab aduersario. *dict. leg. 1. §. vlt. ff. vti poss.* Quod & nobis in hac constitutione intelligendum est. Ideo autem dicitur ei, qui vi, aut clam, aut precario ab aduersario possidet, non licere se aduersus vim aduersarij defendere, quia impune non licet. Nam si prius aduersarium vi deiecerat, non efficiet sua defensione posteriore, quo minus illi interdicto *vnde vi* teneatur, vt prius. Si aduersario ignorante possessionem occupauerat, deinde venientem vi repellat, aut certe non admittat, iam incipit vi possidere, non clam, *l. clam possidere. in fin. Dig. de acquir. poss.* Quo fit, vt iam incipiat aduersario teneri interdicto *vnde vi*, tanquam illo deiecto, hoc ipso, quod admissus non sit in suam possessionem. *leg. cum fundum ff. vnde vi.* Item probandum est in eo, qui cum fundum precario accepisset ab aduersario, reposcenti non reddit, seu venientem in possessionem non admittit. Sic enim eum quoque deficere intelligitur, incipitque similiter ei interdicto *vnde vi* teneri. *d. l. cum fundum. ff. eo.*

6 Altera † cautio est, hoc rescripto expressa, vt vis propulsetur ad moderamen inculpatæ tutelæ, id est, ita, vt quidquid tuendi nostri caussa factum est, & vis illatæ propulsandæ, in eo tutela sit inculpata. Inculpatam intelligimus eadem, quæ innoxia dicitur *in dict. leg. scientiam. §. qui cum aliter. D. ad leg. Aquil.* Cum autem innoxia definiatur eo loco, cum aliter tueri nos non potuimus aduersus vim, aut iniuriam, quæ inferebatur, quam id faciendo, quod fecimus, intelligere debemus eandem quoque definitionem esse eius tutelæ, quam hic inculpatam appellamus. Vtrum quis aliter se tueri non potuerit, quam id faciendo, quod fecit, partim ex personis, partim ex loco æstimandum est. Ex personis hoc modo: nam si is puer est, aut imbecillis, qui vim infert, is autem, cui infertur: vir & robustus, hic neque gladium stringere debuit, neque vllis armis inuadentem petere, cum licuerit negligere præsentem. Ex loco ita, si quis cum pro foribus suis staret, potuerit aduersarium minitantem & ad se pergentem arcere occluso ostio ædium suarum, maluerit autem aduersario suo coram resistere. Eodem modo cum ex ædibus videret aduersarium sibi minitantem, aut se prouocantem ad certamen, non seruauit moderamen inculpatæ tutelæ, si quid in illum misit, aut si in animum induxit descendere, & cum aduersario digladiari. nam vtroque modo satis septis ædium suarum defendebatur, vt si quid præterea fecerit, intelligatur non tuendi sui caussa fecisse, quod necesse non erat, sed vlciscendi. Quod si cum domi esset, aduersarij irruptionem in ædes faciebant, aut scalis admotis murum peruadere conabantur, iure facit, si ad aduersarios deturbandos & propellendos omnibus armis vtitur, quibus deturbari cominus, & propelli possunt. Similiter si quis nudus in agro aduersarium, aut parem viribus aut superiorem vidit ad se venientem cum minis, primum se verbis tueri debet, denuntians aduersario, ne accedat, se non passurum, vt accedat. Si his verbis nihil proficit, licet aduersarium submouere omnibus missilibus, quibus homines à nobis arceri possunt. Id lapide fieri posse indicatur *in dict. leg. scientiam. §. qui cum aliter. D. ad leg. Aquil.* Quare & aliis telis potest, potest & ense, non vt illum imperat, sed vt ensem venienti opponat.

Vnde † intelligimus, id quoque falsum esse, quod in glossa positum est, ad moderationem inculpatæ tutelæ non posse 7
nos armis vti, nisi armis impetamur. Si sine armis aduersarium inuadentem prohibere non possumus, ne ad nos perueniat, recte armis vtimur, cum aliter nos tueri non possumus. Non obstat, quod dicitur, arma armis defendere licere. *leg. 1. §. vim vi. leg. 3. §. eum igitur. D. eo.* Non enim hoc ita dicitur, quia aduersus inermem non liceat omnino nos armis defendere, si quid ad tutelam necesse sit, sed quia non semper licet. Non enim semper est necesse, ceterum aduersus arma semper armis vti licet.

Ex † his quæsitum est, si quis aduersus vim, quæ infertur, 8
fuga sibi consulere potuit, & nihilominus restitit, an videatur moderationem inculpatæ tutelæ excessisse. Mouet, quod aliter sibi consulere potuit, quam resistendo, vt sic non videatur ad superiorem definitionem pertinere. Sed non dubium est ex hac lege, quin iure faciat, qui non fugit. Perspicuum est enim hic permitti propulsare vim ad defendendam possessionem. Non defendit autem possessionem, qui deserta possessione fugit. Permittitur igitur possessione & loco suo consistere, & ibi vim propulsare. Nihil ad rem pertinet, quod potuit aduersus vim se tueri aliter, quam resistendo, nempe fugiendo. Hoc enim vere dicitur, si de persona tantum tuenda agatur, cui fuga consulere possumus. Sed si de loco etiam tuendo agitur, hunc tueri, nisi in eo consistendo, non possumus. Nunc autem hac lege potestas fit & personæ nostræ, & loci, quem iure obtinemus, tuendi.

L. 2. & tres sequentes.

Iidem AA. & CC. Alexandro.

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si nec tum vtilis annus excessit, certissimi iuris est: & heredes teneri in tantum, quantum ad eos peruenit. S. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Aduersus vim illatam quæ remedia iure prodita.*
2 *Interdictum* vnde vi *competere solum vi deiecto, & deijci solum, qui ante vere possederit.*
3 *Interdictum* vnde vi *solum intra annum vtilem, non continuum datur, quis annus vtilis, quis continuus.*
4 *Interdictum* vnde vi *aduersus quos.*
5 *Cuius rei gratia.*
6 *Prædonem rebus peremtis non secus, atque exstantibus interdicto* vnde vi *teneri.*

7 *Dubitatum, an idem sit, si res intra tempora iudicati perierint: & idem esse.*

8 *Condemnatum, qui ante sententiam moram fecit, etiam intra tempora iudicati moram facere perseuerare.*

9 *Quod dicitur, nullam ibi moram fieri, vbi propter exceptionem pati non potest, ad exceptionem dilatoriam iudicati non pertinere.*

10 *Condemnati in quadruplum, tripluin, aut duplum singulare ius esse, vt re principali intra tempus iudicati peremta, eius rei nomine liberentur.*

11 *Quid, si res eodem modo apud actorem peritura fuerit?*

12 *Interdictum vnde vi pœnale esse, eoque nec vltra annum, neque in heredes dari.*

13 *Quomodo probari possint res, quæ ibi fuerunt, vnde quis deiectus est.*

14 *Fructus in hoc interdictum venire, & qui.*

15 *Eum, qui deiectus est, ex interdicto sine vlla exceptione restituendum.*

1 ADuersus † vim, quæ nobis facta est, qua de possessione deiecti sumus, non vi agitur, vt supra, ad recuperandam possessionem, quam amisimus, sed idoneis iudiciis ad eam rem vindicandam constitutis. quod genus remedij alterum est, quod aduersus vim propositum esse supra *ad l.*1. diximus. Estque id remedium ordinarij iuris, quo de rebus ad nos pertinentibus licet tãtum iudicio experiri. *l. negantes. sup. de obl. & act. leg.*1. *sup. de exsec. rei iudic.* De vi agitur & criminaliter, & ciuiliter. Criminaliter accusatione, & pœna constituta lege Iulia tam de vi publica, id est, armata, quam de vi priuata, id est, ea, quæ fit sine armis, vt indicatur *in leg. 4. hic.* de quibus legibus est cautum *in §. item lex Iulia de vi publica. Inst. de pub. iud.* item *D. & C. ad leg. Iul. de vi publ. & priuat.* Ciuiliter. cum de re pecuniaria agitur, iudiciis in eam rem constitutis, partim ex edicto prætoris, partim ex constitutionibus. Ex edicto prætoris est interdictũ *vnde vi*, de quo est inscriptio huius tituli. Interdictum proponitur *l.*1. *in pr. ff. eo.* Nunc loco interdicti agitur actionibus ciuilibus, vt declaratur *in l.*2. *& d. l.*4. *hic.* qua de re diximus *ad l. pen. & vlt. sup. de interd.* Ex constitutionibus actio est condictio ex lege, ex *l. si quis in tantam. inf. hoc tit.* Natura interdicti *vnde vi*, siue eius actionis, qua loco interdicti vtimur, declaratur maxime his quatuor rescriptis seqq. quæ ob eam caussam coniungi oportet. Huius interdicti natura quatuor his in locis spectatur, qui nobis in his rescriptis obseruandi sunt: *Cui detur, Intra quod tempus, Aduersus quos, Tum cuius rei gratia.*

2 Datur † ei, qui vi deiectus est, *l.* 1. §. 1. *ff. eo. l.*2. *in prin. l.*4. *in pr. hic.* Hoc verbo, *deiectus*, tacite cõtinetur, non ad alium pertinere hoc interdictum, quam qui ex eo loco pulsus est, quem prius possidebat vel naturaliter, id est, tanquam prædo, vel ciuiliter, id est, iuste. Horum enim vterq; tenet rem animo dominantis. Is autem deiici intelligitur, qui ita possidet, *leg.*1. §. *deijcitur. §. interdictum autem. ff. eod.* Proinde cum colonus, aut inquilinus non possideat, si vel ille de agro, vel hic deiiciatur de ædibus, hoc interdicto non quod impunitum sit, si isti deiiciãtur, sed quia ex hac deiectione interdictum ipsis dominis competit, non colono, aut inquilino, *d. l.*1. §. *deijcitur. & l. vlt. ff. eo.* Quippe domini per colonum, aut inquilinum possident, §. *possidere. Instit. de interd.* Ita fit, vt istis deiectis in ipsorum persona videantur domini deiici. Hoc eodem ex verbo intelligimus non competere hoc interdictum, nisi ei, qui de rebus soli deiectus est: rebus autem mobilibus ereptis, huic interdicto locum non esse, *l.*1. §. 2. *& seq. ff. eod.* Non enim deiicitur de loco, nisi qui in loco consistit. Non consistimus autem, nisi in re, quæ non mouetur.

Non est satis, quem deiectum esse, vt sit interdicto locus: vi deiectum esse oportet. Sic enim verba sunt interdicti, vnde vi tu illum deiecisti, *l.*1. *in pr. & §.* 2. *ff. eo.* Idem expresse *in l.*2. *& 4. in prin. hic.* Huc referri debet *l. inuasor. inf. hoc tit.* vbi cauetur, ne inuasor aliter teneatur pœna legitima, quam si vi inuaserit, quia scilicet olim non aduersus alios pœna legitima fuit constituta, siue intelligatur vindicta criminis, siue pœna priuata, quam persequamur interdicto *vnde vi.* Hodie secus est in specie *l. vlt. inf. hoc tit.* Sed id ius postea secutum est, quo *& l. inuasor.* & priora iura immutantur, vt illic dicemus.

3 Datur † hoc interdictum intra annum, & eum vtilem, *l.*1. *in pr. & §. annus. ff. eo. l.*2. *hic.* Annus vtilis opponitur cõtinuo, *l vlt. sup. de dol.* Vterq; annus dicitur, quia constat trecentis sexaginta quinq; diebus vt est anni dimensio: *leg. anniculus non statim. D. de verb. sign.* Hoc interest, quod continuus superioribus diebus constat continuis, vtilis constat solum vtilibus, intellige ad agendum, id est, iis, quibus actor experiundi cum aduersario potestatem habet, quod explicatur *in l.*1. *ff. de diuer. tem. præs.* Vnde in edictis prætores hunc annum ita circũlocutione efferre solebant: intra annũ, quo primum experiundi potestas erit, vt patet ex his locis, *l.*1. *in fi. ff. ex quib. caus. mai. iuncta l. vlt. sup. de temp. in integ. rest. & l.*4. *ff. vi bon. rap. l.* 1. *ff. de incen. ruin. nauf.* Sed intra annum tantum datur hoc interdictum de iis rebis, quæ ad inuasorem non peruenerunt, de iis, quę peruenerunt, actio perpetua, *l.*1. *in pr. ff. eo.* Hęc de actionibus prętoriis definitio tradita *in l. in honorarijs. D. de obl. & act.*

Datur † interdictum aduersus eum, qui ipse, aut cuius familia deiecit, vt est interdicto expressum, & declaratur *in l.*1. §. *ait prætor. D. eo.* Quis deiecisse intelligatur, explicatur *in d. l.* 1. §. *ait prætor. D. eo.* Datur præterea & aduersus heredes eius, qui vi deiecit, sed quatenus ad eos peruenit, vt traditur *in l.*1. §. *vlt. & l.* 2. *ibidẽ.* Vnde intelligimus, si quid ad heredes non peruenit, eos hoc interdicto non teneri. scilicet quia hoc interdictum pœnale est, vt ex restitutione interdicti intelligitur. Ita pertinet ad eam regulã iuris, qua efficitur, ex maleficiis pœnales actiones in heredes non dari, §.1. *Inst. de per. & tem. act.* Sed si quid ad eos peruenit ex maleficio, tenentur. Placuit enim semper iniusta lucra heredibus extorqueri, *l.*1. §. *vlt. l.*2 *& 3. in princ. D. eo. l. in heredem. D. de. calum.* 4

Datur † interdictũ huius rei gratia, vt si quid amissum est, deiecto restituatur, *l.*1. §. *nõ solum. D. eod.* Quod his verbis expressum est *in l.*4. *hoc tit.* vt dicatur ei, qui deiectus est, caussam omnẽ præstari oportere id enim verbo caussæ significatur, vt declaratur, *d.* §. *non solum.* Hac restitutione tria continentur. Primum res ipsa, à qua deiecti sumus, vt restituatur, §. *recuperanda. Inst. de interd.* Secũdo loco omnia, quæ ibi fuerunt, cum deiiciebamur. Ibi, id est, in toto eo fundo, & totis ædibus, vnde deiecti sumus, *l.* 1. *in princ. & §. ibi. D. eod.* Quid † ergo, si ista, quæ ibi fuerunt, postea perierint? Placet eum, qui deiecit, teneri nihilominus earum rerũ nomine, *l.*1. §. *rectissime. D. eod.* hac ratione, quod vt fur, sic prædo ex ipso tẽpore delicti moram facere, atq; adeo plusquã frustrator, debitor esse intelligitur, *l. penult. D. eod. l. in re.* §. 1. *l. vlt. D. de con. fur.* Est autẽ certi iuris constitutio, moram perpetuare obligationem, & quod idem est, si res debita post moram perierit, debitoris detrimẽto esse, vt non aliter teneatur perpetuo, quam si res exstaret, *l. si seruum.* 91. § *sequitur. l. si ex legati.* 23. *l. nemo.* 82. §. 1. *D. de verbor. obl. l. quod te. D. si cert. petat.* Quid † si, postquam is, qui deiecit, cõdemnatus est, res perierit intra tempora iudicati actionis, an ne sic quidem reus liberabitur? Nascitur hinc dubitatio. Quia enim perpetuo moram facit inuasor, ideo consequens est superioribus eum perpetuo teneri: idq; ita scriptum *in d. l. vlt. ff. vnde vi.* Rursum videtur tradi *in leg. si cum exceptione.* §. *quid si homo. & seq. D. quod. met. caus.* reum in hac specie liberari. Quem tractatum, quia ad moræ periculum pertinet, licebit iis, quæ de moralibus scripsimus, adiicere. Sunt, qui putent, re intra tempora iudicati peremta, quod sine dolo malo & culpa debitoris factum sit, debitorem liberari, etiãsi hoc interdicto teneatur. Nam si hoc de eo dictũ est, qui actione, *quod metus caussa*, tenebatur, *in d. l. item si cum.* §. *quid si homo. quod met. caus.* par est idem & in hoc interdicto admitti, cum vtrumq; iudicium ex vi & maleficio nascatur. Sed quid hic argumentis est opus cum ibidem in extremo ista iudicia in hac specie comparẽtur? Nec caret hęc sententia defensione. Constat enim, si res perierit, cum debitor in mora non esset, eum liberari, *l si ex legati. D. de verbor. obl. l. quod te. ff. si cer. pet.* Nunc autem tempore iudicatis ad soluendum constituto, intra id tempus debitor moram facere nõ videtur. Nam sic est alia regula iuris, non videri in mora esse eum à quo propter exceptionẽ peti non potest. *l. lecta. ver. pen. ff. si cert. pet. l. nulla ff. de regul. iur.* Ego autem puto verissime dici, eum, qui ante rem iudicatam teneretur re peremta, multo magis cõdemnatum teneri oportere, quamuis res intra tempora iudicati perierit. Non enim vtiq; qui ante sententiam tenebatur, liberatur cõdemnatione, sed magis teneri incipit: siquidem pro vna actione duæ fiunt. Nam & vetus manet & noua nascitur iudicati. Deniq; iuxta regulam iuris, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt, quam si non esset, sed melior. *l. non solet. leg. nemo enim. seq. ff. de reg. iur.* Nec ad rem pertinet, quod iudicato tempus legitimum ad soluendum datum est. Nam hæc intercapedo debitori dilationem dare, nõ etiam lucrum adferre debet, vt est sententia Papiniani in *l.* 3. 1. *ref. ff. de vsur.* Afferret autem lucrum, si eum, qui prius tenebatur, liberaret re peremta. Neque † moueri debemus, quod re ante moram peremta, debitor liberetur. Nam & hoc in hac specie admittendum est. Sed intelligendũ est eum, qui ante rem iudicatam moram faciebat condmnatum multo magis facere, quamuis intra tempora iudicati. Quisquis enim

enim morã facere cœpit, is facere non desinit, nisi purgata mora. Non purgat autem, nisi qui rem debitam offert, *l. si seruum. §. sequitur. l. interdum. §. vlt. ff. de verb. obl.* neq; offert, qui ideo dilatione vtitur, ne offerat. Quare condemnatus moram facere, vt prius, non desinit. Sic fit, vt iuxta eandem regulam, re peremta, nihilominus teneatur.

9 Nam † quod dicitur eum moram non facere, à quo propter exceptionem peti nõ potest, ad ceteras omnes exceptiones pertinet, ad exceptionem iudicati dilationis non pertinet. non enim hæc ideo reo datur, quod in præsentia non debeat, sed quod cum debeat statim, tamen hoc spatium humanitatis caussa illi indulgetur, vt est *in l. si cum militi. §. vlt. ff. de com.* beneficia humanitatis caussa in alterius iniuriam concedi non solent. *l. nec auus. infr. de eman. lib.* Ex quo est illud superius Papiniani, legitimum iudicati faciendi tempus reo dilationem dare, non lucrum adferre consuesse. Multo minus aduersatur huic sententiæ exemplum actionis, *Quod metus caussa*, in qua diximus condemnatum re intra tempora iudicati peremta ab eius præstatione relaxari. *d. l. item si cum. §. quid si homo quod met. cau.*

10 Nam † significari ratione in eo iudicio receptum est, vt Vlpianus diserte illic ostendit. Id fieri nominatim ait, non quod res perierit intra tẽpora iudicati, sed quod propter facinus debitor tripli pœna satisfacere cogatur, qua pœna creditori abunde satisfactum est. Loquitur enim Vlpianus de eo, qui rem metu extortã restituere iussus, cum arbitrio non pareret, in quadruplum condemnatus est, vt est vis & potestas illius iudicij. Qua ex tatione perspicuum est recte colligi, quibus in iudiciis præter rem, quæ actori abest, non cõdemnatur reus in triplum, aut duplum, eum re debita peremta non liberari, ne res sua creditori pereat, cui aliunde non satisfit.

11 Quæritur † amplius hoc loco. quid enim si res, quæ periit, eodem modo apud actorẽ peritura fuerit, an nihilominus reus inuasor eo nomine tenebitur? Quæstio ex eo, quod duobus locis scriptum est, cum apud actorem eodem modo res peritura esset, debitorem liberari, si sine dolo & culpa eius perierit. *l. item si cum. §. quid si homo. in fi. ff. quod met. cau. l. si plures. §. vlt. ff. depositi.* Contra aliis locis, & si res natura perierit, veluti morte, quæ vitari nõ potest, nihilominus non debitorem teneri, si res post moram perierit. *leg. item si verberatum. §. vlt. ff. de rei vind. l. cum res. §. vlt. ff. de leg. 1.* De quo cum scripserim iam olim in cõmentario de mora, & pluribus *ad l. si ex legati. ff. de verb. obl.* ne actum agam, inde peti iubebo.

12 Illud † redeo, eum, qui vi alium de fundo, aut alio loco deiecit, teneri earum omnium rerum nomine, quæ ibi fuerunt, tam quæ ad eum non peruenerunt, quam quæ peruenerunt, & non exstãt. Inde apparet, hoc quoq; interdictum pœnam continere. *arg. in l. 1. §. si plures. ff. de eo per quem fact. erit.* Quam ob caussam hoc interdictũ neq; perpetuo, neq; in heredes dari, supra suis locis diximus.

13 Sed † cum dicamus omnia restituenda esse, quæ ibi fuerunt, vnde quis deiectus est, exsistit hoc loco illa difficultas, quomodo probari possit, quę res ibi fuerint. Non enim videtur facile posse: vbi quis scilicet repente deiectus est, neq; ad cognitionem earũ rerum testes adhiberi potuerunt, vt res videatur propemodum eo redire, quasi reus de iis rebus nec teneatur. Sed aduersus hanc difficultatem remedium comparatum est, de quo *in l. si quando inf.*
14 *hoc tit.* Tertium † continetur superiore restitutione, positum in iis rebus, quæ non fuerunt tũc, cum quis deiectus est; hi sunt fructus, de quibus *in l. 4. hic.* Percepti primũ, etiamsi inhoneste percepti sint *l. ancillarum. in fin. ff. de pet. her.* Deinde & qui percipi potuerunt, dummodo honeste. *l. fructus. ff. de rei vin. l. generaliter. ff. de vsur.* In quo si quæritur, vtrum spectari oporteat, à quo fructus percipi potuit, eumne, qui deiecerit, an eum, qui deiectus est: certa regula vtimur, spectari debere actorem, seu eum fructum, qui percipi ab auctore potuerit, vt est *in leg. 4. hic. l. si nauis. §. vlt. ff. de rei vindic.*

15 Atq; hæc vis & potestas est interdicti *vnde vi.* Sed † *an, qui hoc interdicto tenetur, nulla exceptione & defensione tueri se potest, quo minus ea restituat*, quæ supra diximus? Et placet nulla vti posse. *§. recuperandæ Inst. de interd.* Id esse interpretor, quod dicitur *in l. momentariæ. inf. hoc tit.* interdictum *vnde vi* mox audiri debere, vt illis pluribus exponemus. Quod si verum est, apparet eum, qui vi alium de possessione deiecit, sibi possessionẽ iure defendere non posse, cum sit aduersus eum interdictum, quo rem sine exceptione retinere cogatur. Quod est æquissimum, tum vt vis prohibeatur, tum vt is, qui malo more deiectus, primo quoq; tempore in integrum restituatur. *l. 1. §. 1. ff. eo.* hinc pendet. *l. 3. hoc loco.*

L. Meminerit. 6.

Imppp. Grat. Valentinia. & Theod. AAA. Potito P. V.

Meminerint cuncti, siue vulgato rescripto mansuetudinis nostræ, siue sententia cuiuslibet iudicis vtantur in caussis, conueniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actores ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuabuntur.

§ Sin autem habito plerumq; colludio, curatores, vel tutores minorum his rem debitam ea occasione peruadant, vt pupillis, vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur: his eatenus subuenimus, vt eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: Sed illico quidem possessio ei, à quo est ablata, reddatur: Curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur. Dat. 9. April. Antonino & Syagrio Coss. 382.

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*

2 *Hæc lex quid adijciat decreto D. Marci, quod exstat in* leg. exstat. D. quod met cau.

Vulgato rescripto Principis, & sententia iudicis vti, quid sit in principio huius legis: & quid vulgatum rescriptum. ibidem.

3 *Inde iniuriarum occasionem nasci non debere, vnde iura nascuntur, quam sententiam habeat, & quid in hac lege ad rem pertineat hæc ratio.*

4 *Colludium, collusio quid, & quam in tutoribus ac curatoribus de rebus ad minores pertinentibus coercenda.*

QVi rem alienam sine vi, sua auctoritate tamen inuaserunt, aduersus eos duæ sunt hoc titulo constitutiones. Vna aduersus eos, qui rem alienam non sibi debitam, possessoribus vacuam, occuparunt: ea est *l. vlt. inf.*

Altera † aduersus eos, qui rem alienam sibi debitã & à domi- I
nis possessam ignorantibus dominis occupant: ea est hoc loco, cuius hæc est sententia. Qui rem sibi debitam sine vi, sua tamen auctoritate non conuentis & consentientibus iis, ad quos ea res pertinet, occupauit, is ius crediti amittit, etiamsi in ea caussa aut rescripto principis vtatur, aut alicuius iudicis sentẽtia. Si tutores, aut curatores minorum, rem minoribus debitam eodem modo occuparint, collusione cũ aduersariis interposita, vt eo facto minores iure suo excederent, id factum minoribus non nocebit, tãtumq; hi hactenus tenebuntur, vt quod inde ad eos peruenerit, restituant. Tutores autem & curatores ita coercentur, non vt ius crediti amittant, quod nullum habuerunt, sed vt propter improbam collusionem in necem minorum instructam deportentur, & simul eorum bona publicentur. Agi hac constitutione de re, quam quis sibi debitam occupauit, intelligimus ex posteriore parte constitutionis, vbi pœna constituitur aduersus tutores & curatores, qui rem minoribus debitam inuaserũt. Nam initium ab extremo non distinguitur rebus occupatis, sed personis occupantium. Initio enim agitur de iis, qui sibi occupant. In extremo de iis, qui occupant nomine minorum. Pertinere constitutionẽ ad eos, qui rem occupãt sine vi, non conuentis iis, ad quos ea res pertinet, illa verba declarant, *conueniendos dominos locorum esse*, & quæ sequuntur. Hanc autem pœnam constitui, vt qui ita rem occupauit, ius crediti amittat, illa verba, satis aperte significant, quibus cauetur, *vt qui præceptum huius legis impleri neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuentur.* hęc enim verba plane idem exprimunt.

Ergo † initio huius constitutionis cõfirmatur vetus illud de- 1
cretum D. Marci, quo ius supra à nobis comprehensum constitutum est, exstatq; in *l. exstat. ff. quod met. cau.* Neq; ideo hæc constitutio otiosa est. Nam duo eadem hac constitutione adiiciũtur: vnum confirmandi illius decreti caussa, alterum augendi. Primũ hoc adiicitur, *eum, qui, vti supra scriptum est, rem sibi debitam occupauerit, ius crediti amittere, etiamsi in ea caussa ad repetitionem & persecutionem rei suæ vtatur vulgato rescripto principis, atque adeo alicuius iudicis sententia.* Sensus est, *nihil prodesse ei, si principem de iure suo*

consuluerit, & rescriptum retulerit, quo princeps respondebat, eum rem sibi debitam recepturum. Quod rescriptum hic vulgatum appellatur, quia vulgatum & vsitatum erat litigatoribus principem de iure suo consulere: ac consulentibus reddebātur huiusmodi rescripta: qualia sunt ea, quibus hic totus Codex est refertus. Adde nihil ei prodesse, si cū aduersario egerit, & aduersarius sit cōdemnatus de re debita præstanda, restituendaue. Quorū tamen vtrumq; cōtra existimari poterat. Nam is certo iure vti videtur, qui auctoritate principis vtitur, cū principis sit ius constituere. *l. 1. ff. de const. princ.* Ei autē, qui iam aduersarium suum condēnauit, nihil videtur deesse ad iuris sui certitudinē, atq; adeo persecutionē. Vtrumq; hac constitutione remouetur, & merito, quia princeps rescripto suo de iure respōdet. relinquitur facti quæstio cuius disceptatio & exsecutio per iudicem transigitur. Et cum princeps rescribit, *rem tibi debitam recipies.* hoc sic accipitur, *recipies eo modo, quo oportet, siue consueto iure recipies.* Est autem vsitata ratio iuris nostri tuendi, vt iudicio agatur, vis absit, *d. l. exstat. ff. quod met. cau. l. negantes. sup. de ob. & act.* Et quod ad sententiam attinet, etiam post sententiam deest exsecutio rei iudicatæ, quæ nō priuatis, sed iudici permittitur, ad quam obtinendam nihil amplius tribuitur litigatori, qui sententiam obtinuit, quam actio iudicati. *l. miles in fin. ff. de re iud.* Hæc est illa actio, per quam in hac constitutione iubentur conuenirī domini rerum, aut dominorum actores, procuratore sue. Ceterū qui litigator contemta iudicati actione sua auctoritate aut rem, de qua agitur, occupat, aut pignora capit, aut capta distrahit, is perinde tenetur, quasi nullam sententiam obtinuisset. *d. l. miles. §. qui iudicati. ff. de re iud.*

3 Cuius † ratio hæc reddita est hac constitutione, quod non debeat iniuriarum occasio inde nasci, vnde iura nascuntur. Porro ex responsione principis, omniq; sententia iudicis iura nascuntur. Sunt enim ista comparata, vt ius, quod est de re quaque, declaretur, & constituatur, vt secundum ea ius nostrum nobis obtinere liceat. Non deber igitur ex his nasci iniuria. Est autem genus iniuriæ, id est, eius, quod contra ius fiat, vim adhibere, & sibi in sua re ius dicere, *d. leg. exstat ff. quod met. cauſſ.* Proinde hoc genus vis & iniuriæ ex superioribus rebus nasci non debet. Hoc igitur primum est, quod hac constitutione adiectum est ad confirmationem eius decreti, de quo supra diximus.

Etiam alterum adiectum est, quod est in pœna aduersus tutores & curatores constituta, qui rem minoribus debitam colludio habito, vt lex loquitur, occuparunt.

4 Colludium † collusio est. Colludere is dicitur, qui simulat se aduersarium aliquo facto se oppugnare, vt sibi vel aliis consulat, reuera autē concilio inito cum aduersariis id agit, vt eos oppugnet quibus consulere velle videbatur, aduersariis autem maxime cōsulat. *l. si perlusorio. ff. de appel. l. si suspecta. in pr. ff. de inof. test.* Vt in hoc facto tutorū accidit, qui res minoribus debitas inuadētes simulant se aliquid aduersariis velle eripere, quod ad minores transferant, reuera autem id agunt, vt hoc delicto minores rebus suis cadant, & sic ad veteres possessores transferantur iisq; cōfirmentur. Hoc genus est delicti, quod hac constitutione coercetur. Est enim in eo singulare improbitatis genus. Primum, quod tutores, vel curatores minores fidei & tutelę suæ commissos nefarie produnt. Deinde ad id factum adhibent collusionē cum aduersariis, scilicet cum maxime fraudant, id agentes, vt boni viri videantur. Quo genere iniustitiæ nulla esse detestabiliorem præclare à Cicerone scriptum est *lib. 1. Offi.* Ex quo intelligere licet, tutores, aut curatores si in re minorum inuadenda nullam talem collusionē adhibuerunt, pœna huius constitutionis non teneri. Et recte: neque enim sola occupatio rei debitæ, vt minoribus consulatur facta, deportatione & publicatione bonorū digna est. Argumentū est, quod ceteri, qui rem sibi debitam occupant, ista pœna nō tenētur, multo minus igitur tenebūtur tutores, qui officio aliquatenus functi sunt, dum volunt minoribus consulere. In hac tamē specie puto eos litem suam facere, & quo modo tenerentur minores, si ipsi occupassent, eodē modo tutores & curatores, quasi sibi occupassent, teneri debere. *l. non est ignotum. ff. de adm. tut.*

L. si quis in tantam. 7.

Imppp. Valentin. Theod. & Arcad. AAA. ad Messianum Com. rerum priuatarum.

Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, vt possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrij violenter inuaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium eiusdem rei admittat. Si vero alienarum rerum possessionem inuasit: non solum eam possidētibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur. Dat. 17. Kalend. Iun. Treueris Timasio & Promoto Coss. 389.

SVMMARIA.

1 *Eum, qui violenter inuadit possessionem rerum apud alios constitutarum ante euentum iudicialis arbitrij hac lege coerceri: Inuadere quid.*
2 *Violenter quid.*
3 *Possessores qui.*
4 *Res omnes corporales hac lege contineri, etiam mobiles, incorporales non item.*
5 *Arbitrium iudiciale hic accipiendum iussum iudicis, quo fit potestas vbilibet, rem manu militari occupandi.*
6 *Qui rem suam vi inuasit, eum ex hac lege dominium non amittere ipso iure, sed solum sententia iudicis, à quo id peti oporteat, vt iubeat in actorem transferri.*
7 *Dominium rei occupatæ hac lege amissum adijci non fisco, sed priuato, cui res erepta est, aut qui vi deiectus est.*
Sic pœnas omnes pecuniarias, quæ nominatim lege non applicantur fisco ibidem.
8 *Qui rem alienam vi inuasit, præter damnum actionis, etiam eum æstimationem subire non possessionis ablatæ, sed ipsius corporis rei.*
9 *Ad dominium, aut æstimationem rei petendam, itemq; ad possessionem ablatam recuperandam esse ex hac constitutione condictionem ex lege, neq; vnius petitione alteram consumi.*
10 *Hac lege non teneri, qui dolo carent: patrem filio, patronum liberto: magistratum iure officij rem occupantem, priuatum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam aufert.*
11 *Etiam fœminas teneri hac lege.*
12 *Iuris errorem aduersus hanc legem nullis prodesse.*
13 *Teneri hac lege etiam eos, quibus rerum suarum alienatio interdicta est.*
14 *Exceptos filiosfamilias, qui de bonis suis aduentitiis quem deiecerint.*

ADuersis vim, quæ illata est, præter interdictum *Vnde vi*, etiam priuatam actionem esse diximus ex hac constitutione. In qua expendendum est, quid coerceatur, & quæ sit delicti, de quo agitur, pœna.

Delictum † eiusmodi est, Coercetur, qui inuasit. Inuadere est rem ab illo non traditam auctoritate sua occupare. Itaq; hoc verbo remouentur ij, qui possessionis controuersiam tantum nobis faciunt, dum nos re nostra vti libere non sinūt. nihil enim isti occupant. Aduersus hoc est interdictum *vti possidetis*, aut *vtrubi*, *§. retinenda. Inst. de interd.* Remouentur & illi, qui vim adhibuerūt, sed vim, non qua ipsi rem occuparent, sed qua dominum, aut possessorem cogerent, vt sibi res traderetur. Tenentur hi actione quod metus caussa, *l. 1. & tot. tit. quod met. caus.* Vulgo appellant priorem vim turbatiuam, posteriorem compulsiuam.

Addit constitutio, *qui inuasit violenter*, † Is violenter, seu vi inuadit, qui vetere possessore deiecto rem occupat. *l. 1. §. vi possidere D. vnde vi.* Itaq; qui ignorante domino, aut possessore rem occupauit, hac constitutione non tenetur, sed pertinet ad *l. meminerint. sup.* aut ad *l. vlt. inf. loc tit.* Quod sic accipiendum est, nisi is, qui ab initio clam occupauit, reuertentem dominum, aut veterem possessorem non admittat. Nam hoc facto clam possidere desinit, & incipit vi possidere. *l. clam. in fi. & l. seq. ff. de acq. poss.* quod ad hanc constitutionem pertinet.

Ait, *Qui inuasit possessionem.* † Is possessionem inuadit, qui ipse non possidens rem quæ ab alio possidetur, occupat. Qui autem possidet, & rem, quæ corpore ab alio detinetur, occupat, is detentionem inuadere dici potest, possessionem non potest, sed magis possessionem, quæ apud se fuit, retinere. Hinc iudicari potest de eo, qui rem à se depositam, aut commodatam, depositario, aut commodatario vi eripuit, item de eo locatore, qui aut inquilinū eiecit ex ædibus, aut colonum ex fundo, nempe hos omnes hac constitutione non teneri. Nam neque depositarius, neque commodatarius, neq; colonus, aut inquilinus possident, sed dominus per eos, *§. possidere. Institut. de interd.* Hinc quoque intelligi potest, quid

quid iudicandum sit de proprietario, qui fructuarium expulit ex fundo fructuario, & eum frui non patitur. Apparet hunc quoque proprietarium hac constitutione non teneri. Nam fructuarius non possidet, non magis, quam superiores. Proprietarius est, qui possidet, §. *idem placet. Inst. per quas pers. nob. acquir. l. sciendum. §. eum vero D. qui satisd. cog.* Non obstat, quod fructuario interdictum *vnde vi* competit, si proprietarius eum frui non patiatur, *l. 3. §. vnde vi. D. eod* Hoc enim non ideo fit, quia fructuarius deiectus sit de possessione quam prius habuerit: sed quia aduersarius non patiatur eum vti frui. Et ideo in *d. §. vnde vi.* dicitur interdictum *vnde vi* necessarium fuisse fructuario, id est, necesse fuisse et speciatim proponere hoc interdictum, quod non fuisset necesse, si fructuarius possideret, & dici posset de fundo deiectus, quia verbis interdicti satis deiecto cōsulitur. Nihil etiam ad rem pertinet, quod fructuarius dicitur naturaliter possidere, *l. naturaliter. ff. de acq. poss.* Nam hoc naturaliter valet corporaliter: quod significat eū proprie possidere, se tenere tantum. In re autem dubia à verbis legis recedi non oportet, *l. 1. §. licet. vers. in re. ff. de exer. act.* & præsertim cum de pœna agitur. Nam pœnæ legum interpretatione molliendæ potius sunt, quam exasperandæ, *leg. interpretatione. ff. de pœn.* Huc pertinet, quod dicitur, odia non esse interpretatione adiuuanda, *l. cum quidam, D de lib. & post.* vnde regula iuris Pontificij, *in c. odia. extr. de reg. iur.*

4 Ait cōstitutio, *rerum apud alios constitutarum.* Rerum † dixit generaliter, non distinguens, mobiles essent, an immobiles. Ex quo intellectum est, hac constitutione teneri omnes, qui rem quamlibet inuaserunt etiam mobilem. quod positum est *in §. pen. Inst. de vi bon. rap.* Hinc quæsitum est, *an hac constitutione teneatur, qui possessionē iuris alieni occupauit, puta seruitutis.* Vt si dominus, qui iter debet per fundum suum, prohibeat viaduersariū eo itinere vti: aut si proprietarius, qui vsumfructum debet, fructuarium à fundo eiiciat, eumq; vti frui prohibeat. Et perspicuum est hunc non teneri: non quod non teneretur, si istarum rerum possessionem inuadere posset: sed quod earum rerū nulla est possessio, quam inuadat. De vsufructuario iam supra dixi: De eo, qui prohibetur itinere sibi constituto vti patam est huius iuris possessionem non ieuadi, quia res incorporales non possidentur, nisi abusiue, *l. seruus, §. incorporales, D. de acq. rer. dom.* Deinde dominus, qui vsum huius prohibet, nihil possidere intelligitur, eoq; nullius rei possessionem sibi inuadere. Is enim inuadit possessionem, qui occupatam sibi tenet. Postremo etsi inuaderet possessionem itineris, non tamen inuadit possessionem rei apud alium constitutæ. Qui enim iter per fundum debet, is nihilominus fundum apud se constitutum habet.

5 Addit constitutio: *ante aduentum iudicialis arbitrij.* Hic † arbitriū iudicis accipere debemus, non quamuis sententiam iudicis de re controuersa, non quemuis eius iussum, sed arbitrium & iussum de re, de qua in hac constitutione agitur, id est, arbitrium, quo iudex pro potestate iudicis potestatem facit rei, de qua controuersia est, vi occupandæ. Pro potestate autem iudicis facere intelligitur, cum in rei vindicatione possessor rem restituere iussus iudici non paret. Nam si reus rem possideat, licet iudici manu militari rem transferre, *l. qui restituere, D. de rei vind.* Hinc colligimus, si quis ante arbitrium & sententiam iudicis de re controuersa restituenda, rem sua auctoritate occupet, contra controuersiam hac cōstitutone teneri. Idem esse probandum est etiamsi quis obtinuerit sententiam & arbitrium iudicis, quos aduersarius iubetur rē restituere. Nam hæc sententia actorem non excusat, si sua auctoritate rem, de qua agitur, occupauit, vt dixi *ad l. meminerint. supra.* Sed etsi magistratus iusserit rem alienam occupari, si id fecit caussa non cognita, deniq; non pro officio & iure magistratus: hæc sententia & arbitrium neq; magistratui patrocinatur, neq; inuadenti, qui iniusto arbitrio vtitur, *arg. l. 3. D quod met. caus. l. nec magistratibus. D. de iniur.* Idq; consentaneum est verbis huius constitutionis, quæ arbitrium exigit: sed iudiciale, id est, conueniens iudici. Summa est hæc: qui rem, quæ ab alio possidetur, vel vi eripit mobilem, vel immobilem occupat vetere possessore deiecto, si id auctoritate legitima magistratus non facit, hac constitutione tenetur.

Habemus delictum, quod coercetur, & eum, qui coercetur. Pœna constitutionis hæc est. Primum qui rem inuasit, sine exceptione rem restituere cogitur: quod est cum interdicto *vnde vi* commune. Deinde, quod est proprium huius constitutionis, si dominus fuit: iubetur dominium amittere. Quo loco duo quæsita sunt.

Primum, † *an qui inuasit, dominium iure suo amittat, an per iudicem duntaxat, iudice de eo sentētiam ferente.* Verius est, idq; vulgo placet, 6
solum per iudicem, non ea ratione, quæ illis redditur, quia constitutio ita scripta sit, vt dicat, *amittat in futurum*: non autē amittit, aut amisit (quod certe eius sententiæ nō idoneum argumentum est: cum ideo constitutioni necesse fuerit vti verbo futuri temporis, quia constitutio in admissum futurum concipiebatur, vt de eo etiam necesse fuerit pœnam futuram constituere) sed potius hoc argumento, quod constitutio eodem loco iubet eum, qui rē inuasit, simul & rem restituere & dominium rei amittere. Hæc enim cum vna oratione in vnam personam coniuncta sint: quod in altero membro intelligitur, necesse est etiam in altero intelligi. *arg. in l. 4. §. 1. D. de vulg. & pup. subst.* At cum iubemur rem restituere, intelligimus per iudicem. vis namq; prohibetur. *l. ex flat. D. quod met. caus.* Ergo & cum eodem contextu iubemur dominium amittere, hic quoq; per iudicem intelligere debemus. Quo admisso, consequens est, nisi à iudice peritum sit, vt qui rem inuasit dominium transferat, iudicem de eo statuere nihil posse. *leg. vlt. supra, de fideicomm. lib.* proinde etiam dominium apud inuasorem manere.

Illud notandum, inuasorem dominium amittere, si dominiū ad eum, cui res ablata est, transire possit. Quod si Iudęo mancipium Christianum ereptum sit, ideo qui inuasit, dominium nō amitteret Christiani mancipij, quia ad Iudæum transferri non potest. *l. 1. sup. ne Iud. Christ. mancip.* Sed pro domino reus, qui eripuit mancipium, æstimationem præstabit ex constitutione, quæ alterutrum præstare iubet.

Quod tamen apparet ita recte dici, siquidem dominiū ad eum redire debet, cui res erepta est. Hinc quæsitum † secundo loco, 7
id dominium cui adijci debeat, vtrum fisco, an priuato, cui erepta res est, aut qui deiectus est? Dicēdum est priuato, ad quod confirmandum recte adhibetur *l. vlt. D. de litig. l. pen. sup. de leg.* Et generaliter definiemus, cum aduersus delictum pœna pecuniaria infligitur, neque nominatim applicatur fisco, toties pœnam priuato tribui in solatium iniuriæ & damni, quod passus est, *d. leg. vlt. D. de litig.* Quod satis probatur argumento earum pœnarum, quæ constituuntur aduersus raptores, fures, & qui vim intulerunt, quæ omnes certo iure iis, qui vim & furtum passi sunt, præstantur.

Quod si is, † qui rem inuasit, dominus non sit, iubetur æstimationem ipsius rei possessori præstare, vel vt sunt verba constitutionis, æstimationem ipsarum rerum. Quæ verba diligenter expendenda sunt, vt intelligamus, non sic præstari æstimationem possessionis, quæ possessori ablata est, vt scilicet æstimetur, quanti interfit eius ipsum possedisse, sed æstimationē ipsius corporis, etiamsi is, à quo res occupata est, nullo modo dominus fuerit, sed prædo. Hoc contra fit in interdicto *vti possideris* aduersus eum, qui alienam possessionem turbauit, *l. pen. in fin. D. vti poss.* item in actione *quod metus caussa* aduersus eum, qui vim fecit, vt sibi possessio fundi traderetur, *leg. si mulier. §. qui possessionem. D. quod met. caus.* Sed hoc ius nouum est, quod vt in maiore delicto pœnam grauiorem constituit. Pœnam supra scriptam actione consequimur.

Et † cum hic noua obligatio constituatur, neq; cautum sit, qua 9
actione experiamur, constat ex lege agendum, seu in eam rem condictionem esse ex lege, *l. vnica, de condict. ex leg.* Hęc possessori, cui possessio ablata est, datur his verbis, *restituat possessori.* Datur & recuperandæ possessionis nomine, & pœnæ, quam diximus, persequendæ: proinde duarum rerum diuersarum caussa. Ex quo intelligitur, vnius rei condictione alterius condictionem non consumi, *l. si pro fure. §. 1. D. de cond. fur.* Itaq; qui prius de possessione egit solum, non prohibebitur postea petere, vt dominium in se transferatur, aut sibi æstimatio rei præstetur. Quinetiam si is, cui possessio ablata est, vltro possessionem receperit sine iudice, non prohibebitur tamen pœnam postea persequi, quia qui delicto suo in pœnam postea incidit, is vt pœnitentia sua non mutat delictum, sic nec teneri desinit, *l. qui ea mente. D. de furt.*

Etsi autem constitutio hæc generaliter scripta sit aduersus omnem, qui vi possessionem inuasit: sunt tamen quatuor ordines eorum, quos putamus hac lege non teneri.

Primum † non tenentur omnes, qui intellectu & dolo carent, 10
quo in numero sunt furiosus, *l. Diuus. D. de off. præs.* item infans, & qui infantię proximus est, *§. in summa. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Secundo loco non tenentur parens filio, patronus liberto. Nam hi certo iure non tenentur liberis, aut libertis vlla actione,

quæ iniuriæ, aut doli, aut vis habeat mentionem, propter honorem natura his debitũ, *l. parens. & 2. seqq. D. de obseq. par. & pat. præst.* Nec ad rem pertinet, quod hæc constitutio neminẽ excipit. hæc enim regula nobis tenenda est in omni interpretatione legum, quoties vna aliqua lex de toto genere in vniuersum scripta est, & alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari, *l. in toto iure, D. de reg. iur.* id est, speciem generali constitutione non contineri. Hæc constitutio est de omnibus inuadentibus: species inuasorum sunt, pater, patronus. Proinde si quid de his proprii iuris constitutum est, ad generalem constitutionem non pertinet. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod hæc constitutio generalis posterior est: illo iure de parentibus & patronis constituto. Nam & hoc in iure est, posteriores leges ad priores referri, si contrariæ non sint, *leg. sed & posteriores. D. de legib.* Proinde priores sic accipi debere, quasi posteriores de prioribus cogitassent, easq; confirmassent, aut quasi priores postea essent secutæ. Tertio loco ad hanc constitutionem non pertinent magistratus, qui iure officij, quo funguntur, possessionem à reo occupant, & in actionem transferunt. Hoc enim iure fit, & quod fit iure, pœnam non meretur, *leg. 3. D. quod met. caus. l. nec magistratibus. D. de minor. l. Gracchus. infr. ad leg. Iul. de adult.* Eadem in caussa priuatos haberi oportet, qui auctoritate iudicis possessionem occuparunt: quod ipsum verbis huius constitutionis effici videtur. Postremo recte vulgo putant, non teneri pœna huius legis eum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam abstulit. *argumento l. ait prætor. §. si debitorem. D. quæ in fraud. cred.* Quod & ipsum ex sententia huius legis satis colligitur, cum aduentum arbitrij iudicis exspectari iubet. Hinc enim intelligitur, constitutionem ad eas caussas non pertinere, in quibus permittitur sine iudice se defendere. Licet autem toties, quoties post vulnus acceptum non licet remedium adhibere *l. 1. supr. quan. lic. sine iud. se def.*

His exceptis, sic statuemus de omnibus, de quibus hoc loco quæsitum est: quicunq; rem vi inuaserint, quæ ab alio possidetur, omnes in hanc constitutionem incidere sine exceptione sexus, ætatis, conditionis, beneficij à lege tributi. De quibusdam tamẽ
11 dubitatum est. Primum † de fœmina, quoniã constitutio ita scripta est. *si quis, non si qua.* Sed res hæc decisa est iure certo *l. hoc verbum, si quis. 1. l. pronuntiatio. in pr. D. de verb. sign.* nempe in omnibus legibus hoc verbum, *si quis*, tam fœminas, quam masculos continere. quod vel maxime admittendum est in hac lege ex legis sententia. Nam hic est constitutio in odium sexus virilis, sed ad delictum coercendum lata. Hoc delictum maius in fœmina inuadẽte, quam in masculo, quia illa inuadens, præterquam quod delinquit, quod fit illi cum aliis inuasoribus commune, etiam facit eõtra modestiam & pudicitiam sexui congruentem. Magis igitur ex sententia legislatoris delictum in ea coercendum.

12 Deinde dubitatum est † de iis personis, quibus permittitur in iure errare, in quo genere sunt minores, fœminæ, milites item rustici. *leg. regula. D. de iur. & fact. ignor. leg. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Nam hoc iure posito licere supra scriptis personis hoc ius & certa ignorare, effici videtur, eas, si quid aduersus hanc constitutionem commiserint, non teneri. Sed sciendum est, nullorum delictis iuris errorem patrocinari, si quid in faciendo deliquerint, non negligendo, quod indicatur *in dict. l. regula, in pr. de iur. & fact. ignor.*

Postremo † dubitatum est de iis, quibus prohibitum est, res
13 suas alienare, quo in numero sunt minores 25. annis, *l. 1. D. de reb. eor. l. lex, quæ, supr. de adm. tut.* itẽ prodigus, cui bonis interdictũ est, *D. l. 1. de cur. fur. l. is cui bonis. D. de verb. ob.* item filiusfamilias in bonis aduentitiis, *l. vlt. §. filiis. supr. de bon. quæ lib.* Ac de his dubitandi caussa ex eo, quod hac constitutione, qui rem inuasit, dominium suæ rei amittit, & alienat, aut etiam æstimationem rei de suo præstat, quod isti superioribus legibus facere prohibentur. Sed recte sentiunt, qui existimant, istos omnes hac cõstitutione teneri, si rem inuaserunt. Neq; impedimur iis legibus, quæ istis personis alienationem rerum interdicunt. Interdicitur enim alienatio voluntaria, non etiam necessaria. *l. 1. D. de fun. dot. l. alienationes. D. famil. erc.* Ea autem, de qua hic agitur necessaria est. Primo enim liberum fuit non inuadere. Postquam inuaseris, hæc necessitas lege imponitur, vt alienes, sed & illud iure imponitur, vt delictum coerceatur. Non incommode etiam in istis personis respondeatur hoc modo: plane superioribus legibus prohiberi istas personas, ne alienent. Nunc autem ex hac constitutione eas non alienare, sed legem, pro qua sententia facit, quod dicitur *in l. 1. D. de auct. tut.* in iis, quæ fiunt, spectari debere, quod principaliter fit, non quod per consequentiã. Principaliter hic delinquitur: per consequentiam fit, vt res alienetur. Itaque & de prodigo hocius probandum est, qui minoribus curatorem habentibus comparatur. *l. si curatorem, supr. de in integ. rest. min.* Obiiciet tamen fortasse aliquis, quod est de prodigo *in l. hi, qui. §. 1. D. de tut. & cur. dat.* prodigum furioso comparari in bonorum alienatione. Sed hoc dictum est de prodigo, cum volens alienat, non cum inuitus facit. Et sane in proposito, cum prodigus rem inuadit, non hoc animo est, vt rem alienet, sed vt sibi acquirat.

Recte † tamen iudicare mihi videtur Bartolus, qui putat, ad 14
hanc regulam non pertinere filiosfamilias, qui possessionem de bonis suis aduentitiis deiecerunt, aut rem alicui eripuerũt: deniq; eos bonorum suorum aduentitiorum dominium non ideo amittere, hac ratione, quia quod interdicitur illis, ne alienent aduentitia, non magis ipso, cum caussa constituitur, quam parentum, ad quos filiis mortuis peculium aduentitium pleno iure redit. Neque vero delictum filij ipsis nocere, & rem eis in alquem casum destinatam illis auferre debet, in quam sententiam ille recte vti videtur *arg: l. sed si alia. D. de bon. dam. l. Statius. §. vlt. D. de iur. fisc.*

Ad L. Momentariæ. 8.

Impp. Arcad. & Honor. AA. Pasiphilo.

Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel priuatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur, Datum 6. Idib. Iul. Mediolani, Olybrio & Probrino Coss. 395.

SVMMARIA.

1 *Momentariam possessionem recte dici omnem, quæ obtinetur ex quauis interdicto: & cur ita dicta.*
2 *Momentariæ possessionis interdictum in hac lege non aliud dici, quam interdictum* vnde vi.
3 *Interdictum* vnde vi *cur per excellentiam dictum interdictum momentariæ possessionis.*
4 *Mox restituendum, qui deiectus est, id est statim, & sine exceptione.*
5 *Aliud interdictum fuisse olim de vi publica, quæ fit hominibus coactis & armatis: aliud de vi priuata & quotidiana, quæ fit sine armis, differentiam hac lege maxime sublatam.*
6 *Interdictum* vnde vi *non semper ad vim publicam pertinere, vel priuatam, quam hic significationem habeat.*
7 *In interdicto* vnde vi *vim obijcientem in crimen se inscribere ad pœnam talionis non cogi.*
8 *Deiecto interdictum esse etiam ei, qui prius aduersarium deiecisset, neque hic locum habere, quod dicitur paria delicta mutua compensatione tolli.*

MOmentarię possessionis interdictum, quod hic appellatur, sunt, qui interpretentur omne interdictum: nõ tantum recuperandæ possessionis, *Vnde vi*, sed etiam adipiscendæ & retinẽdæ, vt sit sententia: *Omne interdictum, siue sit adipiscendæ, siue recuperandæ, siue retinendæ possessionis, mox transigi debere.*

Et certe † in omnibus interdictis de possessione momentaria 1
agi videtur, quia omni interdicto ea possessio obtinetur, quæ apud victorem momẽto manet: nempe eo vsq;, donec iudicio petitorio de proprietate agatur, quo vti non prohibetur is, qui de possessione victus est, *l. vn. sup. si de mom. poss. fuer. appel.*

Sed † multa sunt, quæ hanc reputationem repudient. Primum 2
rescripti verba. Dicitur enim hic *interdictum*, non *interdicta*, vt species vna certa notetur. Additur, *momentariæ possessionis*, quo significatur, esse quædam interdicta non momentariæ possessionis, vt si quis diceret, *interdictum recuperandæ possessionis, aut actionem rei persequendæ caussæ*: intelligeremus ideo dici quia esset aliquod interdictum non recuperandæ possessionis, actio aliqua non rei persequendæ caussa. Denique si hic omnia interdicta intelligebantur, ita scribi oportuit: *Interdictum omne, quod non semper ad vim pertinet, mox audiri meretur.* Iam vero in ea constitutione vnde hoc fragmentum sumtum est, quæ exstat in Codice Theodosiano, *libr. 2. tit. 1. lib. 8.* interdictum momentariæ possessionis intelli-

intelligitur tantum interdictum *Vnde vi*. Consulebantur enim Imperatores à Pasiphilo, cuius erat iurisdictio de caussis criminalibus, an de caussis priuatis & pecuniariis cognoscere interpellatus posset & deberet, si in his aliqua species criminis versaretur & ob id quærebatur, an momentariæ etiam possessionis interdictum proponi apud eũ posset, ita vt mox audiri mereretur. Quæ quæstio interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis conuenire non potest, in quibus crimen non versatur. Postremo huius ipsius loci sententia repugnat, quo minus de interdictis adipiscendæ & retinẽdæ possessionis interpretemur. Nam quod dicitur, interdictum & momentariæ possessionis mereri audiri, interdũ etiam sine inscriptione, nullo modo potest his interdictis conuenire, in quibus nullum crimẽ est. Proinde nulla accusatio: ob eamq; caussam nulla inscriptio in crimen. Stulte enim constitueretur id, de quo dubitari non potest, *l. Domitius, D. qui test. fac. poss.* Absurde etiam constitueretur interdum ista audiri debere sine inscriptione, quasi aliquando cum inscriptione audiri deberet: quod falsum est. Vbi enim nulla accusatio est, illic inscriptionem locum habere non posse constat. *l. vlt. infr. de accus.*

Ex his apparet momentariæ possessionis interdictum hic intelligendum esse interdictum *Vnde vi*, in quo crimen vis versatur.

3 Sed † cur hoc præcipue dictum momentariæ possessionis, cũ & ex ceteris quæcunque possessio est, ea sit momentaria, vt qua constituta, nihilominus integra proprietatis caussa seruetur, vt est *in l. vnica. sup. si de mon. poss. fuer. app.* Eo fit, quia in ceteris interdictis solum tunc proprie possessio est momẽtaria, cum ex his iam obtinetur: quæ autem adhuc in petitione est & persecutione interdicti, non item. in interdicto autem *Vnde vi*, vtroque tempore recte dicitur momentaria, & quo iam recepta est, quod est cum ceteris interdictis commune, & quo de ea adhuc controuersia est ex interdicto: quia momento & summatim res transigitur. Nam in ceteris interdictis reo competunt suæ exceptiones aduersus interdictum, vt, in interdicto *Vti possidetis*, hæc exceptio est aduersus eum, qui agit: Nisi ille à reo vi, clam, aut precario possidea, *l. 1. §. vlt. D. vti poss.* In interdicto, *Quod legatorum* est hæc exceptio: Nisi legatarius satisfecerit, *l. 1. §. pen. D. quod leg.* Idemq; in aliis interdictis similibus licet obseruare. In interdicto autem *Vnde vi*, qui deiectus est, sine exceptione restitui debet. Hinc vere & præcipue interdictum momentariæ possessionis.

De hoc interdicto duo hic constituuntur. Primum hoc interdictum † audiri mox debere. Mox valere confestim & sine mora.
4 Id sic interpretamur, *sine vlla exceptione*, vt scilicet qui deiecit, statim restituere debeat eum, qui deiectus est in eum locum, vnde deiecit, quamuis hic prius illum vi deiecisset, aut clam ab illo, vel precario possideret. Hæc sententia iuris posita est *in §. recuperanda, Inst. de interd.* Conuenit etiam verbis huius loci. Proinde quin huic loco recte à nobis aptetur, dubitari non potest. Sed hic quæret aliquis, si interdictum *Vnde vi*, iam olim fuit momentariæ possessionis, & id ita interpretamur, fuisse eius possessionis, de qua statim & sine exceptione cognosci potuerit, quid opus fuerit hac constitutione. Et ex iure antiquo id facile intelligi poterit.

5 Sciendum † est olim aliam fuisse caussam, si quis alium deiecisset vi publica, id est, hominibus coactis & armatis, aliam si vi priuata, id est, sine armis, quæ etiam vis quotidiana dicebatur, quia & inferretur à priuatis, & moribus inferri soleret, teste Cicerone *in orat. pro Cæcin.* Si quis vim publicam fecisset, huic nulla erat exceptio aduersus interdictum, quin eum, quem deiecerat, eo, vnde deiecerat, restitueret sine vlla exceptione. Ei autem, qui vim priuatam & sine armis fecisset, competebat hæc exceptio, nisi ii, qui deiectus est, à reo vi aut clam, aut precario possideret, vt Cicero in eadem oratione docet: quod & ab aliis eruditis viris annotatum est, vt Duareno *lib. 1. Disp. c. 20.* Eguin. Barone, *ad initium huius tit. D.* Hoc ius ita valuit temporibus Ciceronis, vt peruenerit etiam ad tempora Vlpiani & Pauli, quod hæc fragmenta probant, de vi publica, *l. sed si vi armata. D. de vi & vi ar.* de vi priuata & sine armis, *leg. §. qui à me, & l. cum fundum, illic, non enim ab ipso. D. eo.* Postea hoc ius immutatum est, & obtinuit, vt etiam qui sine armis aliũ deiecisset, eum, qui deiectus est, siue exceptione restitueret, quamuis ab aduersario prius deiectus esset, aut aduersarius prius clam ab ipso, aut precario possideret. Hoc ius primum constitutum videtur à Constantino *in l. si quis. infr. ad l. Iul. de vi publ.* vbi hæc verba sunt: *si quis vim possidenti intulerit, vt ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta de crimine quæratur.* Sed tamen restabat adhuc hæc dubitatio, an ea constitutio generaliter scripta ad vim priuatam pertineret. Hæc dubitatio hac constitutione sublata est. qua cauetur interdictum *Vnde vi* mox audiri debere, non tantum si ad vim publicam pertineat, sed etiam si ad priuatam.

Id enim † significant illa verba: *interdum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel priuatam.* Est enim hic sensus: interdictum quod non semper ad vim armatam pertinet, aut semper ad priuatam, sed interdum ad publicam, interdum ad priuatam, mox audiri meretur: vt scilicet sine vlla exceptione ad vtramque vim pertineat, siue de hac, siue de alia agatur. Ex quo iam dubitari non oportet, quin quod *in §. recuperanda, Institut. de interd.* generaliter secundum verba scriptum est, eum, qui deiectus est, sine exceptione restitui debere eo, vnde deiectus est: id etiam re & sententia generaliter accipi debeat ex hoc loco de vi vtraque. Altera † adiicitur hac constitutione: hoc idem interdictum etiam sine inscriptione interdum audiri debere. 7
Interdum dicunt Imperatores, quia si is, qui interdicto agit de re pecuniaria & sua, idem criminaliter agat de vi: eum ex forma vsitata iuris se in crimen inscribere oportet. de quo iure est *in leg. vlt. infr. de accus. l. libellorum. l. si cui crimen. D. de accus.* Quod si qui interdicto experitur, idem criminaliter non agat de vi: quantumuis interdicto vim obiiciat aduersario, tamen se in id crimen inscribere ad pœnam talionis subeundam non cogitur, quoniam ciuiliter agitur, non criminaliter, vt patet ex supra scriptis.

Illud monendi sumus, † quod supra dictum est, *si à te sim deiectus, deinde ego te deijciam ex interuallo, me tibi teneri interdicto* Vnde vi sine vlla exceptione, quamuis à me vi possideas: id non eo pertinere, vt tu mihi vim impune feceris. Nam & mihi interdictum *Vnde vi* aduersus te competit, quo possessionem mihi restituere cogeris. Vnde quæsitum est, videatur ne id contrarium ei sententiæ iuris, qua placet paria delicta mutua compensatione tolli: vt qui illa inuicem admiserunt, neuter aduersus alterum eo nomine actionem habeat. *l. si duo, D. de dol. leg. vero. D. sol. mat.* Respondeo, nihil hanc sententiam aduersari, nec ad hoc interdictum, de quo agimus, pertinere. Tunc enim verum est paria delicta mutua compensatione tolli, cum licet vtrinque ea delicta obiicere, vt sic in iudicio audiantur. At interdicto *Vnde vi*, tantum quæritur de vi eius, qui deiecit, non autem de vi eius, qui deiectus est, quoniam illi vim obiicere ad defensionem non licet: quo fit, vt mutua vis accusatio in hoc iudicium incidere non possit.

Ad L. Si quando. 9.

Imp. Zeno A. Sebastiano præfecto prætorio.

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, velinuasis, vel damno dato tempore impetus quæstio proponatur: si non potuerit, qui vim sustinuit, quæ perdidit, singula comprobare: taxatione à iudice facta pro personarum, atque negotij qualitate, sacramento æstimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei vltra taxationem à iudice factam iurare: & quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet. Datum. Idib. Decemb. Constantinopol. post consulat. Basil. II. & Armatij V. C. 476.

Summaria.

1 *Deiecto iuranti, quas res & cuius æstimationis habuerit in eo loco, vnde deiectus est, fidem hac lege haberi, & huius iuris æquitas.*
2 *Taxare iurisiurandi quantitatem iudici licere, idque faciendum pro personarum & negotij qualitate & horum vtrumq; quid sit.*

QVi dicit sibi res in eo loco fuisse, vnde deiectus est, & sibi eas periisse, secundum regulas iuris probare debet, ac nisi probet, reus absoluendus est *leg. 2. D. de prob. l. qui accusare. supr. de eden.* Porro idonea & legitima probatio ad id docendum est in testibus. non est idonea, si is, qui dicit, iuret ita esse aduersario non deferente *l. 3. in pr. D. de iureiur.* Veruntamen hoc genus probationis necessitas duabus in caussis admisit. Vna est, cum actor probauit rem sibi debitã fuisse, eaq; culpa debitoris periit. Nam tunc rei eius æstimatio, quæ ab actore iam facile probari non potest,

poteſt, eius iureiurando committitur, ne debitoris mora & culpa ei fraudi ſit *l. in actionibus. §. plane, D. de in lit. iur.*

1 Altera cauſſa eſt, † cum quis vim fecit in ædes, aut fundum alienum, & dicuntur in eo loco res mobiles fuiſſe, quæ perierint, de quibus is, qui deiectus eſt, dicat ſe probare non poſſe, quæ & cuius æſtimationis fuerint. De hac ſpecie eſt hæc conſtitutio: qua cauetur, vt actori de quantitate & æſtimatione earum rerum iuranti fides habeatur. Quod æquiſſime conſtitutũ eſt. Quod enim generaliter traditur, neminem in ſua cauſſa iudicem, aut teſtem fieri debere, idq; initium eſſe, *l. vn. ſup. ne quis in ſua cau. iud. l. Iulian. ait D. de iud. l. nullus D. de teſtib.* ita verũ eſt, niſi culpa & vitio aduerſarij neceſſe ſit rem actoris iuriiurando committi. Quod in hac ſpecie accedit. neceſſe eſt enim id ita fieri, ſi volumus actorem ius ſuum cõſequi quod aduerſus vim quouis modo conſtitui æquiſſimum eſt. Primum, quia ipſa per ſe maleficia impunita eſſe non debent, *l. ita vulneratus. D. ad l. Aquil.* Deinde, quia ita ſtatui tunc fit æquius, cum periculum eſt, ne quis impune vim, aut damnũ patiatur, *l. ſi longius. §. 1. D de iud.* Ergo, vt ſupra propoſui, in his cauſſis hoc iuſiurãdum ad probationem neceſſitas induxit, ſine qua iniquiſſimum eſt cuiquam in re ſua, quamuis iurato, fidem haberi. Adiicitur hac lege, quod actor de æſtimatione earum rerum iurauerit, id iudicem ſequi oportere.

2 Sed quoniam † fieri poteſt, vt in immẽſum iuret, adiicitur eadem lege recte facturum iudicem, ſi cum audierit, quid actor dicat de illis rebus, quas ſibi periiſſe dicit, priuſquam iuſiurandum illi deferat, taxet iuriſiurandi quantitatem, ſeu modum ſtatuat, quem iureiurando non liceat excedere, ne in infinitum iuretur, quod iudici ſequi poſtea neceſſe eſſet. Hæc eadem de neceſſitate ſequendi iuriſiurandi, & de taxatione initio adhibenda, ex iure vetere ſunt, traduntur q; explicatius in *l. videamus. §. iurare, & §. ſeq. D. de in lit. iur.* quorum de vtroq; ad eum locum ſcripſimus. Adiicitur his, *iudicem æſtimationem taxaturum pro perſonarum & negotij qualitate.* Quod ſic interpretandum eſt, vt ſi pauper ſit, & dicat, *ſibi ſupellectilem auream & pretioſam ibi fuiſſe*: vel ſi locus anguſtus ſit, & dicat, *plura ibi fuiſſe, quam locus videbatur poſſe capere*, non audiatur.

Ad L. Non abs re. 10.

Imper. Zeno A. Sebaſtiano præfecto prætorio.

Non abs re eſt, quemadmodum poſſeſſionis alienæ inuaſores, tam vetus, quam præſens ſacra conſtitutio cenſuit eſſe puniendos: ita nec conductoribus, & poſſeſſionis alienæ detentoribus impune procedere, ſi locatoribus forte vel poſſeſſionem rerum ſuarum, quam apud alios precario modo eſſe conceſſerant, recuperare ſecundum leges volentibus, cum nulla ſibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint reſiſtendum: & non protinus, id eſt, non exſpectato iudiciorum ordine, alienam poſſeſſionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namq; iubemus pro tanta ſuæ iniquitatis impudentia, ſi cognitionis iudicariæ euentu fuerint condemnati: rei, cuius poſſeſſionem ſponte reſtituere vſque ad definitiuam ſententiam minime paſſi ſunt, æſtimationem victrici parti vna cum ipſa re præbere compelli. Datum V. Cal. April. Conſtant. Theodoric. & Venantio Coſſ. 484.

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*
2 *Generalem hanc conſtitutionem eſſe pertinentem non ad conductores tantum, & precario poſſidentes, ſed ad depoſitarios, commodatarios, & omnes alienæ poſſeſſionis detentores.*
3 *Conſtitutio hæc ſolum vtilis in rebus ſoli.*
4 *Rei acceptæ recuſandæ interdum iuſtas cauſſas eſſe, ex his recuſantem reddere pœna huius legis non teneri.*
L. ſi quis conductionis. C. de loc. & con. *expoſita ibid.*
5 *Eum, qui rem iudicato denegatam ante ſententiam reſtituit ad hanc legem non pertinere.*
6 *Eos, qui res ſuas repetunt ab iniuſtis detentoribus, recte petere vna cum re etiam rei æſtimationem, & iudicem ita condemnare reum poſſe & debere, et ſi æſtimatio debeatur ſub conditione, ſi reus rem ante ſententiam non reſtituerit.*

QVi † rem ab alio acceptam eius nomine poſſident, quales ſunt conductores, & qui rem precario acceperunt, hi quãuis repoſcenti rem non reddant, ac propterea inuito eo, à quo acceperunt, detineant, non tamen dici poſſunt rem inuaſiſſe, quam ab initio volente domino acceperunt, & quem poſtea aditu ediũ, aut fundi locati non prohibuerunt, eo etiam pœnam *leg. ſi quis in tantam.* non incidunt. Placuit tamen hac conſtitutione eos eadẽ pœna afficiendos eſſe, ſi modo hæc concurrant: vt & ſine iuſta cauſſa recuſent rem reſtituere iis, à quibus acceperunt, & præterea iudicio conuenti in ea recuſatione perſeuerent vſq; ad ſententiam definitiuam, id eſt, eo vſq;, donec ſententia iudicis de re reſtituenda condemnentur. Hanc autẽ improbæ recuſationis pœnam ferũt, vt vna cum re etiã æſtimationem rei reddere compellantur. Quæ plane pœna eſt aduerſus inuaſores rei alienæ conſtituta in *d. l. ſi quis in tantam.* Vnde facile intelligitur, veterem conſtitutionem, quæ in principio huius legis nominatur & confirmatur, eſſe illam ipſam *leg. ſi quis in tantam.*

Obſeruandũ † eſt, hanc pœnam conſtitui nominatim aduerſus 2
cõductores, & eos, qui precario acceperunt, vt & *in l. conductores, ſup. de loc. & cond.* Quid ſi erit is, qui rem cõmodatam, aut depoſitã acceperit, quã eadem improbitate recuſet reddere? Dicemus & hunc hac conſtitutione teneri, & omnes omnino, qui ſunt in poſſeſſione alienæ rei, quam à poſſeſſore acceperint. Etſi enim conductores & qui precario acceperunt, ſpecialiter nominẽtur, tamen exempli cauſſa id fit. Nam alioqui generalis conſtitutio eſt in illis vurbis, quæ ſunt in principio, *ita nec cõductoribus, & poſſeſſionis alienæ detentoribus.* Sed ideo & de depoſitario & de commodatario nihil his conſtitutionibus exprimitur, quia ſi quis rem mobilem ſibi commodatam, aut apud ſe depoſitam repoſcenti etiã extra iudicium non reddit, eius rei furtum facit, *l. ſi ſacculum. D. depoſit. l. 3. ſup. depoſ. §. placuit. Inſtit. de obl. quæ ex del.* Et ita ſtatim in duplicem pœnam incidit, vt merito neq; litis conteſtatio, neq; alia ſententia ſit exſpectanda ad hanc pœnam perſequendam, neque minor pœna deſideranda, vbi maior ſuppetit.

Quamobrem † hæc conſtitutio ſolum vtilis eſt in rebus ſoli: 3
quarum contrectatione furtum non committitur *§. quod autem. Inſt. de vſuc.* Idcirco præcipue de conductoribus rerum ſoli, & de iis, qui precario eas detinent, hic exempla poſita ſunt.

Pœna conſtitutionis habet duas has conditiones. Vna eſt, ſi quis repoſcẽti reddere rem recuſet ſine iuſta cauſſa. Quod eo additũ eſt, † quia iuſtæ & probabiles cauſſæ eſſe poſſunt recuſandi, 4
l. colonos, in fi. D. eo. l. ſi quis rem. in fi. D. de acq. poſſ. Cuius generis eſt, ſi is, qui conduxit, aut precario accepit, dicat ſe eius rei dominũ eſſe. Nam neq; precarium, neq; conductio rei noſtræ conſiſtit, vt proinde qui dominus eſt, neq; precario, neq; ex locato teneatur, *leg. neque pignus. D. de reg. iur. l. qui rem, D. dep. l. qui rem. ſupr. de loc. & cond.* Non obſtat, quod *in l. ſi quis conductionis. ſupr. de loc. & con.* dicitur, ſi quis conductionis titulo rem acceperit, eum prius debere poſſeſſionem reſtituere, & tunc de proprietate litigare. Hoc enim ita interpretandum eſt, ſi de poſſeſſione agatur, quod fit ex interdicto, aut actione ex cauſſa interdicti. §. *retinendæ §. poſſidere Inſtitut. de interd.* Tunc enim prius de poſſeſſione lis dicenda eſt, deinde quærendum de proprietate. Diuerſum eſt, ſi ex locato agatur ad rem conductam recipiendam. Nam hac actione dominus nõn tenetur certo iure, *d. l. qui rem, D. dep.* Tales ſunt cauſſæ conductoribus, ſi nondum finito tempore conductionis res repetatur, dum illi mercedem ſoluerint, *l. 3. ſup. de loc. & cond.* Item, ſi quas illi impenſas vtiles in rem conductam fecerint, quo nomine non tantum retentione vti poſſunt, ſed & vltro actionem ex conducto habent, *l. dominus, §. 1. l. penul. in prin. D. loc.* Altera † conditio adiicitur, ſi ſupra ſcriptæ perſonæ in ea recuſatione vſq; ad ſententiam perſeuerauerint. Vnde intelligimus, ſi pœnitentia acta rem ante ſententiam reſtituerint, eos, pœna huius legis non teneri. Itaque hic pœnam non inficiatione & contrectatione alienæ conſtitutam eſſe, ſed improbæ & contumaci recuſationi. 5

Quod de pœna ſcriptum eſt in fine legis, conductores ſcilicet ſupraſcriptos vna cum re etiam rei æſtimationem præſtare compelli, puto hanc ſententiam habere ex perpetuo iudiciorum more, vt compelli debeant ſententia iudicis, qui & ad rei æſtimationem, & ad rei reſtitutionem condemnabit.

Quo † loco quæſitum eſt, *vtrum eodem iudicio & eadem ſententia iudicis id fieri poſſit, an vero condemnato conductore ad rei reſtitutionem, nouo iudicio & noua petitione ſit opus ad rei æſtimationem conſequendam?* Quin nouo iudicio æſtimatio peti poſſit, ſi forte priore 6

iudicio

iudicio reus in rem cōdemnatus non sit, dubitare non debemus. Nam cum sit hac constitutione noua obligatio de æstimatione constituta, intelligimus etiam petitionem, nempe conditionem ex lege, de ea esse constituram, *l.vnic.D.de cond.ex leg.* Quocirca & ea separatim vti possumus cumq; sint duarum rerum petitiones, vna rei, altera æstimationis, nunquam vna alteram consumit, *l.si pro fure.§.1.de cond.fur.* Sed hoc dubitatur, quod dixi, apud quem de rei restitutione agitur, possitne is eadem sententia rerum & de restituenda re condemnare, & præterea in eius rei æstimationem. Verba huius constitutionis significant, iudicem eadem sententia id facere posse. Non enim potest conductor compelli rei æstimationem præstare vna cum re, nisi eodem tempore atq; eadem sententia, eodemq; iudicio id fiat. Sed rursum ius videtur id vetare, non enim potest iudex conductorem condemnare in rei æstimationem, nisi id petitum sit, *l.vt fundus.D.com.diuid.l.vlt.sup. de fideic.libert.* Iam vero hæc æstimatio ab initio in iudicium deduci non potest. Vetat enim ius id peti, quod sub conditione debeatur, ne iudicium sit in pendenti, *l.non quemadmodum.D.de iud.* At æstimatio rei, de qua hic agitur, debetur à conditore sub conditione, si is patiatur, se de re restituenda cōdemnari. Quo effici videtur, eam æstimationem pendente hac conditione peti non posse. Quod si verum est, nec de ea æstimatione iudex sententiam ferre potest, quapropter & ad eam petendam nouo iudicio erit opus. Nos de recepta sententia dicemus iudicem qui de re restituenda cognoscit, eadem sententia conductorem, & ad eam rem restituendam, & ad rei æstimationem cōdemnaturum, si actor ab initio id petierit. Quo minus autem id recte petat, eum iure non prohiberi. Nam quod dicitur, nihil peti posse pendente conditione, ad eam conditionem, de qua hic agitur, non pertinet. Sciendum est enim, eas conditiones pro conditionibus non esse habēdas, quæ ex iure tacite insunt, etiamsi non exprimantur, *l mutuo. §.1.D.de tutel.l.heredis.l.cum sine.§.1.D.quan.di.leg. ced.* Multo minus etiā pro conditionibus habentur, quas certum est esse exstituras, *l.si pupillus.§.qui sub conditione. D. de nouat.* Talis autem ea conditio est, sub qua rei æstimatio à conductore hic debetur, si de re restituenda condemnatus erit. Hæc enim conditio inest iure, etiam si non exprimatur, & præterea talis est, vt iudice sententiam ferente de re restituenda omnino exsistat.

Ad L. vlt.

Imp. Iustinianus A Ioanni præfecto prætorio.

Cum quærebatur inter Illyricianam aduocationem, quid firi oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerūt, quia veteres leges nec Vnde vi, *interdictum, nec* quod vi, aut clam, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedēte, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquē alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem vsurpare, sancimus talem possessorem, vt prædonē intelligi, & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione cōtra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculū enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit. Omnes autem scire debēt, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione iamdudum veteribus legibus definita est, dicentibus: si quis alienam rem aduersus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur his videlicet, quæ super recipienda possessione à nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detēta est, 30.ann.excesserint curricula. Dat. 13. Cal. Nou. Constant. post consul. Lampadij & Orestis VV.CC. anno secundo, 532.*

SVMMARIA.

1 *Sententia legis sigillatim verbis legis confirmata.*
2 *Vacua possessio occupata quæ hic intelligatur.*
3 *Rem suam, quæ à nullo tenebatur, qui sine vi occupauit, eum nullo iure teneri.*
4 *Idem esse, si quis bona fide putet suam.*
5 *Teneri iurisdictione declarata legibus, pro teneri eo iure, quod ex legibus dici solet.*
6 *Aduersus eum, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupauit, pœnam hic statui eamdem, quæ vetus fuit ex interdicto* vnde vi *aduersus prædones.*
7 *Possessori veteri ex hac lege actionem esse, non domino, nisi & is possedit.*
8 *Pœnam aduersus eum, qui sine vi rem alienam immobilem occupasset, nullam fuisse veteribus legibus, ideo hanc legem fuisse necessariam, qua pœna induceretur.*

SEntentia est: qui † possessionem quamuis vacuam rei alienæ occupauit, quam intelligat ad se non pertinere, is tanquam prædo teneatur eo iure, quod veteribus legibus constitutum est de restituenda possessione aduersus prædones, qui rem vi inuaserunt. Dixi, *qui vacuam possessionem*, verba sunt in principio constitutionis. 1

Vacua † possessio proprie ea dicitur, quæ omnibus aliis iustis possessoribus & detentoribus vacua est, *l. 2.§.vlt.D.de act.emt.* sed nihilominus recte dicemus, hac lege teneri eum, qui rē ab iis vacuam, qui corpore rem tenerent, sine vi occupauit, tametsi à domino absente possessio eius rei animo retineretur, quod fit, cum quis exempli gratia ad nundinas profectus est nemine domi relicto. *l. clam.§.qui ad nundinas D.de acq.poss.* Nam si quis pœna & nomine prædonis dignus est, qui rem, quæ à nullo neq; teneretur, neq; possideretur, occupauit, multo magis eodem iure teneri debet, qui rem occupauit, quæ ab absente possidebatur, quamuis eam nemo corpore teneret. 2

Dixi † *possessionem rei alienæ*: quam lex initio vocat possessionem absentium. Hanc se intelligere indicat postea in illis verbis: *nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones.* Item illis, *ridiculum etenim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit.* Quare si quis suæ rei possessionem sine vi occupauit, cum res à nullo possideretur, is nullo iure tenetur. Merito: nulli enim quidquam detrahit, neque rem, neque possessionem. 3

Dixi, † quā intelligat ad se non pertinere. Verba sunt ex *versic. omnes autem.* Sane enim, qui iustam caussam habet, cur putet rem suam esse, is bona fide possidet, eoque pœna dignus non est. Pœna, quam dixi, expressa est in constitutione his verbis: *Sancimus talem possessorem, vt prædonem intelligi, & generali ea iurisdictione teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sit legibus.* 4

Teneri † ea iurisdictione dixit, pro *teneri eo iure*, quod constitutum veteribus legibus, ex his ipsis legibus dici solet. Quæritur, quodnam sit id ius, quod veteribus legibus sit cōstitutum aduersus prædones & inuasores pro restituenda possessione. Palam est, non intelligi *l.si quis in tantam.sup.eod.* cuius pœna non est pro restituenda possessione, sed de dominio amittendo, aut rei æstimatione præstanda. 5

Restat † igitur, vt interdictum *vnde vi* intelligatur, quo is, qui deiecto vetere possessore vacuam possessionem occupauit, tenetur, sitq; hæc sententia, eum, de quo agitur, teneri ex hac lege eodem modo, quo prædo, si cum eo ex interdicto *vnde vi* ageretur, vt scilicet nō solum rem restituat, quam inuasit, sed etiam omnia quæ vbi fuerunt, cum occuparet, quamuis ad eum non peruenerint. Et præterea vt de iis, quæ non peruenerunt, teneatur intra annum duntaxat, non etiam perpetuo, vt est ius de eo interdicto constitutum. *l.1.in pr.§.rectissime.& seq.ff.eo.l.2 sup.eod.* Non obest, quod scribitur in extremo huius legis, ea, quæ de recipiēda possessione hic constituta sunt à Iustiniano, locum habere intra triginta annos. Apparet enim hoc scriptum esse de possessione, quę peruenit ad eum, qui rem alienam occupauit, quia non recipitur, nisi quæ peruenit. De eo actio est perpetua etiam ex iure vetere *l.1.in pr.ff.vnde vi.* Sed hoc ita interpretatur Iustinianus ex posterioribus cōstitutionibus, dum actio non excedat triginta annos, *ex l.omnes.l.sicut.sup.de præsc.30.vel 40.an.* Quod ad eas res non pertinet, quæ ad eum, qui non occupauit, non peruenerunt. Erit ergo de his ius vetus, vt is, de quo agitur, de istis rebus intra annum duntaxat teneatur. Nam qui vere prædo est, quiq; vi rem inuasit, de his rebus, quæ ad eum non peruenerunt, non nisi intra annum tenetur. *leg 2.sup.hoc tit.* Multo minus qui vi non deiecit, sed tantum clam occupauit, tametsi pro prædone habeatur: de quo hæc lex lata est. 6 7 8

Eric

Erit † autem de his rebus actio, non domino, sed veteri posses-
7 sori, quoniam veteribus legibus possessores restituuntur. *l. 1. ff. eo.* Itaq; si vetus possessor dominus fuit, bene est: si non fuit, satis est, si pro domino rem tenuit: quod est possessoris. Deniq; cum is, qui rem inuasit, pro prædone habeatur, sequitur, vt eo iure, quod est de prædonibus, condemnetur. Quo iure fit, vt res veteri posses-
8 sori sine alia exceptione restituatur. Quæsitum † est, quid opus fuerit hac cōstitutione, cum tam multæ leges fuerint veteres aduersus eos, quis res alienas inuaserunt. Iustinianus initio constitutionis hoc diluit, dum si in hac specie pœnam constitutam volumus, negat res ad veteres leges pertinere. Et recte: nam qui rē sine vi occupauit, certum est eum neq; interdicto *vnde vi* teneri, neq; *l. si quis in tantum sup. h. t.* Sed etsi clam occupauerit, non tenetur tamen interdicto *quod vi, aut clam.* Propositum est enim id interdictum non aduersus eos, qui res alienas occupant, sed qui in rebus alienis aliquid vi, aut clam fecerunt. *l. 1. ff. quod vi, aut clam.* Proinde ad pœnam in hac specie constituendam noua constitutione fuit opus. Hic occurritur. At saltem iure vetere in hoc genere fuit rei vindicatio aduersus omnē, qui quoquomodo rem alienā quālibet occupasset. Cui bono igitur noua actio constituta? Hoc rursum diluit Iustinianus in extrema parte huius cōstitutionis, indicans ideo pœnam à se constitutā, quia vindicatio non sufficeret ad delictum coercendum. Delictum autem hic versari hoc ipso, quod quis rem alienam sciens inuito domino, quamuis ignorante, contrectaret, prope non minus, quam si sciēte eo aut vi contrectaret, argumento esse res mobiles, quibus inuito domino contrectatis, non minus furtum facere intelligitur is, qui clam domino rem contrectat, quam qui inuito domino rem eripuit. Idem igitur & in rebus immobilibus fuisse statuendum. Nō potuit autem in his esse furti pœna: quoniam in res soli furtum non cadit. §. *quod autem. Inst. de vsuc.* Ex quo vult intelligi hac constitutione opus fuisse. Ex his apparet vere scriptum esse *in l. inuasor. supra.* de re, quam quis sine vi occupasset, pœnam nullam esse. Hoc enim verum fuit, cum lex illa scribebatur. Hic pœna constituta est, sed hoc secutum postea ad veteris illius iuris emendationem, vt hic liquet. Itaq; quin sit lex contraria, dubitari non debet, vt appareat stulte facere eos, qui in his conciliandis laborant, quę Iustinianus voluit esse contraria hac lege, vt priora emendarentur. Neq; offendemur dicto Iustiniani, qui in hoc Codice, vt & in Digestis negat vllum cōtrarium esse, si quis rem subtiliter attendat, *l. 1. §. 1. l. 2. §. contrarium. sup. de vet. iur. enucl.* Hoc enim ab eo dictum est de iis constitutionibus, quæ nondum in Codice exstabant, non de quinquaginta eius decisionibus, quæ postea emendato Codici sunt insertæ, quas ad veteris iuris emendationem consulto compositas esse constat. *l. vnica. supr. de emend. Cod. Iustin.* Est autem hæc constitutio vna ex illis decisionibus, vt ex præfatione apparet: item ex subscriptione illa, *Post consulatum Lampadij & Orestis.*

AD TITVLVM V. COD. SI PER VIM, VEL ALIO MODO ABSENTIS perturbata sit possessio.

SVMMARIVM.

1 *Argumentum & sententia tituli.*

1 OCcupata aliena possessione, † cōsulitur superiore titulo maxime præsentibus: hoc titulo absentibus, quorum possessio occupata sit, siue per vim, siue alio modo turbetur. Per vim turbatur absentis possessio tunc maxime, cū deiicitur: ad hanc speciē pertinet *l. 1.* Turbatur & tunc, cum possidenti vis fit, quo minus illi re sua libere vti liceat: quæ species ad hunc titulum non pertinet, sed ad interdictum *vti possidetis*, quo de ea re agitur. *leg. 3. §. hoc interdictum. ff. vti poss.* Alio modo, quā per vim possessio turbatur, cum clam absentis sine vi res occupantur, quod fieri prohibetur *in l. vlt. hic.* vt appareat eam cōstitutionem ad hanc partem referri.

L. Iudices. 1.

Imp. Constantinus A. Seuero.

Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione priuati sunt, suscipiant in iure personas, & auctoritatis suæ formidabile ministerium obijciant: atque ita tueantur absentes, vt id solum diligenter inquirant, an eius, qui quolibet modo peregrinatur possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus, seu seruus quolibet titulo retinebat: nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio caussæ mandata sit, ab experiunda re secludant, nec si serui sint, eorum reijciant in iure personas, quia huiusmodi conditionis hominibus caussas perorare fas non sit. Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri conuenit: vt eos momentariæ perinde possessioni sine vlla cunctatione restituant, ac si aduersus dominos litigasset. Cui tamen domino quolibet tempore reuerso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus, quia fieri potest, vt restitutio propter seruos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quæ superesunt ad disceptationem litigij, immutilata permaneant: iudicio seruato iustis legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra præsentium violentiam subueniri. Datum 10. Kalend. Nouemb. Constantin. Constantino VIII. A. & Constante Cæsare III. Coss. 324.

SVMMARIA.

1 *Absentem deijci deiectis iis, qui ipsius nomine erant in possessione.*
2 *His, qui absentis nomine tenuerunt, deiectis actionem absentis nomine dari hac constitutione, non alijs.*
3 *Prioribus absentis nomine actionem dari omnimodo, nulla habita ratione mandati, satisdationisve, status personæ, aut temporis, intra quod agitur.*
4 *Et dominis reuersis quandoque actionem dari.*
5 *Restituta absenti ex hac lege possessione, nihilominus victo supresse proprietatis quæstionem.*
6 *Deiectis absentis nomine actionem dari: sed de possessione, non de rei proprietate.*

HAc lege consulitur absentibus qui sua possessione priuati
1 sunt, id est, quæ deiecti sunt.

Hic † statim subibit quærere, quomodo absens possessione sua priuari possit: neq; enim potest, nisi deiiciatur. *leg. naturaliter. ff. de vsurp. & vsuc.* Quomodo autē absens deiici potest, qui in eo loco non est, vnde eum deiectum dicimus? Et id fit hoc modo, si quis domi, aut in fundo reliquerit eos, qui absentis nomine rem tenerent, vt amicos, propinquos, seruum, colonum, inquilinum, & similes, & hi deiiciantur. Nam vti dominus per istos possidet, *l. vlt. sup. de acq. poss. §. possidere. Inst. de interd.* sic his deiectis, non ipsi, sed dominus per eos deiici intelligitur. *l. vlt. ff. vnde vi.* Ad hos absentes hęc constitutio pertinet, vt declarant illa verba: *Possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens*, & quæ sequuntur. Sunt autem huius constitutionis quatuor capita.

Primo capite † absenti deiecto, vt supra diximus, cōsulitur: vt
2 non tātum ei reuerso detur actio recuperandæ possessionis caussa, sed etiā eo absente, & ignorante detur iis, qui eius nomine tenentes deiecti sunt, illis verbis, quæ sunt ver. 2. *Non eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes.* Quo loco quæsitum est: *An alijs, qui absentis nomine rem non tenuerūt, agere liceat absentis nomine ad recuperandam possessionem.* Et non puto aliis dari, quam qui absentis nomine tenuerunt. Primum illa verba, *nec eos, qui deiecti sunt*, ad hos tantum pertinent: quæ ideo ad alias personas porrigi non debent. Est enim hic ius singulare constitutum contra rationem iuris. Proinde eiusmodi, quod ad consequentiam produci non debeat. *l. quod vero. & l. seq. ff. de legib.* Deinde si aliis actionem dabimus, fiet contra sententiam huius constitutionis, quæ absentibus consultum voluit, vt apparet ex illis verbis, quæ sunt in principio, *atque ita tueantur absentes.* Pessime autem absenti consulitur, si possessio eius alij permittitur, quam ei, cui dominus eius curam absens demandauit. Non obstat, quod in principio constitutionis iubentur iudices absentium, qui cuiuslibet rei posses-

possessione priuati sunt, suscipere in iure personas indefinite. Nam quas personas intelligat constitutio, postea declarat.

Vt †autem intelligeremus nouum hic constitui, & antea inusitatum, sic iis, qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, datur actio recuperandæ detentionis caussa, videtur sine vlla exceptione, omissa quæstione, an illis mandatum sit à domino, nec ne: an legitimam personam standi in iudicio habeant, an nõ habeant, & an intra tempora interdicto *vnde vi* constituta, agant, an secus. Primum non nocet eis, si forte à domino mandatum non habeatur. Hoc singulare, & præter rationem iuris communis. Nemo enim alieno nomine sine mandato domini agere potest: exceptis quibusdam personis, de quibus in edicto de procuratoribus comprehensum est *l. si pupilli. §. vlt. l. si autem. in pr. ff. de neg. gest. l. sed & hæ. ff. de procur.* Quo loco quæsitum est, an ii, qui sine mandato domini absentis agunt, saltem satisdare debeant, dominum, cum redierit, rem ratam habiturum. Vulgo placet satisdare debere, quia quæ personæ ex edicto sine mandato experiri possunt; ab his saltem hoc exigitur, vt caueant dominum rem ratam habiturum. *l. Pomponius in fi. ff. de procur.* Ego puto satisdare non debere, idque satis effici his verbis constitutionis: *Iudices ita tueantur absentes, vt id solum inquirant, an possessio absentis ablata sit.* Si solum hoc inquirendum est, vti non exigitur mandatum, sic nec satisdatio. Est etiam huius rei hoc argumentum; quod si satisdationem exigemus, faciemus manifeste contra voluntatem constitutionis; cur propositum fuit, vt statim possessio in suum statum restitueretur, & vt esset, qui absentis nomine id posset omnimodo consequi. At si ab agentibus satisdationem exigimus, aut nolent iudicium suscipere, quia se alieno nomine obligare nolent, aut non poterunt agere, quia non facile fideiussorem reperire poterunt, qui idem spondeat, quod ipsi. Sed & omnes ad hanc actionẽ admittuntur, puta etiam serui. Hoc quoque singulare. Nam iure cõmuni serui in iudicio consistere non possunt. *l. seruus sup. de iud.* Postremo quamuis qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, intra annum non egerint ad possessionem recuperandam, & eas res, quæ ibi fuerunt, cum deiiciebantur, nihilominus iubentur admitti. Hoc quoque singulare, & præter naturam interdicti vnde vi. *l. 2. sup. tit. prox.* Sed cur istis post annum agentibus negligentia sua non nocet, cum omnibus iuris error noceat, & multo magis contemtus *l. regula. & toto tit. ff. de iu. & fact. ig.* Hoc eo fit, quod de re deiectorum non agitur, sed de re absentium, quibus alienã negligentiam fraudi esse non oportet. Sed huic parti obiicitur *l. vlt. item. l. 1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* quibus in locis declaratur, cum hi, qui alieno nomine rem tenent, vt coloni, deiiciuntur, ipsos deiici non videri, sed dominos, ac proinde dominis solis interdictum competere. Cur igitur hac constitutione his actio recuperandæ possessionis caussa datur, cum ipsi deiecti non sint? Nempe quia non suo nomine agunt, sed absentium, qui vere sunt deiecti. Vnde in constitutione iubentur iudices tueri absentes. Et de iis, qui deiecti sunt, sic loquitur constitutio: *Nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes*: vt intelligamus, hic absentium caussam agi, non eorum, qui deiecti sunt corpore.

Secundum † caput huius constitutionis est in versic. *Cui tamẽ*
4 *domino.* Hoc capite etiam domino reuerso actio datur, quamuis post tempus interdicti constitutum redierit, quod & in iure vetere fuit. Nam annus, intra quem hoc interdictum competit, vtilis est. *l. 1. §. annus. ff. vnde vi.* Est autem vtilis, in quo non computentur ii dies, quibus absens agere non potuit. Sed ideo de eo in hac parte cautum est, ne putaremus eorum, qui possidentes deiecti sunt negligentiam dominis absentibus nocere, si forte ipsi de recuperanda possessione agere cœpissent, & destitissent.

5 Tertium † caput est in illis verbis, *sed reformato statu* huc pertinens, vt siue dominus reuersus, siue ii, qui absentis nomine possidebant, in possessionem restituti sint, omnia immutilata maneant, quæ supersunt ad litigii disceptationem. Quibus verbis significatur, sic superiores personas recuperare possessionem, vt tamẽ caussa proprietatis integra maneat aduersario: quæ sententia expressa est *in l. vnica. sup. si de mom. poss. su. app.* Appellat Constantius id, quod superest ad disceptationem litis; caussam proprietatis: id circo; quia caussa possessionis & proprietatis vna lis est, nempe sola proprietatis lis, cuius appendix & accessio tantum est caussa possessionis. Non enim agitur de possessione, nisi propter proprietatis controuersiam, vt sciatur in caussa proprietatis, vter sit petitor, vter possessor. *l. exitus. ff. de acq. poss. §. retinendæ. Inst. de interd.* Vnde vtriusque caussæ dicitur esse vna continentia *in l. nulli. sup. de iud.* Et iubetur vtriusque caussæ vnus iudex esse, quasi vnius litis iudex, *ibidem.* Postremum caput est in his verbis: *Iudicio seruato iustis legitimisque absentibus personis.*

Quod † & ipsum habet temperamentum superioris sententiæ 6
initio positæ, quo cauet Constantius, sic se iis, qui absentium nomine possidentes deiecti sunt, permittere actionem, vt tamẽ tãtum agere possint de possessione, quam tenebant: iudicium autem ipsum seruetur iustis & legitimis personis. Iudicium appellat κατ' ἐξοχὴν, iudicium proprietatis, quia hoc iudicium præcipuum & principale iudicium est, vt nominatur *in d. l. nulli. sup. de iud.* Legitimas personas vocat eas, ad quas ea res iure & legibus pertinet, de qua re agitur.

L. vlt. Nec imperiale.

Impp. Arcad. & Honor. AA. Petronio Vicario Hispaniarum.

Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innouare possessionis statum, eo, qui rem tenet, absente, permitti, quia negotiorum merita partium adsertione panduntur. Dat. 15. Kal. Ianua. Mediolani, Cæsario & Attico Coss. 397.

SVMMARIA.

1 *Nullius non conuicti & damnati possessionem occupare licere prætextu cuiusuis rescripti, aut sententiæ iudicis: & hoc quid sit.*
2 *Negotiorum merita partium adsertione pandi, quam sententiam habeat.*
3 *Rescriptum, aut sententia iudicis, cur nihil prosit ad possessionem absentis occupandam.*

VEtat hoc † rescriptum absentis non conuicti & damnati pos- 1
sessionem occupare prætextu cuiusuis rescripti, aut cuiusuis interlocutionis iudicis, quibus quis ad occupandam possessionẽ vtatur. Finge hoc modo: aliquem consuluisse Principem, narrasse se vi deiectum ab eo, qui nunc peregrinetur, petere; vt in possessionem restituatur: Imperatorem rescripsisse, cum consultor deiectus sit, eum possessionem fundi recepturum, vel, cum quis idẽ exposuisset iudici, & petiisset, vt restitueretur, iudicem pronuntiasse, & quod hic dicitur, interlocutum esse, vt petitor rediret in possessionem fundi sui, vt est species *in l. iudex. sup. comm. epistol.* Dicemur neutrum ex his prodesse debere ad inuadendam & turbandam absentis possessionem.

Ratio † redditur in hoc rescripto, quia negotiorum merita par- 2
tium assertione panduntur. Cuius hic est sensus: ideo superiora nihil prodesse eduersus absentem, quoniam illa ipsa hanc vim nõ habeant, vt aduersus absentem sine iudicio indicta caussa quidquam noui statuatur, quod ius fieri vetat. *l. negantes. sup. de obl. & act.* Ita semper caussæ cognitione opus esse, vt cognoscatur meritum negotii, id est, an is, qui petit, mereatur obtinere id, quod petit, & quia iustum sit, & quia verum. Vtrum autem iusta caussa sit, & meritum id obtinendi, partium, id est, litigatorum assertione & disceptatione intelligitur. Præsentem igitur oportet esse eum, aduersus quem quid statuere volumus.

Ideo † autem placet, rescriptum Principis nihil prodesse ad 3
occupandam possessionem absentis indicta caussa quia quidquid Princeps rescribit fieri debere, id ita rescribit, si verum sit, quod exponitur, qua de caussa & iudici adhuc cognoscendum relinquitur. Et quamuis Princeps sine caussæ cognitione aliquem absentem condemnaret: tamen rescripto stari non oporteret, quia est contra ius. *l. pen. de prec. Imp. off. l. vlt. & prope tot. tit. sup. si cont. ius vel vtil. publ.* Et quod ad interlocutionem iudicis attinet, certi iuris est, nullam interlocutionem iudicis caussa non cognita interpositam rei iudicatæ vim habere. *l. ex stipulatione. sup. de sent. & interl. d. l. iudex. supr. comminat. epistol.* Sententia non est absimilis ei quam exposuimus *in l. meminerint. sup. hoc tit.*

AD TITVLVM VI. COD. VTI POSSIDETIS.

SVMMARIVM.

1 *Interdicta retinendæ possessionis duo,* Vti possidetis *de rebus soli,* V-

trubi *de rebus mobilibus. Appellatio vnde, Vim vtriusque olim diuersam, nunc eandem: vt ex priore vtrumque intelligatur.*

1 VT sunt interdicta † ad possessionem obtinendam quam nõ habemus, siue eam nunc primũ adipisci volumus, siue recuperare, quã amisimus, quæ hactenus proposita sunt: ita sunt interdicta ad retinendam, quam habemus, ex quibus ordine id subiicitur; quod appellatur Vti possidetis. *l.1.§.est igitur.ff.eod.* Fuerunt autem retinendæ possessionis interdicta duo: *Vti possidetis, & Vtrubi.* prius de rebus soli: posterius de rebus mobilibus. §. *retinendæ. Inst. de interdict.* Nomina ex initiis interdictorum data similiter, vt & in superioribus interdictis fieri diximus, quod ex interdictis patebit, quæ exstant *in l.1.ff.vti poss. & l.vnica, ff.vtrubi.* Ratio ista interdicta distinguendi hæc fuit. Alia enim cõditione proponebatur interdictum *vti possidetis* ei, qui rem soli possideret, alia interdictum *vtrubi* ei, qui possideret res mobiles. Postea obtinuit, vt eadem vis esset vtriusque interdicti; atque ita in vtrasque res tam mobiles, quam immobiles vnum interdictum sufficeret, vt declaratur *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Hinc factum est, vt hoc loco vnum tantum proponatur, *Vti possidetis*: scilicet quia quod de hoc dixerimus, idem etiam de interdicto rerum mobilium iuris esse, intelligere debeamus.

L. vnica.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Cyrillo.

Vti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector prouinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet. Subscripta 3. Id. Octob. Nicomediæ. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Interdicti* vti possidetis *vis & sententia, eadem & huius l.1.*
2 *Hoc interdictum possessori dari, & qui possessores habendi.*
3 *Etiam inter fructuarios, itemque inter fructuarium & eum, qui sibi vsum defendit, hoc interdictum locum habere, quamuis possessores non sint, & cur.*
4 *Competere hoc interdictum etiam ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet, dum non ab aduersario: & hoc quid sit.*
5 *Interdictum* vti possidetis *duplex esse, quia in eo vterque actor sit & reus: & cur ita vterque.*
6 *Inter duos tantum detentores eiusdem fundi nunquam huic interdicto locum esse posse ita, vt ambo tanquam eius fundi possessores haberi & defendi possint.*
7 *Tribus solum detentoribus eiusdem fundi propositis reperiri posse duos, quorum ambo pro possessoribus habeantur ex hoc interdicto. & quomodo id contingat.*
8 *Duos in solidum reuera possidere non posse: non repugnare interdictum* vti possidetis, *quo non duo possessores fiunt, sed in re incerta pro talibus defenduntur.*
9 *Competere hoc interdictum ei, qui possidet tempore litis contestatæ.*
10 *Interdictum aduersus eum, qui vim facit possessionis controuersiam: & quibus rebus possessionis controuersia fieri intelligatur.*
11 *Teneri hoc interdicto, qui possessionis controuersiam facit, etiam si non dicat contra se possidere.*
12 *Eum, qui deiectus est, eo, qui deiecit, in hoc interdicto superiorem esse, quid sit in* l.3.in pr.ff.vti poss.
13 *Interdictum* vti possidetis *cur concedatur de ædibus in* l.1.ff.eo. *de fundo in* l.1.C.eo. *cum competat de omnibus rebus soli.*
14 *Neque de rebus mobilibus, neque de seruitutibus rusticis, aut vrbanis interdictum* vti possidetis *etiam vtile competere.*
15 *De iurisdictionis, deque iuris vectigal aut alios reditus percipiendi quasi possessione non competere interdictum* vti possidetis, *quamuis vtile, sed agi ad exemplum interdicti de itinere actuque priuato.*
16 *Quarum rerum gratia detur hoc interdictum.*
17 *Interdictum* vti possidetis *de eo quanti ea res est, intra annum, eoque & pœnale: & cur.*
18 *Valde errare illos, qui putant illa verba,* vti possidetis, *ita possideatis, esse debere sententiam iudicis in interdicto* Vti possidetis.
19 *Qualem sententiam iudicis esse oporteat in hoc interdicto ad possessionem vni possessori tuendam.*
20 *Possessori aduersarium cauere non debere se eum in posterum impedituru̇m non esse, quo minus possideat.*
21 *In præteritum ob vim possessori factam condemnationem iudicis esse dibere, quanti interest actoris vim ei factam non esse: & quid ea re continetur.*
22 *Duobus possidentibus non aliam iudicis sententiam esse debere in controuersia possessionis, quam vt ambos in possessione tueatur, id est, deberet vtrumque possidere, deinde iubeat vtrumque possidere altero consentiente: inuito altero vetet.*
23 *Refutata, quæ hic à Bartolo proponuntur in hanc sententiam, quasi inter duos, qui possident: tamen vnus possessor fieri debeat sententia iudicis.*
24 *Incommoda diluuntur, quæ nasci videntur ex ea sententia, qua ambo litigatores iubentur ita possidere, vti possident.*
25 *Remedium hac lege vnica proditum, quo inter duos possessores consequi possit iudex, vt vnus pro possessore habeatur, quo peruenietur ad petitoriam actionem, & id quale: & de sententia illorum verborum:* Ac satisdationis, vel transferendæ possessionis, *&c.*
26 *Satisdationem iudicatum solui recte non exigi ab eo possessore, quem solum talem esse constat: vbi autem duo pro possessoribus habentur, recte exigi, si vnus postulet ab aduersario, aut ipse offerat, vt in interdicto* Vti possidetis.
27 *Vno ex litigatoribus satisdante, & possessore constituto, non ideo adimi alteri commodum possessionis.*
28 *Solam satisdationem iudicatum solui hic intelligendam, quæ ab eo exigatur, quam ex duobus possessoribus solum pro possessore haberi volumus, & in eam rem argumenta.*

VERba initio obseruanda, † quæ ita explicanda sunt: *Rector prouinciæ vobis de possessione retinenda contendentibus vim fieri prohibebit* (supple, *quo minus ita possideatis*) *vti possidetis eum fundum, de quo agitur, cum alter ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis.* Idem & in interdicto aliis verbis expressum est *l.1.ff.eod.* Summa ea, quam posuit Vlpianus *in dict.l.1.§.est igitur.* hoc interdicto nimirum prætorem possidenti vetare vim fieri, quo minus possideat, vti possidet. Quæ verba eo spectant, vt prætor vetet vim fieri non vni tantum ex litigatoribus, aut ambobus simul, sed modo vni, modo ambobus, prout scilicet hi possidebunt, vni quidem, si solus possidebit: ambobus autem, si ambo possidebunt, vt sit sententia: vnum defendi, si possideat: defendi ambos, si itidem ambo possideant. Ex quo intelligimus, his hoc modo suam possessionẽ defendi, ac retineri. Id autem ita fieri, prohibente iudice, ne possidenti vis fiat ab altero. Vnde merito hoc interdictum dicitur prohibitorium, & ad retinendam possessionem, seu retinendæ possessionis, *l.1.in pr. & §. est igitur. ff. eo.* Id quomodo obtineamus ex hoc interdicto, ita facile assequemur, si dixerimus distincte. *Quibus hoc interdictum competat, Aduersus quos: Quibus de rebus: Cuius rei gratia*: tum quod sit in hoc interdicto officium iudicis de hac petitione. Quæ edicto breuiter comprehensa sunt illa quidem, vt & hoc loco: sed breuius, & obscurius, quam vt inde facile intelligi possint, nisi explicentur: pleraque etiam in his obscura & difficilia explicatu: de quibus ideo sigillatim & attentius considerandum est.

Datur † hoc interdictum ei, qui possidet, his verbis, *Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Possidere est animo, seu affectu domini tenere, vt Theophilus bene definiuit *in §. idem placet. Inst. per quas pers. nob. acq.* quod & exemplis eius loci liquido declaratur. Tenere rem hoc modo intelligitur; qui possessionem rei semel ingressus hoc animo, vt possideret, vel corpore est adhuc in possessione, vel egressus reliquit domi, aut in fundo eos, per quos possideret, puta colonum; aut inquilinũ. §. *possidere. Inst. de interd.* vel etiam qui peregre profectus est nemine domi relicto: hoc animo tamen, vt retineret possessionem. Nam etiam animo solo possessio retinetur. *d. §. possidere. l. 3. §. saltus. ff. de acq. pos.* Animo domini is tenet, qui se pro domino esse vult, & pro domino se gerit. Soli autem possident, qui hoc animo rem tenent: qui alium dominum agnoscunt, & tanquam ab eo rem habent, vt sunt coloni, amici, serui, qui nomine domini sunt in possessione hi tenent duntaxat, non possident. *d. §. possidere. l. certe §. is, qui rogauit. ff. de prec.* Ex quo intelligitur, si colonus, aut inquilinus controuersiam possessionis patiatur, eum hoc interdicto experiri nõ posse ad retinendam possessionem: idemque de similibus dicendum est. *l. 3. §. creditores. 1. ff. vti poss.*

Quibus † consequens erat, vt nec fructuario vim patienti hoc interdictum competeret. Non enim magis possidet fructuarius, quam superiores. *d. §. idem placet. Inst. per quas pers. nob. acq. d. l. certe. §. is, qui rogauit. Digest. de prec.* Placuit tamen & inter fructuarios hoc

hoc interdictum reddendum: itemque inter fructuarium, & eũ, qui sibi vsum defendat. *l. vlt. ff. eo.* Excepti videlicet ex superiorib. ideo vt videtur, quod si inter se committantur, ambo pro dominis & possessoribus se gerant, idque pari iure: vt dum vni defendetur possessio fundi, aut ædium, nulla fiat iniuria aduersario, qui eandem possessionem, & ex eadem caussa sibi defendebat. Aliter atque si his lis sit cum iis qui se vere possidere contendant. Neq; nouum est in hoc interdicto plus tribui fructuario, aut vsuario, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi deiecto propositum est interdictum Vnde vi *l. 3. §. vnde vi. ff. vnde vi.* quod argumentum est, eum pro possessore haberi, quamdiu perseuerat vsusfructus, quoniam nec interdictum *Vnde vi* datur, nisi deiecto: nec putatur deiici, nisi qui possidet. *l. 1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* Quo etiam argumento dici potest vlufructuario adhuc retinenti hoc interdictum dari ad possessionem retinendam. Et vero id ratione collectum esse à veteribus, non autem ideo esse constitutum, quia fructuarius vere possideret, indicio erit, quod Paulus *in d. l. vlt. ff. vti poss.* non dicit, pro explorato hoc interdictum fructuario reddendum, quod tamen dicendum esset; si vere fructuarius possideret: sed dic t ie putare dicendum, quasi in re controuersa, certe non explorata.

4 Ergo possidenti † solum hoc interdictum datur, in quo nihil interest, vtrum quis iuste possideat, an iniuste. De eo, qui iuste possideat, id est, bona fide, dum possessionem nanciscitur ab eo, quem dominum putat, nulla dubitatio est. *l. 3. in pr. ff. eo.* Sed hoc amplius dicimus, quod edicto expressum est, etiam ei hoc interdictum competere, qui vi, aut clam, aut precario possidet, id est, qui iniuste possidet: dummodo ab aduersario non ita possideat: quod si possidebit, contra esse *l. 1. in pr. §. vlt. ff. eo.* Vi ab aliquo possidet, qui eum vi deiecit, & ita possessionem tenet. *l. 1. §. vi possidere. ff. vnde vi.* Clam possidet, qui possessionem furtiue ingressus est ignorante possessore, cuius controuersiam metuit. *l. clam. ff. de acq. poss.* Possidet precario is, qui ab alio precibus impetrauit, vt sibi rẽ eius possidere liceret *l. 1. ff. de prec.* quæ singula indicantur obiter *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Hoc igitur dicimus, si quis patiatur controuersiam possessionis ab eo, à quo possessionem habet aut vi, aut clam, aut precario, vt supra, eum impune vim pati, quia sit ei hoc interdictum inutile. Quod si ab alio, quamuis ita possidebit, eum recte hoc interdicto vsurum. *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. ff. eo.*

5 Quemadmodum † autem vni, qui possidet, hoc interdictum datur: ita si ambo litigatores possidebunt, ambobus dabitur. Et quoniam fere semper ambo se possidere dicunt, vt declaratur *in §. retinendæ. Inst. de interd.* eo fit, vt interdictum ita sit conceptum, vt ad ambos litigatores referatur, his verbis: *Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Inde dictum hoc interdictum duplex esse, quia vterque & actor sit, & reus in hoc interdicto, *l. 3. §. hoc interdictum. ff. eod. §. pen. Inst. de interd.* Vterque actor, quia vterq; possessorem se esse intendit. Vterque reus, quia dum se possessorem dicit, simul aduersarium negat possessorem, quod reorum proprium est. Et vt de vno possessore diximus, hoc interdictum ei competere, siue iure, siue iniuste possidebit: ita in duobus possessoribus receptum est, vt inter eos hoc interdictum reddatur tuendæ illorum possessionis caussa, siue ambo iuste possidebũt, siue vnus iuste, alter iniuste, id est, vi, aut clam, aut precario, dũmodo nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possideat, vt verba edicti dilucide significant: sed apertius declaratur *in l. 3. in prin. ff. eo.*

6 Quo † loco exsistit interpretibus magna & vetus dubitatio. Quæritur enim, quomodo fieri possit, vt duo in solidum ita possideant, vt prętori necesse fuerit ita dicere: *Vti possidetis, ita possideatis.* Mouet dubitationem, quod non videtur fieri posse, si vnus nunc possidet, & alter postea cœpit rem possidere, vt ambo possideant. Nam si is, qui postea possessionem nactus est, eam nactus est iuste & bona fide, non potuit nancisci, nisi à priore possessore ei rem tradente, quo casu prior possessor citra controuersiam possidere desiit. *l. 1. §. si vir. l. quod meo. §. si furioso. ff. de acquirend. possession.* Si posterior iniuste cœpit possidere, non alia de caussa id fit, quam quia aut priorem possessorem vi deiecit: quod cum fit, etiam tum prior possessor amittit possessionem. *l. naturaliter. ff. de acquiren. posses.* aut quia clam eo ingressus est possessionem, ac tum solus prior possidet. *l. clam possidere. §. vlt. ff. de acq. poss.* aut quia precario accepit à priore possessore, quo casu interdictum de precario redditur, non interdictum *vti possidetis.* Quid verbis opus est? loci in medio sunt, quibus diserte traditur, duos in solidum eandem rem possidere non posse, & in summa possessionis nihil interesse; iuste quis, an iniuste possideat. *l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poss. l. si vt certo. §. vlt. ff. com.* Hæc illa est difficultas, quæ hanc partẽ interdicti dubiam reddidit, quæque in interpretatione *l. 3.* quæ est de hac parte. *ff. eod.* peperit apud Accursium tot sententias. Nam dum hanc difficultatem expedire conantur: alii interdictum de vno possessore interpretati sunt, quem verbo plurali prætor alloqueretur, contra significationem verborum, & vsum latine loquentium. Alii duos possessores sunt interpretati, quorum singuli peo parte possiderent, contra *l. 3. in pr. ff. eod.* vbi Vlpianus duos proponit in solidum possidere. Alii duos quærentes, qui in solidum possideant, exemplum attulerunt eius controuersiæ, quæ esset inter proprietarium & fructuarium, quorum vnus ciuiliter possidet, proprietarius, alter naturaliter, fructuarius: ambos autẽ prætor in sua possessione tuetur. Hoc rursum contra *dict. l. 3. in princ. ff. eod.* vbi Vlpianus proponit duos, quorum vnus iuste, alter iniuste possidet. Constat autem fructuarium non possidere, vt supra ostendimus, aut si possidet, iuste possidet, vtpote ex iusta caussa, non iniuste. Sed laborandum non est. Fefellit eos, quod exemplum duorum in solidum possidentium, & ad hoc interdictũ pertinentium quæsiuerunt in duobus detentoribus. At in his fieri non potest, vt, si posterior siue iuste, siue iniuste possideat, duo possideant simul: vnus ex his tantum possidebit, vt ante ostendi.

Sed † res procedet hoc modo; si proponamus nobis tres detẽ- 7
tores, Primum, secundum, Tertium: & Tertium possidere à Secundo, vel bona fide, vel vi, aut clam, aut precario, hoc modo: Primus, qui iuste possidebat, peregre profectus est, nemine domi relicto. Eo absente Secundus clam occupauit possessionem. Exstitit deinde Tertius, qui à Secundo, quem dominum putabat, possessionem acciperet bona fide: aut qui Secundum vi deiiceret: aut qui eius controuersiam metuens, possessionem eo ignorante occuparet, aut qui precibus ab eo possessionem impetraret. In hac specie si proponas, Primum redire, & controuersiam facere Tertio, aut à Tertio controuersiam pati, ambo interdicto *Vti possidetis* recte agent, & ambos prætor tuebitur tanquam possessores. Primum, quia animo retinuit possessionem, quam ipse postea non amisit. Tertium vero, quia & is animo dominantis tenet. Nec ad rem pertinet, quod possidet iniuste, nempe vi, aut clam, aut precario. Nam ab aduersario Primo ita non possidet.

Sed obiicitur † hic superior illa sententia certi iuris: duos in 8
solidum possidere non posse. *l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poss.* Nos de ea hoc recte respondebimus, reuera & ad effectum iuris, duos in solidum possidere non posse. Exempli caussa: in specie proposita, quia Primus possidet, idcirco nec Secundus, nec Tertius reuera possident, quia vacuam possessionem non tenent. Et ideo quamuis Tertius possederit decem, aut viginti annos, idque bona fide, tamen non vsucapiet, quia sine possessione vsucapio non contingit. *l. sine. ff. de vsurp. & vsuc.* Nunc autem hic non possidet, tantum ideo, quia Primus possidet, & duo in solidum possidere non possunt. At in interdicto *vti possidetis* veram possessionem nõ quærimus, quæ talis sit natura, aut iure: sed quæ pro tali habeatur dum quis se vere possidere contendit, nec quidquam in præsentia proponitur, cur non ita esse conuincatur. Intelligitur hoc satis ex eo, quod interdictum hoc solum vult spectari, an vnus ab altero nec vi, nec etiam, nec precario possideat. Et ideo *in l. 2. ff. eo.* cum dixisset Paulus, iusta, an iniusta sit possessio aduersus alios, nihil referre, adiecit *in hoc interdicto.* Hoc idem Eguinario Baroni visum est *ad l. 3. ff. eo.*

Est autem † animaduertendum, quod dicimus, hoc interdi- 9
ctum competere ei, qui possidet. Id enim valet, competere ei, qui possidet, cum hoc interdicto agitur. Et hoc est, quod scriptum est *in §. sed interdicto. Instit. de interdict.* hoc interdicto eum vincere, qui possidet tempore litis contestatæ, quod ex verbis interdicti sumtum est. Nam prætor in interdicto reddendo non dicit, *vti possedistis*, vel *vti possidebitis, ita possideatis*, sed *vti possidetis*: nempe nunc, cũ interdictum redditur inter vos litigatores. Cum autem reddebatur interdictum, aut actio à prætore, tum apud eum lis contestabatur. Vnde in vsu iuris hæc duo idem significant: tempus iudicii accepti, & tempus litis contestatæ. *l. illud. ff. de her. pet. l. cum fundus. ff. si cert. pet.*

Datur † hoc interdictum aduersus eum, qui possessionis facit 10
controuersiam. *l. 3. §. hoc interdictum. & seq. ff. eod.* quod & ipsum sumtum est ex interdicto. Nam cum prætor vetat vim fieri, nimirum vetat fieri ab eo litigatore, cum quo agitur. Agitur igitur aduersus eum, qui vim facit, vt desinat vim facere. Porro vim facere

possidenti, nihil aliud est, quam controuersiam possessionis facere: quod posterius tanquam planius iuris auctores retinuerunt. Vis possidenti fit dupliciter: aut verbis, aut re. Verbis, cum in cõtrouersia proprietatis aliquis se possessorem dicit, & ita non patitur aduersarium frui commodo possessionis in ea causa, propter quam controuersiam proprie interdictum est comparatum. Huc enim spectat interdictum *vti possidetis*, vt prius constituatur, vter nostrum sit possessor, sic deinde petitoria actio instituatur, vt declaratur *in §. retinendæ. Inst. de interd. & l. 1. §. 1. ff. eod.* Re fit controuersia possessionis, cum quis nos possessione vti prohibet, quomodo vti velimus: vel impediendo, ne quid in nostro faciamus: puta, ædificemus, agrum colamus, & quæ sunt generis eiusdem: vel in nostro aliquid faciendo, veluti, per fundum nostrum eundo, vel aquam ducendo, vel in nostrum aquam immittendo. *l. sicut. §. Aristo*, illic, *sed & interdictum. ff. si ser. vend. l. vim facit. ff. vnde vi.* Huius definitionis exempla sunt, quæ proponuntur *in l. 3. §. 1. & seqq. ff. eo.*

11 Quo † loco notandum est, competere hoc interdictum aduersus eum, qui re controuersiam possessionis facit, quamuis se contra possidere non dicat: argumento est, quod aduersus eum, qui iure seruitutis sibi aliquid sumat in nostro, hoc interdictum competit. *d. l. 3. §. si vicinus. ff. eo. d. l. sicut. §. Aristo.* Certum est autem, eum, qui sibi seruitutem à nobis deberi dicat, hoc fateri se rẽ nostram non possidere. Non tamen aduersus omnem, qui possessionis controuersiam facit, hoc interdictum competit. Non datur aduersus eum, à quo actor vi, aut clam, aut precario possidet, idq; verba ipsa interdicti efficiunt. Itaque si qui alium vi deiecit, patiatur controuersiam possessionis ab eo, quem deiecerit: ipse quidem possidet, & aduersus alios hoc interdicto experiri potest sed aduersus eum, quem deiecit, à quo vi possidet, interdictũ hoc

12 illi inutile est. Et † hoc est, quod dicitur *in l. 3. ff. eo.* eum, qui deiectus est, eo, qui deiecit hoc interdicto superiorem esse. Hoc enim sic interpretandũ est, ideo esse superiorem: quia absoluitur, si cum eo agatur hoc interdicto. Non enim prohibebitur hoc interdicto vim facere, & ita absoluetur. Ceterum non ita superior est interdicto, vt pronuntietur possidere, atque ita possessio ab aduersario ei restituatur. Nam hic, qui deiectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *l. naturaliter. ff. de vsurp. & vsuc.* Porro hoc interdictum possessorem tantum tuetur. *l. 1. §. pen. ff. eo.* Sic fit, cum vnus alterum deiecit, vt vtriq; agenti aduersus alterum hoc interdictum sit inutile. Deiectori quidem, quia is vi ab aduersario possidet. Deiecto autem, quia omnino non possidet. Neque obstat, quod *in l. 3.* dicitur simpliciter, *deiectum hoc interdicto superiorem esse.* Hoc enim dicitur, cum is, qui deiecit, agit hoc interdicto: non autem cum egit hoc interdicto is, qui deiectus est. Nam isto agente nullum interdictum *vti possidetis* esse potest, quia non possidet.

Datur hoc interdictum de possessione rerum soli, id est, de fundo & ædibus. *l. 1. §. 1. & §. pen. ff. eo. §. sed interdicto. Institut. de interd.* Vnde intelligimus, prætorem in edicto pollicitum esse generaliter, se hoc interdictum daturum, si de possessione rerum soli

13 controuersia esset. Cur † igitur in interdicto appellantur ædes tantum *in l. 1. ff. eo.* alias tantum fundus, vt in hac lege? Quia in interdicto concipiendo hoc necesse fuit facere prætori. Interdictũ enim omne ad præsentem controuersiam refertur. Controuersia autem præsens omnis in rebus soli aut est tantum de ædibus, aut tantum de fundo.

14 Quæsitum est, † an hoc interdictum saltem vtile competat de rebus mobilibus, aut incorporalibus. Dicendum est, nullo modo competere, ne vtile quidem. De rusticis seruitutibus sunt interdicta nominatim constituta, de itinere actuque priuato, de aquæ ductu, de fonte, de riuis, de cloacis *tit. de itinere actuque priuato. & seqq.* Eaque interdicta propdsita sunt non possidenti, vt hoc interdictum, sed ei, qui hoc anno vsus est, vel superiore æstate, & si quæ sunt, similia. De seruitutibus vrbanis nulla sunt interdicta nominatim proposita, sed non ideo de earum possessione hoc interdicto vtimur, quia est superuacuum, quod ita facile probabitur. Nam interdictum *vti possidetis* ideo comparatum est, quia in rebus soli controuersia de possessione moratur petitoriam actionem, neq; potest ea controuersia dirimi, nisi iudicio. Dirimitur autem hoc interdicto. Cessat vtrumque in controuersia de seruitute. Nam etiam si non constet, vtrum is, qui sibi seruitutem deberi dicit, sit in seruitutis possessione, nec ne: tamen nulla affertur petitioni seruitutis mora, quoniam seruitutem petere potest, tam qui possidet, quam qui non possidet. *l. & si fort. §. 1. ff. si ser. vend.* Deinde si quæratur, vter sit possessor, nihil iudicio opus est ad hanc quæstionem dirimendam, quia natura ostendit; vter sit possessor seruitutis vrbanæ. Exempli gratia: Si quis dicat sibi deberi seruitutem tigni immittendi, is possessor seruitutis habetur, si tignum sit immissum. Idemque de ceteris dicendum est, si quis factum id habeat, quod proprium est seruitutis. *d. l. & si forte. §. 1. l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind.* Hoc autẽ an tignũ immissum sit, testibus non probatur, sed oculis, modo in rem præsentem veniatur. Nihil ad rem facit in contrariam sententiam, quod scriptum est *in l. quoties. §. vlt. ff. de seruit.* possessoria interdicta esse cõstituta de via & alio iure fundi. Hoc enim dictum est de interdictis, quæ à prætore constituta sunt nominatim de seruitutibus rusticis, de quibus supra diximus, in quo genere non est interdictum *Vti possidetis* quod constat de rebus soli esse propositum, id est, de fundo & ædibus. Multo minus ad rem pertinet, quod *in l. sicut. §. Aristo. ff. si ser. vind.* dicitur, si quis in alieno faciat aliquid iure seruitutis, competere domino in eam rem interdictum *vti possidetis.* Nam hic interdictum non datur pro seruitute, sed contra seruitutem ad retinendum fundi nostri, aut ædium possessionem aduersus eum, qui facto suo eius possessionis nobis faciat controuersiam.

De † iurisdictionis possessione, item de possessione iuris vectigal, vel alios reditus percipiendi quæsitum est? Sed ne de his 15
quidem hoc interdictum quamuis vtile dabitur. Potius de istarũ rerum quasi possessione agetur ad exemplum interdicti de itinere actuque priuato, vt is scilicet in huius iuris possessione vincat, qui eo iure hoc anno vsus erit nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario. Et certe de itinere actuque priuato hoc ius constitutum esse Vlpianus scribit, quia plerunque itineribus, vel via non semper vtimur. *l. 1. §. 1. ff. de iti. act. pri.* Sit ergo idem ius in iurisdictione, quia & ipsa perpetuo vti non possumus.

Competit † hoc interdictum duarum rerum gratia. Vna & 16
præcipua hæc est, vt qui possidet ita possideat, vt sunt interdicti verba. Id est in summa, datur interdictum ad retinendam possessionem. Vnde dictum retinendæ possessionis. *l. 1. §. 1. & §. est igitur. ff. eod. §. retinendæ. Inst. de interd.* Altera res est in præteritum tempus vt is, qui vim facit, quo minus possideamus, damnetur in id, quod nostra interest, nobis vim factam non esse. *l. 1.* in interdicto his verbis, *neque pluris. ff. eo.*

In † quo illud animaduersione dignum est, quod de hac par- 17
te intentionis constituta est actio à prætore duntaxat intra annũ vtilem, ex quo vis fieri possidenti cœpit. Vnde intelligimus, hactenus pœnale interdictum esse: alioqui perpetuum esset, non intra annum. *l. in honorariis. ff. de obl. & act.* Pœnam autem hæc pars eo videtur continere, quod datur eius, quod interest, nomine de eo, quod ad aduersarium non peruenit: & præterea datur ei etiã qui iniustus interdum possessor est, nempe qui vi, aut clam, aut precario possidet non ab aduersario: vt sic actor persequatur id, quod sibi ex patrimonio non abest: in quo pœnæ persecutionem ponimus. *d. l. in honorariis.*

Deinceps videamus, quam sententiam iudicis de his rebus esse oporteat. In † quo prius de verbis sententiæ monendi su- 18
mus, iudicem non debere ita sententiam ferre, vt verba interdicti concepta sunt, puta, *vti possidetis vos litigatores, ita possideatis, aduersus id vim fieri veto.* Nam valde errat, si quis illis verbis sententiã prætoris de possessionis controuersia contineri existimat. Illis verbis exprimitur interdictum prætoris, id est, formula iudicii de possessione, quam solebant prætores olim reddere litigatoribus, quo tempore formulæ iudiciorum in vsu erant, quæ postea sunt sublatæ. *tit. de formul. & imper. act. sub. sup.* His formulis prætores de iure pronuntiabant sub conditione facti, *Si hic, aut ille possideret: Si Lucius Titius mutuum dedisset: Si Lucius Titius furtum fecisset:* & remittebatur res ad iudicem; qui de re & facto cognosceret, deinde de iure secundum formulam pronuntiaret. Longe alia ratio sententiæ iudicis; hæc certa esse debet. *§. curare. Inst. de act.* Incerta nullius momenti est *tit. de sent. quæ sine cer. quan. sup.* Denique sententia ea est demum, quæ controuersiam dirimit, nec aliter iudex iudicare debet *l. 1. ff. de re iud.* Iam vero in hoc iudicio controuersia est, vter ex litigatoribus possideat, aut an ambo possideant. Ita hanc controuersiam à iudice dirimi oportet, & certo pronuntiari aut ambos possidere, aut vnum, aut neutrum, & si quis possidet, dici, quis possideat.

Hæc † de verbis sententiæ dicta sunt. In iure autem qualem 19
sententiam dicat, cum quæritur de hoc interdicto, etiam atque etiam

etiam considerandum est. Et multum interest, vtrum vnus tantum ex litigatoribus possessor sit, an ambo possessores. Si vnus tantum possessor est, officium iudicis est, vt eum possidere pronuntiet, Non enim possessionem ei dat iudex, sed eam, quę est, declarat, vt de dominio & seruitute dicitur *in l. & ex diuerso. §. 1. ff. de rei vind. l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind.* Deinde hanc possessionem ita confirmabit, vt condemnet aduersarium in futurum, ne vim faciat possidenti, quo minus ita possideat, vt verba interdicti indicant.

20 Sed † an aduersarius cauere debet possessori, se eum in posterum impediturum non esse? Et hoc plerisque placet, vt Bartolo hic, & Duareno *lib. 2. disput. cap. 21.* argumento seruitutum viæ, itineris, aquæductus: in quibus si dominus fundi de earum possessione victus sit, iubetur aduersario cauere se non impediturum euntem, agentem, aquamue ducentem, *l. pen. ff. de aq. quot. & æsti.* Aliis non probatur: quorum sententia, vt mihi videtur, vera est. Nam quod hæc cautio in seruitutibus nominatim exigitur à victo, vel hoc ipsum argumentum est, in controuersiis rerum corporalium à victo eam exigendam non esse. Nam & cum quis in confessoria actione de seruitute iudicatus est seruitutem debere, cautio superior ab illo exigitur. *l. legi. l. harum. Dig. si ser. vind.* Et tamē inter omnes conuenit, in controuersiis de proprietate rerū corporalium nullam talem cautionem à possessore exigi. Non recte igitur, quod de genere seruitutum dicitur in hac specie, ad res corporales transfertur. Et certe differentiæ ratio est in promtu, quam bene reddidit Baro *ad l. 1. in pr. hic.* nempe hæc, quod nihil sit in seruitute, quod dominus, qui de seruitute victus est, restituat corpore: seruitutis namq; nulla est possessio. *l. quoties. vlt. ff. de ser.* Et ob eam caussam subsidio exigitur cautio à victo, quæ sit pro seruitutis restitutione. Nihil tale in rerum corporalium possessione: quādoquidē possessio rei corporalis restitui potest, qua restituta, inepte quærimus aliud, quod restitutionis vice fungatur.

21 Hæc † ergo de possessione & eius tuitione iudicis sententia erit. In præteritum vero, prout petitum erat, ita aduersarium condemnabit in id, quanti interest victoris sibi vim factam non esse. Vbi non corpus ipsum rei æstimabitur, id est, quanti res ipsa est, de cuius possessione agitur: sed possessio ipsa, siue quanti interest possessoris possedisse sine interpellatione. In quo continentur fructus & mercedes quibus actor idcirco caruit, quia vis ei facta est, quo minus re libere vteretur: quæ sententia est *l. 3. §. vlt. ff. eodem.*

22 Hæc † de vno possessore. Longe alia caussa est, si ambo pronuntientur possidere. Nam hic neque vnus alteri condemnabitur in id, quod alterius interest, neque prohibebitur vnus vim facere alteri, quo minus possideat libere. Quod vt intelligatur, sic habendum est, naturam non pati, vt duo libere in solidum possideant. Nam libere possidere est re vti quomodo velis, vt significatur *in l. sicut. §. Aristo. vers. sed & interdictum. Dig. si ser. vind.* Vti autē quomodo velis, est vti solum, si velis, & ab vsu rei prohibere ceteros, vt indicatur. *in eo. §. Aristo.* Ita fit, vt vno vtente, alter vti nō possit. Quocirca duorum possessorum in solidum hæc est conditio iure, vt vterque re possessa vti possit altero consentiente, cum scilicet diuidant vsum aut temporibus, aut regionibus id est, ita, vt aut alternis vtantur, aut diuidant regiones, quas singulis attribuant. Ceterum inuito altero neuter vti potest: & si vnus vtetur, alter prohibendi ius habet. Nam si in re communi, quæ à duobus pro indiuiso possidetur, neuter altero inuito in ea re quidquam facere potest, sed alter prohibendi ius habet. *l. Sabinus. Dig. com. diuid.* multo magis id tum dicendum est, cum duo non pro parte licet indiuisa, sed singuli in solidum possident. Hoc constituto, duo sunt consequentia, vt dixi. Primum illud, si quis alterū impedierit, quo minus libere possideret, tamen eum in id, quod aduersarii interest, condemnari non debere. Iure enim impediuit qui prohibendi ius habuit. Quod autem iure fit, pœnam nō meretur. *l. Gracchus. infr. de adulter.* Alterum, non debere iudicem in futurum prohibere, ne alter alteri vim faciat, quo minus possideat, quoniam singuli ita possidere non possunt sine vi, quin alter simul possidere prohibeatur, vt supra ostendi. Nunc autem ambo iubendi sunt ita possidere, vti possident. Restat igitur, vt in duobus possessoribus talis esse debeat sententia iudicis, vt primū declaret ambos possidere: indicat Vlpianus *in l. 3. in princ. Dig. eod.* cum ita scribit in hac specie: *nam & tu possides, & ego.* Deinde iubeat iudex vtrumque possidere altero consentiente, altero inuito vetet. Quo modo intelligetur iudex secundum verba interdicti iubere, vt litigatores ita possideant, vti possident. Sic enim in solidum possident, vt dixi, vt singulis sit ius prohibendi, ne se inuito alter possideat. Neque vero aliam sententiam iudex ferre potest, vbi ambo possident.

Scio † multa scripta esse à Bartolo, quibus efficere conatur, 23
vt vnus tantum possessor fiat sententia iudicis, aut vt duobus possessoribus constitutis, inter eos sententia iudicis componatur: sed in his nihil idonei attulit. Non enim probandum est, quod dicit, eum solum à iudice pro possessore habendum esse, qui antiquiorem possessionem habet, quasi posterior possessor clam possideat. Nam scimus in hoc interdicto non quæri, quamdiu quis, aut quam pridem possederit, sed an possideat tempore litis contestatæ: & eum, qui eo tempore possideat, vincere hoc interdicto §. *sed interdicto. Inst. de interd.* Sed nec ad rem pertinet, si posterior clam possideat, dummodo non possideat ab aduersario, vt interdicti verba ostendunt, *l. 1. §. vlt. ff. eod.* Multo minus probādum est, quod dicit eum potiorem esse debere, qui probabitur cum titulo possidere: cum appareat ex interdicto prætorem eum tueri, etiā qui vi, aut clam, aut precario possidet, dummodo ab aduersario ita non possideat. Ne illud quidem verum est, quod dicit spectandum esse, ab vtro sint plures testes, & magis idonei, vt à quo sunt is vincat, *argumento l. oō carmen. §. vlt. ff. de testib.* Hoc enim tunc recipiendum est, vbi ex testibus vni affirmant, quod alii negant, vt incertum sit, quibus fides habenda sit. Tum enim necesse est, rē numero, aut auctoritate ponderari. At cum testes partium de rebus diuersis testimonium dicunt, etiam duo fidem facient pro eo, à quo producuntur, nisi refellantur. *l. vbi. ff. de testib.* Quod in hac controuersia possessionis accidit, vbi singuli probando se possidere, id est, rem affectu domini tenere, non ideo etiam negant aduersarium ita tenere, vnde & ambos tuetur prætor. Quod autem ille scribit, cum in pari caussa duo possessores esse pronuntiantur, iudicem pronuntiare debere eos esse possessores pro parte iudiuisa, vt concursu pares faciant: tale est, vt non minus, quam superiora, interdicto refellātur. Nam si in solidum possident, vt inprimis possident, necesse est ex interdicto iuberi eos ita possidere, vt possident, id est, in solidum, quia in solidum possident. Neque vero recte vsus est in hac re exemplo plurium, quos prætor mittit in possessionem damni infecti nomine, qui dicuntur concursu partes facere. *l. si finita. §. cum autem. ff. de dam. infect.* Nam hoc recte facit prætor in iis, quos ipse possessores facit, quales sunt, quos ipse mittit in possessionem. At cum duo ante possidēt, & inter eos incidit controuersia de possessione, sic ad prætorem & iudicem veniant, vt possessionem suam retineant hoc interdicto: neque aliud officium iudicis est, aut prætoris, quam vt ita iubeat eos possidere. Effectum est igitur, talem sententiam iudicis esse debere, qualem dixi.

Sed † video, quæ contra dici possint, ne huiusmodi sententia 24
recipiatur. Nam ex ea hæc sunt incommoda duo. Primum, quod si litigatores de possidendo non consenserint, & ita non possidebunt, necesse erit rem negligi, atque ita fructus & rem ipsam vtrique perire. Alterum, quod si vnus altero inuito possidere volet, eueniet, vt ab aduersario prohibeatur, quamobrem & veniet res ad rixam & arma: quæ prohibere officium est boni prætoris & iudicis, vt declaratur *in l. si cuius 13. § sed si inter duos. ff. de vsufr.* Verum aduersus ista incommoda hoc remedium est, vt vnus satisdet eo modo, quo paulo post dicemus: si neuter satisdedit, hoc relinquitur, vt inter se de possessione contentiant. Si non cōtentient, ipsi se concursu impedient; vt de duobus fructuariis respōsum est, quibus vsus fructus legatus est alternis annis. & ambo primo anno frui volunt, de quo scriptum est *in l. quoties. ff. de vsufruct.* In quo si quid incommodi est, de se queri debent, nō de iudice, qui id pronuntiauit, quod natura iudicij ab illo exigebat. Nam quod dicitur prætorem non debere pati, vt litigatores ad rixas & arma procedant, tunc locum habet, cum prætor potest litigatores iurisdictione sua componere, vt adiectum est *in dicta l. si cuius. §. sed si inter.* Nunc autem in hoc iudicio res aliter componi non potest, quam vt qui in solidum possident, ita iubeantur possidere. Sed rursum ex hac re incidimus in id postremum incommodum, quod vitari non potest, si pronuntientur ambo possidere. Nam hoc interdictum comparatum est, vt pronuntietur vnus possessor esse, vt scilicet eo inuento possit petitoria actio institui: in qua vnus possessor esse debet, alter non possessor, sed petitor. §. *retinendæ. in Institut. de interdict.* Atqui duobus possessoribus in solidum constitutis aperte facimus contra hunc finem, neque ad petitoriam actionem, siue ad caussam proprietatis peruenire possumus. Et hoc verum esse fateor, idemque & in hac re accidere

non valent, appellamus testamenta: ea ergo ipsa solemus testamenta appellare, Sed hæc sententia est Vlpiani, vt addat aliquid prioribus, & dicat non solum priora testamenta, quæ vitio aliquo interiori laborant, abusiue testamenta dici, & edicto illo cõtineri, sed ẽt illa, quæ sunt imperfecta, id est, non signata, & manifestis solemnibus destituuntur. Num ergo in his edictũ illud locum habet? Habet auctore Vlpiano, sed non ideo de his interdictum *de tabulis exhibendis* competit. Nam edictum pertinet ad eum, qui fatetur tabulas esse apud se. *l. 2. §. vlt. ff. quem test. ap.* Non est iniquum, eum, qui id fateatur, compelli eas exhibere, quod sine iudicio & nullo negotio potest facere. Interdictũ aduersus eum datur, qui negat penes se esse tabulas, *d. l. 2. §. vlt.* Non debet facile iudiciũ institui, & molestia iudicii neganti intentari in iis tabulis, quas aperte non esse tabulas testamenti cõstat: quod fit, vbi non esse signatas inter litigatores conueniet. Nisi quis malit, de imperfecto testamento etiam quod signatũ non sit, competere non solum remedium superioris edicti, sed etiam interdictum *de tabulis exhibendis*, propter generalitatem vtriusq; loci, de imperfecta scriptura testamenti definientis hanc quoq; testamentum dici: Africanum autem sic conciliemus, vt idem affirmet. Quod quidẽ efficere possumus non emẽdatione, aut restitutione vlla verborum, sed ordine duorum verborum cõuerso, ita commode, vt eadem verba retineantur, & optime constet verborum contextus, eiusq; sententia. *Ceterum*, inquit, *si signatum testamentum non fuerit, magis est, vt senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet.* Sic est lectio vulgaris. Hæc verba, *sicuti nec*, conuertamus, vt sit, *nec sic vti*, vt conuertatur ordo, & tria verba distincte efficiantur, consentientem sententiam habebimus, salua recti sermonis ratione. Erit enim hæc lectio, atque hic sensus: *magis esse, vt senatusconsulto locus non sit, nec sit sic, vti interdictum de tabulis exhibendis de huiusmodi testamento locum habet* quasi diceret, hic senatusconsulto locum non esse. Et hoc videtur melius & verius. Nam si dicamus, de imperfecto, id est, non signato testamento nõ competere interdictum; quia id non sit testamentum, dicendum erit nec competere id de falso; quoniam quod testamentum falsum esse cõstet, id multo minus testamentum est, cum testationem defuncti omnium minime habeat: & tamen de falso testamento etiã quod tale esse constiterit, interdictum competit.

4 *Relictæ tabulæ* dicuntur, † quæ post testatorem, id est, mortuo testatore relinquuntur, & exstant. Ideo ergo hoc additum est, vt intelligeremus, hoc interdictum ad viui tabulas non pertinere. *l. 1. §. pen. ff. eod.* Viuus de tabulis exhibendis agit actione ad exhibendum, *l. 3. §. si ipse. ff. eod.*

5 Datur † hoc interdictum aduersus eum, penes quem sunt tabulæ, aut qui dolo fecit, quo minus penes se essent. Penes eum esse intelliguntur, qui aut corpore suo eas tenet, & habet exhibendi facultatem, aut ita apud alium posuit, vt alieno corpore possideret, veluti si tabulas apud alium deposuit. Nam per depositarium, commodatarium, & similes personas possidemus. *§. possidere. Inst. de interd.* Inde recte dictum est ab Vlpiano *in l. 3. §. si tabulæ, ff. eod.* si quis tabulas apud aliquem deposuerit, vtrumque hoc interdicto teneri, & eum, apud quem sunt depositæ, quia tenet: & eum, qui deposuit, quamuis sine dolo desierit tenere corpore suo. Ideo autem hic tenetur; quia tenet nihilominus per eũ, apud quem deposuit, vt supra dixi. Dolo desiit tenere, qui aut supprimendi animo fecit, quo minus tabulas apud se haberet, aut cum sciret legatum, vel hereditatẽ peti, ideo tabulas alii tra-
6 didit, ne ipse conueniretur. *l. 3. §. si quis dolo. ff. eo.* Etsi † autem nihil amplius additum sit in hoc interdicto, quam eum teneri, penes quem tabulæ sunt: tamen sciendum est, non simpliciter eum teneri, sed hac conditione dumtaxat, si aut neget penes se exhibere oportere; quia forte aduersarii nihil interest, hoc Vlpiano *in l. 1. §. 1. ff. eo.* Sed cũ in interdicto non sit, vnde hoc est ab illo sumptum? Ex natura iudicii, quo agitur. Interdictum proponitur; proinde actio, & actio, qua iudicio agitur, vt est definitio actionis. *Instit. de act. in pr.* Nulla est autem hæc actio: proinde nullum interdictum aduersus eum, qui cõfitetur, nec vlla defensione, aut exceptione vtitur. Hoc n. est, quod dicitur, in confitentes nullas esse partes iudicandi. *l. proinde. in fin. ff. ad l. Aquil.* Quid igitur, si quis fateatur, penes se esse tabulas: an non exhibere cogetur? Imo multo magis, sed id alia parte edicti efficitur, non hoc interdicto, de quo in
7 extremo dicemus. Datur † hoc interdictum illi: sic enim verba sunt interdicti: *Illi exhibeas.* Illi, hic accipe petẽti, & interdicto hoc agenti. Quid ergo, an omni petenti hoc interdictum competit? Et placet non competere, sed ei tantum, qui testamento, siue his tabulis, de quibus agitur, quid adscriptum habet. *l. 3. §. solent. ff. eo.* Rursum hic quæro; cum hæc verba interdicti ad omnem petentem referantur, cur de eo, quem supra dixi, interdictum tantum interpretemur præter vim & significationem verborum. Sumptum hoc est ex vi & potestate huius interdicti, ac proinde ex sententia. Intelligendum est enim condemnationem ex hoc interdicto esse in id, quod actoris interest. *l. 3. §. condemnatio. ff. eod.* Quod si ita est, inutile est hoc interdictũ ei, cuius nihil interest. Porro tabulas exhiberi, eius tantum interest, qui quid testamento adscriptũ habet. Quare huic solum interdictum vtiliter competit. Qui testamento aliquid adscriptum habent, duo sunt: heres, & is, cui quid legatum, aut fideicommissum est. Sic fit, vt solis legatariis & heredibus hoc interdictum competat. Vtrisque competere certum est, *ex d. §. condemnatio.* Veruntamen de heredibus nonnihil dubitari potest, propterea quod *in l. 3. §. si ipse. ff. eo.* scriptum est, omnes, qui corpora tabularum sua esse dicunt, ad actionem ad exhibendum remittendos esse, neq; hoc interdictum habere. Atqui corpus testamenti est heredis, de quo sic habendum est. Non semper corpus testamenti est heredis. fieri n. potest, vt heres nondum hereditatẽ adierit. Fieri potest, vt adierit, sed solus non sit heres, vt proinde nec testamẽtum sit eius solius. Quibus casibus nemo dubitabit, quin illi interdictũ *de tabulis exhibendis* competat, nec quidquam obstet superior locus. Quod si solus erit heres, & hereditatem adierit; vt corpus testamenti eius est: ita sine dubio ad exhibendum agere potest *de tabulis exhibendis*, vt diserte scriptum est *in l. 3. ff. quem test. ap.* Sed nihilominus & de tabulis exhibendis interdicto potest experiri, vt constat *ex d. leg. 3. §. condemnatio.* Neque obstat, quod supra dixi *ex d. §. si ipse.* eos, qui corpora tabularum sua esse dicunt, hoc interdictum non habere. Nam cum heres hoc interdicto agit, non agit de testamento tanquam suo, seu eo, quod suum esse contendit, sed tãquam de eo, in quo aliquid adscriptum habet, quæ huius interdicti intentio est.

Vtcumque est, semper hoc manet, nisi quis legatarius sit, aut 8
heres, ei hoc interdictum non dari. Hinc pendet † rescriptũ huius tituli, cuius hæc est sententia: eos qui se pupillis à patre substitutos esse dicunt, de tabulis, quib. substituti sunt, exhibendis posse hoc interdicto experiri aduersus omnes, penes quos sunt illæ tabulæ, si modo hæc quatuor concurrant: si ii, quibus actores substituti sunt, fuerint filii testatoris, à quo substituti sunt; si impuberes; si in potestate patris fuerint; postremo si decesserint. Quæ ideo exiguntur; quia ex substitutione pupillari, qualis hic obtendebatur, substituti non sunt heredes, seu quod idem est, substitutio nullius momenti est, nisi superiora illa quatuor concurrant, vt describitur hæc substitutio. *Inst. de sub. pupill. in pr.* Proinde cũ substituti hæc quatuor dicere debeant, vt qui aliter non sint heredes defunctorum pupillorum ex substitutione: dubitari non debet, quod ab interpretibus quæritur, quin eadem quatuor debeant probare, si ab aduersario negentur, iuxta regulas iuris, quibus efficitur, & dicenti incumbere probationem: & actore non probante reum absolui. *l. 2. ff. de prob. l. qui accusare. sup. de eden.* His autem probatis, non agent tantum substituti de tabulis pupillaribus, exhibendis, id est, de ea parte testamẽti, in qua substituti sunt filiis impuberibus, sed agent de toto testamento patris: propterea quod non exhibentur tabulæ pupillares, nisi totũ testamentum patris exhibeatur, cum sint pars & sequela testamẽti paterni, ac sine eo nullæ sint. *§. igitur. §. liberis. Inst. de pupil. sub.*

Sed † hoc admisso, hoc interdictum nõ nisi heredibus, aut le- 9
gatariis cõpetere, & iis, qui se tales esse probent: incidit hoc interdictũ in eam difficultatem, vt iam plane videatur esse inutile. Nam qui se heredem dicit institutum, aut sibi legatum relictum esse, is aut tabulas testamenti habet, aut non habet. Si habet, hoc interdictum illi non datur, cum tabulæ sint penes eum, non penes aduersarium. Si non habet, non potest probare, sibi quid testamento esse relictum: sine quo hoc interdicto non vincit. Ideo autem non videtur probare posse; quia traditum est de iis controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, inquiri veritatem non posse, nisi inspectis & cognitis verbis testamẽti, *l. 1. ff. quem test. ap.* Sed hic non hærebimus. Nam & sine testamento, quod penes se actor nõ habet, probare potest de iis, quæ testamẽto scripta sunt; puta, si qui forte testes testamentum prius legerint, aut si apud eos testatore iubente testamentum sit recitatum, quibus testib. actor vtetur. Nec obstat, quod dicitur, *non inspectis verbis testamenti, non*

ti, non posse inquiri veritatem de iis controuersiis, quæ nascuntur ex testamento. Nam quæstio huius interdicti, non ex testamento est, vbi nihil ex testamento petitur, sed de testamento, id est, corpore testamenti.

10 Datur † hoc interdictum huius rei gratia, vt tabulæ exhibeãtur, seu vt fiat videndarum tabularum copia, *l.3.§.hoc interdictum, ff.eod.* Exhibitio tabularum huc spectat, vt confirmentur recognitis signis testium. Vnde hanc exhibitionem non apud iudicẽ huius interdicti, si forte is iudex erit priuatus, sed apud prætorẽ, fieri oportet; vt scilicet eius auctoritate conuocentur testes testamentarii recognoscendorum signorum suorum caussa; qui si vocati non adsint, coercebuntur. Hæc *in d.l.3.§. hoc interdictum.ff. eod.* Coercentur autem testes aut pignoribus captis, aut mulcta indicta, quæ sunt magistratuum remedia ad cogendos eos, qui sponte non parent, vt indicatur *in l. 1. §.ex hoc rescripto.ff.de inspic. vent.* Ad hunc locum pertinet *l.4.& seqq.ff.quem test.ap.*

11 Hac † petitione constituta, vt tabulæ exhibeantur, hoc vnum officiũ iudicis esse videri poterit in hoc interdicto, vt cõdemnet aduersarium, vt tabulas exhibeat, quo facto iudex esse desinat, propterea quod sententiam petitioni conuenientem esse oportet, *l.vlt. C. de fideicom. liber.* Sed ne hic erremus, monendi sumus, ex hoc interdicto aduersus eum, qui non exhibeat, condemnationem esse in id, quod actoris interest, *l.3.§. condemnatio.ff. eo.* Neq; hæc inter se contraria sunt. Nam in hoc interdicto vtrumque facit iudex. Primum iubet reũ tabulas exhibere, vt interdicti verba declarant, *illi exhibeas*: & ad exhibitionem dat tempus pro distantia locorum. *arg.l.2.§.pen.ff. quem test.aper.* Hæc sententia non est, sed iussus iudicis tantum, quod arbitrium à nostris auctorib. appeliatur. Nam si sententia esset, statim post hanc sententiam iudex esse desineret, qui iussit exhibere, *l. iudex posteaquam, ff.de re iud.* Si reus intra tempus præstitutum non exhibet, hic sequitur illa condemnatio, quã supra dixi. Hoc si interdicto olim expressum fuit, bene est. Si non fuit, tamen hoc à veteribus recte dictũ est ex certa natura & potestate huius iudicii. Sciendum est enim, omnia iudicia ad exhibendum, aut restituendum comparata esse arbitraria, vt indicatur *in §. præterea quasdam. Instit. de act.* Arbitraria sunt, quia ex arbitrio iudicis pendẽt, vt ibidem traditur, id est, in quibus prius arbitratur, id est, iubet iudex restitui, aut exhiberi id, de quo quæritur, quod si arbitrio non pareatur, tunc sequitur, quæ hinc pendet, condemnatio iudicij propria. Cõdemnatio autem in id, quod actoris interest, quod aduersus eum, qui dolo non restituit, æstimatur, quanti in litem ab actore iuratum est: aduersus eum autem, qui non restituit culpa, quanti vere res est. Hæc regula posita est *in l. qui restituere, ff. de rei vind.* de vindicatione quidem potissimum, de qua illic agitur: sed tamen ita, vt definiatur in extremo, hanc sententiam ad omnes actiones & omnia interdicta pertinere, quibus arbitrio iudicis quid restituitur. Si in restitutoriis iudiciis hoc ius est; quia iudicis arbitrio nõ paretur: hoc idem & in exhibitoriis seruari oportet; quoniam ambo pariter sunt arbitraria, id est, ex arbitrio iudicis pendentia pariter. *d.§.præterea. Instit. de act.* Vnde & in actionibus ad exhibẽdum similiter in litem iuratur aduersus eum, qui iussus non exhibet, *l.in actionibus, ff. de in lit. iur.* Hinc intelligi poterit, quomodo interpretandum sit, quod de condemnatione huius iudicij scribitur *in d.l.3.§.condemnatio.* Cetera huc pertinentia ex eo §. recte petentur.

12 His † expositis de vi & natura huius interdicti, quæsitum est, quid opus fuerit hoc interdicto, cum videatur aliis actionibus & aliis partibus iuris in hanc exhibitionem satis consultum fuisse. Nam primum actio *ad exhibendum* generalis est de omnibus rebus proposita, quas exhiberi volumus, & omnibus proposita quorum interest rem exhiberi, *l.3.§.sciendum, ff.ad exhib.* Deinde si specialis actio desideratur de tabulis testamenti exhibendis, de ea cautum est ea parte edicti, qua edicit prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: vbi pollicetur omnibus desiderantibus, se iussurum, vt his tabulæ exhibeantur, *l.1.ff.quem. test.ap.* Sed neutra harum actionum ad eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, pertinet. Idcirco de ea specie aut nullam actionem esse oportuit, aut constitui nouam in hoc interdicto. Nam primum actio ad exhibendum solis his datur, qui corpora sua esse dicunt, aut ad ius suum pertinentia: puta bona fide à se possessa, sibi pignori obligata, se in his vsumfructum habere, aut saltem sibi spem esse ea aliquando sua fieri posse, vt patet *ex l. 3.§.si ipse.ff. hoc tit.* item *ex l. 3. §. est autem, & §.interdum.ff.ad exhib.* Porro qui ex hoc interdicto desiderat tabulas exhiberi, neque tabularum dominus est, neque dicit tabulas ad ius suum pertinere, vt exhibitas vindicet. Datur enim interdictum legatariis: datur heredibus nondum adita hereditate, datur heredibus ex parte institutis. Quare in hanc caussam actio *ad exhibendum* esse non potuit. Quod autem attinet ad eam partem, qua cauet prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: sane illic edicit se exhibitionem tabularum concessurum: sed longe alia conditione, & aduersus alios, & longe dissimili effectu, quam in hoc interdicto. Nam illa parte cogit exhibere eum, qui non negat apud se esse tabulas. Ipse cogit tanquam magistratus, non tanquam iudex. Ideo & cogit longe aliter, quam iudex ex hoc interdicto. Nam eum, qui non negat tabulas apud se esse, omnimodo compellit exhibere, vt scribitur *in l.2.§.vl.ff.quem. test.ap.* Omnimodo sic interpretandum est, vt eum, qui non exhibet, nõ condemnet in id, quod actoris interest; quoniam hic iudicis officio non fungitur: sed vt vi extorqueat ab inuito exhibitionem, vel tabulas illi auferendo, si habet præ manibus, vel mulcta indicta, quæ sunt remedia magistratus, *l. 1. §. 1.ff.de insp.ven.* Ex hoc autem interdicto tantum agitur aduersus inficiantem, aut eum, qui dicit se exhibere non oportere. Iudex cogit tanquam iudex, non tanquam magistratus. Cogendi ratio est in condemnatione, ex quo discrimen vtriusque remedii manifestum est. Sed cur prætor nõ eodem modo se gerit aduersus inficiantem? quia aduersus inficiantem iudicio opus est, vt conuincatur. *l. negantes, supr. de obl. & actio.* Iudicio autem & iudice constituto, nihil relinquitur, nisi sententia iudicis, quæ aut in absoluendo est, aut in condemnando, *l. 1.ff. de re iud.* Accursius confitentem nullo iudicio est opus. Idem tantum à magistratu vt magistratu, non vt iudice cogitur, *l.si debitori, ff.de iud.*

AD TIT. VIII. COD. DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEV DEDVCENDIS, & de libero homine exhibendo.

SVMMARIA.

1 *De liberis hominibus quæ interdicta. & num.5.*
2 *Interdictum de libero homine exhibendo, aduersus quem, & quibus.*
3 *Si quis hoc interdicto iussus non exhibet, condemnationem esse, quanti actor iurauerit sua interesse, vel ex affectu.*
4 *De liberis exhibendis interdictum cui, & aduersus quem detur, & quid distet ab interdicto de libero homine exhibendo.*
Exhibere hominem, aut liberos esse extra secretum habere. ibid.
5 *De vxore exhibenda interdictum peculiare proditum marito: & id quale.*
L. vlt C. hoc tit. *explicatur. ibid.*
6 *De liberis hominibus ducendis interdicta proposita duo: patri de filio, quem in potestate habet: marito de vxore: aduersus quem, & quid sit ducere.*
7 *Aduersus filium negantem se esse in potestate non competere hoc interdictum, si de potestate solum sit controuersia: sed solum notionem prætoris: & cur vtrumque.*
8 *Notio prætoris, quid.*
9 L.1.§.1.ff. de rei vind. *explicatur.*

DE liberis hominibus † duo sunt genera interdictorum. Vnum, vt liberi homines exhibeantur, qui detinentur ab aliis. Alterũ, vt eos ducere, seu abducere liceat, qui ad ius nostrũ, siue potestatem pertinent, vt domi nostræ haberi possint. Prioris generis duo sunt interdicta. Vnum de libero quouis homine exhibendo. Alterum de liberis, id est, de filiis nostris exhibẽdis. 1

Prius † interdictum competit aduersus eum, qui liberum hominem retinet, sed hac conditione, si retineat dolo malo, vt sunt verba interdicti *in leg. 1.ff. de liber. exhib.* Is dolo malo retinere intelligitur, qui sciens liberum hominem esse, quem retinet, inuitum retinet, & sine caussa. siue autem seruum putet, siue retineat volentem, siue inuitum quidem, sed iustam caussam habeat retinendi, hoc interdicto non tenetur. Hæc definitio est, quæ multis verbis explicatur ab Vlpiano *in leg. 3.§. hæc verba.* & deinceps vsque ad §. *ait prætor. ff. de liber. homin. exhib.* Datur autem omnibus liberum hominem exhiberi desiderantibus, humanitatis & libertatis alienæ tuendæ caussa; nisi suspecta persona sit, 2

quæ

quæ desiderat. Hoc idem quale sit, pluribus explicatur *in d. leg. 3.*
3 §. *hoc autem interdictum, de liber. homin. exh.* Sed † non immerito hic quæretur, si homo liber exhibeatur iussu iudicis, quæ hic possit esse condemnatio, cum non sit condemnatio, nisi in id, quod actoris interest; quid autem actoris interesse potest, si extraneis personis hoc interdictum datur? Et erit condemnatio in id, quod actoris interest, non quod ex veritate æstimetur, sed iureiurando actoris, vt iuret, quanti sua interesse putet etiam ex affectu, aut quanti iniuriam illam æstimet quasi ad se pertinẽtem. Sic enim lis æstimatur in actionibus *ad exhibendum*, aduersus eũ, qui exhibere iussus, dolo, aut contumacia non exhibet, *l. 2. §. 1. in actionibus D. de in lit. iur.*

4 De liberis † exhibẽdis interdictum eodem pertinet, quo superius, nempe vt liberi nostri nobis exhibeantur. quo verbo in vtroq; interdicto significatur, vt extra secretum habeantur, *l. 3. §. ait prætor. D. eo. de lib. hom exhib.* Sed præterquam, quod de liberis nostris, qui in potestate nostra sunt, hoc interdicto agitur, distat etiam hoc interdictum à superiore duabus hisce in rebus. Primum nõ cuiuis desideranti datur, vt superius, sed patri dũtaxat, qui filium in potestate habet. *d. l. 1. D. de lib. exh.* Idque ob hanc caussam, quod interdictum hoc datur patri, vt filium exhibitum ducere liceat, *l. 3. §. 1. ff. de lib. exh.* Nulli autem ducendi ius est, nisi patri, qui filium habet in potestate. Deinde datur hoc interdictum, non vt superius, aduersus eum, qui dolo malo filium retinet, & nullam retinendi caussam habet, sed aduersus omnem, qui filium apud se habet, siue caussam retinẽdi habeat, siue nullam. Hoc potestati patris tribuitur, *l. 1. §. in hoc interdicto. D. de lib. exh.* Sunt tamen, qui hoc interdicto non tenentur, vt mater interdum, *l. 3. §. pen. D. de lib. exh.* vt maritus conuentus de vxore sua exhibenda. *l. 1. §. vlt. l. 2. D. eo.* Interdum etiam obstat patri rei iudicatæ exceptio, si iudicatum sit, filium non esse in eius pote-
5 state, *d. l. 1. §. pen.* De hoc interdicto accipienda est *l. 2. h. t.* Licet † in hoc genere adiicere tertium interdictum, de vxore exhibenda, quod marito datur aduersus omnem, qui vxorem eius retinet, etiam aduersus patrem vxoris, de quo *in l. 2. D. de lib. exh.* Ac de hoc interdicto accipienda est *l. vlt. h. t.* in qua scriptum est, si de exhibenda filia Philippi patris agatur, etiam eum ipsum conueniri posse. Non adiicitur, à quo, aut quo interdicto. Sed ex is, quæ supra dixi, facile est intellectu. Nam cum ipse pater conueniatur, perspicuum est hic non agi interdicto de liberis exhibendis, quo pater agit, non autem conuenitur. Sed nec quemlibet actorem intelligemus, qui de hac filia exhibenda experiatur interdicto de libero homine exhibẽdo. Nam hoc edictum aduersus patrem non competit. *l. 3. §. si tamen. ff. de lib. homin. exhib.* Restat igitur, vt soli marito hic interdictum detur, quo desideret vxorem suam à socero sibi exhiberi, *iuxta d. l. 2. ff. de lib. exhib.*

6 De liberis † hominibus ducendis duo interdicta sunt, quorum vnum propositum est patri de filio ducendo, quem in potestate habet, *l. 3. in princ. ff. de lib. exh.* alterum marito de vxore ducenda, vt constat *ex d. l. 2.* de quo eadem dicenda sunt mutatis personis, quæ de interdicto *de liberis ducendis* dicemus. Datur autem interdictum *de liberis ducendis*, vt filium ducere liceat, id est, secum domum abducere, vt ibi habeat, aut vbi velit, & ea mandata, quæ velit, exigat pro imperio & potestate patris. Datur aduersus eum, qui filium retinet quouis modo, vt illud de liberis exhibendis, sed ita, si inuitum apud se habeat. Nam si volentem, magis filius apud se esse intelligitur, quam apud eum, cum quo agitur. *l. vlt. ff. eo.* Aduersus autem filium ipsum, qui negat se esse in potestate patris, interdum hoc interdictum datur: sed hac cõditione solum, si is, quasi sui iuris esset, hereditatem adierit, aut quid aliud acquisierit, quod pater tanquam à filiofamilias quæsitum suum esse dicat, filius autem neget se esse in potestate patris, *l. penultim. ff. de lib. exh.* Ad quam speciẽ referri debet *l. 1. h. t.*

7 Ceterum † si solum de potestate erit controuersia inter patrem & filium ipsum, hoc interdicto aduersus filium nõ agitur, sed succedit notio prætoris, vt est, *in l. 3. §. hoc autem interdictum ff. de lib. exhib.* Sed cur aduersus filium ipsum hoc interdictum non datur, cum is non minus suæ potestatis controuersiam faciat, quam extraneus quiuis? Quia in omni actione, qua de re aliqua agitur, oportet rem distinctam esse ab eo, aduersus quem agitur. Est enim omnis actio de re aliqua aduersus aliquem, *§. 1. Instit. de act. l. actionum ff. de obl. & act.* At si aduersus filium, qui controuersiam suæ potestatis faciat, agitur, idem erit & is, cum quo agitur, & res, de qua agitur, nẽpe quæ petitur ad deductionem. Quapropter in hanc speciem actio non cadit.

Et tamen † quia filius impune controuersiam suæ potestatis 8
facere non debet, in hac re imploratur officium prætoris, seu magistratus, qui ipse hac de re cognoscet & iudicabit. Hæc est illa, quæ hic notio prætoris appellatur. Sed cur hic magis notio prætoris dicitur, quam in interdicto, aut in actione alia? Non quod prætor in aliis actionibus cognoscere non potuerit, aut iudicare: nam qui ipse alium iudicem dare potest, & ipse iudicãdi ius habet, de qua re alias. Sed quia ita cognoscere potuit prætor in ceteris actionibus, vt tamen non haberet necesse, sed iudicem dare posset. Et vero ita in more positum erat Romanis, vt prætor iudicem dare soleret, & iudicium. At hic, vbi notio prætoris appellatur, sic ipse cognoscere potuit, vt etiam debuerit, nec potuerit alium huius rei iudicem dare. Vnde notio prætoris per excellentiam dicta, vt sit prætoris solius, non alterius cuiusquam, quem prætor iudicem dederit.

Ex his iam intelligitur, de iis liberis, seu filiis, qui in põtestate patris non sunt, aut filii eius negantur, neque interdicta esse, neque cognitionem prætoriam, sed de his, si quid ab his, tanquam filiis exigamus, præiudicium redditur. Ex † quo rursum 9
intelligi potest, quæ sit sententia Vlpiani in *leg. 1. §. 1. ff. de rei vind.* vbi ita scribit: *Liberi nostri per hanc actionem non petuntur, sed petuntur aut præiudicio, aut interdicto, aut cognitione prætoria.* Præiudiciis petuntur, qui se filios nostros negant. Hoc enim cum fit, redditur aduersus eos præiudicium, id est, præiudicialis actio; similis illi, quæ dicitur de partu cognoscendo *in §. præiudiciales. Instit. de act.* Est enim actio, qua id agitur, vt filius noster esse agnoscatur, siue actio, in qua quæritur, an quis filius noster sit, necne. Quæ ideo præ udicium vocatur; quia cum quis filius noster esse iudicatus est, hoc iudicio vna eademque opera de aliis omnibus cõtrouersiis, quæ ex hac caussa pendent, iudicium factum iam ante videtur. Hæc autem inde pendent, vt filius noster nobis honorem exhibeat, obsequium præstet, nullam actionem, quæ turpitudinis significationem habet, aduersus nos instituat, nos egentes alat, *l. 2. l. licet. & seqq. ff. de obseq. paren. & pat. præst. leg. si quis à liberis. §. si vel parens. ff. de agnosc. libr.* Petuntur liberi interdictis ii, qui sunt in potestate nostra, si ab alio retineantur. Interdictis dicimus; quia sunt plura. Vnum *de liberis exhibendis*: alterum *de liberis ducendis*, re inter se, vt apparet maxime distincta. Quod si filius se ipse in potestate nostra esse negabit, neque ab alio detinebitur, hic notio prætoris locum habet, quam in superiore loco Vlpianus cognitionem prætoriam appellat.

AD TIT. IX. DE PRECARIO, ET SAL. INTERDICTO.

Ad L. 1.

Imper. Gordianus Aristoni.

Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt, venundedit integrum tibi ius est persequi, non interdicto Saluiano (id enim tantummodo aduersus conductorem, debitorem competit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exerçenda est. PP. 6. Idus Septem. Pio & Pontiano Coss. 239.

SVMMARIA.

1 *Saluiani interdicti summa.*
2 *De rebus coloni competere interdictum Saluianum: si adhuc coloni sunt, directum: si alienata sunt, vtile.*
3 *Saluianum ad res obligatas alterius debitoris, quam coloni non pertinere.*
4 *Saluianum competere non de omnibus rebus obligatis coloni, sed de inuectis & illatis in fundum.*
L. 1. D. de Sal. interd. *exposita.*
5 *Saluianum domino competere aduersus quemuis possessorem de rebus coloni inuectis.*
6 *Lectio* l. 1. C. de Sal. int. *emendata.*
7 *Quorsum interdictum Saluianum, cum de iisdem rebus competat actio Seruiana in rem.*

HOC

1 HOC rescriptum de Saluiano interdicto est, † cuius interdicti hæc est summa. Propositum fuit Saluianum interdictum de rebus coloni in fundum conductum inuectis & illatis, quas colonus domino fundi pignori futuras pepigit, propositũ de his rebus domino fundi aduersus quemuis earũ rerum possessorem. Hæc partim posita sunt *in §. interdictum quoque. Institut. de interd.* partim à Theophilo ibidem & suis locis alibi cõfirmantur, vt indicabimus. Est † hoc interdictum de rebus coloni. Proinde si ex inuectis & illatis rebus quid vendiderit & alienarit colonus, de eo hoc interdictum non competet secundum verba; quia res coloni esse desierint. Hinc dubitatio huius *leg.* 1. Et conuenienter iis, quæ diximus, respondetur, de rebus ita alienatis hoc interdictum non competere. Sed de directo hoc dictum interpretandum est, ceterum vtile dabitur *leg. 1. in princip. ff. eodem.* Neque enim colonus pignus alienando potuit conditionem creditoris facere deteriorem, *l. debitorem, infr. de pign.*

2 Coloni dicimus, vt intelligatur † de rebus alterius debitoris, quam coloni, & conductoris hoc interdictum non dari, quantumuis creditori pignori obligatæ sint. Quapropter quod in hac *l.* 1. scriptum est, *hoc interdictum aduersus conductorem, debitoremue competere*, oratio disiunctiua est, quæ pro coniuncta accipi debet, vt sit sensus: aduersus conductorem, qui & idem debitor sit; quoniam si debitor esse desiisset, pignus solutum esset. Id autem facimus ex vsu iuris recepto. vbi sententia ita exigente modo coniuncta pro disiunctis, modo disiuncta pro coniunctis accipimus, *l. sæpe. ff. de verbor. signif.* Est † de inuectis & illatis. Quod

4 prætermissum apud Iustinianum recte positum est à Theophilo: & satis colligitur ex *l. 1. in princip. ff. eodem.* Ait enim Iulianus, si ancilla à colono inducta sit in fundum conductum, deinde prægnans vendita apud emptorem pepererit, de hoc partu interdictum vtile competere, significans non competere directum. Quod non alia ratione dici potuit, quam quod hoc interdictum sit de illatis & inuectis in fundum: hic autem partus reuera non fuerit in fundum inuectus, aut illatus. Cur ergo vtile etiam de hoc partu datur? Quia si ancilla prægnans inducta fuit, quodãmodo per eam etiam inductum videri potest; quod vtero eius continebatur. Et ideo bene monent, qui de hoc partu interdictum dant, si ancilla saltem apud colonum conceperit *ex l. si conuenerit, §. si fundus, ff. de pign. act.*

5 Hoc † interdictum domino fundi datur, cui scilicet res pignori obligatæ sunt. Datur autem non aduersus conductorem tantum, sed aduersus quemuis possessorem, quod positum à Theophilo aperte probatur *in l. 1. §. 1. ff. eodem.* vbi Iulianus nominatim dat hoc interdictum aduersus extraneos, neque addit *interdictum vtile.* Vnde intelligimus & illum directum dare. Nam si vtile intelligeret in hac specie, adiecisset, quemadmodum prius fecerat in ea specie, de qua proxime responderat. Tum autem, si hoc interdictum aduersus conductorem tantum daretur, esset plane inutile, cum aduersus conductorem abunde sufficiat pignoratitia actio contraria de quauis re pignori data, quantumuis aliena, *l. 1. in fin. l. si rem in princ. ff. de pig. act.* Et tamen in hac *l. 1.* scriptum est, hoc interdictum tantummodo aduersus cõductorem, debitoremue

6 competere. Ego † puto recte dici posse locum esse corruptum, & ita legendum esse, *aduersus conductoris rem, debitorisue competit.* Nam si aduersus conductorem tantum competeret, non debuit hoc responderi de re coloni vendita, sed de re quauis coloni, quæ etiam nunc coloni esset, quæ ab extraneo possideretur. Nunc autem in hoc rescripto quæstio mouebatur de re à colono alienata. Et quod dicitur, Saluianum interdictum aduersus rem conductoris dari, non debet inusitatum videri. Nam in actionibus in rem dicuntur res conueniri, non personæ, *l. Imperatores. ff. de public.* Si quis lectionem vulgarem retinere vult, licebit de sententia recepta ita dicere, vt fateamur ex hoc loco interdictum Saluianum aduersus conductorem tantum dari, nẽpe directum: aduersus ceteros dari etiam illud quidem vt est *in l. 1. ff. eodem.* sed vtile, tametsi nihil illic adiiciatur. Sed hoc, vt dixi, nimis durum est, vt sunt ea, quæ supra probaui.

7 Quæsitum est † quid de suprascriptis rebus opus fuerit introducere hoc interdictum, cum sit in promptu actio Seruiana in rem, idque sine vlla dubitatione, §. *item Seruiana, Institut. de act. & l. 1. in fin.* Recte hoc expediunt vulgo hoc modo. Constat in hypothecaria actione de pignore creditorem probare debere rem, quam persequitur, fuisse in bonis debitoris, cum pignori obligabatur, *l. & quænondum, §. quod dicitur, ff. de pign.* Ex quo conlicere possumus, in hoc interdicto, in quo de possessione tãtum momentaria agitur, non necesse esse creditori idem probare, sed hoc solum res in fundum inuectas & illatas tanquam coloni essent.

Ad L. Vltim.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Fabricio.

Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur. S. K. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Precarium quid, & quid distet à commodato.*
2 *Interdictum cur necessarium visum de precario.*
3 *Interdicto de precario solum teneri, qui acceptum habet, aut desiit dolo malo habere, in eo culpam non præstari.*
4 *Etiam de precario esse actionem præscriptis verbis, ex contractu. Vnde contractus intelligatur, & cur cum hæc esset, comparatum sit interdictum.*

HOc rescriptum est de precario. Precarium † est, quod pre- 1
cibus roganti vtendum datum est, nullo certo vtendi constituto, neque fine, neque modo. Prius positum est *in l. 1. ff. eod.* Posterius additum est propter commodatum. Nam & commodatum est, quod vtendum datum est roganti, idque precarium cum commodato commune habet, *dict. l. 1. in fin.* Sed hoc distat alterum ab altero, quod commodatum tunc est, cum quid vtendum datur certo vtendi fine, aut modo præstituto. Exempli gratia: dedi tibi equum meum ad certum vsque locum: dedi bouem, vt ruri opus tibi faceret in duos dies: dedi tignum vtendum ad fulciendam insulam. In his omnibus commodatum est, *l. in commodato, §. sicut. ff. com.* Hæc omnia si dedi tibi roganti vtenda simpliciter, precarium est. Hac de caussa commodatum, quamuis beneficii sit: tamen intempestiue repetere non licet, *d. l. in commodato, §. sicut.* Contra precarium licet repetere quandocunque libet; quia scilicet nulla lex vsui dicta est, *l. 1. ff. eodem.*

Hinc † necessaria visa noua actio de precario. quam ad rem 2
propositum est hoc interdictum. Propositum autem ei, qui precarium dedit aduersus eum, qui accepit, vt restituatur. Exstat *in l. 2. in princ. ff. eo. tit.* Sed obseruandum † est hoc ita dari aduer- 3
sus eum, qui accepit, si is precarium habet apud se, aut dolo fecerit, quo minus haberet, quod interdicto expressum est. Ex quo intelligimus, eum, qui precarium accepit, si precarium amiserit, non teneri, siue casu amiserit, siue culpa sua, *l. quæsitum, §. eum quoque, ff. eodem.* Quod eo magis notandum est; quia videtur contra regulas contractuum esse constitutum, quibus efficitur, vt cum accipientis tantum vtilitas versatur, vt in commodato, qui accipit, non tantum dolum, sed etiam omnem culpam suam præstet, *l. si vt certo. §. nunc videndum, ff. com.* Sed vt aliter receptum sit in precario, ratio exposita est *in d. l. quæsitum, §. eum.* Non tantum autem hoc interdictum datur aduersus eum, qui precario accepit, sed etiam aduersus heredes eius, vt declaratur *in d. l. quæsitum, §. vlt.* Id vero est, quod hoc rescripto continetur. De precario commodati actio non datur; quia iam ostendimus precarium commodatum non esse. Sed † nihilominus & de preca- 4
rio actio præscriptis verbis datur. *l. 2. §. 1. ff. eod.* nempe ex contractu & conuentione. Nam præscriptis verbis actionem ex contractibus iis esse constat, quorum appellationes nullæ proditæ sunt iure ciuili. *l. 3. ff. de præs. ver.* Talis autem conuentio & cõtractus in precario dando inest. Nam qui dat vtendum, ita dat, vt declaret se dominium non transferre. Itaque hac lege dat, vt cũ is, qui accipit, vsus erit, reddat, vsus autem finis sit, cum danti videbitur; quia & dominus manet, & æquum est vnumquemque tamdiu liberalitate nostra vti, quamdiu velimus quæ ratio redditur & *in l. 1. & in l. 2. ff. eod.* Cur igitur hoc interdictum datum est, cum illa actio sufficeret? Quia hæc conuentio in hoc contractu non exprimitur: vt dubitari potuerit, num inesset, ac propterea num præscriptis verbis actio dari deberet. Ideo in hac incertitudine interdictum initio propositum est. postea cõuenit

actio-

actionem præscriptis verbis esse, quasi eodem modo negotium geratur, vt in commodato, nempe hoc, do tibi vtendum, vt reddas.

AD TITVLVM XIV. COD. DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS.

SVMMARIA.

1 *Collocatio huius tractatus.*
2 *Pignus & hypotheca qui l, & vnde hæc dicta.*
3 *Pignus quomodo constituatur.*
4 *Pignoris constituti vis in cautione: cautio quibus in rebus consistat.*

1 QVod de † pignoribus & hypothecis hoc loco tractatum est, factum ratione non caret. Apparet enim ex sequentibus titulis in hoc libro tractatum esse de iis in vniuersum, quæ ad obligationes omnes pertinent. Nam & de stipulatione ex professo hic actum est, & sub hac specie de obligationibus omnibus, quæ solent in stipulationem deduci: actum præterea de omnium obligationum solutionibus & liberationibus. Consentaneum erat, vt & eodem libro de iis ageretur, quæ ad confirmandā quamque obligationem pertinerent, id est, de obligationum accessionibus: quod & factum est. Nam cum obligationum omnium firmandarū caussa duæ accessiones essent, fideiussores, & pignora: vtriusq; generis tractatio in hunc librum esse collata, agitur enim & postea de fideiussoribus. Sed prius hoc loco, & quidem ab initio de pignoribus; quoniam in his plus est cautionis. Subiiciunt enim pignora rem creditori. Plus autem cautionis in rem, quam in personam, *l. plus cautionis, D. de reg. iur.* Idcirco & de his recte actum priore loco, vt de accessione firmiore. Alia in parte in Pandectis hoc argumentum collocatum est, nempe post tractationem de contractibus in parte 4. D gestorum. Sed nihil refert, vtrum post contractus & alias obligationes de pignorib. agatur, an ante, an in medio, dum hoc intelligatur, pignus omne obligationis præcedentis caussa dari, vt eo nomine creditori cautum sit. §. *vlt. Instit. quib. mod. re cont. obl.* Quid sit pignus, & hypotheca, quid verbo, quid re in vtu iuris alterum ab altero differat, scripsimus olim in methodo huius argumenti. Nunc ne quid desideretur, summam paucis complectar.

2 Et † definiuntur hæc aliter, cum verbi significationem ex proprietate quærimus, quæ est ex ea notatione, vnde & nomina ducta sunt: aliter, cum in his vim & effectum iuris spectamus, qui his verbis significatur. Proprietas & notatio verborum hæc est. Pignus dictum est à pugno, vt hoc verbo significetur res quidem pro debito obligata, sed ita, si tradatur creditori, & præsertim si sit mobilis. Nam hæc potissimum pugno capitur. hoc *in l. plebs. §. pignus. D. de verb. sig. l. si rem. § proprie. D. de pig. act. l. item Seruiana, in fi. Instit. de act.* Hypotheca autem verbum Græcum est, quod Latini retinuerunt, dictum ἀπὸ τοῦ ὑποτίθεσθαι, id est, subiicere, & supponere, vt hoc verbo significetur res pignori supposita. vnde rem suppositam pignori pro obligata legimus *in l. creditor. sup. de pign. act. & alibi innumeris locis.* Obligatur autem res pignori nuda conuentione etiam citra traditionem, *l. 4. D. eod.* Proinde hoc nomine etiam ea res significatur, quæ sine traditione pignori obligatur. Sed cum ea, quæ traditur pignori, multo etiam magis accedente traditione obligetur, & subiiciatur obligationi, dubium non est, quin hypothecæ verbo res omnis significetur pro debito obligata, siue tradita sit creditori, siue non sit: vt appareat pignus ab hypotheca hoc differre, quod differt species à genere. Hypotheca genus est, rem omnem obligatam continens, siue quæ tradita est, siue quæ non est tradita. Pignus speciei nomen ad eam rem pertinens, quæ creditori pro debito opponitur, & traditur. Sed quod in aliis verbis generalibus accidit, idem accidit in verbo hypothecæ. Vt enim adoptionis verbum, quamuis generale; tamen docendi caussa vsurpatur pro ea specie adoptionis, quæ fit per magistratum, *leg. 1. D. de adopt.* idemque fit in verbo cognationis. *l. Iurisconsultus. §. 1. D. de grad. & affin.* in verbo, *actionis, l. pronuntiatio. §. vlt. D. de verb. signific.* sic fit in verbo hypothecæ, vt cum pignori opponitur, intelligatur species altera pignori contraria, id est, res obligata, cuius possessio tradita non est creditori. Idque est, quod de proprietate horum verborum in hanc sententiam dicitur *in dict. l. si rem. §. proprie. D. de pign. action. & in dict. §. item Seruiana. in fin.* Sed hæc, inquam, ita sunt, cum significationem verborum & notationem spectamus. Aliud dicemus, cum spectamus rem ipsam, id est, vim & effectum pignoris. Vis & effectus pignoris, seu hypothecæ hic est, vt res, quæ pignori opponitur, sit pignori obligata. Porro in iure, vt res pignori obligetur, nihil interest, vtrum tradatur, an non tradatur, dummodo conuenerit, vt sit pro debito obligata, *dict. §. item Seruiana.* Ita huius potestatis & effectus habita ratione inter pignus & hypothecam nihil interest. Nam si res tradita est, & proprie pignus est, & proprie hypotheca; quia semper genus dicitur de sua specie. Sin res tradita non est, hypotheca proprie dicitur, & effectu etiam dicitur pignus; quia iuris potestate pro tradita habetur; tam enim obligata est, quam si maxime esset tradita. Huc referri debet, quod de contrahendo pignore dicitur *in l. 1. in pr. D. de pig. actio.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conuentione, etsi non traditum sit. De hac vi & effectu pignoris disserebat Martianus *in l. 5. §. pen. D. eod.* Est enim locus ad formulam hypothecariam, id est, ad actionem hypothecariam. Idcirco recte scripsit in eo tractatu inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonum distare. Vt sit sententia, si qua differentia est, eam esse in verbis, & verborum significatione: in re, siue in effectu rei non esse; quia ad rem obligandam pro debito nihil intersit, vtrum res tradatur, an non tradatur. Hoc constituto; quoniam de re quærimus, nō de verbis, pignus, seu hypothecam ita recte definiemus, vt sit res omnis pro debito obligata. quod colligitur ex *l. 4. & l. 5. D. eo.* Non dixi rem esse, de qua cōuenit, vt esset pro debito obligata; quod factum est *in §. item Seruiana. Inst. de act.* Nam Iustinianus de specie pignoris id dixit, nēpe de pignore conuentionali; quia ad demōstrandum, quod volebat, id sufficiebat. ceterum non sola conuentione pignus constituitur.

Dum effectum sit pignus rem esse pro debito obligatam, hoc quærendum est, quomodo obligetur, vt sic intelligamus vere pignus esse, quod tanquam pignus persequi volumus.

3 Pignus † omne aut iure ipso constituitur, aut alieno facto. Iure, cum in bonis debitoris lex creditori pignus tribuit. quod quibus in caussis fiat, dicetur *seq. tit.* Alieno facto pignus constituitur, si is constituit, qui ius constituendi habet, & constituit, vti oportet. Constituendi ius habent duo: ex iis, qui rei domini non sunt, solus magistratus: ex dominis hi omnes, quibus rerum suarum alienatio non est interdicta. A magistratu constituitur id, quod prætorium appellamus. Quod quibus in caussis magistratus constituere possit, & quomodo constituatur, dicetur ad tit. *de præt. pig. & tit. seq. inf.* De hoc autem est in *l. nō est mirum. D. de pig. act.* A domino pignus constituitur nuda voluntate, vt quisq; voluerit rem suam pignori esse creditori siue suo, siue alieno. Constituitur autem ista voluntate partim testamento, partim conuēctione. Testamento recte constitui pignus discimus ex *d. l. non est mirum. D. de pig. act.* Conuentione autem præcipue constituitur. In qua hoc notandum est, nuda conuentione pignus contrahi citra traditionem, *l. 4. D. eo. l. 1. in pr. D. de pig. act.* Rursum conuentione contrahitur dupliciter, partim conuentione tacita, partim expressa. Tacita, vt inuectis & illatis in prædium vrbanum conductum. de qua specie cognoscemus proximo titulo. Expressa conuentio quæ sit, notum est.

4 Pignoris † constituti hæc vis est, vt pignore pro debito cautum sit creditori, vt initio diximus. Hæc cautio tribus in rebus consistit. Primum vt rem penes se habere liceat creditori, & pignori incumbere. Quam ad rem obtinendam illi proposita est de pignore in rem actio aduersus omnem pignoris possessorem, *l. pignoris. inf. h. t.* Proximum est, vt dum rem penes se habebit, ea vtatur fruatur, vt bono patrifamilias conuenit. Quod non tantum pro iure suo facere potest, sed etiam facere iubetur ex fide bona, vt & res colatur, & fructus percepti exonerent debitum, atque ita vtrique caueatur, & debitori, & creditori, *l. 2. & l. 1. sup. de pig. act.* quamquam hoc magis in obligatione personali quæ inter debitorem & creditorem intercedit, quam in iure pignoris numerandum est. Tertium est, vt si creditori videatur non esse exspectandum diutius, sed suum consequi velit, liceat ei primo quoque tempore pignus distrahere, ex cuius pretio illi satisfiat. de quo sub tit. *de distr. pig. inf.*

Ad

Ad L. 1.

Impp. Seuerus & Anton. AA. Timotheo.

Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus edere nihilo magis liberabitur. PP. V. Cal. Mart. Seuero, A. II. & Albino Coss. 195.

DEbitor cessione pignoris inuito creditore liberari nõ potest. Ductum ex regulis iuris, quæ sunt de solutione & liberatione debitorum. Vnusquisque inuito creditore ita liberatur, si soluat, quod debetur, quo pertinet illud, solutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Ceterum neque minus, quam debetur, neque aliud pro alio inuito creditore solui potest, *l. 2. §. 1. ff. si cert. pet.* Porro certum ē, cum pignus pro debito ceditur, vel minus solui, si pignus non tanti valeat, quantum debitum est, vel si tanti valet, aut pluris; tamen aliud solui, quam debetur. Ex quo efficitur, ea cessione debitorem liberari non posse. Hoc cum in ceteris rebus, quæ solluuntur, recte dicatur; tunc vero in pignore quod ceditur, præcipue locum habet. Pugnat enim cum fine & natura pignoris, vt debitor ea cessione liberetur in necem creditoris. Iam enim dixi pignus dari, vt creditori magis caueatur, cui aduersatur, vt creditori noceat.

Ad L. 2. Quamuis.

Iidem AA. Lucio.

Quamuis constet specialiter quædam & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, & æquale ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum: ea, quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti interim tibi non auferri præses prouinciæ iubebit. PP. 2. Calen. Iul. Chilone & Libone Coss. 205.

SVMMARIA.

1 *Bonis generaliter pignori obligatis quæ vis hypothecæ ad prærogatiuam pignoris.*
2 *Specialiter quibusdam rebus pignori obligatis, deinde generaliter omnibus bonis, non perueniri ad alia bona aduersus posteriores creditores, quamdiu specialis hypotheca sufficit: & cur. & num. 4.*
3 *Species & sententia huius rescripti.*
4 *Iurisdictionem temperandam hic quid sit.*

1 QVi generaliter † bona debitoris pignori accepit, potior est eo, cui ex his bonis specialiter postea pignori data sunt, quãtuis ex ceteris pecuniam sibi debitam redigere possit: sententia ē Papin. *in l. 2. ff. qui pot. in pig. hab.* Propone hoc modo: primo creditori bona debitoris generaliter obligata sunt. Secundo obligatus est fundus Tusculanus specialiter, qui fundus erat ex bonis debitoris. Dicimus ius esse primo creditori hunc ipsum fundum persequi aduersus secundum creditorem, nec illi quidquam obstare, si in reliquis bonis, quæ secundo non sunt obligata, satis sit, vnde primo satisfiat. Sententia vera, & regulis iuris conueniens. Nam quoties duobus, eadem res pignori obligata est diuersis temporibus, qui tempore prior est, potior est iure in pignore persequendo, *l. 2. & l. 3. inf. qui pot. in pig. hab.* Porro in proposito fundus Tusculanus secundo obligatus, iam ante primo obligatus fuit, cum generaliter omnia bona debitoris illi pignori data sunt. Nam generali oratione compendio sermonis omnes species tam continentur, quam si specialiter expressæ essent, *l. si seruitus ff. de ser. vrb. præd. l. Mæuius. §. duorum. ff. de leg. 2. l. semper specialia generalib. ff. de reg. iur.* Sic fit regulæ superiori conuenienter, vt primus creditor in hoc fundo Tusculano potior sit secundo creditore. Sed & *d. l. 2.* & hoc rescripto docemur, eam sententiam sic accipiendam esse, si omnia bona debitoris generaliter obligata sint primo creditori sine exceptione & enumeratione cuiusquã rei, quæ sit ex illis bonis.

2 Placet † diuersum esse, si primo creditori quædam specialiter obligata sint, deinde generaliter omnia bona debitoris. Nam primum si generaliter omnia reliqua bona obligata sint, sub hac conditione, si pecunia ex rebus specialiter obligatis seruari non possit; res dubitationem non habet, quin ex verbis ipsis conuentionis primus creditor prius persequi & excutere debeat res sibi specialiter obligatas; quoniam reliqua bona non sunt illi obligata, si ex rebus specialiter obligatis suum consequi possit. Quo fit vt si possit consequi, posterior creditor in aliis rebus sibi specialiter obligatis non tam sit potior contra regulam iuris, quam solus creditor; cum priori eadem obligata nõ sint. Hæc est illa species, de qua Papinianus in istam sententiam respondet in *ead. l. 2. ff. qui pot. in pig. hab.* Sed etsi prius creditori quædam res specialiter pignori obligatæ sint, deinde generaliter reliqua omnia bona, quamuis sine vlla conditione; tamen idem placet, quod supra, primum creditorem prius persequi & excutere debere res sibi specialiter obligatas, quam perueniat ad ea, quæ ex reliquis bonis secundo creditori obligata sunt.

Quæ † species est, & exceptio huius rescripti. Finge hoc modo: primo sic pignus datum est; ædes illæ meæ, & generaliter omnia mea bona tibi sunt obligata pignori: secundo creditori postea fundus Tusculanus, qui ex iis bonis reliquus erat, obligatus est. Placet primum creditorem non posse fundum Tusculanum persequi à secundo creditore, nisi prius constiterit eum ex ædibus sibi specialiter obligatis pecuniam sibi debitam redigere nõ posse. Obstabat huic sententiæ regula superior, quæ efficit, vt in fundo duobus obligato potior sit iure, qui tempore prior est. Nã hic quidem fundus primo creditori prius est obligatus. sunt enim illi omnia bona debitoris obligata, & ita in omnib. æquale ius habet, vt rescriptum loquitur. Respondent Imperatores hoc ita esse, vbi generaliter omnia bona debitoris creditori primo obligata sunt. Sed † in hac specie iurisdictionem esse temperandam, id est, ius illud quod supra posuimus de generali obligatione, esse temperandum, & secundum hoc temperamentum præsidem ius dicere debere. Sed cur in hac specie temperandum ius est? quod rescriptum non exprimit. Nempe quia secundũ verba primo creditori omnia bona debitoris obligata sunt, & ideo fundus Tusculanus, de quo quæritur: sed secundum sententiam contrahentium non sunt: quæ sententia hinc colligitur. Non enim frustra primo creditori specialiter obligatæ sunt ædes, cum satis generali hypotheca continerentur. Et satis declaratur *in l. 4. ff. de vsur.* cum verba plura de eadem re geminantur, sic geminari videri, vt geminatio aliquam vim habeat. Quod & hic fieri existimandum est. Nunc autem hypothecæ specialiter expressæ alius vsus esse non potest, nisi vt creditor prius eam persequatur, & si sufficit, sit contentus, si non sufficit, tum ad reliqua bona perueniat.

L. Creditores 3.

Iidem AA. Maximo.

Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conuentionis legē ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur; attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent. PP. Cal. Maii Antonino A. II. & Geta II. Coss. 206.

SVMMARIA.

1 *Creditorem pignoris possessionem adipisci solum debere auctoritate magistratus competentibus actionibus.*
2 *Pignoris possessionem qui ingreditur sua auctoritate, eum ius crediti amittere.*
3 *Legem conuentionis exercere quid.*
4 *Eum, qui quamuis ex conuentione possessionem pignoris sua auctoritate & vi ingreditur, teneri legibus Iuliis de vi.*
5 Debere *verbum quam per se, atque hoc loco significationem habeat.*
6 *Creditorem pignoris possessionem non aliter ingredi debere quam auctoritate magistratus, etsi conuenerit, vt posset sua auctoritate ingredi: & aduersus eum, qui contra faciat, quæ sit pœna.*
7 *Pactionem, vt creditori liceat sua auctoritate pignoris possessionem ingredi, creditori re alienata aduersus extraneum possessorem nihil prodesse.*

PIgnore constituto, creditori ius est pignus tenere, eique incumbere. *l. cum creditor, §. 5. ff. de fur.* Hoc si consequitur creditor volente debitore, res caret dubitatione. Si † recusat debitor tradere, placet hoc loco creditorem sua auctoritate possessionē adipisci non debere, sed tantum auctoritate magistratus. Merito. nam nec mulier ipsa, quæ rem suam doti dedit, facultatem

habet soluto matrimonio ingrediendi possessionem rei dotalis, id est, suæ, sine auctoritate magistratus. *l. dotis. sup. sol. mat.* Plus autem iuris habet dominus in re sua, quam creditor in pignore. Magistratus auctoritate possessionem adipiscitur creditor, actionibus suis experiundo, vt fieri iubetur *in l. exstat. D. quod met. caus.* Est autē creditori ad pignus persequendum hypothecaria actio. Hac igitur aduersus debitorem, qui pignus non tradat, experietur.

Si † contra creditor auctoritate sua possessionem ingreditur,
2 pœna hæc est, vt vim facere existimetur, & simul crediti ius amittat ex decreto D. Marci, *d. l. exstat. D. quod met. cau.* Non aduersatur huic sententiæ, quod *in d. l. cum creditor. D. de fur.* dicitur, si creditor rem sibi pignoratam auferat, eum contrectare, id est, furtum facere, non videri. Sane enim furtum non facit, quia dolo malo nō contrectat rem ad ius suum pertinentem, sed nihilominus vim facit. Itaque hac pœna tenetur, vt crediti ius amittat: non tenetur pœna furti, vt duplum præstet, aut quadruplum. Hæc minorem dubitationem habent, si in pignore dando non conuenerit, vt creditori sua auctoritate liceret possessionem ingredi. ius diserte cautum *in l. pen. sup. de pig. act.* vbi ita scriptum est, *creditorem citra cōuentionem, aut præsides iussionem suo arbitrio pignus auferre non posse.* At illud iuste dubitari potuit, quæ huius loci quæstio propria est, nū idem dicendum sit, si conuenerit, vt creditori liceret possessionē ingredi sua auctoritate, & is conuentionis legem exerceat, sic e-
3 nim rescriptum loquitur. Dicitur † autem creditor possessionem ingressus legem conuentionis exercere, vbi conuenit, vt illi liceret possessionem ingredi, & ea lege; seu conuentione vtitur, vel potestatem ea conuentione sibi tributam exercet, vt licet intelligere ex his locis, *l. si priusquam. inf. de distr. pig. l. 3. l. 4. §. eleganter. l. 6. in fin. D. de leg. commis.* Et de ea re ita huius rescripti sententia est, eos creditores, qui ex conuentione possessionem pignoris ingredi ātur, hoc differre ab iis, qui sine conuentione idem faciunt, quod priores quidem non videantur vim facere, vt posteriores faciunt quod eo pertinet, vt intelligatur eos non incidere in decretum D. Marci, & ius crediti non amittere: sed omnes in hoc conuenire, quod etiam priores conuentione superiore non adiuuentur, quominus præsidis auctoritate possessionem adipisci debeant. In quo continentur tres sententiæ, quarum vnaquæque cum suam dubitationem habeat, ideo & separatim nobis expendenda est. Prima est, creditores, qui ex conuentione possessionem pignoris ingrediantur sua auctoritate, vim facere non videri. Hoc tunc liquido dicitur, cum creditores volentibus debitoribus possessio-
4 nem occupant sine alia vi. At † qui id, si repugnante debitore idem faciant, vt scilicet debitorem expellant, eoque vi expulso pignus possideant? Puto recte videri Azoni, recte Bartolo, eos creditores, qui id faciant, aperte vim facere, & teneri legibus Iuliis de vi aut publica, aut priuata, prout vis armata, aut sine armis facta erit. Quod mihi plane probari videtur *l. in possessionem inf. ad leg. Iul. de vi* vbi ita scriptum est: *si creditor possessionem fundi per vim ingrediatur, eum legis Iuliæ de vi priuata reum fieri posse.* Nihil in lege distinguitur. Ex quo colligi potest nihil referre, vtrum creditor rem sibi non obligatam occupet, an sibi obligatam, & vtrum ex conuentione possessionem ingrediatur, an sine conuentione. Et vero creditori nihil prodesse istam conuentionem ad defensionem vis illatæ, hoc argumento certissimo efficitur. Nam etsi nominatim cōuenisset, vt creditori liceret pignus vi occupare, conuentio non esset seruanda. Est enim vis omnis in priuatis contra bonos mores. *l. 3. D. quod met. cau. l. nihil consensui. D. de regul. iur.* Vt nihil aliud, certe vim facere delictum est, & quidem inter alia maxime animaduertendum alioqui legibus publicorum iudiciorum non coerceretur. Nulla porro pactio valet, quæ fit contra bonos mores, nulla, quæ ad amouendum quid, aut aliter delinquendum inuitat. *l. 5. D. de pact. dot. l. pacta, quæ contra. sup. de pact.* Non aduersatur hoc rescriptum nam hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cū id à debitore nominatim non impetrassent, nō etiam si vim corpori debitoris intulerint. Non me mouent rationes Ioannis, quibus ille apud Accursium in contrariam sententiam vtitur. puta, quod ab initio cum debitore placuit, id & inuito eo fieri posse. §. 1. *Instit. quib. al. lic. vel non. l. de accessionib. in fin. D. de diuer. tem præsc.* Itē dominum pati iniuriam non videri, qui semel voluit. *l. in diem. D. de aqu. & aq. plu. arc.* Nam prius recte dicitur de eo, quod iure placuit. Sane vero quod ita placuit, postea reuocari non potest. At in conuentionibus iniustis hoc euenit, vt non mutatione voluntatis debitorum rescindantur, sed sua sponte ab initio nullius sint momenti. Quod autem dicitur inuitum iniuriam non pati, qui semel voluit, hactenus verum est, si proponatur res tantum gesta esse inuito eo, qui voluit, vt sit *in dict. leg. in diem.* Non idem dicendum est, si vis ei inferatur, quam bonæ leges omnes, vt bonis moribus, & publicæ vtilitati inimicam auersantur. *l. nihil consensui. D. de regu. iur. l. exstat. D. quod met. cau. l. si quis in tantam. l. penult. & vlt. sup. vnde vi.* Indicant & leges Iuliæ de vi publica & priuata.

Secunda sententia est, quæ hoc rescripto non exprimitur quidem, sed per contrarium satis significatur, creditores, qui sine cōuentione possessionem pignoris sua auctoritate ingrediuntur, vim facere videri. De hac sententia satis initio supra dictum est.

Tertia sententia est præcipue animaduertenda, eos creditores, qui ingrediuntur possessionem sua auctoritate, quamuis ex conuentione id faciant, tamen id solum præsidis auctoritate facere debere. Quæ sententia incidit in difficultatem ex principio rescripti, vbi cauetur creditores ex cōuentione possessionem ingressos vim facere non videri. sequitur enim videri eos impunè id facere. Quod si verum est, non debent, vt rescriptum loquitur, id est, non necesse habent, possessionem ex magistratus auctoritate ingredi. Quod vt dissoluerent interpretes nostri, varia commenti sunt. Alii † sic interpretantur, *debent*, id est, *possunt.* Non e-
5 nim habent necesse. Quod perinde est, ac si diceretur: *debent, si volunt*, id est, *non debent.* Et inepti sunt, qui nobis persuadere conantur, *debet*, interdum idem significare, quod *potest.* Nam verbum *debet* naturalem intellectum habet etiam idiotis notum, vt is debere dicatur, qui inuitus debet, quiq; inuitus facere cogitur, quod debet, vt liquet *ex l. 1. in pr. de eden. l. 1. D. quod qui iur. in al. stat. l. debitor, D. de ver. sig.* Nec quidquam pro istis ad rem facit *l. obseruare. §. vit. D. de offic. procon.* Ait Vlpianus, *proconsul, ingressus prouinciam iurisdictionem suam mandare debet.* Scimus esse in potestate proconsulis, vtrum iurisdictionem suam mandet, an non mandet. *l. solent. §. sicut. D. illo tit.* Ex quo effici putant in superiore sententia Vlpiani, verbum *debet* necessario pro *potest* accipiendum esse. Sed fallit eos quod non animaduertunt Vlpianum in superiore loco non pronuntiare de iurisdictione mandanda simpliciter, sed de tempore mandandæ iurisdictionis. Sine dubio proconsul non debet: id est non necesse habet, iurisdictionem suam mandare, sed si vult mādare, debet tantum mandare ingressus prouinciam, ante vero mandare non potest. Quod sentire Vlpianum in eo loco euidēter ratio ab illo subiecta declarat. Ait enim absurdum esse, vt proconsul mandet iurisdictionem, priusquam ipse iurisdictionem nactus sit. Non nanciscitur autem prius, quam sit ingressus prouinciam. Præterea illud quod scribitur *in d. l solent. §. sicut.* procōsulem non debere adimere iurisdictionem legato suo inconsulto principe, etiam necessitatem habet eam, quam diximus, vt scilicet si proconsul aliter iurisdictionem adimat, non videatur ademta. Nec obstat, quod prius illic dicitur liberum esse proconsuli adimere iurisdictionem suam legato. Nam hoc continenter temperatur hac conditione, dummodo consulto principe id fiat. Alii interpretantur hoc modo, creditores debent, nempe ex vrbanitate. Quod perinde est, ac si diceretur, debent, si vrbani esse volūt. Id autem significat, non debent. Nam pro non dicto est, quod quis facere, nisi velit, non cogitur. *l. sub hac. D. de obl. & act.* Alii, vt Bartolus, rem sic explicant, si conuenerit, vt creditori possessionē sua auctoritate ingredi liceret, sane illi ingredi licebit, sed possessionem ei adipisci non licebit, quasi aliud sit ingredi possessionē, aliud adipisci. Quod aperte refellitur *l. 3. in princip. ff. de acq. poss.* vbi traditur vnumquemque possessionem adipisci ingrediendo fundum hac mente, vt teneat. Sed nihil his defensionibus est opus.
6 Tenebimus † nullum creditorem sua auctoritate præsidis, adipisci posse pignoris possessionem, siue conuenerit, vt ei facere liceret, siue non conuenerit. Neque initium huius rescripti repugnauit. Nam qui negat creditorem sua auctoritate ingressum possessionem vna pœna teneri, is non negat eum in aliam pœnā incidere. Creditores sua auctoritate possessionem ingredientes ex conuentione vim non faciunt. Et ideo hæc pœna non tenentur, quasi vim fecissent. Sed nihilominus præsidis auctoritate possessionem adipisci debent: vt si contra faciunt, iniuste faciant, nec sit impune, vt accidit in iis omnibus quę contra legem fiunt *l. 1. D. de legib.* Quæremus igitur iam, quæ sit pœna aduersus eos creditores. Et quod traditū est de emtore, & similibus qui à domino possessionē accipere debent, & nihilominus eā sua auctoritate adipiscūtur, id recte transferetur ad creditorē, qui sua auctoritate possessionē nanciscitur. Emtor sua auctoritate sine

volun-

voluntate domini possessionē adeptus, iniuste & mala fide possidet. *l. si ex stipulatione. l. fundi. ff. de acq. poss.* Idem igitur & de creditoribus in simili caussa dicendum est. Hinc cōsequens est, si creditor sua auctoritate pignoris possessionem ingressus erit, posse debitorem pignoris possessionem auferre interdicto. *Vti possideris.* In quo vincetur creditor, qui aut vi, aut clam possidet. Consequens & illud, creditorem fructus rei pignoratæ suos non facere, non magis, quam faciunt ceteri malæ fidei possessores. *§. si quis à non domino. Inst. de rer. diuis.* Consequens præterea, creditorem pignus alienantem dominiū non transferre; quia iniusta possessio apud eum fuerit, quæ pro possessione nō habetur. Postremo & illud consequens erit, si creditor pignus vendat, & debitor denunciet emptori, ne emat, emptorem mala fide possidere. *arg. in l. si fundum. sup. de rei vind.* Et in summa recte ita dicemus: vbi conuenit, vt creditori pignoris possessionem sua auctoritate ingredi liceret, hæc conuentio id præstat creditori possessionem sua auctoritate adipiscenti, vt ipse nihil amittat; non n. ius crediti amittit, quasi vim fecerit, sed non ei hoc præstat, vt quidquam adquirat sine præsidis auctoritate. Non n. acquiret possessionem, nisi iniustam. Iniusta possessio pro possessione non est. *l. si quis vi. in pr. ff. de acq. poss.* Sed video aduersus hanc sententiam hoc dici posse; satis videri creditorem adipisci possessionem ex voluntate debitoris, postquam debitor id ab initio voluit. Quod si ex voluntate eius, etiam iuste, *d. l. si ex stipulatione. de acq. poss.* Sed vt volūtate debitoris videatur quæsita possessio, non est satis, voluisse eum initio, nisi in ea voluntate perseueret. Nam in re tradenda, & possessione iuste acquirenda non præteritam voluntatem domini quærimus, sed præsentem. *l. fundi. ff. de acq. poss.* At etiam hic nobis occurretur. nam cum debitor quid ex conuentione voluit, placet eum non posse eam voluntatem reuocare. *l. vero 12. l. ante pen. ff. de solut.* Sed hoc in iis locum habet, quæ iusta conuentione placuerunt, quæq; ideo inde iure quæsita sunt creditori. Sane enim recte illi semel quæsita debitor inuito auferre non potest. *l. vlt. ff. de pact. d. l. vero. 12. de solut.* Ad iniustas autem conuentiones, & ad ea, quæ creditori quæsita non sunt, non pertinet. Nam & iniusta conuentio pro non interposita est, *l. non dubiū. sup. de legib.* & quod alicui quæsitum non est, id illi adimi dici non potest. Iam cū cōuenit, vt creditori sua auctoritate possessionem ingredi liceret, hactenus iusta est conuentio, quatenus id agitur, vt ille sua auctoritate ingrediatur sine vi possessionem. Quare & hactenus ius ingrediendi illi quæritur: quod semel quæsitum, nulla voluntatis debitoris mutatio illi adimet. Vt autem prohibente debitore ingrediatur, id est, debitore prius vi deiecto, hactenus conuentio contra ius est, & bonos mores: ex qua propterea nulla eiusmodi potestas creditori quēri potuit, nec potest videri illi adimi, quæ quæsita non fuit.

7 Quæsitum † est, si suprascripta conuentione interposita debitor pignus alienarit, an possit creditor eius pignoris possessionem sua auctoritate ingredi, vt vim facere non videatur, perinde ac si nunc quoque pignus à debitore possideret. Respondeo nō posse; nec illum adiuuari superiore conuentione; quia pacta inter alios facta aliis non nocent. *l. si vnus. §. ante omnia. ff. de pact.* Nec offendemur eo, quod manus iniectione pacto recepta in mancipium venditum, placet hanc seruari suis conditionibus aduersus quoscumque possessores, etiam cum quibus venditor nihil contraxit. *l. pen. ff. de ser. expor. l. si quis sub hoc pacto. ff. de cont. empt. & vend.* Nam potestas iniiciendæ manus in rem aliquam à solo dominō retinetur, & retinetur in seruos, quos ipse tradit certa conditione, vt si ea conditio non seruetur, sibi liceat in seruum manum iniicere. Et conuentio ideo recepta est, vt dominis in seruos sua auctoritas constaret, quæ neque in creditorem, neque in res pignori obligatas cadunt.

L. Cum te 4.

Iidem AA. Bellio.

Cum te pecuniam accepisse, & agros tuos obligasse fatearis: non habes rationem, quod quereris vi te coactum pignori dari. Si igitur recipere vis rem tuam, solue creditori tuo pecuniam debitam. Dat. 3. Kal. Iun. Antonino A. III. & Geta III. Coss. 209.

SVMMARIVM.

1 *Non dici vi coactum pignori dare, qui necessitate rei familiaris coactus est pecuniam accipere, & pro ea pignus dare.*

QVæritur hoc loco, *cur debitor, qui dicit se pecuniam accepisse, & pignus dedisse, non iuste quaratur se vi coactum pignori dare. An quod debitor impune vt cogi potest, vt det pignus?* Minime vero. qualiscunque enim & cuiuscunque rei traditio, aut obligatio vi extorta rata non habetur, *l. metum. 9. §. idem. §. sed quod. Dig. quod met. cau.* Quid, quod ne solutionem quidem rei ante debitæ vi extorquere cōcessum est? *l. sed & partus. §. vlt. ff. quod met. caus.* Sed intelligendum est, proponi hoc loco eum debitorem, qui non simpliciter diceret se vi coactum esse, sed ideo; quia necesse habuerit dare, si vellet accipere pecuniam, quam creditor alia conditione non daret. Et † respondetur nullum illi in eo necessitatis argumentum esse, cum ipse profiteatur se pecuniam accepisse, quam non accipere ei integrum fuit, ac propterea etiam pignus non dare. Quod si pecuniam accipere voluit, debuit vti lege creditoris, cum liceat vnicuique in traditione rei suæ quamuis legē dicere. *l. in traditionib. ff. de pact.* Nec multum creditori proderit, si dicat se necessitate rei familiaris coactum; vt pecuniam mutuam acciperet. Nam hæc necessitas à nemine mortalium ei infertur; sed aut proficiscitur à culpa eius, aut diuina voluntate: quam ipse æquo animo ferre debet, non ad alienam iniuriam transferre. 1

L. Præses 5.

Imp. Antoninus A. Domitio.

Præses prouinciæ, vir clarissimus, ius pignoris tui exsequētem te audiet, nec tibi oberit sententia aduersus debitorem tuū dicta, si eum collusisse cum aduersario tuo, aut (vt dicis) non caussa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. PP. *Idib. Maii. Romæ, Duobus & Asperis Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Sententia aduersus debitorem lata de pignore, quibus casibus creditori in eo pignore noceat.*
2 *Collusio quid, & quibus rebus arguatur.*
3 *Quæ præscriptio ex persona debitoris noceat creditori in pignore.*

VNa res creditorem pignus persequentem sine controuersia summouet, si non probet rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum ille pignus dabat. *l. & quæ nondum. quod dicitur. Dig. eod. tit.* Multo ergo magis, si possessor vltro probet rē in bonis debitoris non fuisse. Hinc quæstio, *quid si contra debitorē iudicatum sit, quasi res in bonis eius non esset?* Finge debitorem rem, quam pignori obligauit, aliquando petiisse à possessore, & in eo iudicio cum non probaret rem esse in bonis suis, superatum esse. Quæritur, an quemadmodum ea sententia debitori eandem rem postea, ab eodem possessore persequenti noceret, sic & creditori nocere debeat: vt quemadmodum exceptio auctori nocet, sic noceat & successori. quod & faciendum esse traditur *in l. 4. §. si quis autem in fin. Dig. de dol. mal. & met. except.* Hoc † rescripto traditur, duobus casibus eam sententiam creditori non nocere. 2 Quod ita accipi potest, quasi in omnibus aliis casibus noceat. Quod cum aliter se habeat; ne isto modo accipiatur, tū vt quod hic locus dat, intelligatur; recte fiet, si quibus in caussis hæc sententia creditori in vniuersum noceat, aut non noceat, breuiter dicamus. Et in eo hæc distinctio tenenda est. Interest, vtrum debitor de re victus sit, priusquam pignus daret, an vero tunc. cum iam rem pignori dedisset. Si ante; sententia aduersus debitorem dicta creditori oberit; quia non potuit debitor plus iuris transferre in creditorem, quam habuit. *l. si superatus. §. vlt. Dig. eod. leg. si mater. §. vlt. Dig. de except. rei iudic.* Si pignore iam constituto; refert, vtrum ignorante creditore debitor de re pignori obligata egerit, an vero sciente. Si ignorante, sententia aduersus debitorem dicta ignoranti creditori non nocebit. *dict. l. si superatus. in pr. dict. leg. si mater. in fin.* Sin autem debitor egit sciente creditore; sententia vt debitori, sic & creditori nocebit. *l. sæpe. §. scientibus. Dig. de re iudic.* Hoc postremum quomodo accipiendum sit, do-

cemur hoc rescripto. Placet ergo accipiendum esse hoc modo, si debitor sciente creditore agens ideo victus sit; quia malā caussam haberet. sin victus sit alia de caussa, ne hic quidem sententiā creditori obesse. Id autem contingere duobus modis, qui hoc rescripto comprehensi sunt.

2 Vnus † est, si debitor per collusionem victus sit, id est, si ex cōpacto passus sit se vinci. Quod ita fieri probabitur, si sciens sua iura, & ea, quæ ab aduersario dicebantur, falsa esse non ignorās, tamen dissimulauerit. indicat *l. si prolusorio. ff. de appel.* Quæ exceptio manifestam rationem habet: declarat enim aperte hæc collusio rem in bonis debitoris fuisse. alioqui collusio non esset. Al-

3 ter † modus est, si debitor ideo victus sit; quia sit sum motus præscriptione, id est, exceptione aliqua extrinsecus. Nam præscriptio exceptionem significat. *l. super. sup. de long. temp. præs. l. creditor. ff. diuer. temp. præs.* Præscriptionem autem hic accipere debemus exceptionem ex facto debitoris nascentem, nō ex iure rei: puta rei iudicatæ, aut longi temporis, aut pacti conuenti. Rei iudicatæ hoc modo. Debitor rem suam persecutus ignorante creditore victus est: deinde iterum eandem rem petiit sciente creditore, & summotus est exceptione rei ante iudicatæ. Neutra sententia creditori nocebit: non prior; quia ignorante creditore lata est. non posterior; quia etsi creditore sciente res acta sit; tamē debitor ob factum suum summotus est præscriptione. Temporis exceptione culpa sua vincitur debitor hoc modo, si passus sit rem, quam pignori obligauerat, vsucapi à possessore: deinde cū eam rem à possessore vindicaret, summotus est præscriptione temporis. Ne hæc quidem sentētia nocebit creditori, vbi negligentia ipsa debitoris, & vsucapio ius pignoris non sustulit. *l. vsucapio. inf. eod.* Idem dicendum est, si debitor ideo summotus sit; quia pactus erat cum possessore se ab eo non petiturum. Hæc omnia ideo creditori non nocent; quia hæ omnes exceptiones possessori natæ sunt, non ex eo, quod debitor dominus nō esset, cum pignus dabat, sed ex debitoris facto, quod postea secutum est. non debet autem factum cuiusquam alteri nocere. *l. de pupillo. §. si plurium. ff. de ope. nou. nunt. l. soluendo. Dig. de neg. gest.* Hi casus etsi tantum duo hic proponantur; tamen in his consistere nō debemus, sed generaliter definire, si quam aliam ob caussam debitor victus sit, quam quod malam caussam haberet, eam sententiam creditori nocere non debere; puta, si debitor ideo victus sit; quia absens erat. argumentum *in d. l. si prolusorio. §. vlt. ff. de appell, & l. si ideo. ff. de euict.*

L. In summa 6.

Idem A. Quinto.

In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniēdarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit. PP. 3. Cal. Aug. Antonino A. IV. & Balbino Coss. 214.

SVMMARIVM.

1 *Impensas necessarias in rem pignori obligatam factas à creditore ei deberi: & ab eo vltro peti posse. in eas & pignoris retentionem esse, quamuis sorte soluta; at non pignoris persecutionem.*

CVm ait rescriptum, *in summa debiti computari impensas necessarias*: cauendum, ne hic summam debiti principalis, in quā pignus obligatam est, intelligamus. Alioqui dicendum esset; etiam pro his impensis pignus esse obligatum: vt non tantum earum impensarum nomine esset pignoris retentio creditori, sed etiā vltra eius pignoris persecutio. Quod secus est. eo enim nomine retentionem pignoris creditori dari legimus, actionē autē non aliam, quam in personam, nempe pignoratitiam contrariā. *l. si necessarias. ff. de pign. act.* Et certe pignus tantum ab initio in eā summam datum est, quæ tum cum dabatur, debita fuit. Hæ autē impensæ postea deberi cœperunt: vt profecto illius debiti pars esse non possint. Constat autem nisi in quam rem pignus conuentione obligatum est, in eam rem pignus non teneri. *l. si nō inducta. infr. in quib. cau. pig. tac. cont. l. Aristo. ff. eo.* Quapropter superioribus verbis nihil aliud dici intelligendum est, quam impēsas necessarias à creditore factas ob pignoris caussam, esse partem summæ eius, quæ creditori debeatur: id est, & has quoque non minus, quam principalem sortem esse debitas. Quod & verum est; cum † etiam vltra pignoratitia contraria peti possint; hacte- 1
nus tamen, vt me minerimus, quod ante dixi, in eas pignoris retentionem esse posse: persecutionem autem pignoris non esse, vbi de his pignus contractum non sit.

L. Vsucapio. 7.

Imp. Gordianus A. Martiano.

Vsucapio pignoris conuentionem non exstinguit. PP. Non. Septemb. Pio & Pontiano Coss. 239.

SVMMARIA.

1 *Pignus vsucapione non distingui quid sit. & nu. 5.*
2 *Cur non exstinguatur.*
3 *Recte constituta & perfecta durare, & etsi redierint in eum casum, vnde incipere non poterant: & in hoc numero esse pignus.*
4 *Vsucapionem rerum etiam immobilium & fuisse olim, & nunc esse.*
5 *Vsucapione nulla nec mobilium, nec immobilium rerum pignus exstingui, eiusque rei argumenta. & num. 6.*
L. 1. l. 2. C. si aduer. cred. *explicata.*
7 *Re vsucapta pignus manens quo iure habeatur à creditore.*

RES dignori obligata venit in possessionem extranei ex iusta aliqua caussa, à quo bona fide & per legitimum tēpus possessa, tandem vsucapta est: mobilis triennio, immobilis decē annis inter præsentes, viginti inter absentes, vt est ius de vsucapione constitutum, *Inst. de vsuc. in prin.* Vsucapione possessor dominus factus est, eademq; opera debitor dominus esse desiit. Quæsitum est de pignore, *an ea vsucapione amissum esset.* Mouet dubitationem, quod plus est in dominio, quam in pignore. Quod si vsucapione dominium amissum est, consentaneum videtur multo magis pignus exstingui debuisse. Placuit pignus non amitti. Et † res ita definita est in vniuersum: vsucapio pignoris conuen- 1
tionem non exstinguit: quæ huius loci definitio est. Recte conuentionem: non n. fieri potest, cum semel conuenerit, vt res pignori esset, quin semper verum sit, ita conuenisse. Hoc enim ita conuenire facti est. Facta nulla iuris constitutione infecta fieri possunt. *l. in bello. §. facti. ff. de capt.* Atque hinc satis intelligitur de pignore. Non enim potest esse cōuentio, vt sit res pignori, quin pignus continuo sequatur: qui est effectus huius conuentionis. *l. 1. in pr. ff. de pig. act. §. item Seruiana. Inst. de actio.* Quare si vsucapione non exstinguitur conuentio pignoris, necesse est & post vsucapionem pignus manere, quod ex cōuentione nascitur. Quod si vsucapione non exstinguitur pignus consequens est etiam re pignorata ab extraneo vsucapta, nihilominus pignoris persecutionem creditori saluam manere aduersus rei possessorem, eumdemq; dominum. Et hoc est, quod Papinianus aliis verbis, eadē sententia definit *in l. iusto. §. non mutat. ff. de vsurp. & vsuc.* nō mutat vsucapio superueniēs, quo minus pignoris persecutio salua sit.

Obiectioni † autem superiori occurrit eodem in loco Papi- 2
nianus hac ratione; quia inquit, pignoris persecutio nulla societate dominio coniungitur. Quod perinde valet, quasi diceret; si pignus dominii pars esset, siue ita cum dominio coniungeretur, vt qui dominus esset rei, idem transferret in se ius pignoris; recte diceretur eum, qui rem vsucepit, & ita dominium acquisiuit, per consequentiam dominii etiam ius pignoris in se trāstulisse. Nūc autem pignus dominio nulla societate coniungitur, id est, non sic coniungitur cum dominio, vt qui dominus est, eum necesse sit ius pignoris habere. Imo contra hæc natura est istarum rerū, vt qui dominus est, is ius pignoris in eadem re habere nō possit, cum pignus rei nostræ non consistat *l. neq; pignus. ff. de regul. iuris.* Quare possessor qui vsucepit, quamuis dominium acquisierit; non ideo tamen nanciscitur ius pignoris. proinde nec sibi non quæsitum alteri, adimit. Deniq; qua ratione fit, vt per vsucapionem rei debitor eius rei dominium amittat, eadem ratione in contrariū efficitur, nec creditor pignus amittat in ea re constitutū. Nā debitor ideo amittit eius rei dominiū; quia possessor, qui vsucepit, dominiū acquisiuit: duo aūt eiusdem rei domini in solidum

dum esse non possunt. *l. 5. §. vlt. ff. com.* Hæc ratio cessat in pignore. Nam possessor, qui rem vsucepit, ea vsucapione pignus non acquirit, ac nec potest, cum sit dominus. Quo fit, vt pignus alteri non adimat.

Sed omisso exemplo dominii, quod vsucapione amittitur; sũt præterea, quæ huic sententiæ aduersari videantur. Primũ dicat aliquis, quod ab initio pignus nõ consistit, si pignus non sit in bonis debitoris, *l. 3. §. vlt. l. & quæ nondum. §. quod dicitur. ff. eod. tit.* satis hoc argumenti esse, si res postea in bonis debitoris esse desierit, pignus exstingui. Hoc n. consequens esse ei sententiæ, quæ multis locis tradita est, quod ab initio valuit, nihilominus exstingui, cũ in eũ casum recidit, à quo incipere non poterat, vt *l. pro parte. ff. de seruit. l. existimo. ff. de verb. oblig. §. 1. Inst. de inut. stip.* Sed nullũ hoc
3 argumentum est. Nam † quod dicitur ea exstingui, quæ in eum casum redeunt, à quo incipere nõ poterant, de rebus promissis, & necdum impletis dicitur, seu de inchoatis & nondũ perfectis, vt probant exeempla superiorum locorum, quos modo indicaui. In rebus iam constitutis & perfectis verum non est. indicant exempla *l. parte. ff. de hiu, qui sunt sui, vel al. iur. §. præterea. Inst. quib. non est per. fac. test.* Sed & hoc *in d. §. præterea.* generaliter definitur. Hinc est, quod dicitur *in l. in ambiguis. §. 1. ff. de reg. iur.* non esse nouum, vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durẽt, licet ille casus exstiterit, à quo initium capere non potuerunt. Inde & illud *l. penult. §. vlt. ff. de verb obligat.* etsi placeat exstingui obligationem, si in eum casũ inciderit, à quo incipere non poterat; non tamen hoc in omnib. verum esse. de quo illic scripsimus. Atqui ad hanc partem posteriorem hæc species, de qua agimus, pertinet. Nam cum conuenit ab initio, vt res pignori esset; non tamen ea conuentione pignus promittitur, sed statim reipsa constituitur, nec res aliam traditionem, aut præstationem, vt in rebus promissis, desiderat. *l. 1. ff. de pig. act. §. item Seruiana. Inst. de act.* Vnde & statim tanquam re confecta nascitur in rem actio, *d. §. item Seruiana.* Quapropter non est, quod dubitemus ita statuere, pignus quidem ab initio constitui non posse ab eo, cuius in bonis res non sit: at ab initio recte constitutum, nihilominus perseuerare, quamuis qui constituerat, dominus rei esse desierit.

Videntur præterea contrariæ esse definitioni superiori *l. 1. & l. 2. supr. si aduer. cred. præs. op.* quibus in locis cautum est, diuturnum silentium, item præscriptionem lõgi temporis decem, vel viginti annorum obstare creditori pignus suum persequẽti. Quod negari videtur, cum in rebus immobilibus dicimus vsucapionem earũ rerũ creditori non nocere. Nam ea vsucapio non perficitur, nisi decem, aut viginti annorum possessione. *d. tit. de vsuc. in pr. l. vnica. sup. de vsuc. transf.* Scio ad hæc concilianda vulgo dici, definitionem huius loci scriptam esse de vsucapione rerum mobilium: quia putent vsucapionis verbo hanc per vsum acquisitionem significari. Ideo nihil dici contrarium, cu dicitur creditori præscriptio longi temporis obesse; quia hæc præscriptio sit ex possessione decem, vel viginti annorum. Sed iam prope conuenit inter eruditos omnes, puerilem errorem esse veterum interpretũ eorũ, qui existimant vsucapionẽ dici in rebus mobilibus, præscri-
4 tionem longi temporis in immobilibus. Quasi † non cõstet de vsucapione ita scriptum esse *in pr. tit. Inst. de vsucap.* vt Iustinianus testis sit etiam hanc veteres vtriq; generi rerum tribuisse, & ipse eam, quam transformauit, non vtriq; etiam nũc pariter tribuat. Aut quasi vsucapionis definitio, quæ exstat *in l. 3. ff. de vsurp. & vsuc.* non ad vtrumque genus ex æquo pertineat. Quin imo rerum soli, vt fundi, & ædium maxime vsucapio est: vt de quibus liceat obseruare fere semper exempla proponi sub titulis de vsucapionib. cum de vsucapione agitur. de quo alius locus est dicendi. De quo
5 autem nunc agitur, in eo res sic habet. Siue † res mobilis triennio, siue immobilis decem, aut viginti annis possessa vsu acquisita sit possessori, & vno verbo vsucapta; vsucapio ad definitionem huius loci pertinet, & vere in ea caussa est, vt ea nunquã exstinguat pignus, nunquã iure obsit creditori pignus persequenti. Argumẽto hæc sunt. Primũ hoc loco generalis definitio est de vsucapione, vt & *in l. iusto. §. non mutat. D. de vsurp. & vsuc.* Vsucapio aũt non tantũ rerũ mobilium est, sed etiã immobiliũ. Deinde ratio, qua Papinianus *in d. §. non mutat.* defendit vsucapionem superuenientẽ nõ exstinguere pignus, non minus ad res immobiles pertinet, quam ad mobiles. Nam pignus rerum immobilium non magis dominio coniungitur, quam pignus rerum mobiliũ. Quo fit, vt definitione huius loci in vsucapione rerum mobilium admissa, quam omnes concedunt, eandem etiam in vsucapione, siue malumus, in acquisitione rerũ immobiliũ admitti oporteat.

l. illud. ff. ad leg. Aquil. Postremo si debitor rem pignori obligatam alienat, ẽ æquissimũ debitoris factum & alienationem creditori non nocere: qualecunq; sit pignus, siue mobile, siue soli. *l. debitorem. inf. hoc tit.* Alienationis genus est vsucapio, cũ debitor negligentia sua patitur rem vsucapi. *l. alienationiu. ff. de ver. sig.* Quare nõ magis ea alienatio creditori nocere debebit, si immobilis res erit. quam si erit mobilis. Neque † vero huic sententiæ non bene 6
conuenit cum *d. l. 1. & l. 2. sup. si aduer. cred.* Nam cũ dicimus vsucapionem pignus non exstinguere, hoc dicimus, silentiũ debitoris, quo passus est rem suam vsucapi, creditori non nocere ad pignus illius exstinguendum. Vsucapio n. est illa acquisitio, qua dominium acquiritur aduersus debitorem propter illius silentium. Cui non aduersatur, quod dicitur in *d. l. 1. & 2.* diuturnum silentium & præscriptionem longi temporis creditori pignus persequenti obesse. Nam hic diuturnum silentium, & diuturnũ tẽpus interpretati debemus, non id, quo debitor siluit, sed id, quo siluit creditor: deniq; silentium non debitoris, sed creditoris. Quippe de creditore illic agitur: & præterea esset iniquissimum factũ debitoris creditori nocere. Hoc ita est: si nihil apponitur aliud, quã silentium debitoris, quo factum est, vt res vsucaperetur, creditor autẽ non item cessauit, per idem lõgum tempus, sine dubio neq; vsucapio illi pignus exstinguet, & ipsi pignus persequenti nihil obstabit. non diuturnum silentium ipsius; quia id nunc nullum est. non vsucapio, qua res debitori ablata est; quia in hac silentiũ & factum debitoris versatur: in totum autem definiẽdum est factum debitoris creditori non nocere, *l. debitore. inf. eod.* Quod si & debitor per decem, aut viginti annos siluit, & creditor idem facit in pignore persequendo, vt sic silentium diuturnum creditoris cum silentio diuturno debitoris concurrat, vtrique præscriptio longi temporis obstabit, & debitori dominium vindicanti, & creditori persequenti pignus, vt superioribus locis cautum est. Neque ideo aduersari putandũ est, quod dicitur vsucapione pignus non exstingui. Cum enim creditor ita summouebitur, nihilominus vere dicetur nõ exstingui illi pignus vsucapione, quippe quæ si sola esset, ei non noceret: sed exstingui illi suo facto & silentio, quod silentium neq; vsucapio est, neq; possessori parit vsucapionem. Eiusq; rei certissimum argumentum est, quod potest silentium diuturnum creditoris interuenire, vt tamen nulla sit vsucapio: Quid n. si creditor diu siluisset, dominus autem, idemq; debitor per tempus cõstitutum interpellasset possessorem? Quid, si silente creditore res tamen vsucapi iure non posset? Finge rem pupilli pignori obligatam, quam constat vsucapi non posse. *l. bona. in pr. Dig. de acq. rer. dom.* Diceremus in his omnibus summoueri creditorem ob diuturnum silentium suum: vbi tamen apparet nõ posse dici vsucapionem illi obstare; quia hic nulla est. Ad hæc si vsucapione & diuturno silentio creditoris concurrentibus dici posset amissi pignoris caussam esse in vsucapione, non in solo silentio creditoris: dicendum esset, quoties res esset vsucapta, summoueri pignus, etiam si creditor in pignore persequẽdo diu non siluisset. Caussa enim posita pignoris amittendi, vsucapione, necesse esset etiam vbique sequi eius effectum, amissionem pignoris. Quod secus esse, non alii loci magis probant, quam superiores duo, quibus placet nihil aliud in præscriptione temporis nocere creditori pignus persequenti, quam diuturnum silentiũ. Propone ergo rem decem, aut viginti annos possessam vsucaptã esse: sed pignori obligatam fuisse paulo ante perfectam vsucapionem, puta tribus, aut quatuor annis, per quos creditor pignus non est persecutus. Omnes concedent ex suprascriptis etiam locis id silentium, quod non est diuturnum, creditori pignus persequenti non nocere. Non ergo etsi concurreret silentium creditoris cum rei vsucapione, ideo diceremus vsucapione exstingui pignus: cum per se sola vsucapio semper vna & eadem sit; quæ tamen pignus non exstinguit.

Maneat † igitur, re pignori obligata à possessore vsucapta, dũ 7
ne silentium ipsum creditoris eum remoueat, nihilominus pignus manere. Cuius effectus hic erit, vt eodem iure sit res apud eum, qui vsucepit, quo iure futura erat, si eiusdem debitoris mãsisset. Ergo creditori pignus persequẽti aut pecunia solui debet, aut pignus restitui. *l. si fundus. §. in vindicatione. Dig. eod. tit.* Possessor dominus si hac actione conueniatur, potest, vt ceteri possessores extranei, persecutionem impedire debitum offerendo, quo facto possessionem rei sibi constituet. *l. si dominium. inf. hoc tit.* Ceterum nisi ipse pecuniam, quæ debetur, soluat, rem creditori restituere cogitur. Si res apud creditorem erit, potest debitor etiam nunc à creditore repetere pignoratitia actione, dum pecuniam

ſoluat. arg. l. rescriptum. §. 1. illic, & cum per iniuriam. Dig. de distr. pign. Quod ſi apud debitorem res erit, & vſucepit, rem petere inſtituat, poterit quidem ab eo vindicare; ſed hac lege, vt exiſtimo, ſi paratus ſit ſoluere debitori, quod ille creditori prius præſtitit pignoris luendi cauſſa. Etſi enim debitor cum creditori ſoluit, ea ſolutione liberatus ſit; tamen eadem ſolutione factum eſt, vt res vſucapta nouo domino pignoris nexu liberaretur. Ceterum negotiorum geſtorum actione idem petere à nouo domino nõ poteſt. Sic enim definiendum eſt, quoties eadem res ad duorum vtilitatem pertinet æque principaliter, eius ſolius negotium geſtũ videri, cuius contemplatione negotium geſtum eſt. leg. ſi pupilli. §. ſed ſi ego. ff. neg. geſt. Nunc autem quod debitor creditori præſtitit, fecit, vt & ſe liberaret, & pignus lueret: quod emolumentum ad nouum dominum æque pertinet. Qua ratione dicemus è conuerſo, ſi nouus dominus cum ab initio conueniretur à creditore, pecuniam illi ſoluerit pignoris ſui luendi cauſſa, ne ipſum quidẽ eam pecuniam à debitore negotiorum geſtorum actione repetere poſſe, quamuis illum ea ſolutione liberauerit.

L. Quamuis 8.

Idem A. Feſto.

Quamuis perſonali actione expertus aduerſus reum, vel fideiuſſores, ſeu mandatore eius feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes perſecutionem. PP. *Id. Mart. Gordiano. A. & Auiola. Coſſ. 240.*

SVMMARIA.

1 *Perſonali actione electa, atque adeo debitore iam condemnato, non eo magis tolli perſecutionem pignoris.*
2 *Iudicii accepti nouatio quæ.*

PIgnore creditori conſtituto duæ ſunt creditori actiones. Vna de eo, quod debetur: altera de pignore. prior in perſonam ẽ, ſiue, vt hic nominatur, perſonalis, aduerſus eos, qui ſunt obligati creditori. l. actionum. de oblig. & action. Quo in numero ſunt reus principalis, & fideiuſſores, id eſt, qui idem ſpondet creditori ſtipulanti. l. blanditus inf. de fideiuſ. item mandatores, qui rebus adhuc integris veniunt ad creditorem, & mandant ei, id eſt, petunt ab eo, vt velit pecuniam credere debitori futuro. Actio de pignore in rem eſt: non aduerſus certam perſonam, ſed aduerſus quoſcũ-
1 que pignoris poſſeſſores: de qua in l. pignoris inf. His † duabus actionibus conſtitutis quæritur, ſi creditor vna agere cœperit, an electione altera tollatur, & maxime ſi actione in perſonam egerit. Placet non tolli. non enim petitione, ſed ſolutione debitores liberantur. leg. 1. §. ſi apud duos. ff. depoſ. Quod præcipue locum habet, cum altera actio, qua creditor non egit, eſt hypothecaria. nã hæc actio tamdiu eſt, quamdiu pignus manet. Non ſoluitur autem pignus, niſi aut creditori ſolutum ſit, aut ſatisfactum. Porro non ſi lis à creditore conteſtata eſt, idcirco illi aut ſolui, aut ſatisfieri intelligitur. Imo vero ideo agit; quia illi non ſatis fit. Significatur hæc ratio in leg. grege. §. etiam. ff. eod. tit. Quæſitum eſt amplius, quid ſi creditor non egerit tantum actione in perſonam, ſed etiam conſecutus ſit, vt reus ſententia iudicis condemnaretur? quæ huius loci quæſtio eſt. Et placet ne ſic quidem pignoris perſecutionem amitti creditori. eadem ratione, qua ſupra; quia quãuis debitor condemnatus ſit; non ideo tamen ſolutum eſt, aut ſatisfactum creditori. Quod & ipſum diſerte poſitum eſt in dicta l. grege. §. etiam. Huc accedit, quod ſi debitor ante rem iudicatam tenetur, & pignus conſtitit creditori, multo magis vtrumque dici debet, cum erit debitor condemnatus; quia tunc illum certius debere cõſtitit, & tum illius maior contumacia eſt. cur ergo magis dubitatum eſt de eo debitore, qui iam condemnatus eſſet?
2 Videtur † hæc fuiſſe dubitandi cauſſa, quod nouatio pignus perimit, vt eſt, in l. ſolutum. in pr. ff. de pig. Re autem iudicata prior obligatio nouatur, vt ſcriptũ eſt in l. 3. §. & ideo. ſupr. de vſur. rei iud. Ex quo effici videtur, & re iudicata, vt nouatione pignus perimi. Et res ita habet. Nouatio pignus perimit, ſed ita, ſi ſit voluntaria, id eſt, ſi fiat partium conſenſu extra iudicium. Alia cauſſa eſt nouationis neceſſariæ, ſiue iudicii accepti. hæc non modo actoris conditionem deteriorem non facit, ſed etiam facit meliorem. leg. aliam. ff. de nouat. non ſolet. ff. de reg. iuris. de quo dicetur infra ſuo loco ad tit. de nouationibus.

L. Si dominium. 9.

Idem A. Attico.

Si dominium eius poſſeſſionis, quæ pignori data eſſet à debitrice domina, ad te translatum eſt eamque poſtea creditor, vel eius heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præſide prouinciæ curante, vt fructuum deducta ratione, reſiduoque à te oblato, ſi fuerit ſatisfactum, ea poſſeſſio tibi reddatur. PP. *3. Cal. Octobr. Gordiano. AA. & Auiola Coſſ.*

SVMMARIA.

1 *Debitorem pignoris dominum manere, hoc iure rem traditam in quãuis transferre poſſe.*
2 *Pignoratitiam actionem pignore alienato nunquam nouo domino competere ad pignus repetendum.*
3 *Pignore alienato à debitore competere nouo domino vindicationem aduerſus creditorem; ſed iiſdem conditionibus, quibus debitori pignoratitia, ſi pecunia ſoluta ſit, aut eo nomine ſatisfactum.*

DEbitor † pignus dando manente proprietate eius, ſolã poſ-1
ſeſſionem transfert ad creditorem, vt eſt in leg. cum & fortũ. §. vlt. Dig. de pig. act. Dominus igitur eſt, qui prius fuerat. quam ob cauſſam & rem pignori obligatam vendere poteſt, vt prius, neo minus ex quauis cauſſa traditam iure in accipientem transferet. §. per traditionem. in Inſtit. de rer. diuiſ. Quod ſi verum eſt, ſequitur, vt & nouus poſſeſſor, in quem dominium à debitore translatum eſt, eam rem vindicare poſſit, non tantum à quouis alio poſſeſſore, ſed etiam à creditore ipſo, cui res pignori obligata erat, ſi forte res obligata in eius poſſeſſionem peruenerit. leg. in rem. leg. officium. ff. de rei vind. Cum ſint hæc, quæ diximus, iuris explorati, nõ immerito quæri poteſt, cur ſit in hac re dubitatum, vt adiri Imperatorem oporteret. Et videri poteſt hæc cauſſa fuiſſe dubitationis, quod debitor, qui pignus alienauit, ſi non alienaſſet, & pignus recuperare vellet, vteretur in eam rẽ pignoratitia actione. §. vlt. Inſtit. quib. mod. re cont. obligat. Hæc † autem actio ei, ad quem 2
res translata eſt, competere nõ poteſt. nam is neque debitor eſt, neque debitori ſucceſſit. Sed non, ſi nouo domino pignoratitia actio non eſt ad pignus recuperandum, eo minus id recuperare poteſt alia actione, ſi quam forte eo nomine comparatam habeat. Habet autem ad eam perſecutionem vindicationem, vt dominus, id, de quo Gordianus reſpondet.

Sed † additur, eum pignus recuperaturum eadem lege, qua 3
debitor reciperet; nempe ſi debitum ſoluat, vel offerat creditori. & recte. Nam alienatio debitoris deteriorem creditoris conditionem facere non potuit. l. debitorẽ. inf. eo l. ſi debitor. inf. de diſt. pign. Certi autem iuris eſt, ſic debitorem pignus perſequi à creditore poſſe, ſi pecuniam ſoluat, aut eo nomine ſatisfaciat creditori. leg. ſi rem. §. omnis. Dig. de pig. act. Sed in debito ſoluendo imputabuntur fructus ex re obligata à creditore percepti, vt hic cauetur. hi in vniuerſum debitum extenuant. l. l. 2. ſupr. de pig. act. l. 1. inf. de diſtract. pignor.

L. Debitores. 10.

Impp. Dioclet. & Maximi. AA. & CC. Alexandro.

Debitores præſentes prius denuntiationibus conueniendi ſunt. Igitur ſi conuenti debito ſatis non fecerint, perſequenti tibi pignora, ſeu hypothecas, quas inſtrumento ſpecialiter comprehenſas eſſe dicis, competentibus actionibus rector prouinciæ auctoritatis ſuæ auxilium impartiri non dubitabit. Dat. 14. Cal. Febr. ipſis IV. & III. AA. Coſſ. 290.

SVMMARIVM.

1 *Ad pignorum poſſeſſores peruenirì etiam olim non potuiſſe, niſi prius conuentis debitoribus: quam hoc humanum: & quid hoc addiderit Nouella Iuſtiniani.*
2 *Debitores prius denuntiationibus conueniendos, quam verum ſit, refutatis locis in ſpecium repugnantibus.*

1 SI creditores † ab extraneis possessoribus pignora persequi velint potius, quam debitorem conuenire, id illis olim facere licuisse multis rescriptis declaratur. *l. distractis. l. persecutione. inf. eo. l. vlt. sup. de obl. & act.* Id ius temperatur hoc rescripto. Hæc enim lex & conditio ponitur creditoribus, vt si debitores præsentes sint, prius eos conueniant denuntiationibus, id est, prius interpellent eos, vt soluant; sic deinde illis non soluentibus pignora iure persequatur. Summo quidem de iure licet creditorib. pignora persequi sine vlla debitoris interpellatione. Pignoris namq; cõuentio neq; diem, neq; conditionem habet; vt proinde sic pura sit & præsens pignoris obligatio. Sed humanitatis ratio aliud ius postulat, ex quo est ista denuntiatio, quã hic exigi videmus. Humanitas & æquitas in eo est, quod præsentes debitores sine incommodo creditoris interpellari possunt; interpellati fortasse soluẽt: si soluerint, eadem opera & consulitur creditoribus suum consequentibus, & possessores pignorum non inquietantur. Quod factum postulanti prodest, concedenti non nocet, æquum est id concedi cuiuis quamuis extraneo & ignoto. *l. 2 §. quamquam. ff. de aq. & aq. plu. arc. act.* Iustinianus *Nou. 4. de fideiuss. §. sed neque*, alias §. *enimuero*, plus exegit à creditoribus. Constituit enim, vt si debitores præsentes sunt, non tantum prius denuntiationibus conueniantur, sed cum illis iudicio agatur, nec prius perueniatur ad pignorum possessores, quam excussis debitoris & omnium accessionum facultatibus. Sed † quod hoc rescripto dicitur, debitores
2 præsentes prius denuntiationibus conueniendos, multis diserte scriptis locis contrariis refelli videtur. Ac primum constat, quod pure debetur, statim peti posse. §. *omnis. Inst. de verbor. obl.* Si statim, non pendet ex vlla denuntiatione præcedenti. Quod & verissimum est, ac perpetuum: sed tunc locum habet, cum agitur cum ipso debitore. Iudicio cum omnibus agi potest, qui nobis obligati sunt, quamuis prius eos non interpellauerimus, vt soluerẽt. Hic autem obseruãdum est agi de eo creditore, qui pignora persequi velit ab alio possessore, quam debitore, vt sequentia indicant. quod quam æquitatem habeat, supra ostendimus. Imo, dixerit aliquis, etsi creditor ius pignoris exsequatur; tamen hoc iure non habet necesse prius debitorem conuenire. Nam *in l. distractis. l. persecutione. inf. hoc tit. l. vlt. sup. de obl. & act.* traditum est, creditorem posse statim possessores pignorum conuenire neq; necesse habere personali actione prius conuenire debitores. Sed nihil aduersus hunc locum. Non n. dicimus debitores prius conueniendos esse actione & iudicio; sed conueniendos denuntiationibus. Rursum hic occurritur. Nam si pignus creditor distrahat, constitutum est id eum iure facere, etiam si prius debitori nõ denuntiauerit, *l. 4. ff. de pig. l. si cessante. inf. de dist. pign.* Sed alia caussa est, cum creditor pignus distrahit, alia cum pignus ab extraneo possessore persequitur. Nam pignoris distractio nocet debitori, qui oppignorauit: persecutio pignoris extraneis possessoribus. Porro cum de debitore agitur, nullam ordinem actionis seruamus, sed tantum aduersus extraneos possessores, cum quib. creditor nihil contraxit. *auth. hoc si debitor. inf. hoc tit.* Ex his apparet, proprie & significanter hoc loco dictum esse, cum creditor pignora persequitur aduersus alios, prius debitores conueniendos esse denũtiationibus; vt intelligamus necessitatem iuris his verbis contineri, non autem cõueniendos esse de vrbanitate, vt vulgo interpretantur. Et fortasse hoc ius est de conueniendis prius debitoribus, cuius mentionem facit Iustinianus *initio. Nou. 4. de fideiuss.*

L. Nominatori. 11.

Idem AA. & CC. Euphrosyno.

Nominatori pignori capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet S. 3. Id Mart. AA. & Coss.

SVMMARIA.

1 *Nominatores in honoribus & muneribus publicis, qui.*
2 *Nominator quibus, ad quid, & quo ordine teneatur.*
3 *Nominari aduersus nominatum quando, qua, & qua de re actio.*

SVb persona nominatoris & nominati statuitur hic sententia, quæ generalis est ad omnes creditores pertinens; neminem res debitoris sui capere posse pignori sine magistratus auctorita-
1 te. quæ sententia expressa est *in l. 3. sup.* vbi diximus. Quod † ad exemplum huius loci attinet, *nominatores* dicuntur in honoribus & muneribus publicis deferendis. Nam cum quis aut magistratum municipalem, aut decurionem, aut curatorem Reipublicæ offert, & tanquam idoneum ad eam rem nominat, ex re nominator appellatur, vt intelligere licet ex toto titulo, *de peric. nom. infr. lib. 11.* Eodem modo & si quis apud magistratum tutorem aliquẽ nominet. *l. aduersus. supr. de mag. conuen.*

Qui † ita nominator exstitit, in re quidem publica Reipubli- 2
cæ obligatur, in administratione autem minorum obligatur minoribus, vt si is, qui nominatus est, in ea administratione, quam suscepit, aliquid contraxerit, & non sit soluendo, id dependat aut Reipublicæ, aut minoribus eo ordine, qui præscriptus est *in l. Imperator. ff. ad municip. l. 2. & vlt. inf. quo quis. ordine. lib. 11. & d. l. aduersus. sup. de mag. conuen.* Postquã nominator † nominati caussa quid 3
soluit, tum incipit nominatus nominatori suo teneri vel mandati, si mandato suo nominatus est, vel negotiorum gestorum, si mandatum non intercessit. In hac obligatione quæritur, an nominator nominati res pignori capere possit. De quo id statuitur, quod supra definiuimus.

L. Si vxor. 12.

Iidem AA. & CC. Eusebio.

Si vxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo, res propriae obligauit pignori, eique tu successisti: licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito creditorem de his tibi reddendis solemni iure conuenies. S. 5. Calend. April. AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Pignoratitia actio qua de re, cui, aduersus quem, qua conditione.*

CReditor † pignus accipiẽdo à debitore debitori obligatur, 1
vt pignore soluto id ei restituat. §. *vlt. Inst. quib. mo. re cont. obl.* In eamque rem constituta est debitori pignoratitia actio hac cõditione, si pecunia soluta erit, aut creditori satisfactum. *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. pen. sup. eo.* Hæc actio citra controuersiam & heredibus debitoris datur, & in heredes creditoris. §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Hæc ita sunt, quamuis de pignore dato nullum instrumentum interpositum sit, vt hic respondetur. In quo statuitur generalis sententia de vi instrumentorum, quæ expressa est *in l. 4. ff. eod. l. 4. ff. de fid. instr. & similibus locis.*

L. Cum dominam 13.

Iidem AA & CC. Matronæ.

Cum dominam non minorem 25. annis ea, quæ obligauerat tibi, iure dominii possidere permisisse, & in solutum dedisse, precibus significes; dominæ contractus & voluntas ad firmitatem tibi sufficiet. S. 4. Calend. Mati. Heracliæ. AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Permissum debitoris, vt creditor pignus in solutum sibi habeat, ad dominium transferendum etiam secundum formam communem iuris abunde valere: & cur.*

CVm † debitor permittit creditori suo, vt pignora, quæ prius acceperat, in solutũ sibi habeat, quæritur, an dominium pignorũ ea cõuentione in creditorẽ trãsferatur? Tria videntur impedire. Primum, quod nulla hic traditio rerũ est; dominium aũt nisi traditione non transfertur. *leg. traditionibus. supra, de pactis.* Deinde quod nulla hic caussa videtur interuenire noua ad dominiũ transferendum; at nisi iusta aliqua caussa præcedente dominium non transfertur. *leg. nunquam. Digest. de acquir. rer. dom.* Postremo de iure dominii impetrando in pignore certa forma præscripta est constitutionibus, qua ad eã impetrationẽ perueniatur.

l.1. & toto tit. inf. de iur. dom. imp. Ea forma in hac specie nulla est. Sed nihil hæc obstant dominio transferendo. Nam quod ad traditionem attinet, hæc tunc necessaria est, cum res, quam translatam volumus, non est apud eum, ad quem volumus transferre. Quod si prius apud eum sit, vel quod commodauimus, vel quod apud eum deposuimus, vel quod pignori dedimus; hic nuda voluntas sufficit ad dominii translationem. *leg. qua ratione. §. interdũ. Dig. de acquiren. rer. dom.* Et recte. satis enim prius res tradita erat, vt iam non sit noua traditione opus. Si caussa hic quæritur ad dominium transferendum, est idonea; nempe pro soluto, *leg. 4. Dig. de Publ.* Quod autem de iure dominii impetrando constitutum ẽ in pignoribus, id aduersus debitores inuitos, aut ignorantes cõstitutum est. Ceterum si debitor, idemq; dominus velit rem suã in creditorem transferre, nihil tam naturale est, quam voluntatem eius in hac re ratam haberi, vt est *in §. per traditionem. Instit. de rerum diuis.* Proinde in proposito dominium voluntate debitoris in creditorem recte trãsfertur. Sed cum hac exceptione, quæ hic adiecta est, dum debitor nõ sit minor viginti quinque annis. Nam ita ius est, neque prædia minorum, neque res mobiles, quę seruando seruari possunt, sine decreto magistratus alienari possẽ. *leg. 1. & tot. tit. Dig. de rebus eorum. qui sub tut. vel cur. sunt. & tit. de præd. minor. supra. l. lex quæ. sup. de administrat. tutor.*

L. Distractis 14. & auth. hoc ita. seq. l. debitorem. 15. auth hoc si debitor. & l. persecutione. 24.

Iidem AA. & CC. Appiano: Basilidæ: Marco.

L. 14. Distractis à debitore pignoribus, creditores potestatem habere, vtrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione conuenire velint, non est incerti iuris. S. Cal. Maii. Heracliæ AA. Coss.

Auth. Hoc ita, si debitor ei non satisfaciat ex pretio rei venditæ: quod vt fiat, permittitur ei vendere.

L. 15. Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Vnde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. 5. Non. Maii. Heracliæ. AA. Coss.

Auth. Hoc si debitor possideat, alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo & intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecæ, si quæ sunt, petantur: quod ius & in heredibus locum habet.

L. 24. Persecutione pignoris omissa debitores actiones personali conuenire, creditor vrgeri non potest. S. 15. Cal. Ian. Nicomed. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Pignore distracto à debitore, nihilominus ius pignoris creditori integrũ manere.*
2 *Quo ordine perueniatur ad pignorum possessores, olim & nunc.*
3 Auth. hoc ita. C. de pig. *de quibus hypothecis interpretanda.* Nouella de litigiosis, in §. hoc, *sententia ibidem.*

1 DEbitor † pignus alienando, vti rei dominus erat, ita dominium ad accipientem transfert. *l. si dominium. sup. hoc tit.* sed hac alienatione creditori non nocet. Manet enim saluum ius pignoris, quod ab initio recte constitutum est. *l. si debitor. inf. de distr. pig. l. distractis. l. debitorem. hic.* Adiicitur ratio *in l. debitorem* nõ enim potest debitor creditoris conditionem deteriorem facere. *l. soluendo. D. de negot. gestis.* Sumtum ex præceptis iuris, quibus præcipitur alterum nõ lædere, suum cuique tribuere. *l. iustitia. ff. de iust. & iur.* Itaque pignore alienato creditor pignora à possessoribus persequi potest. Est enim persecutio pignoris in rem, *d. l. debitorẽ. in fin. & l. pignoris. in fr.*

2 Inde † quæsitum de ordine conueniendorum possessorum, vtrum creditor debitores prius conuenire debeat, sic deinde iis non soluentibus peruenire ad pignorum possessores. an vero sit in arbitrio creditoris, aduersus vtros experiatur? Et ius vetus fuit ita, vt huius rei electio esset creditoris. *leg. distractis. l. persecutione. hic. l. vlt. sup. de obl. & act.* præterquam in fisco pignus tacitum vindicante. de quo humanitatis caussa iam olim idẽ placuerat, quod postea generaliter admissum est in omnibus creditoribus, & omnibus hypothecis, etiã de quib. nominatim conuenit. *l. Moschis. ff. de iur. fisc.* Ius ergo, vt dixi, in totum mutatum Iustiniani constitutione *Nou. 4. de fideius. §. sed neq.* vnde fragmentum *in Auth. hoc si debitor. hic.* & exemplum fisci superius admissum ad hanc sententiam, vt non aliter ad pignorum possessores peruenirí possit, siquidem alii pignus possidebunt, quam debitore prius cõuento, & excussis eius facultatibus repertum sit eum non esse soluẽdo.

Sed † hoc ius postea temperatum est ab eodem Iustiniano *in 2. Nou. de litigios. §. ab hoc.* vnde fragmentum *in Auth. hoc ita.* ad hanc sententiam, vt si creditor aduersus debitorem pignus adhuc possidentem de hypotheca agere cœperit, & controuersia mota debitor pignus alienet, in hac specie liceat creditori statim pignoris emptorem eumdemque possessorem conuenire, & pignus persequi, si ei de pretio eius alienationis satisfactum non sit. Hoc ita interpretandum esse in constitutione Iustiniani recte visum est Ioanni veteri interpreti; cuius & sententia omnium consensu recepta est. Etsi enim Iustinianus in ea constitutione de litigiosis, qua parte agit de hypothecis alienatis, nihil exprimat, quo tempore alienatæ sint, vtrum controuersia de his aduersus debitorẽ mota, an vero non mota; tamen de iis agi, quæ mota aduersus debitorem controuersia postea alienatæ sunt, cum ex instituto Iustiniani satis intelligitur, tum ex exceptione, quam priori disputationi Iustinianus subiicit. Institutum eius est tota ea constitutione agere de rebus litigiosis. Quamobrem de hypothecis agẽs etiam de iis agere intelligendus est, quatenus litigiosæ videri possunt. Prius autem definierat litigiosum, de quo lis possessori mota erat. Deinde post excipit ab ea definitione hypothecas. Non potest exceptio existimari, nisi quæ verbis & finibus definitionis continetur. vt si quis ædes leget, stulte excipiat libros; quia etiam sine hac exceptione libri appellatione ædium non continerentur. Quare quod generaliter *in authent. hoc ita.* scriptum est, id ad speciem hypothecæ litigiosæ, de qua dixi, referri debet.

L. Etsi frater. 16.

Iidem AA. & CC. Heroidi.

Etsi frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere nõ potuit. subscripta 3. Id Maii. Hadrianopoli. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Qui pecuniam mutuam dedit suo nomine, quamuis alienam, pignoris obligationem domino pecuniæ quærere non posse; & cur.*
2 *Qui pecuniam alienam mutuam dat nomine domini, eum domino acquirere & conditionem pecuniæ, & pignoris eo nomine accepti obligationem.*

CVm quis pecuniam alienã mutuã dat suo nomine, ei cuius pecunia est, conditionem non acquirit; quia non vult; sibi acquirit, si nũmi ab accipiente consumti erunt. *l. nam & si fur. ff. si cer. pet.* In † eã obligationẽ si pignus accepit, pignus illi obligatũ est; ei, cuius pecunia erat, pignus nõ est cõstitutũ, vt hic traditur: his de caussis. Nã si ex eo mutuo nulla obligatio nata est, vt fit nũmis adhuc exstantibus; non põt vilum pignus esse neq; ei, cuius pecunia est, neq; adeo ei, qui pecuniã suo nomine dedit. non est n. pignus, nisi pro debito, & obligatione præcedente. *l. res hypothecæ. ff. eo. §. item Seruiana. Inst. de act.* Quod si ex ea numeratione cõdictio mutãti nata erit, quod fit nũmis cõsumtis; tamen ei, cuius pecunia est, ideo pignus acquiri non potest; quia ei nihil debetur, cui principalis obligatio non est quæsita. neq; vero alii res pignori obligari potest, quam creditori; quoniam pignus accessio est principalis obligationis. *dict. leg. res hypothecæ. Digest. eod. l. 4. §. si ex conuentione. Dig. de re iud.* Quin † etiam etsi quis pecuniam alienã mutuã det domini nomine, & pignus illius nomine accipiat: acquiritur quidem domino condictio. *l. certi. §. si nummos. ff. si cer. pet.* quasi ipse pecuniam dedisset per alium. At pignoris obligatio illi olim non acquireretur, quam placet per liberam persona

nam quæri non posse. *l. solutum. §. per liberam. Dig. de pig. act.* Hodie ex constitutione Iustiniani quamuis suam quis pecuniam dederit alieno nomine, is vt condictionem acquirit extraneo, & acquirebat olim, sic & acquirit pignoris obligationem. *leg. 2. supr. per quas pers.* Post quam constitutionem non erit inutile, quod adiicitur hoc loco de eo, qui pecuniam alienam suo nomine dedit ac pignus accepit. Intelligamus enim hodie ideo recte adiici; quia ad eum non pertineat, qui pecuniam ad se pertinentem dedit alieno nomine, & pignus accepit.

L. Quamuis 17.

Iidem AA. & CC. Pontiæ.

Quamuis ea pecunia, quam à te mutuo frater tuus accepit, comparauerit prædium: tamen nisi specialem, vel generaliter hoc tibi obligauerit, tua pecunia numeratio in caussam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis. S. 12. Cal. Iun. AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Rem aliena pecunia emptam non esse pignori obligatam, cuius pecunia empta est: excepto pupillo, cuius pecunia res empta sit, & cur.*

1 QVod dicitur pignus contrahi conuentione, idq; debitoris interposita cum creditore. *l. 1. in pr. ff. de pig. act. l. 4. Dig. de pig. §. item Seruiana. Institutio. de act.* declarat nullius debitoris rem creditori obligari inter viuos, nisi spec aliter, aut generaliter conuenerit, vt esset obligata, vt hic dicitur idem *in l. Aristo. ff. quæ res pig. obl. non pos.* Porro res empta eius est, qui eam emit suo nomine, & cui suo nomine tradita est, quamuis eam emerit aliena pecunia. *l. multum. l. qui aliena. sup. si quis al. vel sib.* Quo fit, vt quæ res hic emptoris est nõ sit pignori obligata ei, cuius pecunia empta est; quia de pignore nihil conuenerit. quæ sententia est huius loci. In hac re pupillum excipimus, cuius ex pecunia si quid emitur, id ei pignoris iure tenetur. *l. pen. supr. de set. pig. dat. man.*

L. Pignoris 18.

Iidem AA. & CC. Euodio.

Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem est. S. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Pignoris persecutio quæ actio, cui detur, aduersus quẽ, cuius rei gratia.*
2 *Pignoris persecutio cur dicta Seruiana, quasi Seruiana, hypothecaria, & interdum pignoratitia.*

1 DE pignore iure prætorio nascitur actio *l. si tibi. §. de pignore. ff. de pact.* Hæc actio non in personam est, sed in rem, vt hoc loco admonemur, & *l. pignoris. ff. eo.* item. §. *item. Seruiana. Instit. de act.* Hinc intelligimus & cui detur hæc actio, & in quem, & cuius rei gratia, seu quis sit huius actionis exitus. Quod persecutio pignoris est, ex eo intelligimus eam creditori dari. Non enim persequitur pignus, nisi qui pignus habet. Nõ est autem pignus cõstitutum, nisi creditori. *l. et si frater supr.* Quod in rem esse dicitur, eo declaratur actionem esse non aduersus debitorem, aut debitoris heredes; sed aduersus omnem, qui pignus possidet, tenetve; quæ omnium actionum in rem cõditio est. *l. si fundus. §. in vindicatione. ff. eod. l. actionum. ff. de obl. & act.* Quod si aduersus possessorem est, consentaneum est aduersus eos etiam dari, qui non possident quidem, sed pro possessoribus habentur. Hi sunt, qui dolo desierunt possidere. *l. qui dolo. l. parem. ff. de reg. iur. l. qui petitorio. in pr. D. de rei vin.* Eadem re admonemur huius iudicii exitum esse, vt possessor rem creditori restituat, nisi malit creditori soluere, quod debetur. Nam ea solutione pignus liberatur. quo liberato, nulla relinquitur creditori pignoris persecutio. Quod si neque soluit possessor, neq; pignus restituit, tunc lis aduersus eũ æstimatur, quanti ea res est, pro ea distinctione, quæ est *in d. l. si fundus. §. in vindicatione. & l. si inter. §. 1. ff. eo.* Huc facit *l. qui restituere. in fin. ff. de rei vind.*

Hæc † actio ne nos fallat, cum in iure nominatur, nomen tenendum est. Sciendum est igitur, eam à prætore, à quo primum comparata est, *Seruianam & quasi Seruianam* dici: à re ipsa dici *hypothecariam*, nõ pignoraticiam: §. *item Seruiana. Inst. de act.* propter ea quod non persequitur creditor pignus, nisi id, quod ab alio possidetur. Id autem pignus proprie hypotheca dicitur, nõ proprie pignus. *l. si rem. §. proprie. ff. de pign. act.* Pignoratitia actio & in personam est, & debitori competit aduersus creditorem, aut creditoris heredes, vt pignus pecunia soluta ei reddatur. §. *vlt. Instit. quib. mod. re cont. obl.* Recte pignoratitia, quæ debitori datur de eo pignore, quod ipse creditori tradidit. quod, vt iam dixi, proprie pignus dicitur. Interdum tamen confunduntur ista, & actio hypothecaria dicitur pignoratitia, vt *l. rem alienam. ff. de pignact. l. duob. ff. de except. rei iud. leg. 3. §. est autem. Digest. ad exhib. leg. communi. §. si inter. Dig. com. diuid.* 2

L. Sicut 19.

Iidem AA. & CC. Maximo.

Sicut vim maiorem pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur. Dat. 17. Cal. Ianuarii. AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Culpam etiam & custodiam creditorem præstare debere in pignore; & custodiæ verbo quid contineatur.*

PIgnoratitia actione tenetur debitori creditor, vt debito soluto pignus debitori integrum reddat, & tale, quale accepit. §. *vlt. Inst. quib. mod. re. con. obl.* Et sine dubio ita tenetur, si rem talem habet apud se, qualem accepit, Quid si aut non habet, aut deterior facta est? Distinguitur, vt siquidem casu fortuito, seu vi maiore res absit, aut deterior facta sit; non teneatur creditor. Casus fortuiti nullo iudicio præstantur ab eo, qui rem præstare debuit. *l. quæ fortuitis. supr. de pig. act. l. contractus in fin. ff. de reg. iuris.* Sin aliter ista contigerunt, placet omnimodo creditorem teneri, siue dolo eius factum sit, siue culpa, nec solum ea culpa, quæ in faciẽdo fit, sed etiam quæ in negligendo, quæ posterior custodiæ exhibendę verbo hic significatur: dum scilicet ipse rem corrumpi aut amitti patitur eam custodiam & diligentiam non adhibendo, quæ à diligente patrefamilias adhiberi potest: vt & in *l. si cum venderet. §. vlt. & leg. seq. Dig. de pign. act.* Hæc ideo; quia in contractu pignoris vtriusq; vtilitas versatur, & debitoris, & creditoris, vt declaratur *in d. §. vlt. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Id autem est ex ea distinctione, quæ pluribus explicatur *in leg. 5. §. nunc videndum. Dig. comm.* 1

L. Creditor. 20.

Iidem AA. & CC. Alexandro.

Creditor ad petitionem debiti vrgeri iure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Euodiani debere confiditis, oblato, & si non velint accipere, consignato atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione conuenire. PP. 17. *Calend. Februar. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Obsignatione sola pecuniæ pignus liberari, & quali.*
2 *Oblatio sola pecuniæ in iudicio facta etsi pignus non liberet; prodest tamen debitori ad pignus & retinendum & repetendum.*

IVre constituto pignus ita liberatur, si pecunia creditori soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactũ. *leg. si rem. §. omnis. Dig. de pig. act. leg. item. §. 1. Dig. quib. modis. pig. vel hypothec. sol.* Hoc ius si ad verbum exigimus, periculose constituitur aduersus debitorem.

Nam

Nam nõ soluitur pecunia creditori, nisi ille oblatam accipiat. At fieri potest, vt non accipiat, quamuis iniuria. Fieri etiam potest, vt paratus sit accipere, sed dicat sibi plus deberi, quam offertur: & ideo priusquam quidquam accipiat, postulet de ea re iudicio constitui. Quod si fit, res eodem redit. Non enim potest iudicio constitui de eo, nisi ipse agat. porro nemo cogitur inuitus agere. *tit. vt nemo inuit. ag. vel accus. cog. supra.* Ita fit vt nunquam inuito creditore pignus liberetur, si præfracte solutionem exigimus. Id ergo ne fieret, remedium inuẽtum est, quod pro iusta solutione cederet, vt sic & fideiussores, & pignora ipso iure liberarentur, quamuis
1 inuito creditore. Id † remedium est non oblatio pecuniæ sola, sed oblatio cum obsignatione pecuniæ & depositione coniuncta, id est, vt recusante creditore debitor coram testibus numeratam pecuniam sacculo includat, sacculum clausum obsignet, obsignatũ deponat in eum locum, de quo iudex idoneus constituerit. Hæc indicantur plenius *in leg. acceptam. sup. de vsur.* Idem hoc loco dicitur breuius. Similes loci notantur ab Accursio. Hæc autem liberatio pignoris ex eo est, quod hæc obsignatio & depositio solu-
2 tionis vim habet *l. obsignatione inf. de sol.* Ergo † sola oblatio neque principalem obligationem tollit, neque pignus liberat. Interdum tamen prodest debitori: si is puta pignus possideat, & pecuniam creditori offerat in iudicio. Sic enim consequitur, ne cogatur pignus reddere, non quia pignus liberatum sit, sed quia obstet creditori agenti doli exceptio. *l. potior. §. vlt. ff. qui pot. in pig.* Prodest etiam debitori vltro pignoratitia actione agenti, qui item pecuniam in iudicio creditori offerat. Prodest autem eo, vt recte agat, & creditor damnari debeat. *l. si rem. §. vlt. D. de pig. act.* Quippe pignoratitia actio has conditiones habet, si pecunia soluta sit creditori, aut ei satisfactum. Quæ conditio ex regula iuris toties pro impleta habenda est, quoties per creditorem, cuius interest eam conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, *l. in iure. ff. de regul. iur.*

L. Res obligatas 21.

Iidem AA. & CC. Victo.

Res obligatas exterus debito soluto liberando, datum petere non earum dominium adipisci potest. Datum. 2. Cal. Nouemb. Retiariæ. CC. cons.

SVMMARIA.

1 *Soluendo pro debitore extraneus quiuis vt debitorem etiam inuitum, ita & pignus liberat.*
2 *Soluentem pro debitore & pignus liberantem non ideo quidquam iuris in rem liberatam consequi.*
3 *De pecunia alterius nomine soluta esse aduersus eum actionem mandati, aut sine mandato negotiorum gestorum actionem.*
4 *Soluenti pro debitore & pignus liberanti dominium, aut pignus acquiri ex conuentione, si aut ei res vendita, aut pignus in eum translatum sit: sine conuentione etiam pignoris retentionem.*

1 QVisquis † pro debitore soluendo creditori, debitorem & ignorantem, & inuitum liberat. *l. soluendo ff. de neg. gest. l. soluere. l. solutione. Dig. de solut.* Vnde euenit, vt eadem opera & accessiones liberentur, id est, fideiussores & pignora. *leg. in omnibus speciebus. Dig. de solution.* atque hæc in debitore vis est huius solutionis. Nam
2 † quod ad extraneum attinet, qui soluit, non propterea in rem, quam nexu pignoris liberauit, quidquam iuris nanciscitur. Non dominium, de quo hic scriptum est: non pignus, de quo scriptum est *in l. 1. in prin. Digest. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Vtrumque ideo, quia ad dominium acquirendum, & pignus constituendum pariter domini voluntate & conuentione est opus. *l. in omnib. reb. D. de obl. & act. l. quamuis. sup. hoc tit.*
3 Tantum † is, qui soluit, hac solutione id assequitur, vt quod soluit, possit repetere à debitore, quem liberauit: non tamẽ quia negotium vtiliter ab eo gestum. Vt autem repetat, consequitur aut mandati actione, si mandato debitoris soluit, aut sine mandato actione negotiorum gestorum, quia vtiliter in rem eius impẽdit, dum eum liberat. *l. 2. D. de neg. gest. l. 3. & leg. filius. sup. eo. tit. de neg.*
4 *gest.* Sed † hæc ita accipienda sunt, si extraneus ita solum soluit, vt debitorem liberaret, quod verba ipsa rescripti satis significant, quæ ad solutionem & liberationem debiti solum conferuntur. Quod si ita pecuniam creditori dedit, vt pignus emeret, dominium in eum transfertur non minus, quam si à domino emisset. *leg. non est nouum. Dig. de acq. rer. dom.* Sed etsi citra emtionem ita pecuniam soluerit creditori, vt idem pignus sibi obligaretur, rata erit conuentio, & in ius creditoris succedet. *leg. 1. inf. de his, qui in prio. cred. loc. succ.* Neque vero aliter vllum ius dominii, aut pignoris in re liberata sibi exterus acquirit. Sane & sine emtione; itemque superiore conuentione de pignore constituendo extraneus, qui debitoris nomine soluit & pignus luit, consequitur eiusdem rei retentionem in eam summam, quam soluit, *d. l. 1. in pr. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* non tamen pignoris iure, sed per exceptionem doli mali, quæ iis omnibus possessoribus rei alienæ conceditur, qui in eam rem sumtu fecerunt, dum ab his res repetitur non solutis sumtibus. *l. sumtus. l. in fundo. ff. de rei vind. l. plane. D. de petit. her.*

L. Secundus. 22.

Iidem AA. & CC. Antiochiano.

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus & à debitore sortem, eiusque tantum vsuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam vsurarum vsuras accipere potest. PP. 3. Id Decemb. Nicomed. CC. cos.

SVMMARIVM.

1 *Posteriorem creditorem priori pecuniam soluendo pignus sibi confirmare non tantum in sortem sibi debitam, sed & in eam summam, quam soluit, item & in vsuras, quæ priori soluendæ essent: non etiam in vsuras vsurarum ab ipso solutarum.*

CVm duobus creditoribus diuersis temporibus eædem res obligatæ sunt, sic prior creditor in pignore potior est, vt secundus aduersus priorem nihil iuris habeat. Sed si posterior † priori creditori soluat, vel offerat, quod ei debetur, illo remoto posterior in pignore aut solus, aut certe primus esse incipit, atque ita sibi pignus confirmat. Sed quod præcipue animaduertendum est, confirmat sibi pignus non tantum in debitum suum, sed etiam in omnem caussam, qua debitorem à priore creditore liberauit, vt est *in l. in bello. §. si pignori. ff. de cap.* Et in summa in locũ prioris creditoris succedit, vt traditur *in leg. 5. in prin. ff. de distr. pig.* Proinde confirmat sibi pignus non tantum in sortem, quam priori creditori soluit, sed etiam in eius sortis vsuras, quę præstandæ fuissent, vt hic scriptum est. Quibus verbis intelligo posteriorẽ sibi confirmare pignus non tantum in eas vsuras, quas priori soluit, de quibus ex locis à me supra indicatis non dubitatur, sed etiam in eas vsuras, quas non soluit, sed quæ creditori priori solũdæ essent, si eius obligatio non esset sublata. Vt quemadmodum illi præstandæ essent, sic & posteriori creditori præstandæ sint ex mora, quoniam is, vt diximus, in locum prioris succedit. *dict. leg. 5. de distr. pig.* Hinc quæsitum, *an posterior creditor, quemadmodum sortis prioris solutæ vsuras consequi potest, ita etiam possit exigere vsuras earum vsurarum, quas priori soluit.* Finge posteriorem creditorem priori soluisse sortem mille aureorum, & eius sortis vsurarum nomine centum, quæ illi creditori deberi cœperant. Quæro, *an quemadmodum sortis mille aureorum vsuras exigere potest posterior creditor, ita possit etiam exigere vsuras earum cẽtum, quæ nomine vsurarum priori soluerat.* Quod quidem prima ratione quis dixerit. Nam in actione negotiorum gestorum id totum sors est, quod quis alieno nomine impendit. *l. 2. ff. de neg. gest.* Quod si vsuræ supra solutæ in ea actione pars fuut sortis, consequens est etiam eius partis vsuras ex mora accedere. Nam actio negotiorum gestorũ bonæ fidei est, *§. actiones autem. Institut. de act.* In bonæ fidei autem iudiciis vsuræ ex mora veniunt. *leg. mora. §. in bonæ fidei. ff. de vsur.* Et hoc loco respondetur, posteriorem creditorẽ vsuras tantum sortis à se solutæ vna cum sorte consequi posse, vsuras autem vsurarum à se solutarum consequi non posse. Superiori autem obiectioni occurritur *in l. creditor. §. sciendum. ff. qui pot. in pig. hab.* ad hunc modum. Recte enim diceretur vsuras priori creditori solutas pro sorte habẽdas esse, si negotiorum gestorum actione peterentur. Nunc autem de his negotiorum gestorum actio locum non habet. Nam

poste-

posterior creditor dum priori soluit & sortem & vsuras illi debitas, negotium debitoris gerit, sed suum. Non enim soluit debitoris liberandi caussa, sed pignoris, & iuris sui confirmandi gratia. Ita relinquitur, quod solutum est, id partim sortem esse, partim sortis vsuras. Certi autem iuris est vsuras vsurarum exigi non posse. *l. placuit, D. de vsur. l. vt nullo. sup. de vsuris.*

L. Maior 23.

Iidem AA. & CC. Macedoniano.

Maior annis 25. pignoris conuentionem remissam cum hoc solum pactum, vel iurisdictio secundum ipsius voluntatē tueatur, persequi non potest. S. 18. Kal. Ian. Nicomediæ, CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Remissione & conuentione sola pignus solui.*
2 *Iurisdictio quid.*
3 *Remissione directa pignoris maxime pignus solui ipso iure.*
4 *Etiam tunc, cum res tradita est creditori.*
5 *Obliqua quoque remissione, id est pacto interposito de pecunia non petenda, etsi sortis liberatio contingat tantum per exceptionem, pignus tamen ipso iure tolli.*
6 §. de pignore. l. si tibi. D. de pact. *explicatus.*
7 L. 2. C. de remis. pig. *explicata.*

REmittit pignoris conuentionē creditor, qui paciscitur, vt à pignoris conuentione, id est, à pignore discedatur, nec res amplius sit pignori. † Hoc qui pactus est, pignus amplius persequi non potest, vt hic traditur. Et hoc est, pignus conuentione & remissione creditoris soluitur. *l. 2. inf. de remiss. pig.* Id eo fieri dicitur hoc rescripto, quia pactum, quod inest in hac remissione, tametsi solum sit, & vt iuris auctores alibi loquuntur, nudum: tamen eiusmodi est, quod iurisdictio tueatur secundum voluntatē creditoris. Iurisdictio, id est, prætor, & quiuis magistratus ex edicto prætoris de pactis. *l. iurisgentium. §. aut prætor. D. de pact.* Iurisdictio † est magistratuum auctoritas, & potestas in iure dicundo. *l. non possunt. & l. seq. D. de legib.* Quæritur, *an remissione creditoris pactum tollatur ipso iure, an per exceptionem tantum?* Quorum alterum ex verbis huius rescripti certo colligi non potest. Nā is dicitur, non posse rem persequi, non tantum qui ipso iure non potest, sed etiā qui per exceptionem remouetur. *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Et tamē res digna est cognitu propter locos de hac quæstione in specie dissentientes. Nos † statuemus, vt cōsensu creditoris pignus cōtrahitur, ita contrario consensu ipso iure & remitti & dissolui. Remissio & conuentio creditoris duplex est, directa, & obliqua. Directa, qua aperte & recta paciscitur, vt ab hypotheca discedatur, siue ne de hypotheca amplius agat. Hæc conuentio citra controuersiam dicitur pignus soluere, *in l. soluitur. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Solui dicitur, quod omnino soluitur, id est, ipso iure. §. *item per acceptilationem. Inst. quib. mo. tol. obl.* Et vero id consentaneum est regulæ iuris, quæ dictat, quibus quidque modis contractum, aut constitutum est, iisdem modis in contrarium actis dissolui. *l. nihil tam naturale. l. fere. D. de reg. iur.* Constat autem pignus sola conuentione contrahi, siue creditori tradatur, siue nō tradatur. *l. 1. in prin. D. de pig. act. l. 4. D. de pign.* Proinde & contraria conuentione tollētur, quæ definitio expressa est *in d. l. 2. inf. de remiss. pign.*

Nec † multum ad rem faciet, si pignus præter conuentionem traditum sit creditori. Nam hæc traditio non facit, vt magis pignus contrahatur, quam ante traditionem. Deniq; pignus quamuis traditum, sola tamen conuentione constitutum est, non etiā traditione, proinde & sola conuentione, quamuis traditum, tolletur. Nec obstat, quod *in l. ab emtione. D. de pact.* dicitur ab emtione & ceteris contractibus, qui consensu perficiuntur, contrario cōsensu discedi posse rebus adhuc integris, id est, nulla re à vno alteri data, aut tradita. Nam ex eodem loco discimus, à superioribus contractibus etiam rebus non integris discedi posse, dūmodo non paciscamur, vt nobis quid præstetur ab aduersario, & noua obligatio aduersus eum non cōstituatur, quod postremis eius legis verbis demonstratur. At in pignore, quāuis id traditum sit creditori, si paciscatur creditor, vt à pignore discedatur, non id agitur, vt ipse quidquam præstet, sed tantū ne pignus petat. Quam ob rem etiā tunc sine exceptione ea conuentio valebit. Obliqua † pignoris remissio est, cum creditor non de pignore paciscitur aperte, sed de debito non petēdo. Nam qui ita de debito paciscitur principaliter, etiam per consequentiā de pignore non petendo pacisci intelligitur. *l. soluitur. §. si paciscatur. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* propterea quod pignus accessio est principalis debiti, ac principali caussa sublata, accessioni locus esse non potest. *l. cum principalis. D. de reg. iur. l. in omnib. speciebus. D. de solut.* In hac specie quia principalis obligatio nō tollitur, nisi per exceptionē pacti conuēti, *l. 5. D. de pact. §. præterea Inst. de excep.* idcirco dubitari potest, an pignus quoq; non nisi per exceptionem remittatur. Dicemus etiam in hac specie pignus ipso iure tolli. Nam aperte dicitur hoc modo solui *in d. l. soluitur*, quo verbo diximus iuris solutionem & liberationem intelligi. Eiusq; rei argumenta hæc sunt. Nam & aliis modis cum debitor de debito liberatus est solum per exceptionem, tamen pignus liberari dicitur. Vt, si deferente aduersario iurauerit se non debere, aut si absolutus sit sententia iudicis. *l. si deferente. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Ex quibus tamen caussis tantum debitor per exceptionem liberatur, non ipso iure. §. *æque & §. seq. Inst. de excep.* Proinde idē dicendum est, & si debitor pacto tantum cōuēto de debito sit liberatus. Præterea si debitor remiserit principalem obligationem debitori, pignus ipso iure liberatum est, etsi remissio iure effectum non habuerit. *l. 1. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Multo ergo magis, si remissio valuerit saltem per exceptionem. Postremo cum creditor paciscitur, ne debitum petat, etiam de hypotheca non petenda paciscitur, vt supra dixi. Quamobrem & hoc consensu hypotheca ipso iure tollētur, quoniam iam effectū est, vt consensu pignus contrahitur, ita etiam consensu dissoluitur. Scio prima fronte non improbabiliter dici, si obligatio principalis pacto per exceptionem tantum tollitur, par esse, vt etiā pignoris obligatio non nisi per exceptionem eodem pacto tollatur, quoniam pignus est accessio principalis obligationis. Sed dissimilia hæc sunt. Nam pactum vt ad constituendam principalem obligationem, & obligationem pignoris diuersam vim habet, sic & diuersam habet ad vtramque obligationem dissoluendam. Principalis obligatio pacto conuento ipso iure non tollitur, quia pacto conuento ab initio non contrahitur. At pignus contrahitur pacto, eo fit, vt & contrario pacto dissoluatur. Neq; nos mouere debet, quod vulgo hic obiicitur, accessorium sequi naturā principalis caussæ, cui accedit, *argumento. l. eos. sup. de vsur.* Hoc enim recte dicitur negatiue. Nam si principalis obligatio non consistit, non consistet etiam pignoris, aut vsurarum accessio. Sed nō idē valet affirmatiue. Non enim principalis obligatio ipso iure consistit post pactum conuentum interpositum de non petendo, idcirco dixeris ipso iure consistere pignus; quoniam, vt dixi, ad tollendam principalem obligationem & obligationem pignoris pactum conuentum diuersam vim habet. Verum † opponitur huic sententiæ, *l. si tibi. §. de pignore. D. de pact.* vbi scriptum est, actionem de pignore tolli per exceptionem, si paciscar, ne petā. Hic nobis duplex responsio est. Nā primum duplex illic potest exceptio intelligi: aut ea quæ opponatur pignoris persecutioni: aut ea quæ opponatur principali actioni, de qua non persequenda pactum factum est. Secundū hoc recte dicetur tolli quidem actionem de pignore per exceptionē, cum creditor pactus est, ne debitum peteret, sed per exceptionem non eam, quæ pignoris persecutioni opponatur: nam hæc persecutio ipso iure pacto sublata est: verum per exceptionem, quæ ex pacto nata est aduersus principalē obligationem. Hāc enim actione quāuis per exceptionē remota pignus etiā ipso iure tollitur. Et hoc est, quod Marcianus significat *in l. soluitur. in fi. 1. resp. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* cum ait, si creditor pactus sit, ne pecuniā petat, recessum esse ab hypotheca, cum pactū exceptionem perpetuam pariat. Exceptionem perpetuam sine dubio intelligit, quæ nata est de pecunia non petenda, cū de hoc pacto ageretur *in eia §. præterea. Inst. de excep.* Licet & hoc modo respondere. Cum creditor paciscitur, ne debitū petat, actio de debito tollitur per exceptionem. Esto: ed nihilominus tollitur & ipso iure. Neque hæc contraria sunt ipso Paulo auctore, cuius est illa *l. si tibi.* Nam multorum sententia est in hac specie, cum principalis obligatio per exceptionem sublata est, pignus iure ipso liberari, *d. l. soluitur. & l. si deferente. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Sed tamen etiam de eo dubitari potest, vt in nuce videtur disputatio Marciani *in d. l. soluitur.* Et ideo tutius est exceptionem in actio opponere aduersus creditorē pignus contra pactum persequentem. Ergo tollitur pignus per exceptionē quia opponere exceptionē, est tutius, tametsi exceptione nō opposita recte defendi possit, nullā fuisse ipso iure hypothecariā actionē. Nec absimilis Pauli sententia

& ratio

& ratio est *in l. qui seruum. §. 1. ff. de obl. & act.* Rursum † opponitur *l. 2. inf. de remis. pig.* Debitor sciente & consentiente creditore pignus vendidit. Si creditor pignus postea ab emtore vindicet, illic scriptum est, eum exceptione remoueri. Sed hoc sic interpretandum est: exceptione eum reuoueri, si emtor, idemque possessor exceptionem opponat. Quod si non opponat, non est necessaria. Nam & sine exceptione ipso iure tutus est. Idque demonstratur euidenter sequenti ratione, quæ illis subiicitur. Nam, inquit rescriptum, vt consensu contrahitur piguus, sic consensu dissoluitur. Dissolui dicuntur ea, quæ omnino tolluntur, non autem iure ipso manēt, vt supra dixi. Hæc à me eo disputata sunt fusius, vt in re ancipiti, licet exigua, retineretur cōstantia & veritas regularum iuris de rebus eodem modo dissoluendis, quo colligatæ sunt.

L. Persecutione. 24. Et auht. scq.

Vide *l. distractis supra.*

L. Seruo. 25.

Iidem AA. & CC. Dracontio.

Seruo, qui fuerat pignnori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio. Dat. 6. Kal. Ianuarii. Nicomediæ, CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Pignore casu amisso nihilominus manere creditori integram debiti actionem, & cur.*

1 SI pignore † casu amisso tollitur actio creditoris de pecunia debita, necesse est eo fieri, vel quia pignus detur solutionis caussa, vt sic ea satisfactione debitor liberetur: vel quia damnū amissæ rei creditor præstare debeat, vt sic debitor liberetur ea compensatione. At neutrum istorum est. Nam pignus datur, vt creditori pro debito cautum sit. §. *vlt. Instit. quibus mod. re con. oblig.* Item pignus accedit principali obligationi, non eam perimit. *l. 4. §. si ex conuentione. D. de re iudic.* Vnde apparet, non dari solutionis, aut satisfactionis caussa. Alioqui ipsum debitum statim tolleretur solutione. Sed nec casus fortuitos creditor præstat in pignore. *leg. quæ fortuitis. & leg pignus. supra de pigno. act.* Ex quibus efficitur, pignore casu amisso nihilominus creditori saluam esse principalem actionem de pecunia credita, vt hic traditur, & *d. l. quæ fortuitis. d. l. pignus. supr. de pig. act.*

L. Si pen.

Idem AA. & CC. Mauricio.

Si tibi Notarium pignoris titulo debitor tuus obligauit eū, à quo mancipium abreptum proponis, apud rectorem prouinciæ conueni. S. 4. Kalend. Ianuar. Sirmii, CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Pignore surrepto, eius persequendi caussa creditori duas esse actiones, hypothecariam, & furti.*

PIgnore surrepto creditor furem conuenire potest. Quibus actionibus? Nēpe aut hypothecaria actione de pignore, aut actione furti. Actione hypothecaria tenetur fur citra controuersiam, si pignus possidet. *l. pignoris. supra hoc tit.* Sed & si non possideat tenetur non eo minus. dolo enim desiit possidere. Et de hac actione melius est hunc locum intelligi, vt titulo & argumento conueniat. Sed & creditor aduersus furem furti actionem habet. Quo iure, & quo effectu, cognoscendum est ex suis locis, *l. creditoris. leg. creditori. D. de furt. §. furtorum. Inst. de oblig. quæ ex delict.*

L. Vlt. Super.

Imp. Iustinian. A. Mennæ præfecto prætorio.

Super hypothecis, quas argenti distractores, vel metaxarii vel alii quarumcunq; specierum negotiatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, vt si post huiusmodi contractum liberu suis, vel alio modo cognatis, quamcunque militiam iidem negotiatores acquisierint (eam tamen, quæ vendi, vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest) liceat, creditoribus eorum etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse, (dum tamen contrarium nō probetur alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint, exigere, vel tantum eos effligitare, quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, & si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam acquisisse probentur: vt quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quæ vendi, vel ad heredes transmitti potest permissum est, vt liceat creditoribus & adhuc viuentium debitorum iure hypothecæ vindicare militias, nisi sibi satisfiat, & post mortem eorum exigere quod pro hisdem militiis pro tenore communis militantium placiti, vel diuinæ sanctionis tale præstantis beneficium, dari solet: hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum seruetur. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his, quas liberi, vel cognati eorundem negotiatorum, vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. Dat. Kal. Iunii, DN. Iustiniano A. PP. II. Coss. 528.

SVMMARIA.

1 *Militia in functionibus publicis, quid, & cur ita dicta.*
2 *Militiarum quasdam vendi & ad heredem transire posse, quasdam non posse.*
3 *Obligatione generali bonorum contineri militiam etiam postea quæsitam, quæ quidem vendi possit.*
4 *Quisquis sit debitor.*
5 *Cur hic dubitatum de militiis.*
6 *Militiam contineri, etiam quam debitor pecunia sua acquisierit alii, non tantum sibi, & quomodo acquirere possit alii secundum regulas iuris.*
7 *Militiam alii quæsitam à debitore oportere quæsitam esse ex pecunia debitoris, vt contineatur obligatione generali pignoris, & quare.*
8 *Militia à debitore postea alteri quæsita quomodo possit deduci in obligationem pignoris à debitore constitutam, cum militia non sit, aut fuerit in bonis debitoris.*
9 *De militia hoc loco dictum etiam ad res omnes alias à debitore ex pecunia eius alteri quæsitas pertinere, vt bonis à debitore obligatis etiam heres ea obligatione contineatur.*
10 *Militia à debitore alteri quæsita, quibus conditionibus conuentione debitoris obligetur pignori.*
11 *Militia pecunia debitoris emta quando præsumatur, & quando à creditore probari debeat, & distinctionis ratio.*
12 *Militiam pignori obligatam sic viuente eo, cui acquisita est, à creditore vindicari posse hypothecaria, vt possessor, quamuis debitum non soluat, præstando militiæ æstimationem liberetur alterutrum nisi fit, militiam iure pignoris distrahi posse.*
13 *Mortuo eo, cui militia pignori obligata acquisita est, nec æstimationem deberi creditori, & quid illi pro ea præstari debeat à successoribus, & qui successores.*
14 *Forma communis militantium placiti quid in hac lege. Militantes, & statuti, qui.* ibidem
15 *Mortuo militante cur pro militia ante pignori obligata nec debeat creditori præstari æstimatio, & tamen debeat præstari certa summa.*
16 *Commoda ex casu, seu simpliciter. Ex casu quæ dicantur Iustiniano.*

17 Mili-

17 *Militiam ex casu nullam esse.*
18 *De commodo militiæ vacantis aduersus quos sit creditori actio hypothecaria.*

1 CONstitutio † hæc est de militiæ hypotheca. Militia in vsu iuris dicitur functio omnis ordinaria, qua quis operam suam nauat vel Principi, vel Reipublicæ, vel magistratibus in rebus ad publicam administrationem pertinentibus obeundis, qualis est, exempli gratia, Notariorum, Secretariorum, Apparitorum, eorum, qui sunt à memoria, à libellis, & quales indicantur *in l. 11. infr. de prox. sac. scrin. lib. 12.* Ac pro ea præstantur salaria ex publico, aut annonis publicis: vt sic militia non sit ea cõmoda, quæ percipiuntur ex publico; sed ipsa functio, propter quam illa commoda capiuntur, vt patet ex *l. Lucius. D. de leg. 2. l. creditor. §. inter. D. de act. empt.* item *l. omnimodo. §. vlt. sup. de inoffic. test.* Sic dicta militia, quod qui Reipublicæ operam nauant, hi Reipublicæ militare dicuntur.
2 *l. aduocati. sup. de aduoc. diuer. iud.* Ex † militiis quædam sunt, quæ vendi possunt, vel etiam ad heredes transire; quædam, quæ non possunt, sed ita personæ cohærent, vt eam egredi non possint. Quod & hæc constitutio indicat, *& l. 3. §. si quid minori. D. de minor.* Quæ vendi non possunt, hæ sine dubio pignori obligari non possunt, cum ita iuris regula sit, eas res pignorationem recipere, quæ & venditionẽ recipiunt. *l. 9. in fin. D. eo.* Quod & hic satis significatur. De earum hypotheca, quæ vendi possunt, hæc constitutio est.

Constitutionis tria sunt capita. *Primum* caput est de hypotheca militiæ constituenda. *Secundum* de necessitate probationis, cui hæc incumbat, si forte controuersia erit, vtrum militia emta sit ex pecunia debitoris, an non. *Tertium* de effectu huius militiæ. Primo capite de hypotheca militiæ statuitur ad hanc sententiã. Ob-
3 ligatione † generali pignoris, qua debitor omnia sua bona obligauit creditori, contineri etiam militiam, quæ quidem vendi possit, quam debitor postea acquisiuit; non tantum si acquisierit sibi, sed etiam si acquisierit alij: dummodo si alij acquisiuit, eam acquisierit ex pecunia sua. Hæc pars vt certius cognoscatur, in ea hæc expendenda sunt. Primum de quibus debitoribus agat constitutio. Deinde de quibus rebus. Tertio loco quid de earum hypotheca constituat. Postremo quibus conditionibus.

4 Quod † ad debitores attinet, loquitur constitutio in principio de negotiatoribus. Vnde videri potest ad negotiatores tantum pertinere, qui militiam postea acquisierint. Sed constitutio generaliter ad omnes debitores pertinet, siue negotiatores sint, siue non sint, vt declaratur illis verbis constitutionis, quæ subiiciuntur, *vt quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus, &c.* Itaq; quod de negotiatoribus initio dicitur, vel exempli causa dictum est, vel vt remoueretur dubitatio, quæ maior erat in negotiatorib. quasi his pro conditione vitæ liceat impune pecuniam acceptam, in quos velint vsus, impendere, & de ea negotiari: intelligiturque, si hi nõ possunt pecunia accepta militiam acquirere, quin ea in obligationẽ generalem pignoris veniat; multo magis idem de aliis debitoribus probandum esse. Inter negotiatores specialiter Iustinianus nominat argenti distractores, & metaxarios. Argenti distractores nominat non hic tantum, sed & *in l. 2. in fin. sup. de con. pec.* Illic autem argenti distractores interpretari videtur Theophilus argentarios *in §. in personam. Instl. de act.* Et sunt hi Iustiniano argentarij. Metaxarij sunt negotiatores metaxę, id est fili, aut panni serici. Hæc recte, vt cetera, & pluribus Brissonius in *Lexico.*

Cauit autem constitutio de militia, quod secundo loco cogno-
5 scendum fuit. Cur † de militia potius dicit, hanc pignori obligari, quam res ceteras à debitore acquisitas, cum constet obligatione generali bonorum omnes res debitoris magis contineri? *l. vlt. inf. qui pot. in pig.* quia vetus fuit dubitatio de militiis, an hæc quoque pignori subiici possint, vt res ceteræ, vt idem Iustinianus docet in *§. optimum. Nou. de exhib. reis.* Id hac lege decisum est.

6 Cauit † constitutio de militia, quam debitor alij acquisierit. Quid si acquisierit sibi? multo magis hæc pignori erit, cum citra controuersiam sit in bonis debitoris. Idque significat satis aperte Iustinianus hac cõstitutione illic, *vt quod generaliter in ipsis, &c.* Sed hoc tanquam exploratum prætermisit. De eo cauit, quod dubitationẽ habere videbatur, nempe de militia, quam debitor alij acquisiuit, non sibi, vt sic non videatur in bonis eius esse. At quomodo potest debitor militiam alij acquirere, cum per liberã personam alij nihil acquiri possit? *l. 1. sup. per quas pers. nob. acq.* Id fit hoc modo, si debitor, qui bona sua obligauit, militiam emat sibi; deinde iubeat venditorem militiam cedere ei, cui acquisitam vult, *iuxta l. 1. §. si iusserim. D. de acq. poss. l. 3. in fin. & l. seq. D. de don. int. vir. & vx.* Id etiam fit hoc modo, si debitor militiam emat sibi, deinde eam accipiat nomine extranei, cui acquisitam vult. Nam possessionem alterius nomine acceptam illi acquirit, & per possessionem dominiũ. *l. si procurator rem. l. traditio. in fin. D. de acq. rer. do. & d. l. 1. sup. per quas. pers.* Hæc eo dicimus, quia si debitor militiam sibi emit, & ei suo nomine traditur, ipse sibi acquirit, non debitori illi, quantumuis ipse eam emat ex pecunia debitoris. Quod enim mihi emo, & mihi meo nomine traditur, meum fit, etiamsi emam ex pecunia aliena. *l. 1. & l. pen. sup. si quis alt. vel sibi.* Restat igitur, vt dicamus debitorem militiam alij acquirere iis modis, quos indicauimus. Sed † exigitur constitutione, vt debitor acquisierit mi- 7
litiam ex pecunia sua. Hoc eo fit; quia si ex pecunia alterius militia emta est, & extraneo tradita, reuera militia non potest dici debitoris esse, eoq; nec in obligationem pignoris deduci à debitore potest. At si emta est ex pecunia debitoris, quamuis tradita sit eius voluntate extraneo; tamen etiam hoc casu non male dicatur in bonis debitoris fuisse. Id enim recte definitur nostrum, cuius commodum, aut incommodum ad nos pertinet. *l. 1. §. in propria. D. quan. app. sit.* Cum autem debitor militiam emit pecunia sua, etsi militia alij tradatur; tamen incommodum debitoris est ob pecuniam ab eo impensam. Est enim eius commodum in eo, quod ea præstatione obligat sibi extraneum, aut beneficij debitorem acquirit. Quorum nihil dici potest, vbi debitor emit militiam alij ex pecunia aliena. De † hac militia sic constituitur, hanc quoque 8
obligatione generali, quæ à debitore contracta sit, in obligationem pignoris deduci. Hoc vero inique, vel potius absurde constitui videtur. Nam hæc militia, de qua loquimur, non est debitoris, cum proponamus eam non debitori quæsitam, sed alij. Quod si ita est, secundum regulas iuris non potest hoc genus militiæ à debitore obligari, neq; generaliter, neq; specialiter. Non generaliter; quia obligatione pignoris debitor obligat bona sua. Hæc autem militia non est in bonis debitoris. Sed nec si debitor nominatim & specialiter obliget pignori eam militiam, quam postea alij acquiret, quicquam proficiet; quia vt pignus contrahatur, oportet rem tunc, cum conueniebat, fuisse in bonis debitoris, *l. & quæ nondum. §. quod dicitur. D. eo. l. cum res. inf. si alie. res pign. dat. sit.* Hac obiectione moti plerique omnes interpretes existimant, hic singulare ius constitui de militia: vt scilicet quemadmodum res emta ex pecunia pupilli, pupillo obligatur; sic & militia emta ex pecunia creditoris, creditori obligetur. Quæ sententia nullo modo recipienda est. Primum; quia in hac constitutione non agitur de militia emta ex pecunia creditoris, sed emta ex pecunia debitoris, vndecumq; illa pecunia peruenerit ad debitorem. Deinde res ex pecunia creditoris emta ita demum creditori obligari potest pignori, si prius sit in bonis debitoris. Nunc autem de militia agitur, quæ non est in eius bonis, si vera sunt ea, quæ diximus. Dicendum est, nihil hic non recte constitui, aut præter regulam ceterarum rerum debitoris, quas pignori obligari placet, secũdum quas nihil obligatur creditori, nisi quod est in bonis debitoris. Nam & hoc ipsum in hac re accidit. Militia, quam debitor alij acquisiuit, subtilitate iuris non est, nec fuit vnquam in bonis debitoris, vtpote alij quæsita, non debitori, vt hic proponitur; sed naturali ratione prius illi quæri videtur, cum iubet venditorem suum extraneo militiam tradere: deinde videtur ita per eum extraneo acquiri, vt res explicatur ab Vlpiano *in d. l. 3. §. vlt. iuncta l. seq. D. de don. int. vir. & vx.* Et hoc est, quamobrem exigat hæc constitutio, vt militia emta sit ex pecunia debitoris. Sic enim fit, vt commodi & incommodi habita ratione vere res debitoris fuisse intelligatur, vti iam exposuimus. Hæc † sententia cum 9
in ceteris rebus omnibus corporalibus locum habeat, quasis, qui eas emit, aut cui alia ex causa debentur, iubet debitorem suum alij tradere, vt licet intelligere *ex d. l. 3. in fi. de don. int. vir. & vx.* neque mirum, neq; nouum videri debet, si idem probetur in rebus incorporalib. omnibus, quas debitor alij acquisierit, dum pecunia sua, vt iam non dubitemus non de militia solum, sed de omnibus rebus alij emtis generaliter definire; cum debitor bona sua generaliter obligauit, in eam obligationẽ venire res omnes, quas postea acquisiuit, non tantum sibi, sed etiam alij; dummodo alij acquisierit pecunia sua. Cur ergo tantum cauit Iustinianus de militiis, si ius ad res omnes æque pertinet? Non vt in his quidquam singularis iuris constitueret præter res ceteras, sed vt dubitationem tolleret, de qua supra dixi.

Cauet autem † constitutio, vt militiæ postea à debitore acqui- 10
sitæ pignori sint his conditionibus. Primum, si vendi possint, de quo initio dixi. Deinde, si debitor eas acquirat. Præterea si militiæ

à debitore quæsitæ sint ex pecunia eius: nihil vt intersit, vtrum emta sint ex pecunia, quæ à creditore ad debitorem profecta sit, an ab alio. Postremo, si debitor pecuniam accipiendo obligauerit omnia bona sua. Id quod intelligimus ex eo, quod Iustinianus initio dicit se hoc constituere super hypothecis, quas negotiatores creditoribus suis dederint. Hypothecas dicit, non hypothecam, vt intelligamus generaliter hypothecas constitutas esse: deinde sine constitutione hypothecæ ne militias quidem à debitore quæsitas pignori obligari;

Secundum caput huius constitutionis ex priore ita nascitur. Constituerat Iustin. militiam, quæ à debitore quæsita est alij, ita demum pignori subijci, si debitor eam quæsierit pecunia sua. Vnde intelligitur creditorem non posse eã vindicare, quin intendat
11 eam emtã ex pecunia debitoris. Quid ergo, si † possessor id neget, an creditor probare debebit secundũ regulam iuris *l. 2. C. de prob.* Et de eo singulare quiddam cõstituitur hoc capite: nimirum alias id præsumi, alias creditorem probare debere. Siquidem debitor militiam emit filijs, aut cognatis, præsumitur militia pecunia eius emta, nisi contra probetur. Sin emit alijs, nempe extraneis, creditor probare debet pecunia debitoris emtam. Huius distinctionis ratio hæc est, quod ex coniunctione sanguinis colligitur affectus debitoris, ex affectu beneficium, *arg. leg. quod in vxorem. & leg. si paterno. supr. de neg gest.* quod non item in extraneis dici potest.

Tertio capite de effectu superioris hypothecæ ita cauetur: aliud esse, quod consequatur creditor viuente adhuc eo, cui militia acquisita est, aliud quod consequatur eo mortuo.

12 Viuente † eo, cui militia acquisita est, creditor iure hypothecæ ab eo militiam vindicare potest; sed hac lege, vt placeat eum hac actione nõ consequi, quod in ceteris reb. corporalibus, vt res pignori obligata ei restituatur; sed consequi militiæ æstimationẽ, id est, vt hæc constitutio loquitur, quanti militia vendi potest. Hoc ideo, quod militia personæ quodammodo cohæret: vnde & militia legata militiæ æstimatio deberi dicitur. *l. Lucius. D. de leg. 2.* Consequitur autem creditor, quanti militia vendi potest, nisi is, cum quo agitur, malit debitum soluere. Ceterum alterutrum facere cogitur ex hac constitutione. Quid, si neutrum facit? longius quidem non progreditur constitutio: sed dicemus creditorem iure hypothecæ vsurum, id est, curaturum, vt militia distrahatur, quod ius est creditoris in omni pignore. *l. quamdiu l. si cessante. inf.*
15 *de dist. pig.* † Mortuo autem eo, cui militia quæsita erat, non potest exigere creditor, quanti militia vendi potest; sed id solũ quod pro militia defuncti dari solet, vel ex tenore, id est, forma communis militantium placiti, vel ex forma constitutionum. Sic enim verba sunt huius constitutionis *in* §. 1. Quę vt intelligãtur, sciendum est, mortuo eo, qui militiam obtinebat, militiam vacare, nisi ex ijs, sit, quæ ad heredes transeant. Vacantẽ certis & statutis personis deferri, quæ in decedentium locum succedant. Ab ijs personis, quæ succedunt in militiam, hoc exigi, vt pretium quidem militiæ non præstent, sed prestent aliquam summam vel heredib. defuncti vel filijs vel vxori vel creditoribus, quæ summa cedat pro solatio militię amissę. Et hęc summa in militijs sacrorum scriniorum definita est ad ducentos, & viginti aut quinquaginta aureos. Quæ omnia declarantur *l. 7. & l. 11. inf. de prox. sac. scrin. lib.* 12. Hæc est igitur illa summa, quæ defuncto militante pro militiis dari solet ab ijs;
14 qui vacantem militiam nunc obtinent. † Solet autem dari secundum formam communis militantium placiti, vbi commune placitum vocat Iustinian. communem conuentionem: Militantes autem vocat ordinem eorum, qui eius generis militiam exercet, vt sunt, exempli gratia, qui sunt ab epistolis, qui sunt à memoria, qui sunt à secretis: qui omnes vno verbo appellantur statuti; quia eorum numerus certus statutus erat in vnoquoq; genere militię, vt patet ex *d. l. 7. & l. 11. de prox sac. scin.* Ergo si quam summam isti militantes communi consensu constituissent, quam successor militiæ dare deberet defuncti heredibus, hæc est illa summa, quam Iustinianus hic dicit creditores exigere posse. Remoto autem placito militantium, ea summa præstanda erit, quæ definita est in hac re legibus; vt in *d. l. 7. & l. 11.*

15 Cur ergo creditori † non licet exigere æstimationem totam militiæ, & militiam à successore persequi? Quia vetus militia, quæ ante obligata erat iam nulla est; morte enim militantis esse desiit, & vt dicitur in *d. l. 11.* vacare cœpit; vtpote personę defuncti cohęrens. Quapropter militia successoris noua est; quæ ideo nec iure pignoris potest à creditore vindicari. At quod pro militia vacante præstari debet, id quoddammodo prioris militiæ pars & commodum est, proinde etiam ad veterem hypothecam pertinere intelligitur.

Hæc † vero summa, atq; hoc commodum, quod pro militia 16
vacante præstari debet est id, quod Iustinianus appellat res; siue commoda ex casu, vel ea, quæ simpliciter appellantur ex casu *in Nou. de exhib. reis. §. optimum. vers. propterea.* Et recte ex casu. Sunt enim ista commoda & præstationes ex casu militiæ, id est, ex eo, quod militantis morte militia caduca facta est, seu, vt loquitur *l. 11. de prox. sac. scrin.* ex eo, quod militia vacauit militãtis morte: qui *casus* recte dicitur, quemadmodum deficiente herede, aut legatario hereditates & legata *caduca* appellamus. De his autem commodis loqui Iustinianum superiori constitutione, ex eo manifestum est, quod de mortuo militante loquitur, & cauet, quomodo, & quibus tribuenda sint ea, quæ pro militia defuncti præstantur ab heredib. vel alijs. Mortuo autem militante militia heredibus eius non tribuitur, sed aliquid pro solatio militiæ caducæ, vt supra ostendi. † Ex quo apparet errare eos, qui ex ea consti- 17
tutione colligunt esse aliquas militias, quæ dicantur ex casu; verumq; est, quod Cuiacius scripsit ad eam Nouellã, nullã esse militiam ex casu. Et certe si ex eo loco id tantum probari volunt, res est expedita. Non enim de militia illic agitur, sed de ijs, quæ dantur ex casu, siue propter casum militiæ: quasi dicas propter cadentem, aut caducã factam militiam id est amissam. & morte vacantem. Res etiam ipsa loquitur, nõ possideri militiam ex casu, nisi ideo; quia militia casu obtineatur, nẽpe vel morte alterius vel emtione. Quo sensu omnes militiæ ex casu dici possint. Immo vero omnes acquisitiones, & omnia iura rerum nostrarum; quia nulla sint, quę non vel morte, vel emtione, vel alio simili casu nobi obtingant † Sed quęritur circa hunc locum, aduersus quos agat cre- 18
ditor, vt hæc commoda, quæ pro militia defuncti dari solẽt, consequatur. Ager aduersus successores qui militiam obtinent, eritq; in eam rem hypothecaria actio, qua teneatur adhuc militia, solũ vt id commodum, quod successor debuit, pro militia præstet creditori. Quid si successor iam id commodũ soluit defuncti heredibus, aut similibus personis? nihilominus adhuc tenebitur creditori; quia quod alijs soluit, indebitum soluit, cum id præstare deberet creditori. Proinde hactenus saltem tenebitur, vt condictionem indebiti, quam habet, creditori cedat: sed non longius. Quisquis enim ideo tenetur, quia actionem habet, eam actionem cedendo liberatur, *l. quod debetur. D. de pecu.*

Auth. Quod obtinet.

Quod obtinet, si ad hoc mutuauerit pecuniam, vt militia emeretur, alioquin filii, aut vxor defuncti omnibus præponentur. Sed & si nullus prædictorum fuerit, tunc aliis creditoribus hoc damus.

SVMMARIA.

1 *Ad militiam viuentis hominis hanc* auth. *non pertinere; sed tantum ad commoda, quæ mortuo militante pro militia vacante præstari solent, & quæ hic Iustiniani constitutio.*

QVa parte ad superiorem constitutionem pertineat hoc fragmentum, sic intelligitur. Superiore constitutione duo cõstituuntur, quæ itidem ad sententiam huius fragmenti referri possint. Prius est, militiam, quæ pignori obligata est, iure creditori teneri, quamdiu militans viuit. Alterum mortuo militante creditorem id persequi posse, quod pro militia solatij loco præstari debet. Prius de hypotheca militiæ viuẽtis hominis non mutatur vllo modo Nouellis constitutionib. Iustiniani. Siue enim debitor generaliter res suas obligauerit, siue specialiter militiam, semper militia ab eo quæsita obligata erit. Tantum in eo hoc effecit Iustinianus, vt mulier in ea hypotheca præferatur creditori, nisi creditor nominatim pecuniam suã crediderit in hoc, vt ea militia emeretur, effectum hoc est *Nou. de æqual. dot. §. quia vero & huiusmodi.* In quo superiorem constitutionem magis confirmat de hypotheca militiæ. Neque aduersatur *Nou. de exhib. reis. in §. optimum.* Non † enim illic loquitur Iustinianus de militia viuentis, sed defuncti. Alterum, quod pertinet ad ea commoda, quæ pro militia defuncti dari debent, mutatum est à Iustiniano *in d. Nou. de exhib. reis. §. optimum.* Nam cum ex superiore constitutione

creditor possit ista exigere vbi illi obligata sunt bona debitoris; constitutum est postea à Iustiniano, non aliter hæc commoda ab vnoaliquo creditore exigi posse præter ceteros, nisi nominatim pecuniã crediderit in hoc, vt ea militia defuncto emeretur. Quod si creditor non fecit, contemta priore hypotheca voluit Iustinianus hæc commoda dari primum filijs defuncti, si qui sint, deinde vxori: idque ex beneficio principis, non iure hereditatis. Quod si neque filij sint defuncti, neque vxor, voluit hæc commoda non ad vnum aliquem creditorem pertinere, sed tribui omnibus creditoribus defuncti. Ex quo apparet Iustinianum, vacante militia facta iudicasse militiam euanuisse, proinde & hypothecam: commoda autem, quæ pro ea militia præstari solent, magis principis existimari debere, quam priuati. Ideo causam fuisse, cur isto ordine attribueret suprascriptis personis. Ad hanc vero sententiam exprimendam recte accommodabitur hoc fragmentum *auth. quod obtinet.* Ceterum ad priorem illam partem hypothecæ viuentis non pertinet.

AD TIT. XV. IN QVIBVS CAVSSIS PIGNVS, VEL HYPOTHECA TACITE contrahitur.

VIde; quæ scripsi sub hoc titulo in Methodo huius argumenti.

AD TIT XVI. SI ALIENA RES PIGNORI DATA SIT.

HVius tituli explicationem require ex Methodo, partim sub titulo; *Qui rem pignori dare possint*: partim titulo sequẽti; *Quæ res pignor. obligari possint.* vbi de iure rei alienæ pignori datę disserui.

AD TIT. XVII. QVÆ RES PIGNORI OBLIGARI POSSINT, VEL NON: & qualiter pignus contrahatur.

AD priorem partem huius tituli, de reb. quæ pignori obligari possint, vel non, pertinent ordine *l.3.* & quinq; sequẽtes: ad alteram, quæ est de conuentione pignoris, pertinent tres reliquæ, id est, *l.1.2.l.vlt.* Priorem partẽ, & in hac superiora rescripta sex exposui in Methodo, partim sub eodem titulo, partim titulo, *An in omnibus rebus, quæ sunt in bonis, consistat pignoris obligatio*, nonnulla hic attingam. Alteram partem require ex *l. vlt. hic.*

L. Cum constet. 2.

Idem A A. Rogato.

Cum constet, pignus consensu contrahi: non dubitamus, eũ, qui emtiones agrorum suorũ pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. PP. 5. Kal. Iul. Apro & Maximo Coss. 209.

SVMMARIVM.

1 *Instrumentis pignori datis res contentas pignori datas videri, & vnde hac sententia colligatur.*

1 EMtionibus prædiorum (id est, emtionum prędiorum instrumentis, vt in *l.1. inf. de don.*) pignori datis, volunt † Imperatores ipsa prædia obligata videri. At enim cõstat, cũ quid specialiter pignori datur, non aliud quidquam pignori esse, quam de quo nominatim cõuenit, *l.1. §. de pig. leg. 3. D. quæ res pig. ob. pos.* Et hoc fatentur Imperatores. Sed eum, qui emtiones, seu instrumẽta emtionũ prædiorum pignori dedit, respõdent de ipsis agris obligãdis cogitasse: proinde & consensisse: constare autem pignus consensu contrahi. At verba refragantur, dicet aliquis; nominatim enim emtiones pignori datæ sunt, nõ prædia. Et hoc rescripto monemur, non verba spectanda esse, sed sentẽtiam. Sententia partim ex consuetudine sermonis, partim ex proposito contrahentium intelligitur. Constat vsu loquendi, continens pro contento poni solere; emtiones prædiorum pro prædijs, quæ emtione continentur. Vnde illa chirographis venditis, aut legatis, non tabulas chirographorum venditas, aut legatas esse; sed nomen, quod chirographo continetur. *l. qui chirographum. D. de leg. 3. l. si seruum filii. §. eum, qui. de leg. 1.* Item emtionum prædiorum instrumentis donatis, ipsa prædia videri donata. *l. 1. inf. de don.* Consuetudo porro loquendi, cum de mente loquentis quæritur, in primis spectanda est. *l. si seruus, 50. vlt. D. de leg. 1.* Sed & propositum eorum, qui quid cauent, hoc esse intelligitur, ne frustra caueant. *l. si quando. D. de leg. 1.* Et quæ potest vtilitas instrumentorum traditorum esse, si in his sola ipsorum, ac non eorum, quæ his cauta sunt, traditio intelligitur.

L. Nomen. 4.

Imp. Alexander A. Euocato.

Nomen quoq; debitoris pignorari & generaliter & specialiter posse, iam pridẽ placuit. Quare si debitor satis nõ fecerit, cui tu credidisti: ille, cuius nomẽ tibi pignori datũ est, nisi ei, cui debuit, soluit, nondum certior à te obligatione tua factus vtilibus actionibus satis tibi facere vsque adid, quod tibi deberi à creditore eius probaueris, compellatur: quatenus tamen ipse debet. PP. pridie Kal. Martii, Fusco II. & Dextro Coss. 226.

SVMMARIA.

1 *Nomine pignori dato actiones datas videri, quæ danti competerent, eaq; transferri in creditorem, sed vtiles easdemq; in personam, non hypothecariam.*

2 *Qui nomen pignori dedit, si concurrat aduersus debitorem cum eo, cui nomen pignori datum est, accipientem danti præferendum.*

3 *Debitorem, cuius nomen pignori datum est, creditori suo soluentem nihilominus ei, cui nomen datum est, teneri tribus casibus, & quibus: extra hos soluentem liberari, quamuis non ignoret nomen suum pignori datum.*

4 *Pignore pignori dato, si ei, cui datum est, solutum sit, quod debebatur, quando & quatenus liberetur primus creditor, qui pignori dedit.*

NOmen † pignori dari potest, vt hic traditur, & *leg. postquam. supra de hered. vel act. vend.* 1 Nomẽ est id, quod nobis debetur, siue id, quod est in actionibus. *l. qui chirographum. Digest. de leg. 3.* Vis huius pignoris est hæc, vt quemadmodum creditor, qui nomen pignori dedit, pecuniam à debitore suo exigere potuisset, si vellet, sic possit & is creditor, cui nomen pignori datum est, etsi dominus non sit illi obligatus. *l. si conuenerit. D. de pact.* Quibus ergo actionibus id consequetur creditor, cui nomen pignori datum est? Vtilibus, vt hic scriptum est, & significatur *in d. l. postquã sup. de her. vel act. vend.* Quas vero vtiles hic intelligimus, vtrum hypothecariam actionem, quæ de pignore constituta est iure ciuili, an vero actionem in personam aduersus debitorẽ, cuius nomen pignori datum est? Et hypothecariã intelligere non possumus. Hæc enim possessionem pignoris auocat. *l. si cum venditor. 2. resp. D. de euict. l. si fundus. §. vinditatione. D. de pig.* Nomen autem ius est, cuius nulla est possessio: & si esset, ea esset penes creditorem, non penes debitorem. Restat igitur, vt vtilem actionem hic interpretemur actionem in personam, qualem creditor debitoris aduersus debitorem suum haberet. Exempli gratia, si quis mutuum dederit, condictionem certi habet ex causa mutui. Hæc vero creditori creditoris summo iure competere non potest aduersus eum debitorem, cum quo creditor secundus nihil cõtraxit, cum omnis actio in personã sit aduersus eum, qui nobis obligatus est. *l. actionem D. de ob. & act.* Et ideo creditori, cui nomen pignori datum est, directa non datur. Sed dabitur vtilis, quasi creditor debitoris actionem, quam aduersus eum habet, in creditorem suum transtulisset. Ergo creditor, cui nomen pignori datum est, recte pecuniam exiget à debitore, cuius nomen pignori datum est. † 2 Quid si debitoris creditor concurrat, & velit prius sibi solui: Dicemus creditorem, cui nomen pignori datum est, vero creditori præferendum posteaquam vt les actiones habere eum effectum est, *l. procuratore in rem suam dato. D. de procur.* † Quid, si debitor cuius nomen pignori datum est, creditori suo soluerit? Nihilominus tenebitur ei creditori, cui nomen pignori datum fuit, si ab eo certior factus de pignore sibi dato, nihilominus cre- 3

ditori suo soluerit, vt hic significatur. Ex quo intelligimus, multo magis eius debitorem teneri creditori creditoris sui, si secundus iste creditor cum debitore litem sit contestatus, aut etiam iam partē debiti ab eo acceperit, vt declaratur *in l.3.inf.de nouat.* Quod si debitor à creditore creditoris sui non admonitus creditori suo soluerit, impune soluerit; quia iusta ignorantia ei nocere non debet §. *recte. Inst. de mand.* Quid, si is debitor soluerit nomen suum pignori datum esse, neq; ei quidquam denuntiatum sit ab eo creditore, cui nomē pignori datum est, an impune creditori suo soluet? Impune; quia & hoc rescriptum, *& l.3.inf.de nouat.* denuntiationem exigunt eius, cui nomen pignori datum est. Nec obstat, quod *in l.1.in fi. D. de act. emt.* dicitur, eum certiorandum non esse, qui non ignorauit. Nā hoc tunc locum habet, cum denuntiatio & certioratio alicuius ideo solum exigitur, vt is, cui denuntiatur, sciat rem gestam esse. Sic enim eum, qui aliter nouit rem gestam esse, superfluum sit amplius de ea re admoneri. Nunc autem in proposito denuntiatio creditoris exigitur, non vt debitor sciat nomen suum pignori datum esse; sed vt sciat creditorem cui nomen pignori datum est, sibi solui velle, quod iuste ignorat debitor, priusquam illi à creditore secundo sit denuntiatum. Neq; vero debitori vitio verti debet, si creditorem secundū non adiit, & rogauit, num sibi solui vellet, non enim debuit debitor in re aliena esse curiosus, vt bene præcipitur *in l.doli. in fin. D. de donat.* Quid si debitor soluit creditori, cui nomen pignori datum erat? Solutionis hæc vis est, vt debitor liberetur non tantum à creditore, cui nomē pignori datū est, sed etiam à creditore suo, cui pecuniā non numerauit. Solutione namq; eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mo. tol. obl. in prin.* Soluta autem pecunia intelligitur, siue debitor soluerit creditori suo, siue alij voluntate creditoris, quod hic factum est, *l. solutam. D. de solut.* Et hoc est, quod dicitur *in l. si conuenerit. D. de pig. act.* cum debitor cuius nomen pignori datum est, soluit ei creditori, cui datum est, prætorem eum tueri debere aduersus creditorem suum.

4 Quod † attinet ad creditorem primum, qui nomen pignori dedit, interdum is ea solutione liberatur interdum non liberatur. Liberatur, si pecunia debebatur, quæ soluta est. Sic enim fit, vt creditor secundus eam pecuniā secū pensare debeat. Vnde & is creditor, qui nomen pignori dederat, compensatione liberabitur. Idem debitor non liberatur, si species & corpus certum debebatur, quod solutum est, nam hac præstatione nō soluitur creditori, cui nomen pignori datum erat: propterea quod aliud pro alio inuito creditore solui non potest. *l.2.§.1.D. si cert. pet.* Sed ea res erit creditori pignoris loco: hæc est sententia *l. si conuenerit. D. de pig. act. l. grege. §.1. in fin. D. de pig.*

L. Spem. 5.

Idem A. Septimio.

Spem eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis pensitanda sunt, priusquam pactione pignorari minime admittendum est, & ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis interuenerit, tenet. PP. Kal. Maii. Maximo II. & Paterno Coss. 234.

SVMMARIA.

1 *Sacra certamina, Athletæ, Athletarum præmia, & præmiorum causa.*
2 *Horum præmiorum spem pignorari non potuisse, & cur spem dictum sit, non ipsa præmia.*
3 L. commodis. D. de re iud. *exposita.*

1 FVisse † apud veteres Græcos certamina quædam sacra constat, in quib. certabant, qui ab illis dicebātur athletæ. De quib. videre est apud Budæum *in annotationib. ad Pandectas.* Existimabāt illi, ad Rempublicam & cultum Deorum suorum pertinere, si haberent egregios athletas, qui in honorē Deorum fortiter certarent. Et quo magis id facerent, victoribus propositæ erant coronæ, quæ dicuntur sacræ *in l. commodu. D. de re iud.* pro coronis præmia & commoda, quæ publice deinde his pensitabantur, quę
2 significantur *in hac l.5. & in d. l. commodu.* † Spes eorum pręmiorū hic prohibetur pignorari. Prohibādi ratio fuit, quia præmia publice constituta erant, vt excitaretur athletarum virtus. Hanc necesse erat debilitari, si pignus istorum commodorum admitteretur. Nam hoc recepto non erant laboraturi, vt vincerent, cum scirent etiam post victoriam se præmijs victoriæ non fruituros: vtpote quæ redirent ad creditores iure pignoris, non ad ipsos. Et notandūest, prohiberi obligari spem præmiorū, non ipsa pręmia, vt intelligamus, futura præmia & nōdum quæsita ante victoriam pignorari non posse; præsentia & iam quæsita posse; quia in his, quæ iam quæsita sunt, cesset superior ratio. † Et hoc est, quod dicitur *in d. l. commodis. D. de re iud.* ea commoda pignori capi posse, 3
quæ athletis præstantur pro coronis sacris. Recte *quæ præstantur*, vt intelligamus id dici de quæsitis, quæ sola iā nunc præstari possunt, non de spe præmiorum futurorum. Quæ de his præmiis athletarū dicuntur hic recte transferētur ad ea stipendia, quæ publice constituta sunt vel militibus, vel magistratibus, vel professoribus liberalium artium: si modo ea constituta sint non ordini & personæ tantum, sed ijs, qui recte suo munere fungentur, vt certantibus scilicet proposita sint præmia.

L. Qui Filios. 6.

Impp. Diocletia. & Maximin. Augusti & CC. Rufo.

Qui filios vestros, vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se iuris circumuenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quæ quis de bonis suis facit obnoxia. S. Kalend. Maiis, Heraclia, AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Liberum hominem pignori dari non posse. Si datus sit, quæ accipienti pœna.*
2 *Liberi hominis pignus duabus in causis receptum & quibus.*

SI solæ † res pignori obligari possunt, quæ sunt in bonis, vt solę 1
possunt. *l. quæ prædium. sup. prox. tit.* recte colligitur hoc rescripto in libero homine pignoris obligationē consistere non posse, ne si pater quidem filium pignori dederit. Constat enim liberum hominem in bonis & commercio non esse. *l.6. in pr. D. de cond. emt.* Sed etsi frustra detur liber homo pignori: tamen iure ita prohibetur accipi, vt si acceptus sit, quamuis inutiliter, non sit impune. Nam qui vel filium familias à parente pignori acceperit, in eum pœna iam olim cōstituta est, vt relegetur. *l. vlt. D. hoc tit.* Addit postea ad hanc pœnam Iustinianus, vt hoc casu etiam creditor & debito cadat, & alterum tantum libero homini, qui pignoratus est, aut parenti eius inferre cogatur. *Nouell. vt nul. iud. §. quia vero & huiusmodi.*

Sciendum † est tamen singulari iure in liberis hominib. duab. 2
in causis pignus receptum esse. Primum, cum pater filium aut filiam ob extremam famem pignori obligauit. Nam in hac specie permissum est patri filium etiam vendere. hoc in *l. vlt. sup. de patrib. qui fi. distr.* Quod si pater in hac specie filiū vendere potest; multo magis poterit pignori obligare. Plus enim est vēdere, id est, quodammodo totum in alium transferre, quam pignori solum obligare. Nō debet autem cui quod plus est, licet quod minus est, nō licere, *l. non debet cui. D. de reg. iur.* Id quoq; efficitur ea regula, qua traditur, quæ emtionē & venditionem recipiunt, ea & pignorationē posse recipere. *l.9 D. de pig.* Præterea in quouis libero homine, qui redemtus sit ab hostibus, pignus tacitum redemtori datum est in eum, qui redemtus est, donec pretium redemtionis redemtori soluatur, aut donec per quinquennium redemtus redētori operas præstiterit. De hoc genere pignoris est *in l.2. & in l. vlt. inf. de postlim. reuer.* Esse autem hoc pignus in liberum hominē ex eo intelligimus, quod redemtus statim fit liber, vt suprascriptis locis declaratur. Et certe ideo redimitur ab hostibus, vt ne sit amplius seruus. Sed quoniam iniquum erat redemtori pretium redemtionis non præstari, & præterea etiam periculose constituebatur aduersus omnes captiuos, si quis non moueretur ad eos redimendos: ob eam causam consultum est ita redemtori, vt redemtus donec pecuniā soluisset, maneret in potestate redēmtoris: sic enim hæc potestas appellatur *in l. qui testamento. §.1. D. qui testam. fac. poss.* Sed hactenus in potestate; vt tamen non esset in domi-

dominio redemtoris, denique non esset redemtoris seruus; hoc vero ius non aliter appellari potuit, quam ius pignoris.

L. Exsecutores. 7. L. Pignorum. 8. Auth. Agricultores. seq.

Imp. Constant. A. ad vniuersos prouinciales.

Exsecutores à quocunque iudice dati ad exigenda debita ea, quæ ciuiliter poscuntur, seruos, aratores, aut boues aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris causa de possessionibus non abstrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor, aut creditor, vel præfectus pagi, vel vici, vel decuria in hac re fuerit detectus: æstimando à iudice supplicio subiugetur. Dat. 3. Non. Iun. Sirmij, Constantino A. & Licinio Coss. 312.

SVMMARIA.

1 *Res ad culturam agrorum necessaria quæ.*
2 *Eas ab agricolis pignori sponte traditas iure teneri.*
3 *Conuentione obligatas ita teneri, vt vendi possint; sed tantum iis, qui in eadem possessione ad agros colendos vtantur.*
4 *Villico eiecto, aut possessione eius vendita, obligatas eius res omnibus vendi posse.*
5 *Et tunc pignoris iure vendi posse omnibus res culturæ necessarias, cum agricola nullas alias in bonis habebit.*
6 *Casus quatuor summatim, quibus res agricolæ ad culturam necessariæ vtiliter pignori dari possint.*

HIs constitutionibus tribus ob eandem vtilitatem publicam constitutum est, ne res ad culturam agrorum necessariæ,
1 quæ † indicantur *in l. exsecutores*, pignori capiantur. In quib. constitutionib. diligenter obseruandum est, istarum rerum non præcise vetari pignus, sed prohiberi, ne ipsæ res abstrahantur de possessionibus, ex quo tributorum pensitatio retardetur: Sic enim verba sunt *l. exsecutores*. Vetant igitur cõstitutiones eas res pigno-
2 ris iure auferri. Vnde † intelligimus, si agricolæ eas res sponte sua pignori dederint, pignus consistere. Non enim aufertur, quod quis volens tradit. Id confirmatur in *Nouell. nullum credentem agricolæ circa mod.* Deinde † vetant constitutiones auferri istas res de
3 possessionibus. Ex quo rursum colligimus, etsi istæ res pignori tãtum obligatæ sint creditori, neq; traditæ, tamen pignus nõ inutiliter constitui. Nam à creditore vendi possunt; dummodo ijs vendantur, qui in eadem villa, in eadem possessione istis reb. ad agros colendos vtentur. Sic enim fiet, ne res istæ auferantur de vetere
4 possessione, quod ad sententiam legis satis est. Sed † etsi villicus eiectus sit à domino ex possessione, aut villici possessio vendita, vt iam agrum colere non possit, constitutiones hæ non sunt impedimento, quo minus res ad culturã agri necessariæ illi auferantur. Nã de possessione nõ aufertur, quod in possessione nõ fuit: Neq; isto facto impeditur cultura agri, cum etsi agricolæ hæ res nõ auferrentur; tamen agrum non coleret, ex quo expulsus est. Quid,
5 si agricola † in vetere possessione manebit, ne res ad culturã agri necessariæ ibi vendi possint; verum tamen agricolas nulla alias res in bonis habeat: an ne sic quidẽ hæ res pignoris iure à creditore capi poterunt? Et verba quidẽ harum cõstitutionum scripta sunt simpliciter, ne hæ res pignoris iure auferri possint: vt videantur etiam hoc casu auferri non posse. Sed æquius est dici, hoc casu eas pignori capi posse, & distrahi, vt creditori satisfiat, vt de stipendiis significatur *in l. stipendia. sup. de exsec. rei iud.* Huius rei argumentum hoc erit. Nam & ipse agricola, qui soluendo non est, capi potest, & in carcerem detruditur; neque aliter carcerem euitat, quam si bonis cesserit. *leg. 1. sup. qui bon. ced. poss.* Multo igitur magis res eius quælibet pignori capi poterunt, etiamsi soluendo non esset. Probabiliter hoc dicitur, etiamsi harum constitutionũ verba generalia sint: sed verba æquitate, & aliis locis similib. temperanda sunt. *arg. in l.*
6 *non sine allic, quamuis ergo. sup. de bon. quæ lib.* Ex † his colligimus in summa, res agricolæ ad culturam agri necessarias, quatuor casib. vtiliter pignori dari. Primum, si à volente agricola tradantur creditori. Deinde si à creditore vendantur ita, vt in eadem possessione maneant ad opus ruri faciendum. Præterea si agricola agrũ colere desierit vetere possessione eiectus. Postremo, si nullus alias res habebit, ex quibus creditor ad ius suum peruenire possit.

L. Si Quis. vlt.

Imp. Iustinianus August. Mennæ præfecto Prætorio.

Si quis in cuiuscunq; contractus instrumento ea verba posuerit; Fide & periculo rerum ad me pertinentium; *vel*, per earum exactionem satisfieri tibi promitto: *sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in præsenti debitor habet, quã futurarum hypothecam, sancimus: nec ex prioribus sanctionib. minus habere specialis hypothecæ memoriam videri: cum sit iustũ, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conseruandam contrahentium voluntatem sancimus, vt si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto*; Tam præsentes, quam futuras; *ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur. Dat. 3. Id. Decem. Constantinop. DN. Iustiniano. A. PP. II. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Obligatione bonorum seu rerum suarum generali contineri præsentia bona, & futura: & hoc quam recte.*
2 L. si ita. D. de aur. & arg. leg. *exposita.*
Res suas si quis legat, aut donat, nihil amplius legatum, aut donatum videri, quam res præsentes, si pignori obligat, contineri etiam futuras, & differentiæ ratio. ibidem.
3 *Obligatione generali pignoris non contineri, quæ sunt in vsu quotidiano, & res ad affectionem pertinentes: & quænam hæ sint.*
4 *Hoc, nisi debitor alias res nullas habuerit in bonis.*
5 *Obligatione generali contineri etiam eam pecuniam mutuam in quam debitor bona sua pignori obligauit.*
6 *Obligatione generali seruos contineri, si manumittantur postea, non contineri, & cur.*
7 *Obligatione generali eximi res consensu creditoris semel alienatas, quamuis iterum ad debitorem redeant.*

QVi † pignori obligauit res suas, vel bona sua, vno verbo in- 1
telligitur in obligationem deduxisse res suas omnes, non tantum, quas habet in præsentia, sed etiam quas postea in bonis habiturus est. Cautum hoc loco: & recte. Hæc enim vis est generalis verbi, vt quoniam in genere species omnes continentur, ideo verbo generali res omnes eo verbo comprehensæ tam contineantur, quam si specialiter expressæ essent. *l. semper specialia generalibus. D. de reg. iur. l. si seruitus. D. de ser. vrb. præd.*

Sed † hoc, nisi quid sententia loquentis refragetur. Quo per- 2
tinet responsum Pauli *in l. si ita. 7. D. de aur. & arg. leg.* vbi ille de futuris rebus videtur dissentire. Ait enim in hoc legato, *vestẽ meam, argentum meum heres dato*, hac demõstratione *Meum* præsens, non futurum ostendi. Sed hoc ille respondet in eo genere legati, non vtiq; ex significatione orationis, sed ex legantis sententia. Significatio si spectatur, *Mei* appellatio non minus futuris rebus, quam præsentibus conuenit. Nam vsu loquendi ex æquo recte dicimus, *seruũ, qui meus est*, & *seruum, qui meus erit*. Sed in hoc legato, *Vestem meam, argentum meum lege*, non videtur testator de futura veste, de futuro argento sensisse. Ideo neq; hæc ex mente testatoris in hoc legato ostenduntur. Et generaliter definiemus, quoties quis legat, donatue res suas, nihil amplius legatum, aut donatum videri, quam res præsentes. Quod si sententia loquentis non repugnabit, hoc tenebimus, eum, qui res suas nominet, eo verbo omnes res suas complecti tam præsentes, quam futuras. Quod in eo accidit, qui res suas dat pignori. Quæ distinctio ab omnibus recepta est. Differentiæ ratio hæc est, quod cum quis res suas pignori dat, eadem causa est, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur præsentes. Nam præsentes obligat pignori, vt creditori cautum sit. At cautionis æquitas, quæ exigit, vt creditori omnimodo cautum sit, hoc postulat, vt ei cautum sit omnibus rebus debitoris, tam futuris, quam præsentibus. In reb. autem donandis & alienandis longe diuersa causa est, cur quis præsentes datas velit, quam cur velit futuras, & nondum quæ sitas. Qui legat præsentes, & eas, quas nouit, ideo legat; quia iudicat legatarium hactenus de se meritum esse. Hac enim de causa quid legatur. *l. nec adiecit. D. pro soc.* Hoc vero de futuris statuere testator non potest. Nã qui dignus est centum aureis, non continuo dignus est mille.

At fieri potest, vt mille, aut bis mille testator postea acquirat. Quid autem, aut quantum acquisiturus sit, ignorat: Sententia igitur, vt dixi, & voluntas domini facit, ne verbo *Meum* res futuræ contineantur, non autem verbi significatio. Secundum hanc vero etiam futuræ continentur, à qua nunquam recedendum est, nisi vbi manifestum est aliud sensisse contrahentes. *l. non aliter. D. de leg. 3.* quod non fit in pignore.

3 Sed † etsi generalis obligationis hæc vis sit, quam diximus, tamen quædam excipiuntur. Ac primum generali obligatione placet non contineri ea omnia, quæ verisimile est debitorem speciaiter pignori daturum non fuisse. *l. obligatione. D. de pig.* Huius generis duæ species habentur. Quædam sunt res, quæ sunt debitori in vsu quotidiano, & necessariæ, hæ non continebuntur; quales sunt, vestis, suppellex, artifici instrumenta artis, militi arma, studioso libri, agricolæ boues, iumenta, & instrumenta aratoria. *d. l. obligatione. in fi. & l. seq.* Aliæ sunt res, quæ ad affectionem debitoris pertinent, neque hæ continebuntur. In quo genere numerantur serui, filij naturales, concubinæ, alumni, & similes personæ. *l. denique. D. de pig. l. 1. sup. h. t.* Quæsitum est, an hæ obligatione pignoris non contineantur, etiamsi debitor alia bona non habeat? Et si debitor, cum res suas obligauit, alias res in bonis habuit præter superiores, hæ non continebuntur. Nam hæ à principio obligatæ non sunt, vt docuimus. Quare nec ex euentu obligabuntur, quamuis debitor alias res habere desierit. Hic enim ab initio obligatio certam legem & conditionem accepit. Hæc ex euentu non
4 mutabitur inuito debitore. *l. vero 12. §. 1. D. de fol.* Quod † si debitor ab initio nullas alias res habuit, puto superiores istas obligatione generali contineri: alioqui obligatio esset inutilis. Quoties autem id metuimus, semper id agendum est, vt videatur obligatio aliquid egisse. *l. quoties in stipulationibus. D. de ver. obl. l. quoties. D. de reb. dub.*

5 Etiam † hoc loco quæsitum est, an obligatione generali pignoris contineatur etiam pecunia, quam debitor mutuam accepit, & propter quam res suas obligauit. Plerique putant non contineri. Et mouentur argumento, *l. pen. §. vlt. D. de pign.* vbi scriptum est, obligatione generali contineri eam pecuniam, quam debitor postea ab alio mutuam accepit. Quasi non sit obligata ea, quam acceperat ab eodem creditore. Ego autem existimo etiam hanc pecuniam pignori esse eiusdem illius loci argumẽto. Nam Paulus loquitur quidem illic de pecunia, quam debitor ab alio mutuam accepit: sed cur hæc pecunia obligatione generali contineatur, hanc rationem reddit; quia in bonis debitoris facta sit. Ergo hac ipsa ratione & illa pecunia pignori obligabitur, quam à suo creditore accepit. Nam & hæc in bonis debitoris cœpit esse: siquidem rei mutuæ dominium in accipientem transfertur. *Instit. quib. mo. re cont. obl. in pr.* Pro qua sententia facit *l. idemq; in fin. D. qui pot. in pig. hab.* vbi scriptum est indefinite nummos debitoris, qui generaliter bona sua obligauit, pignori esse obligatos. Neque quidquam
6 illic distinguitur, vnde nummi profecti sint. Secundo † loco obligatione generali non continentur serui debitoris, si ab eo manumissi sint. *l. 3. sup. de ser. pig. dat. man. arg. l. est differentia. D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Hic occurret aliquis. Nam quomodo hi generali obligatione non contineantur? Non manumissos obligatione contineri constat. Quidni ergo contineantur & manumissi? Certi enim iuris est, debitorem in pignore non posse facere vlla alienatione sua creditoris conditionem deteriorem. *l. debitorem. & l. distractis. sup. de pig.* Id fit hoc modo. Nam qui manumissus non est, ideo obligatione contineri intelligitur; quia interpretamur hanc speciem genere contineri. Manumissus nõ continetur; quia interpretari incipimus eum nunquam antea obligatum pignori fuisse fauore libertatis. *l. libertas omnib. D. de reg. iur.* Secundum hanc interpretationem non videtur debitor conditionem creditoris deteriorem facere, si eum manumisit, qui obligatus non habe-
7 batur. Postremo † obligatione generali pignoris non continentur eæ res debitoris, quæ postea voluntate & consensu creditoris alienatæ sunt. Non dico, si in eodem statu semper maneant. Nam hoc modo alia ratione hæ res non continerentur obligatione generali: propterea quod non sunt ex bonis debitoris. Sed hoc amplius dicimus, etiam si eædem illæ res postea iterum debitori quæsitæ sint ex iusta causa; tamen in obligationem pignoris non redire; quasi pignus ab initio remissum sit, non tantum in præsens tempus, sed etiam in futurum. Effectum hoc est constitutione Iustiniani *l. vlt. infr. de remiss. pign.*

AD TIT. XVIII. QVI POTIORES IN PIGNORE HABEANTVR.

QVi ex creditoribus in pignore potiores sint, comprehensum est regula iuris, quæ traditur *in l. 2. infr. hoc tit.* In cuius regulæ explicatione totius fere huius tituli sententia continetur. De ea illic dicemus.

L. Qui pignus. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Secundo.

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignauit, & deposuit, nec in vsus suos conuertit. PP. Kalend. Febr. Laterano & Rufino Coss. 198.

SVMMARIVM.

1 *Creditorem posteriorem posse sibi confirmare pignus aduersus priorem, & confirmandi ratio.*

PEndet hic locus ex eo iure, quod de prærogatiua creditorum in pignore constitutum est *in l. seq. & similibus.* Nam cum dicitur, ex creditoribus eum in pignore potiorem esse, qui prior est tempore; hoc dicitur, quamdiu prior creditor, cui res pignori obligata est, rem pignoris iure retinere volet, tamdiu posteriori creditori in eo pignore locum non esse. Ita fieri, vt tamdiu pignus illi sit inutile.

Hinc † quæstio, possitne aliquo modo secundus creditor sibi 1
confirmare pignus aduersus priorem creditorem. Et hic admonemur, posse. Confirmandi autem pignoris hanc esse rationem, si ipse priori creditori pecuniam soluat, aut illo non accipiente pecuniam obsignet, & legitime deponat, neque deinceps ea vtatur. Idem traditur *in l. prior. infr. in l. secundus. sup. de pig.* Hæc forma confirmandi pignoris hanc rationem habet. Nam priore creditore remoto, necesse est eum, qui posterior erat, non tam fieri priorem, quam solum iam esse. Remouetur autem prior creditor solutione; quoniam solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* Et obligatione principali sublata etiam liberantur accessiones, vt pignora, *l. in omnibus speciebus. D. de solut.* Quid consequatur posterior creditor superiori confirmatione, id est, in quod debitum sibi pignus confirmet, comprehensum est. *l. secundus supr. de pig* vbi diximus. Quid valeat obsignatio pecuniæ, diximus *ad l. creditor. sup.*

L. Si Decreto. 2.

Impp. Antoninus A. Chresto & aliis.

Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarij fideicommissi conditionalis seruandi gratia prius inducti estis, quam aduersarius vester in causam iudicati eiusdem fundi pignus occupauerit: iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore vtraq; pars contendit, præualet iure qui prauenit tempore. PP. 5. Id. Maij. Duobus & Aspris Coss. 213.

SVMMARIA.

1 *Qui prior est tempore in pignore, potiorem esse iure, quid sit.*
2 *Quibus pignus datum non est, in his nunquam vnum altero tempore esse potiorem.*
Inter chirographarios creditores nullam esse prærogatiuam temporis. ibidem.
3 *Creditoribus in possessionem missis rei seruandæ causa, nullum alio esse tempore potiorem in prætorio pignore, nisi priuilegium habeat.*
4 *Priuilegia non ex tempore æstimari, sed ex causa, quid sit.*
5 *Qui hypothecam habet, omnibus præferri tum chirographariis, tum priuilegiariis creditoribus.*

6 Inter

6 *Inter eos, quibus eadem res eodem tempore pignori data est, si simpliciter, pignus diuidi concursu, si pro parte, diuidi pro portione debiti cuiusque.*

7 *Secundum creditorem soli primo cedere in pignore, aduersus omnes alios integrum ius pignoris obtinere.*

8 *Tempore priorem, iure potiorem esse, quid sit.*

9 *Cur potior, qui prius pignus accepit, non item extra pignus, qui prius contraxit.*

10 *Potiorem esse in pignore, qui prius accepit, sine discrimine prioris, aut posterioris pignoris, item fauoris causæ, vel personæ.*

11 *Legatarios etiam pendente conditione legati præferri in pignore prætorio omnibus creditoribus, qui postea pignus, quamuis præsentis debiti causa, acceperint.*

12 *Pendente conditione dici posse deberi, & nihil deberi diuersis rationib.*

13 *Creditores si bona omnibus soluendo non sint, semper legatarius præferri, quamuis pignus nullum habeant.*

IN hoc rescripto præcipue notanda est regula iuris, quæ traditur de prærogatiua creditorum in pignore. Nam hæc, vt dixi inuito, totam fere sententiã huius tituli continet † Regula est huiusmodi: *Cum de pignore duo creditores inter se contendunt, qui tempore prior est, is potior est iure.* Eadem regula expressa *in l. si fundum. seq.* Hæc definitio plurib. verbis sic explicatur *in l. licet. & l. diuersis. inf.* Quoties duobus pluribusue eadẽ res diuersis temporib. pignori data est, si hi de pignore inter se contendent, is iure potior erit, qui prius hypothecam acceperit. In hac definitione nihil otiosum est. Itaq; singula diligenter sunt expendenda. Ergo his definitionibus statuitur prærogatiua temporis inter creditores: sed his conditionib. Primum, si duobus eadem res pignori data erit. Recte; † nam inter eos creditores, qui hypothecam eamdem non habent, nunquam quisquam tempore altero potior est. Inter chirographarios creditores, id est, eos, quibus nihil debetur, nisi ex chirographo, qui neque hypothecam, neq; priuilegium habent; nullius temporis ordo seruatur. Is in suo obtinendo potior est, cui debitor soluit, aut qui prius damnato debitore ex causa iudicati pignus accepit. Idque nondum bonis debitoris à creditoribus possessis.

3 Bonis † autem debitoris possessis, quod fit, cum creditores mittuntur in possessionem bonorum absentis, aut se non defendentis rei seruandę causa, omniũ creditorum conditio par esse incipit. *l. qui autem. §. sciendum. l. pupillus. ff. quæ in frau. cred. alie. sunt.* Sed & cum vnus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, & prætor permittit, omnibus creditoribus, & in rem permissum videtur. *l. cum vnus. D. de reb. auct. iud. pos.* Et hoc ita, nisi aliquis sit ex creditoribus, qui priuilegium habeat. Qui priuilegium habeãt & quibus ex causis disce ex *l. quæsitum. §. vlt. & l. seqq. D. de reb. auct. iud. poss.* Hoc cum fit, is præfertur chirographarijs creditoribus, qui priuilegium habet. Sed non quia tempore prior sit, sed quia priuilegium habeat, etiamsi extremus crediderit.

4 Hoc † enim est, quod dicitur, priuilegia non ex tempore æstimari. sed ex causa. *l. priuilegia. D. de reb. auct. iud. poss.* Ex causa sic interpretandum est, ex ratione propter quam priuilegium tribuitur. Nã nõ omnia priuilegia rei tribuuntur, sed pleraq; personæ: quale est priuilegium fisci. Quod † si quis ex creditoribus hypothecã habebit, is præfertur non tantum chirographarijs creditoribus, sed etiam ijs qui priuilegium habent. *l. eos. inf. hoc tit.* vbi ratio adiicta est. Sed præfertur ideo, non quia tempore prior sit, sed quia hypothecam habeat solus, quamuis crediderit postremus. Ergo tunc solum prerogatiuæ temporis locus est inter creditores, cum his eadem res pignori data est.

Non est satis, volumus eamdem rem pignori datam esse diuersis temporibus. Quod & satis significatur, cum in priori regula prior & posterior creditor nominatur. Non enim prior est, nisi
6 cui priore tẽpore hypotheca data est. Hoc † eo exigimus; quia si duobus eadem res simul, & eodem tempore pignori data erit; si quidẽ simpliciter, singulis in solidum data esse intelligitur, sic vt concursu partes faciant, nisi forte vnus possidebit pignus. Nam is in pari causa potior est iuxta regulam iuris. *l. in pari. ff. de reg. iur.* Hęc ad hanc sententiam disserit Vlpianus *in l. si debitor. D. de pig.* Quod si pignus datum erit pro parte, singuli creditores in pignore partem habebunt pro portione debiti, *l. si fundus. §. si duo. ff. de pig.* Sic fit, vt si prærogatiuam temporis quærimus, oportet pignus diuersis temporibus datum esse.

7 † Sed ne sic quidem prior creditor solus pignus obtinebit, vt nihil relinquatur posteriori creditori, sed tũc solum, cum ambo, quibus pignus datum est, de pignore inter se contendent. Nam si secundus creditor aduersus extraneũ de pignore agat: siue pignus retinere volet, dabitur ei exceptio ad retinendum; siue pignus persequetur, hypothecariam habet iure pignoris, qua pignus à quouis possessore extraneo auferat. *l. creditor. in pr. D. eo tit.* Merito; quia etsi secundo loco pignus acceperit, accepit tamen, vt nisi quis iure pignoris illi obstet, necesse sit, eum omnibus superiorem esse in pignore. At ambo creditores inter se contendent, tum erit prærogatiuæ locus, quæ hic statuitur, vt qui tempore prior est, is potior sit iure.

Tempore † priorem hic accipimus, qui prior est tempore nõ credendi, sed hypothecæ accipiendæ, & vt explicatur *in d. l. diuersis*, qui prius hypothecam accepit. Potiorem iure intelligimus, potiorem iure pignoris: scilicet vt quemadmodum pignus vindicare posset à quouis possessore, idemq; aduersus quemuis retinere, si solus esset, ita & possit suo iure aduersus secundum creditorem. *d. l. creditor. ff. eo.* Hoc amplius, & si pignus distraxerit prior creditor, dominium in accipientẽ iure transtulerit, vt isto modo nullum plane pignus superfit secundo creditori *l. 3. D. de dist. pig.* Sed † cur extra hypothecã prior creditor potior non est, in hypotheca is potior est, qui prius hypothecam accepit? Quia extra hypothecam creditor personam tantum debitoris sibi obligatam habet, in bonis eius nihil iuris. Vnde creditori actio quæ dicitur in personam. *l. actionũ. ff. de obl. & act.* Ita fit vt in bonis debitoris non excludat posteriorẽ creditorem prior, cum prior in ea bona nihilo plus iuris habuerit: At pignus ius in rẽ est: quo iure licet creditori & pignus retinere, quod & possidet & vindicare, quod amisit, aut nondum cœpit tenere. Hoc ius creditori semel quæsitum debitor illi nulla alienatione adimere potest. *l. debitorem, l. distractis, sup. de pig.* proinde nec vlla noua oppigneratione.

Hoc † ius de prærogatiua hypothecæ perpetuũ est. In quo tamẽ de his dubitatum est. Primũ, nihil ne referat, quo modo prior creditor pignus habeat, cõstitutum, vt posteriori præferatur, qui habet alio modo cõstitutum pignus, de quo hic significatur. Deinde, an nihil interfit in pignore conuentionali, vtrum priori creditori specialiter eadem res obligata sit, quæ posteriori, an vero generaliter sint obligata omnia bona. de quo *in l. si generaliter inf.* Postremo an nihil fauor causę, aut personæ secũdo creditori prosit, vt priori in hypotheca præferatur, de quo significatur *in l. si fundum. inf.* Et in summa in his omnibus hæc sententia generalis retinetur, eum in pignore potiorẽ esse, qui prius accepit. Et merito, ob eam causam, quam paulo ante reddidimus de iure pignoris, quod creditori quæsitum constituto pignore, deinceps ei auferri non potest.

De primo autem hæc species est hoc loco proposita. Testator legauit quibusdam fundum sub conditione, si nauis ex Asia veniret. Mortuo testatore legatarij petunt ab herede, vt sibi satis det legati conditionalis nomine ex edicto, *toto tit. vt leg. seu fide nom. cau.* Cum nõ satisdaret heres, ex eodem edicto impetrarunt legatarij a magistratu, vt mitterentur in possessionem bonorum defuncti. Missi in possessionem venerunt. Hoc modo pignus consecutisunt, quod prætorium appellatur. *l. 3. & l. 5. sup. vt in poss. leg. esse lic. l. non est mirum. D. de pig. act.* Exstitit deinde alius creditor vel heredis, vel defuncti, qui aduersus heredem iudicio egit, & vicit, & ad exsecutionem sententiæ impetrauit à magistratu, cuius ea de re iurisdictio erat, vt sibi res debitoris pignori capere liceret, quas postea distraheret, vt est forma iuris. Cepit, & ita pignus quoque illi ex causa iudicati constitutum est. *l. 1. si in cau. iud.* Quæsitum est inter istos, qui ex diuersa causa pignus habent, qui quibus præferantur.

Respõdetur † ex regula superiore, legatarios esse potiores, qui in possessionem missi sunt. At hic fuit hæc dubitatio, cur non viderentur præferri debere. Primum, quod legatarii de lucro certant, creditor de damno. Deinde, quod legatarij certant de legato conditionali, vt verba ostendunt, id est, de eo legato, quod nondum debetur. *l. cedere diem. D. ve verb. sig.* Creditor vero ex causa iudicati præsens debitum petit. Nam de alio iudicium esse non potuit. *l. non quemadmodũ. D. de iud.* Sed hæc nihil obstant, quominus præferatur, qui pignus accepit. Recte enim dicuntur in personalibus actionibus in hypotheca locum non habent. Semper enim hoc tenendum est, quisquis prius pignus sibi comparauit, ei inuito pignus adimi non posse. Quod fieret, si secundus creditor pignus postea nactus priori præferretur. Sed hic occurritur. Non enim potest legatarius prius pignus habere, quam illi aliquid debeatur. *l. res hypotheca. D. de pig.*

Nunc autem legatarijs in proposito legatum debetur sub conditione, ac pendente cōditione nihil debetur. *d.l.cedere: de ver. sig.* Proinde nec pendente conditione illis pignus iure constitui
12 potest. † Respondeo: quod dicitur pendente conditione nihil deberi, hanc significationē habet, nihil deberi, certo, id est, quod cautum est, non ita deberi, vt certo affirmari possit esse, quod debeatur. Est enim incertum, quia pendet ex eo, an cōditio exsistat: potest autem non exsistere. Sed non ideo absolute verum est per id tempus nihil deberi. Si quidē defecerit conditio postea, recte dixeris etiam in præteritum nihil vnquā fuisse debitum: Quod si conditio exstiterit, ex euētu intelligimus retro versus iam à principio quod legatum, promissum, cautumue erat, debitum fuisse. *l. necessario. ver. idem Pomponius. D. de per. & com. rei vend.* Quo fit, vt ad id quoque tempus relata hypotheca exinde contracta intelligatur. *leg. potior. Digest. hoc tit.* Sed quamuis legatarijs legatum sit pure, quamuis & hi prius hypothecam acceperint, vt hodie ex constitutione Iustiniani his tacita hypotheca data est: videtur tamen aduersari *l. vltim. §. etsi præfatam. sup. de iur. del.* vbi cautum est, creditores quoslibet legatarijs esse potiores: vsque adeo, vt ea ipsa, quæ iam legatarijs data erant, his auferant, vt suum conse-
13 quantur. † Sed id tunc constituitur, cum bona omnibus soluendo non sunt. Quod cum accidit, prius creditoribus soluendum est, etiamsi hi nullam hypothecam habeant. *l. successores. sup. ad l. Fal.* Neque id huic loco contrarium est, legatarios enim præferri intelligimus, qui vere legatarij sint, vt & iure res pro legato obligatas habeant, non debentur autem legata, nisi de eo, quod ære alieno deducto supereſt. *d.l. successores.*

L. Si fundum. 3.

Idem. A. Varo.

Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicæ obligaretur. Sicut prior es tempore, ita prior es iure. PP. S. Id. Octob. Antonino AIIII. & Balbino Coss. 214.

SVMMARIVM.

1 *Fauorem personæ nihil prodesse secundo creditori, vt priori in pignore præferatur.*

EX duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, quamuis priuato vno, & altera republica, etiam priuatus, si prius pignus acceperit, reipublicæ præferetur ex regula iuris. Atqui fauor reipublicæ aliud exigere videbatur. Nam in alijs causis reipublicæ & ciuitatis præcipuam causam esse indicant. *l. ciuitatib. D. de vsur. l. respublica. sup. qui. §. ex caus. maio.* Sed hæc in hypotheca locum non habent, vt superiore rescripto diximus. Hæc enim semel quæsita creditori adimi non potest, neque à republica, neque ab alio quouis. Ideo placuit priuatum etiam fisco præferri; cuius tamen præcipuum fauorem esse constat ex *tit. supr. de priuil. fis.* huc
1 pertinet *l. si pignus eo.* Hoc † exemplo docemur, fauorem personæ nihil prodesse secundo creditori, vt ei, qui prius pignus accepit, præferatur.

L. Cum rempublicam. 3.

Idem A. Syluano.

Cum rempublicam Heliopolitanorum, propter emolumentum sententiæ in rerū tam heredis, quam hereditariarum possessionē missam esse proponas, intelligis, quamuis pater tuus cū Sosiano contraxerit, tamen personali actione eum habuit obligatum, præponi rempub. iure pignoris in his, quæ auctoritate eius, qui iubere potuit, seruandi iudicati causa occupauit. PP. 2. Id. Decem. Læto II. & Cereale Coss. 216.

SPecies hæc est: Sosianus quidam debitor fuit, vt rescriptum ostendit. Huius Sosiani duo creditores, respublica Heliopolitanorum, & pater Syluani eius, quem hoc rescriptum alloquitur: & is pater prior creditor. Mortuo Sosiano debitore respublica cum herede egit, & herede victo ex causa iudicati respublica in possessionem rerum omnium hereditariarum missa est, & pignus ita accepit, vt superiore rescripto diximus. Postulat Syluanus heres alterius creditoris, vt reipublicæ præferatur; quoniam prius crediderit Sosiano. Rescriptum est, rempublicam potiorem esse. Merito; quia etiamsi pater Syluani pignus accepisset postea; tamen respublica ei præferretur, vt quæ in pignore prior esset. Multo igitur magis præferetur, vbi sola pignus constitutum habet. Huc pertinet *l. eos infra eodem.*

L. Prior quidem. 5.

Imp. Alexander A. Septimio.

Prior quidē creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi id omne, quod debetur, solueris: pignoris tui causa firmabitur. PP. 3. Kalend. Maii Maximo II. & Paterno Coss. 234.

PRior creditor si cum posteriore agat, hypothecam iure suo auferet, etiamsi ei debitum non offerat. Pertinet hoc ad regulam iuris de prærogatiua in pignore, de qua diximus *ad l. 2.* Posterior cōtra ex eadē regula, si cum priore agat, hypothecam auferre non potest: sed nec aduersus eum hypothecam retinere, nisi pecuniam debitam primum offerat. Sic enim pignus suum confirmat. de qua confirmatione diximus *sup. ad l. 1. hoc tit.* Idem traditur *in l. diuersis. in fin. & l. cum tibi. in prin. sup. eodem.*

L. Si generaliter.

Impp. Valerian. & Galien. AA.
Philoxeno.

Si generaliter bona sint obligata, & postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari. PP. 2. Id Maii. Seculare II. & Donato Coss. 261.

SVMMARIVM.

1 *Cui generaliter bona omnia prius obligata sunt, quando præferatur secundo, cui ex his bonis quædam specialiter sunt obligata.*

PRimo † creditori debitor generaliter omnia sua bona pignori 1
obligauit, in quib. fuit fundus Tusculanus; deinde hunc ipsum fundum secundo creditori obligauit specialiter. Placet in hoc fundo potiorem esse primum creditorem; quia idem fundus etiam ei pignori prius obligatus est. Continebatur enim generali obligatione pignoris non minus, quam si specialiter designatus esset: de quo diximus *ad l. vlt. sup. prox. tit.* Hinc consequens est, quod hic traditur, primum creditorem suo iure hunc fundum & persequi & distrahere posse non minus, quam si in eo pignore solus esset. Hæc eadem *in l. 2. D. qui pot. in pig. hab. l. qui prior. Dig. eo. t.*

Quæ sic accipienda sunt, si primo creditori simpliciter bona omnia debitoris pignori obligata sint, vt hic factum significatur. Diuersum est, si primo creditori res quædam specialiter pignori obligentur, deinde generaliter omnia bona debitoris, in quibus sit is fundus, qui secundo creditori postea obligatus est. Nam his verbis obligationis generalis nihil obligari intelligitur, priusquam constiterit res specialiter primo creditori obligatas in debitū eius non sufficere. Hoc *in l. 2. sup. de pig.* vbi hac de re diximus.

L. Licet. 7.

Impp. Dioclet. & Maxim. A. & CC.
Iuliano.

Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diuersis temporibus datis priores habeantur potiores: tamē eum, cuius pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim conuenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur. Subscripta 16. Kalend. Feb. AA. Coss.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Posteriores præferri in pignore, qui ad rem reficiendam, conseruandam, emendamue pecuniam crediderunt; quibus conditionibus, & quam recte.*

2 *Mulierem quamuis posteriorem præferri anterioribus creditoribus in dotis repetitione.*

3 *Posteriorem, qui publico instrumento pignus accepit, præferri priori, qui ex chirographo tantum accepit.*

4 *Funeris impensam posteriorem esse creditoribus hypothecam habentibus: præterquam in tacita hypotheca inuectorum ab inquilino, & legatorum: & cur in his sit potior.*

QVod diximus *ad leg. 2. supr.* perpetuum esse, vt qui in pignore tempore prior est, sit potior iure, sic accipiendum est, nisi magna & iusta causa suadeat ab eo iure discedi, quod interdum accidit. Ergo posterior interdum præfertur priori, vel propter causam de qua agitur, vel propter causam & personam posterioris creditoris, vel propter cautionem instrumenti in hypotheca danda adhibitam.

1 Propter † causam posterior potior est is, qui pecuniam ita credidit, vt eius pecunia efficeret, vt vel res salua esset, vel esset in bonis debitoris. Quo in numero sunt, qui ad rem reficiendam, aut conseruandam, aut emendam, pecuniam mutuam dederunt, si modo & res refecta, aut emta erit ex ea pecunia, & his ea res pignori obligata sit. *l. interdum. & ll. seq. ff. eod. & h. l.* Adieci, *dummodo posterioribus ea res, quæ refecta, aut emta est ex eorum pecunia, sit etiam illis pignori obligata.* Nam non continuo si ex pecunia alicuius res refecta, aut emta est, ideo illi tacite est pignori obligata; sed solum si pecuniam credidit ad refectionem ædificiorum. Non idem iuris est, si pecunia credita sit ad ceterarum rerum refectionem, vt colligitur ex *l. 1. ff. in quibus caus. pig. vel hyp. tac. cont.* Sed etsi res emta sit ex alicuius pecunia; constat non aliter ei eam rem obligatam esse, quam si conuenerit, vt pignori esset obligata, vt hoc rescripto declaratur, & *l. quamuis. 7. sup. de pig.* nisi emta sit ex pecunia pupilli, vt illic diximus. Nec obstat, quod in *l. idemque. ff. eodem tit.* generaliter dicitur, eos omnes esse potiores, qui ad rem aliquam reficiendam pecuniam crediderunt. Hoc enim sic accipiendum est, potiores esse, sed in pignore, id est, potiores hac conditione, si modo & illis ea res pignori obligata sit; quoniam de duobus creditorib. agitur, quibus eadem res pignori obligata est; vnde prior hæc quæstio introducitur, an, & quomodo res emta, aut refecta ex alicuius pecunia ei obligata sit pignori. Sed nonne iniquum est etiam in his causis posteriorem creditorem priori præferri, cum isto modo videatur fieri, vt prioribus suum pignus auferatur? Non est iniquum: imo vero nihil æquius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cuius beneficio factum est, vt ea res fructum ferret, dummodo id fiat sine aliorum iniuria. Nunc autem in hac specie, dum posterior præfertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius. Nam etsi debito posterioribus creditoribus soluto nihil relinquatur in pignore; tamen id non tam posteriores creditores auferunt, quam casus abstulit. Etenim idem futurum erat, si nemo ad rem reficiendam pecuniam credidisset. Quod si debito posterioribus soluto aliquid superest, id vero beneficio posteriorum in priores confertur, nisi saluam fecerunt pignoris causam. Beneficio igitur afficiuntur priores, non iniuria, si posterioribus prærogatiua seruatur in hac causa.

2 Propter † rem & personam potior est mulier, quamuis posterior, in repetitione dotis, ex *l. assiduis. infr.* Tribuitur hoc priuilegium partim rei; quia mulier non in omni causa præfertur anterioribus creditoribus, sed solum in dotis repetitione: partim personæ; quia non quisquis dotem repetit, hoc priuilegio vtitur, sed mulier duntaxat, vt facilius possit nubere, *arg. l. 1. ff. sol. matrim.*

3 Propter † cautionem hypothecæ præfertur posterior creditor, qui publico instrumento vtitur aduersus priorem creditorem, qui ex chirographo tantum, vel instrumento priuato hypothecam accepit. *l. scripturas. inf.* Neq; plures sunt, vt mihi videtur, qui cum posteriores sint, priorib. præferantur. Accursius tamen ad *l. diuersis. inf.* numerat in hoc genere fiscum agentem ex causa primipilari, quem vult etiam mulieri in dote præferri. Mihi secus
4 videtur, sed de eo dicemus ad *l. assiduis. inf.* Numerat † etiam eum, qui credidit ad funus ex *l. pen. ff. de rel. & sum. fun.* Sed male eo loco vtitur ad hoc confirmandum. Nam i hic scriptum est, impensam funeris præcedere omne creditum. Atqui hic sensus est, cum is, qui in funus impendit, creditum repetit, id est, personali actione agit aduersus creditores ceteros, qui item creditum suum petunt, id est, personali actione petunt, eum his omnibus præferri; nempe ex priuilegio, quod funerariæ actioni tributum est. Sed male ex eo colligitur eum præferri iis, qui hypothecam habent. Nam contra hi, qui hypothecam habent, siue prius eam acceperint, siue posterius; quoniam habent actionem in rem, præferuntur omnibus priuilegiariis creditorib. personali tantum actione vtentibus, vt est *in l. 4. sup. l. eos inf. eo* Plane funeris impēsa duarum causarum tacitas hypothecas præcedit: inuectorum & illatorum ab inquilino: item legatorum; sed ideo; quia in his cum ad funus vētum est, nec hypotheca subesse intelligitur. Nā si inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, vnde funeretur, placet ex inuectis & illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. *l. et si quis. 14. §. 1. ff. de rel. & sum. fun.* Atqui hæc sunt tacite obligata locatori. *l. 2. l. 3. ff. in quib. cau. pig. tac. cont.* Sed hactenus hæc sunt pignori, dum id pignus non officiat rebus fauore dignis. Vnde placet eiusmodi pignus non officere libertati. *l. licet. D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Non mirum, si in eadem causa habetur funeris causa. Similiter si res legatæ sint à testatore, de cuius funere agitur, nec sit, vnde funeretur, ad eas quoque res manum mitti oportere placuit *d. l. et si quis. §. 1. de rel.* Et tamen legatariis res omnes defuncti obligatæ sunt pignori. *l. 1. supr. com. de leg.* Sed satius est, ait Vlpianus, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi, *d. l. et si quis. §. 1.* Aut si certius aliquid hic responderi placet, nulla est hic hypotheca, cum de funere agitur. Non est enim hypotheca legatorum nomine, nisi prius legata posueris. Atqui cum defunctus soluendo non est omnibus, tum creditorib. tum legatariis, non debentur legata, nisi deducto omni ære alieno aliquid superfit, quod legatis superfit. Et in summa creditores præferuntur legatariis. *l. successores. sup. ad leg. Falc. l. vlt. §. et si præfatam. supr. de iur. dei.* Porro funeris impensa æs alienum patrimonij defuncti existimatur. *l. impensa enim 18. D. de rel.* Interdum tamen posterior creditor etiam ex alia causa præfertur priori creditori in hypotheca. Sed hoc non perpetuo, sed ad tempus dumtaxat, quod contingit in specie, de qua constitutum est in *Authent. seq.*

Authent. item possessor.

Item possessor pignoris negans rem eius, cuius actor eam esse adseuerat: si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia causa in eandem personam delata, se propinquiorem esse, quam qui mouet causam: prius transferat possessionem, quam ius suum proponat.

SVMMARIVM.

1 *Casus, vbi posterior creditor potior sit priore in pignore ad tempus.*

SPecies facti hæc est. Posterior creditor hypothecam vindicauerat à priore creditore. Prior vt agentem remoueret, hac defensione vsus erat, vt diceret rem, de qua agitur, in bonis debitoris non fuisse, eoq; nec potuisse posteriori creditori obligari, ex *l. & quæ nondum. §. quod dicitur. D. de pig.* Posterior creditor probauerat rem in bonis debitoris fuisse. Ita prior creditor victus, iussus est hypothecam restituere. Prior exclusus superiore defensione nunc ad hanc confugit, vt dicat, eam quoq; rem sibi à debitore prius obligatam esse, ideo & se posteriore creditore esse potiorem. In hac controuersia constitutum est à Iustiniano id, quod hoc fragmento traditur, nihilominus possessionem pignoris à priore in posteriorem creditorem transferendam esse, donec prior de iure suo probauerit, vt intelligamus hanc esse mendacij pœnam, quemadmodum & in rei vindicatione possessio à possessore transfertur in actorem, cum possessor prius negauit se possidere, & conuictus possidere cœpit dicere, rem esse suam, non actoris. *l. vltim. D. de rei vind.* Ex hac constitutione apparet, si prior creditor victus probauerit postea, eam rem sibi prius pignori esse obligatam, vt dicebat, eum ius suum obtinere aduersus posteriorem creditorem, & ita verum esse, quod supra dixi in extremo ad *l. licet.* in hac specie † posteriorem creditorem præferri priori in possessione pignoris, sed ad tempus dumtaxat, donec scilicet prior de iure suo probauerit, certum vbi de iure prioris constabit, semper eum posteriore esse potiorem.

L. Di-

L.Diuersis.8.

PRior pars continet eam definitionem, quæ exposita est *ad l.2. sup.* Posterior est de iure secundi creditoris in confirmando pignore, de quo diximus *ad leg.1.sup.*

L.Eos.9.

HIc locus satis expositus est partim ad *l.2.sup.eod.* vbi, cur qui pignora acceperunt, præferant priuilegiis omnibus, rationem explicatius reddidi partim ad proximam *l.licet.* vbi de obiectionibus quibusdam natis ex *l.pen.& leg. & si quis.14.ff. de relig.* respondi in extremo.

L.Cum tibi.10.

Iidem AA.& CC.Pollipeucæ.

Cum tibi pro dote, quam acceperat maritus, res obligauit: eo mortuo, hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum, nulla possunt persequi ratione. Nam chirographarios creditores nec in rem, nec in personam eos, qui debitori non probantur successisse, vlla ratione conuenire posse, manifestum est. PP. Non. Decemb. CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Chirographarios creditores frustra agere de pignore sibi restituendo aduersus creditores hypothecarios, quantumuis pecuniam debitam his offerant.*

MAritus dote accepta mulieri quasdam res suas in eam causam pignori obligauit, & tradidit; deinde cum marito alij creditores contraxerunt. Mortuo marito cum mulier ea bona pignori sibi obligata possideret, creditores posteriores aduersus mulierem agere cœperunt, vt vel sibi satisfaceret, vel restitueret bona defuncti, quæ possideret. Rescripti distinctio est in hanc sententiam: si quidem ij agant, quibus eadem pignora data sint, eos frustra agere; quia sunt scilicet tempore posteriores: sic tamẽ frustra, nisi offerant debitum, intellige vti oportet, id est, aut soluant, aut priore creditore non accipiente pecuniam obsignent: quo modo vti oportet ad liberationem pignus sibi cõfirmant, vt
1 est *in l.1.sup.eo.* Sin † ij tantum sint, qui chirographarij appellantur, id est, ij, quibus cautum non est, nisi chirographo, plane eos frustra agere, quantumuis pecuniam offerant; quia nullam aduersus mulierem actionem habent, neque in rem, neq; in personam. Non in rem; quia res illis pignori obligatæ non sunt, vt quis dicat eos actionem hypothecariam habere. Non in personam; quia actio in personam solum aduersus debitorem competit, aut heredem eius. Mulier autem in proposito nec debitrix fuit, nec mariti debitoris heres.

L.Scripturas.11.

Imp.Leo A.Erythrio, præfecto Prætorio.

Scripturas, quæ sæpe assolent à quibusdam secrete fieri, interuenientibus amicis, nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu fœnerandi, vel societatis coeundæ gratia, seu de aliis quibuscunq; causis, vel contractibus conficiuntur, quæ ἰδιόχειρα Græce appellantur, siue tota series earum manu contrahentium, vel Notarij, vel alterius cuiuslibet scripta fuerit; ipsorum tamen habeant subscriptiones, &c.

SVMMARIA.

1 *Instrumenti priuati, quod constet à debitore scriptum, non minorem vim esse creditori ad suũ personali actione obtinendũ, quam publici.*
2 *Instrumentum priuatum vim suã obtinere, & simpliciter vim obtinere, longe diuersa esse: prius verum, & quid sit: posterius falsum.*
3 *Instrumento priuato, etiam de cuius fide constet, præferri publicum ad hypothecam priore loco obtinendam: & quam recte constitutum.*

SI duo sint creditores eiusdem debitoris, quorum vni cautum sit à debitore priuato chirographo, vel alio priuato instrumẽto, alteri cautum instrumento publice confecto, id est, cõfecto ab iis, qui in conficiendis instrumentis publico munere funguntur: & hi contendant inter se, vter altero potior sit, quia forte bona debitoris omnib. non sufficiant: quæritur, an sit quidquam in instrumento publico, cur is, qui eo vtitur, præferri debeat ei, qui vtitur instrumento tantum priuato. De hac re ita ius constitutum est hoc loco, interesse, vtrum hi creditores personalibus actionibus agant eodem tempore aduersus debitorem, an vero agant hypothecaria de ea re, quam suis quisque instrumentis pignori accepit à debitore. Si † personalibus actionibus agant; 1
dummodo de fide priuati instrumenti probetur, nempe id à debitore scriptum esse, non minus id prodesse creditori suo, quam si publice conscriptum esset. Nam hæc vis est priuati instrumenti, vt cum constet à debitore scriptum esse, id aduersus debitorem fidem faciat, de quo, vti & de eo, quomodo id probetur, dicemus aptius in *Auth.seq.* Hinc intelligimus in hac specie alterum ex creditoribus propositis alteri non præferri.

Obseruandum † est autem constitutionem non dicere; instru- 2
mentum priuatum in hac causa vim habere aduersus debitorem; sed vim suam obtinere, inter quæ multum interest. Nam qui dicit instrumentum priuatum quouis modo vim habere aduersus debitorem, is dicit priuatum instrumẽtum fidem facere, etiamsi de eius fide non constet: quod est absurdum dictu. Quid enim, si instrumentum priuatum causam adiectam non habeat? Quid, si debitor neget à se scriptum esse? Quibus casib. iure instrumentum fidem non facit, vt dicemus ad *Auth.seq.* Qui autem dicit instrumentum priuatum obtinere vim suam in ea specie, de qua quæritur, is hoc dicit, quæ alias vis est priuati instrumenti aduersus debitorẽ tunc, cum creditor, qui eo vtitur, est solus: eandem vim & in hac causa futuram esse, etiamsi alij creditores concurrant, qui vtantur instrumentis publicis. Hoc vero est æquissimum. Quod cum non intelligatur, aut non animaduertatur vulgo ab interpretibus, non est mirum, si colluctentur in huius loci interpretatione, neq; adhuc rem expedire potuerint. Atq; hæc, inquam, ita sunt, si creditores isti personalibus actionibus experiantur.

Quod † si agent hypothecaria actione vindicantes eam rem, 3
quæ ambobus pignori data est, partim priuato instrumento, partim publico: placet in hac causa priuatum instrumentũ vim illam suam non obtinere, sed quamuis constet id scriptum esse à debitore; tamen eum, qui publico instrumento nititur de hypotheca, præferri ei, qui eandem hypothecam accepit priuato instrumento, nisi priuatum id instrumentum habeat trium idoneorum testium subscriptiones. Quæritur ratio cõstitutionis. Cur enim placeat magis priore casu priuatum instrumẽtum vim suam obtinere, quam posteriore? Nam vtrobique eadem est fides & probatio instrumenti priuati, cur non in pari causa ius idem statuitur? iuxta *l.illud. D. ad leg Aquil.* Mihi hæc differentiæ ratio videtur non improbabilis; quod cum creditores isti duo agunt personalib. actionibus, singuli de suo debito, id est, de rebus diuersis agunt, quæ ita sunt singulorum, vt quod est vnius, ad alterum non pertineat. Quam ob rem singuli in suo debito sunt soli: vt proinde aliis in eo debito non concurrentibus, non sit quærendum, qui quibus sint potiores, sed vnusquisque separatim in suo debito ius suum obtinere debeat: *argumentum in l.2.ff.eo.tit.* At cum ambo de hypotheca eadem agunt, hic de eadem re agunt; & ob id merito quæritur, vter altero in ea re debat esse potior. Et non inique constituitur, in ea contentione maiorem vim habere publicum instrumentum: itaque id priuato præferri.

Auth. si quis vult caute.

Si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturæ, sed aduocet etiam testes idoneos & fide dignos non pauciores tribus. Sed & si quis aut mutui instrumentum, aut alterius cuiuspiam contractus fecerit, & noluerit hoc specialiter in publico confiteri: non ex ipso videatur credibile, quod scribatur super mutuo documentum, nisi etiam trium testium adhibeatur præsentia fide dignorum, vt siue veniant, & subscriptionibus propriis attestentur, siue alij quidem testificentur; quia eis præsentibus confectum est documentũ: fidem eandem ex vtraque

que causa percipiat. Si tamen quisquam aut deponens, aut mutuans, aut alias contrahens, contentus sit sola scriptura eius, cum quo contrahit: sciat scripturam non sufficere ad probationem.

SVMMARIA.

1 *Instrumenti priuati ad fidem vis, quæ.*
2 *Comparatio literarum ad probandam manum scripturæ quatenus admissa.*

APtissime hæc *Auth.* superiori constitutioni subiecta est. In ea constitutione scriptum erat, cum duo creditores personalibus actionibus agunt eodem tempore, instrumentum vnius
1 priuatum nihilominus robur suum obtinere. Hinc † quæstio introducitur ad explicationem eius constitutionis necessaria, quænam sit vis instrumenti priuati. Et iure vetere hæc vis fuit, si debitor fatebatur à se, vel suo mandato scriptum, & causa debiti adiecta erat, cogebatur debitor confessioni suæ stare, quantumuis diceret se instrumentum scripsisse vel ioco, vel errore. *l. cum de inde-*
2 *bito. §. vlt. ff. de prob.* Quod † si debitor negaret à se scriptum esse, vel mandato suo, conuinci poterat id scripsisse, in eamq; rem recipiebantur & testes, & comparatio literarum, dummodo hæ literæ, ex quibus comparatio literarum petebatur, ab eodem debitore publice scriptæ essent, aut trium testium subscriptiones haberent. *leg. comparationes. supra, de fid. instrum.* Hanc vim intelligebat superior constitutio. Ne quis in eo iure erraret, commonefacit nos hæc authentica, quid de eo constitutum sit à Iustiniano. Eius constitutionis hæc est summa, si debitor fateatur chirographum à se scriptum, nihil immutauit Iustinianus. Si neget scriptum à se, & testes non minus, quam tres producantur, qui interfuerint, cum debitor id instrumentum scriberet, ne hic quidem quidquam immutauit Iustinianus. Sed si tres testes adhibiti non sunt, ille in totum comparationes literarum repudiauit tanquam suspectas, nisi instrumento priuato conficiendo tres testes interfuerint. Quo casu comparationem literarum admisit, si esset necessaria: nempe si testes illi, quorum mentio fit in chirographo, mortui essent, aut alioqui non exstarent. Post quam constitutionem eo res redit, vt quoniam semper periculum est, ne debitores negent chirographum à se esse scriptum, dare operam creditor debeat, si caute vult contrahere, vt adhibeantur tres testes.

L. Assiduis. vlt. & duæ Authent. seqq.

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto Prætorio.

Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaq; ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actionem (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeant priuilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiæ vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est, &c.

SVMMARIA.

1 *Mulierem præferri omnibus creditoribus quamuis anteriorem hypothecam habentibus, dum tacitam, & ex priuilegio.*
2 *Mulierem præferri etiam fisco, quamuis tempore priori, & quidem ex omnibus causis.*
3 *Mulierem postponi liberis prioris matrimonij, aduersus quos nouerca de dote agit, item creditoribus quamuis, tempore posterioribus, qui marito pecuniam crediderunt ad militiam emendam ea lege, vt militia esset pignori.*
4 *Mulierem anterioribus creditoribus hypothecam conuentione sua partam habentibus non præferri.*
5 *Priores creditores in hypotheca conuentionali præferri posterioribus iure communi, non ex priuilegio.*
6 *Mulierem hypothecis conuentionibus prioribus non esse potiorem, demonstratur rationibus Iustiniani.*
7 *Æquitate rei.*
8 *A persona constituentis principis.*
9 *Obiecta diluuntur.*

SIngulare hic beneficium tribuitur in repetitione dotis duobus; mulieri; item mulieris liberis. de muliere prope tota constitutione cauetur, de liberis in *vers. exceptis videlicet.* Beneficium, quod † mulieri tribuitur, hoc est, vt mulier siue agat personali actione de dote aduersus alios creditores priuilegarios, siue agat 1
hypothecaria actione, quæ illi lege concessa est *l. vncia. §. & vt plenius. sup. de rei vx. act.* ea præferatur omnib. creditoribus anterioribus, licet prioris temporis priuilegio sint vallati, sic enim verba sunt huius cõstitutionis *in §. ad hæc. & vers. seq.* Quibus verbis efficitur, mulierem præferri omnibus creditorib. quamuis hypothecariis & anterioribus; si tamen hypothecam ex priuilegio habeãt, id est, tacitam beneficio legis. Igitur si proponas maritũ administrasse tutelam pupillorum, antequã vxorem duceret; item pecuniã accepisse ad insulam exstruendam, aut reficiendam: quibus in causis & res mariti sunt tacite pignori obligatæ pupillo, & ædes obligatæ ei, qui ad refectionẽ credidit; *l. pro officio. sup. de adm. tut. l. 1. ff. in quib. cau. pig. vel hypoth. tacit. cont.* si is deinde vxorẽ duxerit, & dotẽ acceperit, dicimus soluto matrimonio, si mulier & superiores creditores mariti concurrant, mulierem in hypotheca his omnibus, quamuis anterioribus, præferri; quia etsi prius hypothecam acceperunt; tamen habent ex beneficio legis tacite, non autẽ ex cõuentione. Huius generis creditoribus hypothecariis mulier præfertur omnibus, vt sunt verba cõstitutionis. Ergo † & mulier 2
præferetur fisco, quamuis maritus eius ante cum fisco contraxerit. Nam quod scriptum est *in leg. 2. sup. de priuil. fis.* fiscum, qui prius contraxerit cum marito, mulieri præferri, est quidem huic constitutioni contrarium; sed sciamus hac constitutione abrogatum esse. Tametsi enim Iustin. *in l. 2. §. contrarium. sup. de vet. iur. enu.* negetur libris iuris à se compositis vllum contrariũ esse; tamen hoc in Codice ad veterem Codicem pertinet, non ad eas constitutiones, quæ nouo codici sunt insertæ. Hæ autem sunt quinquaginta decisiones Iustiniani, quas constat nouo Codici insertas ad veteris iuris emendationem, *tit. de nouo. Codic. confir.* Ex his constitutionibus est hæc vna, quæ hic proponitur. Ergo & mulier præferetur fisco, quamuis maritus eius ex causa primipilari conueniatur, abrogato eo iure, quod est *in leg. 4. sup. in quib. caus. pig. vel hyp.* Præferetur ergo & ei, qui pecuniam ad funus crediderit. Idq; eo magis, quod hic nihil amplius habet, quã priuilegium: hypothecam non habet. Nec impediemur eo, quod legitur in *l. pen. D. de relig. & sum. fun.* impensam funeris omne creditum præcedere. Sciemus enim & hoc similiter abrogatum esse hac constitutione; non solum quia diserte Iustinianus constituit, vt mulier in actione personali præferatur omnibus priuilegiariis creditoribus; sed etiam quia mulier hypothecam habet; quam, vt dixi, nõ habetis, qui in funus impendit. Constat autẽ omnes hypothecarios creditores, cum in rem actionem habeant, omnibus priuilegiariis, qui personalem tantum actionem habent, præferri, *l. eos. sup. hoc tit.*

Ex † omnibus creditoribus, qui beneficio legis prærogatiuam temporis habent, excipiuntur duo, quibus placet mulierem non 3
præferri. Primum filij prioris matrimonij, aduersus quos nouerca de dote agit. *§. exceptis. hac leg.* quod apertius cõfirmatur *in auth. vlt. hic.* Deinde hi creditores, qui pecuniam marito crediderunt ad militiam emendam ea lege, vt militia eis esset pignori obligata. In hac militia marito emta potiores sunt, qui crediderunt. *auth. quo iure. inf.* Idque etiam si posteriores sint. Cuius iuris duplex ratio reddi potest. Primum, quod in hac militia pecunia creditoris salua fecit totius pignoris causam. *argum. in l. interdum. & seq. ff. eod.* Deinde, quia hæc militia marito emta non tantum ad vtilitatem mariti pertinet, sed etiam ad vtilitatem & honestamentum militiæ. Nam eiusmodi militiis maritos cohonestari constat. Maritorum honos & decus etiam ad vxores pertinet. *l. fœminæ. ff. de senat. Nouel. de consul. §. hæc itaque.*

Sed hæc omnia dicta sunt de iis creditoribus, qui priuilegio, id est, beneficio legis hypothecam habent, aut certe in hypotheca habent iuris prærogatiuam. Quod † si qui creditores prius hy- 4
pothecam acceperint conuentione, & vigilantia sua partam, nos de cõmuni sententia interpretum putamus mulierem ex hac cõ-

stitu-

ſtitutione ijs nullo modo præferri; atque adeo nullo iure proferri aut poſſe, aut debere. Id defenditur & verbis huius conſtitutionis, & in primis ſententia. Verba conſtitutionis ad eos creditores anteriores pertinent, qui ſunt muniti temporis priuilegio. His verbis proprie non continentur ij, qui ſibi de hypotheca cauerunt. Hi enim hypothecam habent non priuilegio, ſed communi iure: quo iure conſtat pignus conuentione contrahi, *l. 4. ff. de pig. l. ſi tibi. eo. §. de pignore. ff. de pact. l. 1. in pr. ff. de pig. act.*

5 Nec † vero audiendi ſunt, qui conuentione de pignore interpoſita fatentur pignus ex priuilegio non eſſe; ſed vt creditor prior ſecundo præferatur, id ex priuilegio eſſe dicunt, non ex conuentione, quod aperte falſum eſt. Nam prior creditor in pignore ideo præfertur poſteriori; quia habet actionem in rem aduerſus omnes poſſeſſores, non tãtum extraneos ſed etiam poſteriores creditores. Eam quidẽ actionem habet etiam aduerſus debitorẽ ipſum, quia pignus obligauit. Ergo multo magis aduerſus eos creditores, qui cauſam habent à debitore. At creditor hanc actionem habet iure pignoris. Quare prærogatiua in hac actione ex iure pignoris naſcitur, ac proinde ex conuentione, non item ex priuilegio. Atq; in hac prærogatiua priuilegium non eſſe certo argumento eſt, quod dicuntur priuilegia non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa. *l. priuilegia, ff. de reb. auct. iud. poſſ.*

Nam prærogatiua, quæ in pignore eſt, ſolum ex tempore æſtimatur. Non nego prærogatiuã hanc ab Vlpiano priuilegium appellari *in l. ſi & iure. ff. qui pot. in pig. hab.* Sed ſi ea prærogatiua ex iure & ratione communi eſt, negari non poteſt, quin abuſiue priuilegium appelletur. Quis eſt enim, qui neſciat priuilegium ius eſſe in gratiam certæ cauſæ, aut perſonæ præter rationem iuris communis conſtitutum? Tunc demum prærogatiua temporis vere priuilegium eſt, cum creditores, qui nullam hypothecam habent alijs non habentib. præferuntur; in quo etiam in vſu iuris ſolum hoc verbum proprie vſurpatur. *d. l. priuilegia. ff. de bo. auct. iud. poſſ. & hac l. in verſ. cum enim in perſonalib.*

6 Sententia † Iuſtiniani ſpectatur ex ijs rationibus quibus vtitur, ex æquitate cauſæ, tum ex perſona ſcriptoris. Ratio Iuſtiniani, qua in hac conſtitutione vtitur, euidenter ſententiam eius oſtendit, & ſuperiorem ſententiam confirmat. Ait enim, mulierem ideo in hypotheca præferendam eſſe anteriorib. creditorib.; quia in perſonali actione tali priuilegio vtitur. Hoc Iuſtiniani argumentum eſt in *hac l. in verſ. cum enim in perſonalibus.* At in perſonali actione conſtat mulierem non præferri creditorib. anterioribus, niſi priuilegiarijs, id eſt, ijs, qui beneficio legis prærogatiuã habent, vt ceteris creditoribus præferãtur. Ergo nec in hypotheca præferetur alijs creditoribus, quã qui eodem beneficio hypothecam habent. Nam quoties lex aliqua ob certam cauſam & rationẽ lata eſt, conuenit ceſſante ratione legis, illic legi locum non eſſe. *l. quod dictum. D. de pact.* Idem licet intelligere de ſententia Iuſtiniani ex ea ratione, quam reddit *in §. & ideo.* ſcribit enim ſe in hoc priuilegio mulieri tribuendo hoc ſecutum eſſe, vt conſummaret, quod veteres cœperant, neq; perfecerant. Ex quo intelligitur non aliud conſummaſſe Iuſtinianum, quam quod veteres cœperant nouum autem negotium eum non inſtituiſſe. Iam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre alijs priuilegiarijs creditoribus, neq; id perfecerant; non enim præferebãt omnibus, neq; præferebant in hypotheca, vt conſtat ex initio huius conſtitutionis. Iuſtinianus hoc ius imperfectũ conſummauit, nã mulierem prætulit creditoribus priuilegiarijs, ijſq; omnibus; puta etiam ei, qui in funus credidit; & prętulit non ſolum in actione perſonali, ſed etiam in hypotheca. Ita ius cœptum à veteribus cõſummauit, ſed ita, vt non egrediatur id, quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem priuilegarijs. Quare & priuilegiarijs præfert Iuſtinianus, non alijs.

7 Quod † ſi de ſententia Iuſtiniani & verborum ſignificatione ambigeretur, tamen in diuerſis & ancipitibus interpretum ſententijs ea regula vti debemus, quæ præſcribitur *in l. non ſine. ſup. de bon. quæ lib.* nempe vt ambiguam cauſam & varijs legum interpretationibus titubantem iuris naturalis, id eſt, æquitatis, moderamine temperemus. Vnde in legibus quoties verba ambigua ſunt, ea ſententia accipitur, quæ æquior & benignior eſt; non alia de cauſa, quam quod menti auctoris eſt conuenientior. *l. in omnibus quidẽ. l. ſemper in dubiis. D. de reg. iur.* At æquitatis rationem ſi audimus, non ſolum æquum eſt, mulerem ei creditori non præferri, qui ex conuentione prius hypothecã habet; ſed etiam ſi contrarium hic conſtitutum eſſet, officiũ eſſet boni principis eam conſtitutionem abrogare. Pro certo. n. hoc ſtatui debet, quod eſt in principijs iuris, ius ſuum cuiq; tribuendum eſſe, nulli mortalium ius ſuum detrahendum, *l. iuſt. ff. de iuſt. & iur. l. 2. ff. de his, qui ſunt ſui, vel al. iur.* Id quod ſi recte conſtituitur in alijs cauſis; tum vero rectiſſime in pignore conuentionali, quod quis cautione ſua & vigilantia ſibi parauit. Hoc, *inquam,* nulli creditori adimendum eſt. Nã, vt eſt egregia ſententia Scæuolæ, ius vigilantib. ſcriptum eſt, id eſt, ijs, qui in negotijs gerendis aduerſus futura pericula ſibi vigilarunt, & cauerunt. *l. pup. in fin. ff. quæ in fraud. cred.* Ius ſcriptum vigilantib. ideo; quia fauet vigilantibus, & cauet, ne damno afficiãtur, neue quid his auferatur in eo, in quo ſibi vigilauerint, ſibique tempeſtiue proſpexerint. *l. 3. reſ. ff. de ſep. l. quod autem. §. ſciendum. ff. in frau. cred.* Et certe nihil poteſt cogitari iniquius, quam ſi; cum creditores contraxerint cum aliquo debitore, qui nondum vxorem duxerat, qui ijdem diligenter ſibi cauerint, vt eius bona ſibi eſſent obligata, ſit in poteſtate debitoris eos, cum velit, fraudare, vxorem poſtea ducendo. & dotem accipiendo, ſic enim miſeri creditores fruſtra ſibi cauerint, neq; erit vigilantiæ locus. In hac tanta iniquitate non eſt credendum, Iuſtinianum ſententiam tam iniquam conſtituere voluiſſe, niſi euidentiſſimis verbis probari poſſit, id illum ſenſiſſe.

Atque † huic etiam rei tertio loco argumentum præbet per- 8
ſona eius, nam is legum conditor eſt. Legum conditores æquitatis fautores eſſe oportet, vt bene ſcriptum eſt *in l. hac lege. ſup. de pact. conu. tam. ſup. dote.*

Ad † obiecta quibus vtuntur contrariæ ſententiæ defenſores, 9
breuiter reſpõdebo. Illi vrgent verba. Ait Iuſtinianus, *mulierem habere potiora iura aduerſus omnes cred.* Hic quidem nihil excipit: ſed addit, licet ſint anterioris temporis priuilegio vallati. Quæ verba nõ pertinent ad eos, qui hypothecam vigilantia ſua ſibi acquiſiuerũt, vt ſupra docuimus. Ait item Iuſtin. ſe pleno iuris articulo in hoc priuilegio mulieris conſummaſſe, quod veteres cœperãt. Non conſummauit, inquiunt, niſi mulierem omnib. creditorib. anteriorib. prętulit ſine exceptione. Recte dicerent, ſi Iuſtinianus ſimpliciter ſcripſiſſet ſe cõſummaſſe pleno iure prærogatiuã temporis in muliere. Nunc autem dicit ſe conſummaſſe, quod veteres cœperant. At veteres non cœperant mulierem pręponere hypothecarijs creditoribus, ſed ijs, qui prerogatiuam temporis ex priuilegio legis haberent. Hoc igitur poſterius ille conſummauit, nõ item prius alterum, quod veteres nõ cœperant, vt ſupra quoq; docuimus. Vrgent & illi rationem huius conſtitutionis, quæ ſparſa eſt varie in hac lege, puta in *verſ. & hoc cum in perſonalibus.* item in *verſ. quia enim,* hanc illi rationẽ dicunt, non minus efficere, vt mulier præferri debeat anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus, quam qui hypothecam beneficio legis habent. Hoc vero illis concedi non oportet. Nam rationes ſunt introductæ & ſumtę ex fragilitate mulieris; ex obſequiis, quę marito præſtat; ex periculo partus, ex procreatione liberorum, ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil ſolet habere præter dotem; ex officio mariti, quo ille cogitur dotem omnimodo reſtituere vxori, Hæ omnes in ſumma nihil aliud efficiunt, niſi mulierem dignam eſſe priuilegio, quod Iuſtinianus hic conſtituit. Nos fatemur non tãtum eo priuilegio dignam eſſe, ſed etiam digniſſimã. Adijcimus amplius, dotis cauſam ſemper & vbiq; præcipuam eſſe debere. *l. 1. ff. ſol. mat.* Sed hæc omnia accipienda ſunt cum hac exceptione, dum alteri iniuria non fiat. Nam hoc vtraq; manu retinendum eſt in omnib. beneficijs & priuilegijs, in iniuriam alterius beneficia alteri concedi non ſolere, neq; debere. *l. nec auus. inf. de emanc. liber. l. 2. §. ſi quis à prin. ff. ne quid in loc. pub.*

Addunt his argumenta duo, prius tale eſt. Mulierem conſtat hac conſtitutione præferri anteriorib. creditoribus, ſaltẽ qui pignus lege conſtitutum habent. Ergo & ijs praferri debet, qui pignus conuentione, aut vigilantia ſua ſibi acquiſiuerunt. Apparet ex ſuperiorib. male iſta comparati. Nã legitimum pignus contraria lege adimi poteſt ſine iniuria; quoniã eius eſt beneficium adimere, cuius eſt dare; quod & in priuatorum beneficijs receptum eſt. *l. 2. ff. de prec.* At pignus vigilantia creditoris partum, ipſi creditori ſine ſumma iniuria adimi non poteſt, vt ſupra probatum eſt. Alterum argumentum habet firmamentum illorum ſententiæ. eſt autẽ tale. Mulier præfertur ei creditori, qui pecuniam credidit ad rem emendam ea lege, vt illi ea res pignoris obligata eſſet. *§. hu conſeq. Nouel. de æqual. dot.* At qui pecuniam credidit ad rẽ emendam, præfertur anteriori creditori, & cui ea res pacto pignori obligata eſt. *l. interdum. & ſeqq. ff. eo.* Ergo huic ipſi quoque creditori expreſſam hypothecã habenti multo magis mulier pręferetur. Sed & hoc male colligitur, quoniam non eſt eadẽ cauſa in

duo-

duobus illis creditoribus, propter quam mulier postulat se his præferri. Imo vero quam ob causam mulier præfertur ei, qui pecuniam credidit ad rem emēdam, hanc ipsam ob causam alij creditori priori præferri non debet. Nā ei, qui pecuniam credidit ad rem emendam, præfertur, si ipsa tempore prior sit, is autem, qui credidit, posterior, vt est expressum *in d.§. his conseq.* Ergo hac ipsa ratione alij creditori nō præferetur, si mulier erit posterior; quoniam ea causa cessat propter quā alteri præferebatur. Hic occurritur hac ratione, si vinco vincentem te, multo magis te vincere debeo *l. de accessionib. in fin. l. resp. ff. de diuers. tem. præscr.* Sed hoc dictum tunc locum habet, cum in extraneo & in te adem causa est, cur vos vincere debeam. Quod si causa vincendi in vno alia est, & alia in altero, non si alium vinco, qui te vincit, ideo te vincere debeo. Sumta est hæc regula ex comparatione maiorum. cui argumento locus non est in disparibus causis. Res per se paulo obscurior exēplo plana fiet. Propone hoc modo. Tres sunt creditores, quibus eadem res obligata est diuersis temporibus, primus, secundus & tertius. Ego primus si vinco secundum, vti vinco; multo magis vincere debeo tertium, qui vincitur à secundo, scilicet quia qua ratione vinco secundū; eadem ratione & maiore vinco tertium. Vinco enim secūdum; quia sum prior tēpore. Ergo multo magis vincam tertium; quia si secundo prior sum, multo magis prior sum tertio. At è conuerso argumentum nō valebit hoc modo. Ego primus egi aduersus tertium, qui hypothecam possidebat, & ab eo victus sum; quia me remouit exceptione pacti conuenti, vel iurisiurandi. Quamuis tertius me primum vicerit, & ego primus vincam secundum, tamen si tertius cum secundo agat, secundum non vincet; quia videlicet vincendi secundi dissimilis causa est. Nam tertius me vicit. non quia me prior esset tempore, sed quia actum erat inter nos, ne hypothecam ab eo peterē. Hæc ratio aduersus secundum cessat, & si tertius secundum volet vincere, nō poterit alia ratione, quā si sit prior. Atqui secundus prior est, Ergo & in hac specie secundus vincet tertium, quamuis tertius primum vicerit, & primus potior sit secundo. nēpe ideo, vt iā dixi, quia vincendi secundi dispar causa est, non autē illa, ob quam primum vicit. Confirmatur hæc sententia in hoc ipso exemplo *in l. Claudius. ff. eo tit.* Quare cum nihil relinquatur ad defensionem contrariæ sententiæ, & ea sententia. quam statuimus, aperte defendatur & verbis huius legis; & sententia, & manifesta æquitate, & præterea communi sententia recepta sit; non est, quod dubitemus eam retinere, quantumuis quibusdam in præfecturis, quāuis summis, aliter iudicetur. Meminisse enim debebimus legibus iudicandum esse, non exemplis, aut præiudicijs. *leg. nemo. sup. de sent. & interloc. om. iud.*

AD TIT. XIX. DE HIS QVI IN PRIORVM CREDITORVM LOCUM SVCCEDVNT.

SVMMARIVM.

1 *Eum, qui primo creditori soluit, succedere in pignus duobus casibus.*

EX ijs, quæ de iure primi & secundi creditoris in hypotheca proxime diximus, duæ dubitationes natę sunt, quæ explicantur his duobus titulis, qui sequuntur. Primum dictum est, secundum creditorem nihil habere iuris in pignore aduersus primum, nisi primo pecuniam offerat. quod si rite offerat, tunc secundum creditorem sibi confirmare pignus *l. 1. sup. prox. tit.* hoc amplius & in ius primi creditoris succedere. *l. secundus. sup. de pig.* quod & confirmatur *in l. vlt. hic.* Hinc quæsitum, si alius, qui hypothecam non habet, aut habet, sed posterior secundo, pecuniam, soluat primo creditori, vt is dimittatur, an & hic, qui soluit, succedat in locum primi creditoris, de quo hoc titulo constituitur.

1 Placet † autem eum, qui primo creditori soluit, quantumuis prius nihil iuris habuerit in pignore, tamen succedere in pignus & locum primi creditoris duobus casibus. Vnus est, si creditori ipsi soluerit ex pacto, vt in eius locum succederet, *l. 1. hic.* Alter est, si pignus emerit à debitore ea lege, vt pretium ad creditorem peruenirет, & peruenit, *l. penul. hic.* Perinde est enim, quasi qui pecuniam dedit, ipsi creditori numerasset. Cum his modis succedat in locum primi creditoris ille, cuius pecunia primus dimissus est; consequens est, quod exprimitur *in l. 3 hoc tit.* eum, qui in pignus successit creditoribus omnibus alijs in eo pignore esse potiorem, quemadmodum primus creditor esset potior, si pignus retinuisset. Quod si isti, cuius pecunia creditor primus dimissus est; de pignore seu de successione eius pignoris nihil conuenit, placet eum in ius pignoris non succedere, *l. 1. hic. l. Aristo. ff. quæ res pig. obl. poss.* Sumtum ex eo, quod de contrahendo pignore superioribus titulis posuimus, vt *in l. quamuis. 17. sup. de pig. & l. licet sup. prox. tit.* nempe pignus inter viuos nisi conuentione non constitui, vbi pignus à magistratu non detur.

AD TIT. XX. SI ANTIQVIOR CREDITOR PIGNVS VENDIDERIT.

SVMMARIVM.

1 *Primus creditor si pignus vendit, sic transfert, vt emtori auocari non possit. Idem si emat à debitore, dominium non ita acquirit, quin possit ei auocari à secundo creditore, cui res obligata erat, si is pecuniam offerat, & cur.*

QVod traditur *in l. 2. sup. qui pot. in pig. hab.* primum creditorem, qui prius hypothecam accepit, secundo esse potiorem: diximus eum effectum habere, vt primus iure suo hypothecam distrahat, quantumuis obnuntiante secundo creditore. Id ipsum confirmatur *in l. vlt. hic.*

Inde † quoq; consequens esse diximus, vt si primus hypothecam distraxerit, eā ab emtore auocare non possit, neq; secundus creditor, neq; debitor, quantumuis pretium emtori offerant, *l. 2. ff. qui pot. in pig.* Et hoc idem apertius confirmatur *in l. 2. hic.* Vtrumque ideo; quia ea vis esset venditi pignoris, si primus creditor in pignore solus esset, & id distraxisset. *l. non est nouum. D. de acq. rer. dom. Inst. quib. alie. lic. vel non in princip.* Ex hoc posteriore nata est hæc dubitatio, an idem dicendum sit, si primus creditor pignus non vendiderit alij, sed ipse sibi à debitore emerit, aut in solidum acceperit. De quo constituitur *in l. 1. hic.* ad hanc sententiam, vt in proposito salua sit actio hypothecaria secundo creditori, qua pignus auocare possit à primo. dummodo illi debitum offerat. Id prima fronte videri potest iniq; constitutum. Nam si primus creditor dominium pignoris in alium transferre potuit, cur sibi acquirere non potuit? Et in promtu ratio est, cur non possit. Ipse dū vendit, ideo transferre; quia ius transferendi habuit, *d. l. non est nouum. ff. de acq. rer. dom.* Idem emendo, acquirendoue, rem accipit à debitore, qui rei alienandæ ius non habuit, nisi hactenus, vt alienaret rem cum sua causa, *l. traditio. ff. de acq. rer. dom. l. alienatio. Dig. de cont. emt.*

Porro debitor eam rē secundo creditori obligauerat. Eo fit, vt re abalienata, etiam hæc causa pignoris secundi manear. Quod si manet, iure secundus creditor primo pecuniam offert pignoris sui confirmandi gratia, *l. 1. sup. qui pot. in pig. l. vlt. sup. prox tit.* Sed nōne iniquū est, plus iuris in hac re tribui secundo creditori, quā primo, qui sibi cauit pignus in solutum accipiēdo? Esse iniquissimū si modo plus iuris secundo tribueretur. Nunc autē ita dicimus, secundum creditorem posse pignus auocare à primo, si pecuniam illi offerat. In quo semper præcedit causa primi creditoris. Nam & pignore primi creditoris manente; tamen secundus creditor illi pecuniam offerendo pignus sibi cōfirmaret, vt supra diximus. Sed rursum alia parte hic occurritur. Quidni enim dicamus secundum creditorem à primo auocare posse, quamuis illi pecuniam nō offerat? Non enim debet ei offerre, quod ei iam non debetur. Atqui nihil ei debetur, si ei solutum sit. Solutum est autem, cum aliud pro alio illi solutum est volenti. *l. si quis aliam. Dig. de solut.* Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest euinci. *dict. leg. si quis aliam.* Apparet autem in proposito, pignus primo creditori venditum, ei euinci posse à secundo creditore. Nihil igitur in toto hoc iure l. 1. non recte constitutum.

AD TIT. XXI. SI COMMVNIS RES PIGNORI DATA SIT.

SVMMARIVM.

1 *Fiscum rem communem totam alienare, & pignori obligare posse.*

HIc locus appendix est eius definitionis, qua constituitur, nēminem rem alienam pignori obligare posse. *l. cum res. l. quæ prædium. sup. si alie. res pignor. dat. sit.* Quod de re tota dicitur, id & ad partem rei pertinet. *l. quæ. de tota. D. de rei vind.* Proinde in re com-

muni vnus ex dominis partem socij pignori obligare non potest, suam potest, vt hic traditur.

1 Recte † Accursius excipit fiscum, cuius inter cetera hoc ius est, vt cuius rei partem is alienare potest iure suo, idem eam rem totam alienare possit, quo facilius res emtorem inueniat pro vtilitate publica. *l.2.sup.de comm.rei alien.*

AD TIT. XXII. DE PRÆTORIO PIgnore, & vt in actionibus etiam debitorum missio prætorij pignoris procedat.

1 *Prætorium pignus quid.*
2 *Prætorium pignus sine controuersia ex iis causis, ex quibus quis in possessionem missus est.*
3 *Prætorium item pignus ex causa iudicati, cum iussu magistratus ex ea causa pignora capta sunt eiusque rei argumenta.*
4 *In pignore ex causa iudicati quam ex re sit prætorii appellationem retineri.*
5 *Refutantur argumenta, quibus quidam probare conantur pignus ex causa iudicati captum non esse prætorium.*
6 *Pignora in causa iudicati à magistratu capi ordine & iure communi: distrahi per apparitores extra ordinem: & hoc quid sit.*
7 *Prætorii pignoris appellatione contineri id quoque, quod à magistratu municipali captum sit in causa iudicati.*
8 *Prætorium pignus non prius constitui iubente magistratu rem capi, quam & creditor ceperit.*
9 *Prætorium pignus ex causa missionis, & iudicati constitui posse etiam in mobilibus rebus, itemque in incorporalibus: & quæ in his dubitationis causa.*
10 *Pignoris prætorii possessione amissa, nihilominus pignus durare, & vindicationem pignoris creditori: & quæ hic dubitatio.*

DIximus initio pignus, quod hominum opera constituatur, partim à domino cõstitui, partim à prætore, seu magistratu. De priore genere hucusq; De altero hic agitur, & titulo sequẽti.

1 Hoc enim est, quod prætorium hic appellatur. Prætoriũ † pignus sic definitur *in l.2.hoc tit.* quod à iudicibus datur. Recte, dum à iudicibus intelligamus, à magistratib. Nã temporib. Iustin. & multo ante obtinuerat, vt magistratus appellarentur iudices, *tit.de iurisd.omn.iudic.sup.tit.de rebus auct.iud.pos. Dig.* Et certo sic res habet, vt prætorium omne pignus constituatur iussu & auctoritate magistratus. *l.3.1.D.de reb.eor.qui sub. tutel. vel cur.sunt.* Prætorij pignoris duæ sunt species. Vna est ex causa missionis in possessionem, altera ex causa iudicati.

2 Prior † species ex hac causa nascitur. Sunt.n. quædam causæ, ex quibus creditores à magistratu impetrant, vt mittantur in possessionem bonorum, vel rei alicuius debitoris: de quibus *in l.1. Dig. quib.ex caus.in poss.eat.* Hoc impetrato, si creditor possessionem rerum occupat, pignus illi hoc modo cõstituitur, quod prætorium sine controuersia appellatur. *l.qui legat.sub.vt in poss.l. missio. D.pro emt.* Altera species pignoris nascitur ex hac causa. Cum quis condemnatus est, neque pecuniam soluit, impetrat creditor à magistratu, qui iudicauit, aut iudicem dedit, vt res debitoris pignori capiantur & distrahantur, vnde iudicatis satisfiat. *leg.à Diuo.§.in venditione.Dig.de re iud.l.1.sup.de ex.rei iud.* Hic pignus constitui non dubitatur, *l.1.& toto tit.inf.si in cau.iud.*

3 Sed † an sit, & dici debeat prætorium, quæritur. Nos prætoriũ pignus esse dicimus, neque id dubijs argumentis sumtis cum ex definitione prætorij pignoris, itemque diuisione pignorum, quæ exstatin *leg.2.hoc tit.* tum ex verbi prætorij significatione, & notatione nota. In *l.2.* definitur pignus prętorium, quod à iudicib. id est, magistratib. datur. Id quod capitur ex causa iudicati, cõstituitur à magistratib. *l.inf.si in cau.iud.l.à.Diuo.in.prin. D.de re iud.* Est igitur prætorium. Nec ad rem pertinet; si quis dicat Iustinianum hac definitione vti de eo tantum pignore, quod est ex causa missionis in possessionem. Nam præterquam quod id verbis repugnat, etiam licet hoc modo argumentari. Cui conuenit definitio, ei conuenit & definitum. At pignori, quod ex causa iudicati capitur, eadem definitio conuenit. Conuenit igitur & definitũ. Diuisio pignoris in *eadem l.2.* est hæc, vt dicantur duo esse genera pignorum, conuentionale, & prætorium. Licet igitur colligere: hoc modo. Si, quod capitur ex causa iudicati, pignus est, aut erit conuentionale, aut prætorium. Non enim plura genera hic numerantur. Non est conuentionale, vt constat. Restat ergo, vt sit prætorium. Dixerit aliquis, tria esse genera pignorum distincta; conuentionale, prætoriũ, & iudiciale, id scilicet, quod in causam iudicati capitur: verum visum esse Iustin. in *d.l.2.* agere tantum de duobus, non autem de eo, quod capitur in causam iudicati. Sed sententia Iustiniani, & conditio rerum refragatur. Nã pignus ex causa iudicati non minus occupari & possideri debet: quam id: q̃ ex causa missionis constituitur: vt proinde non minus, quam de alijs etiã de eo quęrendum fuerit, an amissa eius possessione actio hypothecaria de eo danda sit creditori. Et de eo Iustinianus constituit. Significatio autẽ & origo verbi intelligitur ex definitione prætoriæ stipulationis. Ea definitur esse, quæ ex mero prętoris officio proficiscitur. *l.5.D.de verb.obl.* Prætoris, id est, magistratus, officio, id est, iussu & auctoritate. Si ea stipulatio, quæ iussu magistratus interponitur, recte prætoria appellatur, & ex vsu veterũ: eo consentaneum est, & id pignus, quod iussu magistratus constituitur, recte prætorium appellari, vt scilicet, quibus eandem definitionem nominis tribuimus, ijsdem & idem definitum nomen tribuetur.

Non † laboraremus de verbo, si de verbo tãtum esset quęstio. 4 Nam dum res intelligeretur, facile pateremur vnumquemq; suis verbis vti. Nunc autẽ vt pignus ex causa iudicati captum prætorium appelletur, agitur in eo & de sententia legum, & de re ipsa Quam ob causam hoc verbum vrgemus. Retinenda est autem hęc appellatio quatuor de caussis. Primum, vt retineamus definitionem Iustiniani, quæ est *in d.l.2. inf.* consentientem cum vsu & consuetudine loquendi veterum. Quam definitionem euerti necesse est, si aliquod pignus à iudicib. datur, & tamen non est prætõrium. Deinde, vt retineatur etiam eiusdẽ loci diuisio in pignorib. cõstitutis. quam & ipsam vitiosam esse oportet, si erit aliquod pignus, quod neq; conuentionale sit, neq; prętorium. Tum vero, vt verbo prętorij pignoris admoniti intelligamus in re esse, quod verbum significat nẽpe pignus ex causa iudicati capi non cuiusuis iudicis auctoritate; sed solum iussu prætoris, id est, magistratus, cuius sit de ea re, de qua iudiciũ factum est, iurisdictio. *l.1.inf.si in cau.iud.* Postremo vt intelligamus, quæ sub hoc titulo constituta sunt de prætorio pignore item alibi, pertinere etiam ad id pignus, quod ex causa iudicati captum sit.

Nonnulli † tamen aliter docẽt: negantq; pignus, quod in causam iudicati capitur, dici prætorium, atq; ita disputant. Aiunt pignus prætorium esse quod ex causa missionis cõstituitur, & probant ex *l.missio.D.pro emt.l.qui legati.sup.vt in poss.ff.leg.* quib. in locis dicitur pignus ex causa missionis constitutum prætorium esse. Si hoc intelligunt, pignus, quod constituitur ex causa missionis, esse prętorium, nõ negamus; neq; de eo controuersia est. Sed si hoc dicunt esse solum prætorium pignus, id male ex suprascriptis locis colligunt. Non enim si hoc pignus est prætorium, idcirco solum prætoriũ est. Nam & homo animal est: neq; ideo recte colligitur eum solum esse animal: cum & brutum quoq; sit animal. Deinde sic argumentantur. Pignus prætorium dicitur ex eo, quod iure prætorio, siue edicto constituitur. Pignus autem quod in causa iudicati capitur, non constituitur, neq; permittitur edicto, sed constituitur extra ordinem, vt probant ex *l.si pignora.D.de euict.* Ergo hoc pignus non est prætorium. In hac argumentatione nescio quid potissimum improbem, vtrumque, propositionem, an assumtionem, an magis assumtionis probationem. Primum nullo modo concedendum est, pignus prætorium dici ex eo, quod iure prætorio conceditur. Idq; euidenter probatur exemplo conuentionalis pignoris. Nam alioqui ista ratione dicere liceret conuentionale pignus esse prætorium. Cõstituitur enim iure prætorio certe de eo solum iure prætorio constituitur actio *l.si tibi decem.§. de pig.D.de pact.* Atqui id pignus omnium confessione non est prętorium. Non ergo profecto prætorium pignus dicitur ex eo, quia constituatur solum iure prætorio. Dicent pignus conuentionale edicto prætoris constitui, sed non nisi cõuentione debitoris præcedente: ex qua conuentione, tanquã proxima causa, pignus conuentionale appelletur. Accipio solutionem, & acceptã illis repono. Similiter enim & pignus prætorium, quod cõstituitur edicto, non constituitur, nisi iussu magistratus præcedente, eaq; causa est proxima huius pignoris, quã deinde edictum confirmat. Ergo vt ex conuentione dicitur pignus conuentionale, quamuis edicto constituatur; sic ex iussu magistratus & prætoris dicetur prætorium pignus, quamuis constituatur edicto. Quod si concederemus pignus prætorium ex eo dictum esse, quod iure prætorio & edicto constitueretur, tamen hac ipsa ratione efficeretur etiam pignus ex causa iudicati captum prætorium dici oportere. Nam & hoc nõ minus permittitur edicto, quã illud, quod constituitur

ex

ex causa missionis in possessionem : quod isti negant in assumtione.

6 Constat † enim de actione iudicati propositum fuisse edictum prætoris, vt condemnatus pecuniam soluere cogeretur, vt indicant fragmenta eius edicti, quæ exstant *in l.4.§.ait prætor.& l.5.D.de re iud.* Actio autem iudicati proponitur à prætore rei iudicatæ exsequendæ causa, id est, vt pignora in eam causam capere liceat, & distrahere, vt colligitur ex *d. leg. 4.§.si ex conuentione. D.de re iud.l.1.infr.si in cau.iud.l.1 sup.de exse. rei iud.* Quare & hoc pignus ex edicto capitur, non minus, quam superius. Neq; cõtrarium probant ex *l.si pignora. D. de euict.* vbi scriptum est, pignora extra ordinem distrahi per apparitores. Si extra ordinẽ, inquiunt, non ex edicto. Sed obseruare debuerunt, illic agi de pignorib. distrahendis, non de pignoribus ex causa iudicati capiendis & constituendis. Distrahuntur pignora extra ordinem; quia quod fit iudicio & actione proposita, id ordine, id est, vsitate fieri dicitur. Quod autem magistratus sine iudicio exsequitur vi & manu tãquam dominus, id extra ordinem exsequi dicitur, id est, extra cõsuetum magistratus morem, vt colligitur ex *l.3.D. ne vis fiat.et.* At pignora distrahuntur per apparitores vi & manu. Eo extra ordinem distrahi dicuntur. Ceterum ab initio capiuntur actione iudicati instituta, qua consequitur creditor, vt nisi condemnatus pecuniã soluat, sibi liceat res eius pignori capere. Hoc vero fit ordine nõ extra ordinem. Postremo sic argumentantur. Pignus ex causa missionis constitutum est prætorium. Differt autẽ multis modis ab eo pignore, quod in causa iudicati capitur. Ergo hoc posterius non est prætorium. Accipe argumentum isti similimũ: *Homo est animal, differt autem homo multis modis à bruto atque adeo toto genere contrarius est.* Ergo *brutum est non animal.* Quod si diceremus, omnes nos irriderent vti Dialecticis ne imbutos quidem. Species eidem generi subiectę non tantum intra se differunt, sed etiamsi veræ sint, sunt contrariæ: vt in specie recte dicatur, vnam non esse id, quod est altera. Sed quod ad summam generis attinet, vtraque est idem. homo animal est : & item brutum animal est. Sic pignus ex causa missionis non est id, quod capitur ex causa iudicati: sed nihilominus vtrumque prætorium est; quia prætoris iussu constituitur.

Summa huc redit, vt intelligamus etiam iussu magistratus pignus constitui, non tantum debitoris voluntate. Hoc pignus constitui ex duobus generibus causarum: altero, cum quis à magistratu mittitur in possessionem ex ijs causis; ex quibus mitti solet in possessionem : altero ex causa iudicati. Quod vtrumque quoniam à magistratu solo constituitur, qui per sinecdochen prætor appellatur in vsu iuris; ideo prætorium appellamus.

7 Quid † ergo, si à magistratu municipali pignus captum sit in causa iudicati? an hoc quoq; prætorium recte dixeris, puto recte dici posse. vt intelligatur id, quale à prætore in simili re capi solet. Nã & alij magistratus, quam prætor mittunt in possessionẽ bonorum. vt præsides, proconsules, legati proconsulum, & nihilominus pignus hic constitutum dicitur prætorium. Constituitur enim pro eo officio, quod esset prætoris in vrbe.

8 Sed nõ est satis iussisse magistratum ex his causis res debitoris capi, nisi etiã creditor eas res iussu prętoris occuparit. idq; vtriusq; generis cõmune est. *l.non est mirum. ff.de pig. act. l.3.§.1.ff.de reb.eor. l.2.l.cum rẽpub.sup.qui pot.in pig.hab.* Vnde intelligimus, prætorium pignus à conuentionali distare duab. rebus : cõstituentis persona & constituendi modo. Constituentis persona; quia conuẽtionale constituitur ab eo tantũ, cuius in bonis res est *l. quæ prædium sup.si aliæ res.* Prætoriũ constituitur iussu magistratus, qui dominus non est. Constituendi modo; quia cõuentionale sola cõuentione constituitur, quamuis res tradita non sit creditori *l.1.in pr.ff.de pig.act.* prætorium non aliter, vt dixi, quam si creditor possessionẽ rerum occuparit. Ex quo sunt illæ dubitationes, quæ hoc tit. deciduntur.

9 Vna † hæc an iudices possint pignus prætorium ex supra scriptis causis constituere non tantum in rebus immobilibus, sed etiam in reb. mobilibus, nec tantũ in corporalib. sed etiam in actionibus. Dubitatio nascitur ex verbis eorum edictorum quib. pollicentur prætores se supra scripta pignora constituturos. Nam ex priore specie pollicẽtur se in possessionẽ missuros, sive se in possessionẽ ire iussuros. *l.1.& l.2.D.quib.ex caus.in poss.eat.* Quæ verba cum significent motũ ad locum, aperte ad res soli pertinent, non ad res mobiles. Ex posteriore specie fit potestas, rerũ pignori capiendarum *l.1.inf.si in cau.iud.* Capiuntur autẽ res, quæ tangi possunt, id est, corporales. Incorporales, vt nõ tanguntur, sic nec capi possunt. Hinc vt dixi, dubitatio, an istarũ quoq, rerum possessio & pignus possit tribui iussu magistratus. Iustinianus constituti posse *in l.1.hic.* Verba quidem desunt: sed & in rebus mobilibus, & in actionibus eadem ratio est, quæ in corporalibus & immobilibus: proinde recte ius idem constituit. *arg.in l vlt.supr.de const.pec.* Altera † quæstio est, an amissa possessione prætorij pignoris, dãda sit creditori pignoris, persecutio. Nascitur dubitatio ex eo, quod hoc genus pignoris ita constitui diximus, si occupetur à creditore. *l. non est mirum. Dig.de pign.act.l.2.supra, qui pot.in pign.* Ex quo sic recte colligi videbatur. Ex his generibus primum tribuitur possessio, deinde per possessio. em pignus. Igitur possessione, vt re principali amissa, non est pignoris accessioni locus. *l.2. D.de pec.l. cum principalis. D.de reg.iur.* Item quibus quidque modis contrahitur, ijsdem in cõtrarium actis dissoluitur. *l.fere.D.de reg.iur.* Prætorium pignus possessione constituitur, vt diximus. Quare & amissa possessione idem dissoluitur, *d.l.fere. D. de reg.iur.* Aduersus has dubitationes constituitur *in l vlt.hic.* prætorio pignore semel constituto eandem vindicationem creditori tribui quæ tribuitur ijs, qui pignus ex conuentione habent. & recte. Nõ enim obstat, quod dixim° in hoc genere pignorũ pignus ex possessione nasci. Nascitur ex possessione; sed non sola. Constituitur etenim & animo creditoris, qui possessionẽ occupando eo animo est, vt & pignori rem habeat. Proinde pignus hoc modo constitutum non amittetur amissa possessione, nisi & animus descendendi à pignore accesserit. Nec verum est pignus in his causis constitui per cõsequentiam ex possessione. Duo enim principaliter ex hoc genere constituuntur, possessio, & pignus: Eo fit, vt vno amisso nihilominus alterum retineatur, iuxta *l.si mihi eo.D.de ser.rust.præd.*

AD TIT. XXIII. SI IN CAVSA IVDICATI PIGNVS CAPTVM SIT.

SVMMARIA.

1 *Pignus in causa iudicati captum cum sit prætorium, cur distinguatur à superiore titulo, qui est de prætorio pignore.*

2 *Pignus in causa iudicati captum quid differat ab altero prætorio, item à conuentionali in iure vendendi pignoris.*

3 *Pignora ex causa iudicati cum capta distrahuntur per apparitores, cur magistratus dicatur rem exsequi extra ordinem.*

4 *Si pignus ex causa iudicati captum non reperiat emtorem quid agendum.*

QVod † distinguitur hic titulus de pignore in causa iudicati capto à titulo superiore de prætorio pignore, non est argumentum prius illud non esse prætorium. Sic enim distinguitur, vt species à genere. Superiore titulo generaliter de omni prætorio pignore actum est, proinde & de pignore ex causa iudicati capto: ad quod potissimum dubitationes & decisiones superioris tituli pertinẽt. Hoc titulo agitur de specie eius pignoris, cum pignus ex causa iudicati capitur: ideo separatim, vt exponatur ius, quod est in ea specie singulare, & eius proprium. Neq; nouum est propositis generalibus titulis, subijci titulos de specie, aut contra, vt quid sit propriũ in ea specie, cognoscatur. Tit. *de pactis* subijcitur titulus *de transactionibus.* Titulo *de verborum obligationibus* subijcitur titulus *de stipulatione seruorum, & de duobus reis.* Et ne longius abierimus, titulus, *Si aliena res pignori data sit*, distinguitur à generali subiecto; *Quæ res pign. obligari possint.* Et huic generali subijcitur titulus, *Si pignus pignori datũ sit*; qui sequitur. Item titulo *De pignorib.* subijciuntur isti *de prætorio pignore*; &, *Si in causa iudic.* Quid autem cõtineatur in hac specie pignoris, sic optime intelligetur, si cognouerimus, quid habeat hæc species cum priore specie cõmune; tum quid proprium distinctum à superiore specie idemq; à pignore conuentionali. Huius speciei & superioris communia hæc sunt. In vtraque constituitur pignus iussu magistratus. In vtraque ita constituitur, si creditor pignus occuparit, vt superiore titulo ostendimus. Sed & ex priore specie creditor ipse pignus occupat. occupat item & ipse ex hac posteriore, vt aperte scriptum est *in l.2.& l.cum rempubl sup.qui pot.in pig.hab.*

At † speciei posterioris, de qua hic agitur, hoc est proprium. Nam pignus occupatum ex ijs causis, ex quibus in possessionem mitti solet, nõ statim distrahi potest, neq; semper, vt declarabunt singulæ causæ, ex quibus fit missio in possessionem, quæ suis titulis declarantur. Notãtur tituli in glossa *l.1.D.quib.ex caus.in pos.eat.* Pignus vero ex causa iudicati sic capitur, vt etiam distrahi possit, vt & possunt pignora conuentione constituta. *l.1.hic.* Sed tamẽ & hæc

hæc distinctio differt à iure distrahendi pignoris conuentionalis. Pignus conuentionale vnusquisque creditor sua auctoritate recte vendit, *l. si cessante. inf. de distr. pign.* Non item pignus ex causa iudicati captum. Id enim distrahi debet à magistratu per apparitores, vt cautum est *in l. 2. hic.* Præterea quia creditor pignus conuentionale vendit, necesse est alium emtorē esse, quā ipsum creditorem. Neq; enim idem creditor venditor esse potest & emtor. At quia pignus ex causa iudicati captum, à magistratu distrahitur per apparitores, eo fit, vt creditor etiam ad licitationem & emtionem eius pignoris admittatur, & rem auferat ex auctione, si vel nullus alius emtor exsistat, vel exsistat, sed creditor pluris licitetur. Hæc in *ead. l. 2. hic.*

3 Atq; † hinc obiter notandum est, quod dicitur magistratus in hac distractione sententiam suam exsequi extra ordinem vt *in l. si pignora. Dig. de euict.* quam rectē id dicatur non vna de causa. Scripsi superiore titulo eo recte dici; quia magistratus rem capiens & distrahens per apparitores sententiam isto modo exsequatur manu & vi. Quod & verum est. Sed adde ex hoc loco hanc quoq; causam alteram, quod in reliquis pignorib. ordinario & consueto iure tribuitur creditoribus ius pignoris distrahendi, à quo more & ordine cum discedatur in hac specie pignoris; quod à magistratu distrahitur per apparitores merito distrahi dicitur extra ordi-
4 nem. Sed † ex causa iudicati pignus distrahitur, si reperiatur aliquis emtor. Quid igitur, si fraude debitoris nullus emtor reperiatur? Creditor ius dominij impetrabit à principe, vt est *in l. vlt. hic.* de quo dicetur proprio titulo *inf. de iur. dom. imp.*

AD TIT. XXIV. SI PIGNVS PIGNORI DATVM SIT.

SVMMARIVM.

1 *Pignus pignori datum quid iuris in secundum creditorem transferat.*

CReditorem rem sibi pignori obligatam alij creditori suo recte pignori obligat, & quod hic dicitur pignus pignori dari
1 potest. *l. 1. hic. l. grege. §. 1. D. de pig.* Huius † posterioris pignoris quæ vis sit, hoc titulo explicatur. Vis ea est, vt quantū primus creditor iuris habuit in pignore, tantum iuris in secundum transferatur, nihil amplius. Primus creditor hypothecariam actionē habuit ad rem vindicandam *l. pignor. sup. de pig.* Habebit igitur & secundus. *l. 1. in pr. hic.* Primus creditor iure suo potuit rem distrahere, ac re distracta emtio retractari non posset neque à debitore, neque ab vllo alio creditore. *l. pen. & l. vlt. sup. si antiq. cred.* Idem iuris erit, & si secundus vendidit, quamuis debitor cum eo nihil contraxerit, *l. 1. in fi. hic.* Sed tantum vindicare potest, & distrahere secundus creditor, quātum primus potuit; nihil amplius, vt declaratur exēplo *in l. 1. hic.* Nam si primo creditori possessio pignori data sit, id est, fundus, & is eam pignori dederit; recte eam distrahit creditor. Sin vsusfructus tantum primo creditori pignori datus sit, & is integram possessionem secundo creditori pignori dederit, frustra secundus creditor possessionem alienabit; quia nec posset alienare primus creditor. Plus autem iuris ille transferre non potuit, quam habuit. Tamdiu quoq; pignus secundi creditoris manet, quamdiu & manet ius primi creditoris. Ea res facit, vt si debitor pecunia primo creditori soluerit, eadē opera & pignus à primo creditore liberetur, & liberetur à secundo. A primo; quia illi solutum est, & pignus solutione tollitur. *l. item. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* A secundo quia ille nihil amplius iuris habuit, quam quantum fuit penes primum creditorem. Hæc sententia est *l. vlt. h. tit.*

AD TIT. XXV. DE PARTV PIGNORIS ET OMNI CAVSA.

SVMMARIVM.

1 *Re aliqua pignori obligata, etiam fructus, & quæcunque inde edita pignori esse: & cur.*

1 RE certa † qualibet quamuis specialiter pignori data, etiam quæ ex ea re nascuntur, pignori esse intelliguntur, quamuis de his nihil nominatim conuenerit, veluti ancillæ partus *l. 1. hic. l. Paulus. §. 1. fideiuss. § vit. ff. de pig.* In eadem causa sunt fructus fundi, pecorū fœtus *l. si conuenerit. §. si fundus. ff. de pig. act. l. grege. in pr. D. de pig.* Non obstat, quod dicitur, nullam rem pignori esse, nisi quæ generaliter, aut specialiter pignori obligata sit. *l. quamuis. 17. sup. de pig.* Nā & re aliqua principali obligata intelliguntur vna obligatæ singulæ eius partes. Fructus autem omnes, & quæcunque ex re postea nata sunt, aliquando rei pignoratæ partes fuerunt: nempe tunc, cum rei, vnde nata sunt, cohærebant. *l. fructus. D. de rei vind.* Lex vltima hoc titulo explicanda est *ex l. 1. & l. 2. sup. de pig. act. & l. creditor sup. de pig.*

AD TIT. XXVI. DE REMISSIONE PIGNORIS.

SVMMARIA.

1 *Remissione pignus tolli, & remittere quid.*
2 *Quocunque modo declaretur consensus de remittendo pignore, ad liberandum pignus nihil referre; & quibus modis declaretur.*
3 L. debitum. C. de rem. pig *exposita.*
4 *Consentientem alienationi pignora pignus remisisse videri; cur, & quid hic consensus desideret.*
5 *Consensum in alienationem apertum requiri.*
6 *Causa tres, in quibus hypotheca sciente creditore alienata pignus remissum videtur.*
7 *Rem pignori obligatam, remisso semel eius rei pignore, non recidere in obligationem pignoris, quamuis rursum acquisita sit debitori, & eius bona omnia ante remissionem fuerint pignori obligata.*
L. vlt. C. de remis. pig. *explicata.*

PIgnus circa consensum & remissionē creditoris non tollitur, quantumuis debitor rem obligatā alienarit, aut postea cum alio quouis creditore contraxerit. *l. pen. & l. 3. hoc tit.* Creditore † 1
autē pignus remittente, statim eius cōsensu pignus soluitur. *l. 3. & l. 4. h. tit.* Remittere pignus est voluntate sua à pignore discedere, seu consentire, ne res amplius pignori hypothecæue sit, vt significatur *in d. l. 4.* Vtrū hoc consensu ac remissione pignus tollatur ipso iure, an per exceptionē, diximus *ad l. maior. sup. de pig.* Quocūq; † modo hic consensus declaretur, pignus liberatur. Semper enim 2
idem consensus est. Declaratur hic consensus ac remissio tribus modis. Primum aperta conuētione de remittēdo pignore, cū scilicet paciscitur creditor, ne res pignori sit, ne de pignore amplius agat. *l. soluitur. in pr. l. sicut. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypo. sol.* quæ pars dubitationem non habet. Secundo modo declaratur hic consensus conuentione de principali debito interposita, seu principalis debiti remissione: cum creditor aut paciscitur, ne pecuniā petat, aut alio modo declarat voluntatem suam de debito remittendo, quocunq; modo id faciat. *d. l. soluitur. in pr.* Huc pertinet *l. creditricē hoc tit.* in qua pro certo ponitur creditorē videri ius pignoris remisisse, si cautionē debiti debitori reddiderit. Hoc ideo; quia creditor cautionem reddendo debitori suo, conuenire intelligitur, ne ab eo petat. *l. 3. D. de pact.* Adeo autem verum est, remissione debiti principalis per consequentiā à pignore discedi, vt quamuis debitum inutiliter remittatur, tamen pignus tollatur à remissione: si modo is, qui debitum remittebat, pignus quoq; remittere potuit, & voluit. Vt, si proponas vxorem debuisse marito suo decem, & marito quasdam suas res pignori dedisse; si maritus hoc debitum vxori remittat, inutiliter remittit; quia ius prohibet donationem inter virum & vxorem. Sed nihilominus pignus liberatum erit; quoniam in pignore nulla donatio est. hoc Papinianus in hac specie *in l. 1. §. 1. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.*

Videtur † tamen obstare huic sententiæ. *l. debitum. inf. hoc tit.* 3
vbi debito per pacti conuentionem inutiliter factam remisso, placet non tantum principalem obligationem manere, sed etiam pignora. Dicēdum est, conuentionem inutiliter factum in eo rescripto accipi debere, quæ vere & in totum inutiliter facta sit tam de principali debito, quam de pignoribus. Quod tunc accidit, cum is creditor debitum remisit, qui nec debitum remittere potuit, nec pignus, aut neutrum voluit. Non potest remittere pupillus, minor viginti quinque annis, furiosus, prodigus. Non vult autem remittere vtrumque, qui paciscitur aut deceptus dolo, aut coactus metu. Et ideo bene Accursius id rescriptum ad has species retulit, non repugnantibus sed maxime consentientibus verbis. Non est in hac causa maritus, qui vt remittere vxori debitum voluit, & per debitum pignus; ita & potuit remittere, si non debitum, at certe pignus.

Tertio † modo declaratur consensus creditoris de pignore 4
remittendo, si venditioni, alienationi, oppignorationi hypothecæ consentiat. *l. 2. hic. l. si consensit. l. sicut voluntate. D. quib. mod. pig. vel hypo.*

hyp. Hæc conuentio & remissio etiam in hac specie & in superiore proxima colligitur non ex verbis, sed ex consequentia præcedentis consensus necessaria. Non enim potest debitum remitti, quin tollatur accessio pignoris. *leg. in omnibus speciebus. ff. de solut.* Non potest etiam creditor vtiliter consentire alienationi pignoris, nisi pignus remittatur. Nam manente eadem causa pignoris licuit creditori etiam inuito debitore rem alienare. *l. debitorem. sup. de pig.* Hinc ita voluntas colligitur. Voluit creditor, quod antecedit; voluit igitur, & quod necessario consequitur. Illud in hac specie tenendum est, venditionem & alienationem eam nos hic accipere debere, non de qua solum consenserit creditor, vt sequeretur; sed quæ etiam reuera secuta sit, & cum effectu ita, vt nec solueretur: & præterea secuta eo modo, in quem creditor consensit. Nam alioqui aut nõ est alienatio, quam hic quærimus, aut non interuenit creditoris consensus. Quibus rebus pariter efficitur, ne videatur creditor pignus consensu remisisse, *leg. sicut. §. superuacuum. leg. 4. leg. voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* quem locum pluribus exposui in methodo huius argumenti sub tit. *quib.*
5 *mo. pig. vel hyp. sol.* Ex † hoc postremo modo remittendi pignoris quæstio nata est, si debitor pignus alienet sciente creditore, neq; aperte consentiente alienationi, neque rursum aperte dissentiente, an videatur silentio suo alienationi consensisse, atq; ita pignus remissum esse. Et placuit non videri, sed vt pignus remittatur, oportere creditorem aperte consensisse alienationi. *l. sicut §. non videtur. ff. quibus modis pig. vel hyp. sol.* Et ita quod *in leg. 2. hic.* dicitur, pignus remoueri, si sciente & consentiente creditore pignus alienatum sit, hoc verbum *consentiente*, per emphasin dictum accipere debemus, vt sit aperte & nominatim consentiente; quandoquidem scientia creditoris sola non sufficit.

6 Sed † hoc loco tres species rerum excipiuntur, in quibus re alienata sciente creditore silentium creditoris solum pro consensu habetur, & pignus remittitur. Primum serui sciente creditore manumisso, de quo scriptum est *in l. 1. hic.* Hoc propter fauorem libertatis. Deinde res omnes venditæ sciente creditore, de quibus creditor publico programmate admonitus est eas vendi, neque ius suum exsecutus est: de quo *in l. si eo tempore. inf. h. tit.* Publicum programma sunt literæ publicæ & palam proscriptæ & propositæ, quibus continetur res illius debitoris vendi, & admonentur creditores, vt si qui putent eas res sibi obligatas esse, adsint, quod intelligitur *ex l. sed si pupillus. §. 1. ff. de Instit. act.* In hac specie placet creditores præsentes programmate admonitos videri pignori renuntiasse, ne eorum fraudulenta dissimulatio emtorib. noceat; qui si sciuissent, rem aliis pignori obligatam esse, non emissent. Postremo excipiũtur res, quæ à fisco venditæ sunt sub hasta scientibus creditoribus, vt est *in leg. si hypothecas. hoc tit.* Quibus verbis intelliguntur creditores, qui sciuerunt res à fisco vendi. Et hoc propter fauorem fisci, vt eadem lege declaratur.

7 Remissionis † pignoris hæc vis est, vt pignore semel remisso voluntate creditoris, eadem res nõ recidat postea in pignoris obligationem sine noua pignoris conuentione; quamuis creditor eius ei dominium denuo postea acquisierit, & quamuis res suas omnes obligauerit creditori, & quas habet, & quas postea acquisiturus est. Quod postremum effectum est constitutione Iustin. *in l. vlt. hic.* Sed videtur prima fronte iniq; constitutum. Nam quæ res verbis generalis obligationis continentur, eædem etiam obligatione pignoris continentur. Atqui hic res postea à debitore quæsita verbis obligationis generalis continetur, est enim ex his rebus, quas debitor postea habuit. Ergo & ea continetur obligatione generali pignoris. Sed verum non est, quidquid verbis obligationis generalis continetur, id etiã obligatione pignoris contineri, nisi contineatur sententia quoq; contrahentium. Vnde dicimus obligatione generali pignoris non contineri eas res, quas verisimile est aliquẽ specialiter obligaturum nõ fuisse. *l. obligatione. D. de pig.* Iam vero in proposito ita est res; de qua quæritur, quæ denuo acquisita est debitori, vt verbis quidem generalis obligationis contineatur; sed non contineatur ex sententia contrahentium. Est enim excepta postea remissione creditoris, dum is consensit, vt liceret debitori eam alienare. Sed & hic rursum nobis occurretur. Hæc res desiit obligata esse; quia alienata est. Quare si redierit postea in bona debitoris, restaurabitur etiã pignus; quia causa cessante cessare debet effectus. *l. quod dictum. ff. de pact.* Sed nec hoc verum est, hic pignus ideo exstinctum esse; quia res alienata sit. Imo ideo exstinctum est; quia creditor rem pignoris obligatione eximi voluit. Proinde nec redibit in eam obligationem sine contraria debitoris & creditoris voluntate. Bene igitur superius illud à Iustiniano constitutum est. Sed animaduertendum est, hoc dictum esse à Iustiniano de ea re à debitore consensu creditoris alienata, quæ ad debitorẽ postea reuersa est legitimo modo. Vbi legitimo modo reuersam intelligere debemus, quæ rediit ad debitorem sine vlla fraudis suspicione. Id enim referri debet ad id, quod placuit, vbi debitor rem recipit non sine suspicione fraudis, non videri pignus remissum, quasi nec vere alienatum fuerit, atque id tunc euenire, cum debitor rem alicui vendidit, & eamdem postea ab eo recepit. Sic autem rem carere suspicione, vt res recepta non redeat in obligationem pignoris, si proponas debitorem successisse ei, cui prius rem vendiderat, aut eam rem debitori legatam esse, quæ sententia est *l. sicut. §. superuacuum ff. quib. mo. pig. vel hyp. sol.*

AD TIT. XXVII. ETIAM OB CHIROGRAPHARIAM PECVNIAM PIGNVS teneri posse.

L. Vnica.

Imp. Gordianus A. Festo.

Pignus intercidit, si nouatione facta, in alium ius obligationis transtulisti, nec vt ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te, eumque, qui postea dominus fundi constitutus nouam obligationem susceperat, intercessit, vt idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamuis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligauerunt, afferentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt, quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. PP. Idus Martii Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIA.

1 *Chirographaria pecunia quæ.*
2 *Nouatione voluntaria pignus tollit: si tamen interposita sit hac lege, vt eædem res sint pignori, pignus cum eadem prærogatiua temporis renouatum videri.*
3 *Nouatione necessaria, seu litis contestatione pignus non solui.*
4 *Etiam ob chirographariam pecuniam, quæ peti possit, retineri posse à creditore id pignus, quod ei in aliam causam obligatum erat: & quo iure.*
5 L. solutum §. si sortem. ff. de pig. act. *explicatur.*

HVius rescripti duæ sunt summæ quæstiones, de quibus consultus fuisse videtur Gordianus Imperator. Prior est, *an nouatione qualibet pignus soluatur.* Altera; *an pignore manente posit id pignus retineri à creditore, non tantum in eam summam, in quam nominatim obligatum est à debitore, sed etiam in chirographariam pecuniam ab eodem debitore eidem creditori debitam.* Chirograghariam † pecuniam titulus vocat, quæ in rescripto dicitur accepta esse sine pignore, item accepta simpliciter: in illis verbis; *At si in possessione, vt intelligamus chirographariam dici, quæ chirographo tantum cauta est, non etiam pignore.* 1

De † nouatione sic constituitur hoc loco, interesse, vtrum voluntaria sit nouatio, an necessaria. Nouatione voluntaria pignus intercidere: sed ita, si in nouatione facienda non conuenerit: vt eadem res pignori esset creditori in nouam obligationem, diuersum esse, si id conuenerit. De nouatione idem traditur *in leg. solutum. in princ. ff. de pign. act.* Et habet hanc rationem; quia nouatione principalis obligatio tollitur. *§. præterea. Inst. quib. mod. toll. obl.* Dissoluta autem obligatione principali etiam liberantur accessiones, vt pignora, *l. in omnibus speciebus. ff. de solut. l. item, ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quod de conuentione superiore diximus, idem traditur *in d. l. solutum. ff. de pig. act.* 2

Et adeo verum est ea conuentione renouata eandem rem pignori teneri creditori, vt etiam ceteris creditoribus in ea præferatur, vti ex priore obligatione præferretur; quia ex hac conuentione creditor in locum suum succedit, *l. creditor. §. Papinianus. D. qui pot. in pig. hab.* huc pertinet *l. 1. sup. si antiq. cred.* Declaratur hoc ius in hoc rescripto exemplo facti huiusmodi. Primus debitor cẽtum à creditore accepit, & ei fundum Tusculanum pignori obligauit. Cum debitor hunc fundum vendere vellet alij, placuit, vt qui emturus erat, ita emeret, si obligationem venditoris, eiusdemque primi debitoris in se susciperet, & ita eum liberaret. quod & factum est. Itaq; creditor eam pecuniam, quæ à primo debebatur, sibi dari ab emtore stipulatus est nouandi animo: sed hac lege, vt idem fundus etiam nunc sibi in eam obligationem pignori esset. Dicimus, quamuis sine ista conuentione exstinctum esset ius pignoris; tamen ea adiecta in nouatione facienda manere pignoris obligationem, & eandem prærogatiuam in pi-
3 gnore, quæ fuerat. Hæc † dicta sunt de nouatione voluntaria. At necessaria nouatione interueniente nõ minus pignus perseuerat, quam ante. Necessaria nouatio fit, cum creditor personali actione experitur iudicio aduersus debitorẽ suum de ea pecunia, in quam pignus obligatum erat, & debitor condemnatus est: vbi scilicet prior obligatio, qua tenebatur, transfunditur in nouam obligationem & actionem iudicati, *l. aliam. ff. de nouat.* de qua dicetur postea suo loco. Hac condemnatione, & vt diximus, nouatione non tollitur pignus, *l. solut. in prin. ff. de pig act.* quoniam litis contestatio meliorem creditoris conditionem facere solet, non deteriorem, *dict. l. aliam, de nouat. l. non solet. l. nemo enim. ff. de regul. iur.* Hoc est, quod illis verbis rescripti significatur; quamuis personali actione expertus feceris condemnationem; pignoris tamen habes persecutionem. Quibus similia verba iam supra legimus, & interpretati sumus, *in l. quamuis. 8. de pign.* Atque hæc de nouatione, de qua est prior pars huius rescripti.

4 Quod † ad posteriorem quæstionem attinet, ita definitur hoc rescripto; pignore manente, creditorem persecutionem pignoris habere duntaxat in eam summam, in quam nominatim id pignus obligatum est. retentionem autem pignoris non tantum in supra scriptã summam, sed etiam in omnem aliam quæ ab eodem debitore eidem creditori sine pignore debeatur. Hic quæritur, *quo iure creditor rem debitoris retinere possit sibi non obligatam?* Et additum est in rescripto, *creditorem id consequi exceptione doli mali debitori opposita*: Quæritur, in quo nascatur hæc exceptio. Respondeo, in eo, quod debitor à creditore sibi restitui rem pignori obligatam postulat, & ita sibi à creditore solui, cum ipse nolit creditori soluere, quod ei debet. Ita enim postulat in creditorem ius statui, quo ipse vti non vult, contra æquitatem naturalem, & illam partem edicti, Quod quisque iuris in alium statuerit, vt ipse eodem iure vtatur, *tit. quod quis. iur. ff.* Sed debitam chirographariam pecuniam hic accipere debemus, quæ vere debita sit, vt & peti possit, qualis est mutua. talis enim exigitur illis verbis, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Alioqui contra erit. & ideo si debitor, qui in sortem & vsuras minores fundum obligauerat, postea minores vsuras pacto tantum promiserit sine pignore; placuit in maiores istas pignus retineri non posse, *l. per retentionem sup. de vsur.*

5 Vtcunq; † tamen pecunia chirographaria debita fuerit, obstat huic constitutioni *l. solutum. §. si in sortem. ff. de pig. act.* vbi traditur, si debitor sortem & vsuras debeat, & in vnam summam ex ijs pignus duntaxat obligatum sit, ea summa soluta pignus in alteram summam non teneri, sed statim competere debitori pignoratitiam actionem. Respondebimus duobus modis. Primum illum locum sic recte interpretari nos posse, vt pignus obligatũ sit in alteram summã duntaxat; nempe hoc expresso, vt in eam summam duntaxat obligetur. Præterea & hoc modo, vt quod dicitur in hoc rescripto, pignus in vnam summam obligatum in alterã summã retineri posse. sic accipiendum sit si altera summa postea credita sit sine pignore. Quod si cum pignus in vnam summã dabatur, vtraq; summa iam debebatur, vt accidit, cum & sors & vsuræ debentur; dicendum est, quod scribitur *in d. §. si in sortem*: nimirum pignus in vnam summam obligatum in alteram teneri non posse. optima ratione, quod qui in vnã dedit, is alteram excepisse intelligitur, *arg. in l. si cum dotem in princ. ff. solut. mat. l. maritus. supr. de prec.*

Sed hæc retentio pignoris creditori comparata est duntaxat aduersus debitorem rem suam reperentem; non item aduersus creditores, quibus postea eadem res obligata sit, vt dicitur in extremo huius rescripti. Qui exemplo recte placet in glossa vltima, idem de omnibus extraneis possessoribus dicendum esse, ad quos ea res peruenerit. Et merito. nulla enim talis doli exceptio illis obijci potest, qualem debitori obijci posse diximus.

AD TIT. XXVIII. DE DISTRACTIONE PIGNORVM.

Quæstionem huius tituli propriam cognosce ex *l. 4. & seqq.*

L. Fundum. 1.

Imp. Alexander. A. Pacatæ.

Fundum pignori obligatum si creditor ex fructibus debitum consecutus est, cum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. PP. Idib. Ianuar. Maximo II. & Æliano Coss. 224.

QVod creditor ex fructib. rei pignoratæ percipit, id in sortem imputatur & eatenus debitum exonerat, & simul compensatione eatenus debitũ exonerat, & simul compensatione eatenus liberat debitorẽ, *l. 1 & l. 2. sup. de pig. act. l. vlt. sup. de par. pig.* Proinde si tantum ex fructib. creditor consecutus est, quantum illi debebatur, obligatio soluta est, & ea solutione simul pignus liberatũ, *l. item. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol. l. in omnibus. specieb. ff. de solut.* Pignore hoc modo liberato efficitur id, quod inde colligitur hoc rescripto, pignus id à creditore postea frustra distrahi. non enim distrahi pignus potest, quod pignus esse desiit.

L. Creditor. 2.

Idem A. Maximæ.

Creditor, qui hypothecæ, seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere, quia precario debitor possidet. PP. 12. Kal. Octob. Maximo. 2. & Æliano Coss. 224.

SVMMARIVM.

1 *Litigosa res, non de qua controuersia est inter aliquos, sed de qua lis est iudicio mota.*

IVs est, rem litigiosam vendi non posse, *l. 1. & tot. tit. inf. de litig.* Hinc quæsitum, si forte creditor fundum sibi pignori obligatum precario possidendum reddiderit debitori. deinde debitore non reddente, aut etiam de pignore controuersiam faciente creditor eum fundum vendat, an recte vendat iure pignoris; an vero non recte, quasi videatur rem litigiosam vendere. Rescriptum est non videri hic rem litigiosam, tametsi debitor eam rem precario possideat. Adde amplius non videri litigiosam, etsi debitor neget rem pignori esse, aut interdicat creditori, ne vendat, vel emtori, ne emat, *l. 1. infra de litig.* & recte. Non † enim est res litigiosa, nisi 1
ea, de qua lis mota est iudicio, *dict. l. 2. & auth seq. inf. de litig.* quod in proposito non accidit.

L. Hypothecis. 3.

Idem A. Luciano.

Hypothecis, vel pignoribus à creditorib. vanundatis, in id, quod deest, aduersus reum, vel fideiussorem eius actio competit. PP. 3. Non. Nouemb. Maximo 2. & Æliano Coss. 224.

IN *l. creditor, qui non. ff. si cert. pet.* ita definitur, creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Adde ex hoc rescripto, non amittere eũ hãc exactionem, etsi pignora distraxerit ex quorum pretio debitum consecutus non sit. Recte. nam si pignorib. non distractis hanc exactionem habuit: necesse est, habeat & pignoribus distractis, quam ea distractione non amisit. Non debet autem videri ista distractione quidquam amisisse. cum pignorum distractio pro creditore sit, non contra creditorem: absurdum sit autem, quod in hoc comparatum sit, vt alicui prosit, id illi nocere Sed hæc erat causa dubitationis, quasi creditor pignorum

per-

persecutionem & distractionem eligendo videretur alij iuri suo renuntiasse. Quod non ita est, nullum enim in hoc facto renuntiationis creditoris argumentum est. De qua re vide plura *ad l. quamuis. 8. supr. de pign.*

L. Creditor. 4. Et quinque seqq.

Idem A. Crescenti.

Creditor hypothecas, siue pignus cum proscribit, notum debitori facere, & sibi bona fide rem gerere, & quando licet, testato dicere debet. Si quid itaq; per fraudem in pignore villæ venditæ commissum probare potes: vt inferatur actio, quæ eo nomine competit: adi eum, cuius de ea re notio est. PP. Calend. Iun. Fusco & Dextro Coss. 226.

SVMMARIA.

1 *Pignus distrahere licere inuito debitore, & citra conuentionem.*
2 *Licere distrahere, etsi conuenerit, ne distrahere liceret; quando & quatenus: & cui nihil hic obstet conuentio.*
3 *Pignus statim vendi posse cessante debitore.*
4 *Oblationem pecuniæ solam non impedire distractionem pignoris in pecuniis priuatis: in vectigalibus contra.*
5 L. vlt. C. de iur. dom. imp. *non impedire, quominus pecunia non soluta pignus statim distrahatur.*
6 *Nec parte debiti soluta ideo impediri totius pignoris distractionem.*
7 *Bona fide & solemniter pignus vendi debere, & hoc quid sit.*
8 *Pignore à creditore nec bona fide, nec solemniter distractio venditionem nihilominus valere, dum emtor fraudis particeps non sit: sed actionem esse aduersus creditorem in id, quod debitoris interest.*
9 *Vendito pignore dominium in emtorem transferri, & quo iure.*
10 *Vendito pignore venditionem reuocari non posse: extra quam si venditum sit à creditore, vt debitori oblato pretio recipere liceret rem suam quæ hinc debitori actiones ad rem recuperandam.*

HOrum sex rescriptorum summa ad vnam sententiam refertur. Explicant enim, quodnam sit ius creditoris in pignore distrahendo. Itaque de his, quantum huic loco conueniat, coniunctim dicemus. De iure creditoris in distrahendo pignore quatuor hæc quærenda sunt. Primum, *an possit creditor suo iure pignus distrahere etiam inuito debitore.* Secundo loco, *si potest, quando possit, vtrum statim, & cum videtur, an illi aliquod tempus exspectandum sit.* Tertio, *quid in pignore distrahendo obseruare debeat.*
1 Postremo *quæ sit vis huius venditionis.* De † primo sic statuemus, creditori pignus distrahere licere. *l. si cessante hic.* Et quidem licere inuito debitore; quæ sententia est tituli proxime sequentis. Plus dicimus, si forte eiusdem debiti nomine plures res creditori pignori obligatæ sint, esse in arbitrio creditoris ex iis rebus, quibus velit distractis ad ius suum peruenire. *l. creditoris. D. eo. tit.* vna hac specie excepta, si cui vniuersa bona pignori obligata sint, & quædam ex his specialiter, vbi placet temperari ita iurisdictionē, vt de iis, quæ specialiter obligata sunt, prius agi debeat, quam ad reliqua veniatur, de quo cautum est *in l. 2. supr. de pign.* vbi diximus. Et hoc ius distrahendi pignoris in re certo obligata dubitationem non habet, si ab initio conuenerit, vt creditori distrahere liceret. Sed quid, si nihil de eo conuenerit? placet eum distrahere posse, siue id conuenerit, siue non conuenerit; dummodo non conuenerit, ne distrahere liceret, vt est *in l. 4. D. de pig. act.* Et hoc est, quod dicitur *in d. l. si cessante. hic.* pignus recte vēdi, dummodo venditum sit non reluctante lege contractus. Lex enim hic conuentionem significat in traditione, aut alienatione rei nostræ interpositam. *l legem sup. de pact. l. ea lege. sup. de cond. ob caus. dat. & tot. tit. sup. si mancip. ita fue. alien.*
2 Plus † complectitur Vlpianus *in d. l. 4. D. de pig. act.* nempe quāuis conuenerit ab initio, ne distrahere pignus liceret; tamen creditorem pignus distrahere posse, si ter denuntiauerit debitori, vt soluerat, neq; soluerit. Ter denuntiare quomodo accipiendū sit, quæsitum est. Nos ex tribus edictis, quæ proponuntur aduersus debitores absentes ad contumaciam coercendam, *l. contumacia. D. de re iud.* quid hic statuendum sit, intelligimus. Nō dubium est enim, quin in proposito tres denuntiationes ab Vlpiano exigantur, vt intelligatur debitor post eas extrema frustratione vti. Ita finis & causa vtrobique par & edictorum illorum & denuntiationum, de quibus Vlpianus agit. At inter vnumquodq; edictum ex illis tribus exigitur, vt non minus interuallū intercedat, quam decem dierum, *l. ad peremtorium. & ll. seqq D. de iud.* Quamobrem & in his tribus, de quibus agit, recte idem interuallum exigemus: vt sic ad extremam frustrationē debitoris conficiatur mensis vnus, priusquam creditor pignus contra superiorem conuentionem possit vendere. Sed hic occurretur Vlpiano. Nam ius iubet pacta seruari, *l. iuris gentium §. cum ait. D. de pact.* Quomodo igitur licet pignus vendere contra conuentionem? Respōdeo, non vendi hic pignus contra conuentionem. Nam cum ab initio cōuenit, vt res pignori esset, vi ipsa conuenisse intelligitur, vt distrahere liceret. Ius enim distrahendi pignoris est ita pignoris proprium, vt ab eo nō possit separari, adeo, vt cum conuenit, vt rem aliquam liceret distrahere, etiamsi non nominatim conuenerit, vt ea res pignori esset; tamen pignus constitutum intelligatur. *l. 3. §. vlt. D. qui pot. in pig. hab.* nempe vt ex eo, quod propium est solius pignoris in re aliena, ipsum quoque pignus colligatur. Ergo cum ita conuenit à principio, vt rem distrahere liceret, non debemus, neque possumus posteriorem conuentionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat, alioqui id ageretur, vt pignus non esset pignus, quod est absurdum. Quare posteriorem conuentionem commode sic interpretamur, vt ne liceat pignus distrahere, antequam constet extremam frustrationem debitoris præcedere.

Postquā † creditor pignus distrahere potest, videamus, quando possit: quod secundo loco quærebatur. Et expressum est *in l. si cessante. hic.* pignus recte vendi, si cessante solutione venditum sit. Ex quo intelligimus, pignus statim vendi à creditore posse, simulatque pecunia deberi cœperit, neq; soluetur. Idque adeo verum esse declaratur aliis rescriptis, vt quamuis creditor non interpellato debitore vt solueret, pignus distraxerit; tamen placeat ratam esse venditionem, si distraxerit, priusquam debitor pecuniam offerret. *l. si prius. hic.* Plus † dicimus, etsi debitor pecuniam obtulerit, quam creditor recuset accipere: tamen nihilominus pignus recte vendi, nisi debitor ea adiecerit, quæ solutionis vim habent; puta, nisi pecuniam obsignarit, & obsignatam testato deposuerit, vt declaratur *in d. l. si prius. & l. 2. inf. prox. tit. debito. vend. pig. imp. non posse.* De qua obsignatione diximus *ad l. creditor. sup. de pig.* Sed huic iuri locus est in pecuniis & quibuslibet præstationib. priuatis. In publicis pensitationibus, vt vectigalib. & tributis, quorū nomine prædia obligata sunt, locum non habet. In quibus hoc seruatur humanitatis causa, ne liceat ob vectigal non solum pignus vendere, nisi debitore vectigal non offerente, & iussu præsidis, tum iusto pretio solemniter res distrahatur. *l. 2. sup. si prop. pub. pens.* Vnde non mirum, si in hoc genere legimus venditionem fundi ob vectigal reip. venditi rescissam; quia dominus professus esset paratum se soluere, & fundus minoris venisset, quam debita summa esset, hoc *in l. pen. D. de resc. vend.* Quod cum in publicis pensitationib. responsum sit, in quib. singulari iure id obseruatur, satis intelligitur, superiori iuri de priuatis pecuniis & hypothecis cōstituto non esse contrarium, nec debere ad eas hypothecas & pecunias trāsferri. Sane si creditore priuato accipere pecuniā recusante, aut recusante dicere, quantum debeatur, debitor aduersus eum iudicio pignoraticio agere cœperit, inhibebitur pignoris distractio, vt est *in l. si residuum. hic.* Hoc ideo; quia pignoratitia actio nascitur debitori, cum hæc cōditio exstiterit, vt pecuniam soluerat. *l. si rem. §. omnis. D. de pig act.* Videtur autem impleta esse conditio, cum per creditorem stat, quominus impleatur *l. in iure. D. de reg. iur. l. iure. D. de cond. & demon.* Et ideo placet sola oblatione pecuniæ in iudicio facta pignoratitiam actionem nasci, & procedere debitori. *d. l. si rem. §. vlt. D. de pig. act.* Quæ omnia, vt dixi, euidenter probant creditori statim pignus vendere licere.

Sed † huic sententiæ opponitur *l. vlt. §. 1. inf. de iur. dom. imp.* vbi scriptū est, creditorem pignus suo iure distrahere posse, si ab eius interpellatione, aut iudicis sententia biennium intercesserit. Et vulgo existimatum est, eam legem veteri iuri derogare, quod nō probo. Etsi enim illic generaliter de omni creditore scribatur; tamen responsum ex præfatione & proposito Iustiniani interpretandū est. At Iustinianus initio cōstitutionis præfatur se agere de eo creditore, qui ius dominij impetrare velit. Huic recte accōmodabitur, quod dicitur *in §. præterea. Instit. de inut. stip.* responsionem quamuis simplicem & generalem; tamen ad interrogatū referri debere, vt nō amplius quisquā respondisse intelligatur, quam de quo interrogatus est, vt puta stipulatus sum decē, si nauis ex Asia

venerit promissor respondit, dabo, sine vlla conditione. nihilominus eadem conditione respondisse intelligitur, vt semper responsum temperetur interrogatione. Huc etiam pertinet, quod dicitur, ea, quæ in præfationib. comprehensa sunt, in subiectis stipulationib. intelligi debere. *l. Titia. §. 1. ff. de verb. obl.* Eodem recte accommodabitur & illud, quod in *l. si seruus plurium. §. vlt. ff. de leg. 1.* scribitur de interpretatione voluntatis testatoris, nempe hanc, si cetera obscura sunt, recte colligi ex præcedentib. & sequentib. At in constitutione Iustiniani legenti apparet, & prima & postrema esse de iure dominij impetrando. Quamobrem longius constitutionem porrigere nō debemus: præsertim cum pertineat ad ius vetus & illud æquissimum corrigendum, quod nunquam creditur Imperator facere voluisse, nisi nominatim expresserit. *l. si quando. sup. de inoff. test.* Et certe manifestum est, pignus constitui inutile creditori, si tamdiu exspectare cogitur, vt ad suum perueniat. Tenebimus igitur, quemadmodum creditori ius est pignus distrahere, ita ius esse distrahere, quandocumque pecunia soluta non erit. Sed hoc exigitur, vt pecunia soluta non sit. Quod si soluta erit aut tantum consecutus erit creditor de fructibus pignoris, quantum illi debetur, pignus distrahi non potest: vt pote liberatum obligatione pignoris, vt scribitur *in l. 1. sup.*

6 Hinc † quæsitum de parte soluta. Quid ergo, si debitor partē debiti soluerit, partem non soluerit; an quēadmodum saltem pro parte obligationis principalis liberatio nata est, sic pro parte pignus liberabitur, & retardabitur ius pignoris distrahēdi? Hic placuit, omnem pecuniam solutam esse oportere, vt inhibeatur pignoris distractio. Quod si factum non erit, quantulumcumque deerit vel de sorte, vel de vsuris, nihilominus totum pignus vēdi posse, vt ante poterat. *l. quamdiu. hic. l. vlt. inf. prox. tit.* At enim, dicet aliquis, quæ de tota re constituta sunt, eadē valent etiam de parte. *l. quæ de tota. ff. de rei vind.* Iam tota pecunia soluta totius pignoris liberatio nascitur. Quare & parte pecuniæ soluta pro parte pignoris nascetur liberatio, inhibebiturq; eius distractio. Et recte hæc dicuntur in ijs, in quib. totum est, & pars. Quod in pignore locū non habet. Pignus enim non recipit partis liberationem, non natura sua: nam quæ res pignori dantur, diuidi possunt: sed lege cōuentionis. Datur enim pignus, vt liberetur sub conditione, si pecunia soluta erit. nō intelligitur pecunia soluta esse, nisi quæ tota soluta est. *l. heredes. §. idem iuris. ff. fam. erc.* Proinde nisi tota pecunia soluta, nihil de pignore liberatur. Et hoc est, quod dicitur, omnē pecuniam solui debere, vt nascatur pignoratitia actio. *leg. si rem. §. omnis. ff. de pig. act.* Sed hic rursum occurritur. nam principali obligatione sublata nō potest pignus manere, cum sit principalis obligationis accessio, *l. in omnib. specieb. ff. de sol.* At parte debiti soluta, nascitur pro ea parte principalis obligationis liberatio. *leg. 9. §. vlt. ff. de solut.* Ergo & pro ea parte pignus, id est, accessionem liberari necesse est. Et totum hoc verum est, dummodo intelligatur, pignus in proposito non simpliciter dici liberari, sed cum adiuncto: liberari videlicet pro ea parte, quæ soluta est: intelligaturque ita pro ea parte pignus liberari, vt iam pro ea parte pignus nec peti possit, nec distrahi. Sed hoc ad rem non pertinet. Non enim quærimus de ea parte debiti, quæ soluta est: sed de ea quæ soluta non est. Pro ea vero parte nos dicimus pignus teneri, & in solidū teneri, quantum ab initio datum est; quia non patitur lex pignoris, vt pignus solutione partis debiti liberetur, vt supra docuimus. Ergo, vt dixi, creditor pignus suo iure distrahere potest, & cum vult, potest, si cessarit vel minimæ partis debiti solutio.

7 Sed † in ea venditione creditori quædam obseruanda sunt, de quo tertio loco quærebamus. Hęc autē sunt, vt bona fide vendat, & solemniter, vt est comprehensum *in l. specialiter. hic.* Bona fide vendere, est ita vendere, vt bonus paterfamilias faceret in re sua, id est, omnia obseruare, propter quæ res facile emtorem reperire possit; & quam optime vendi. *argumen. leg. ea igitur. ff. de pig. act.* vel, quod idem est, bona fide vendere, est vendere obseruatis ijs, quæ in distrahendis pignoribus obseruari solēt. Quod colligitur ex *leg. penult. inf. si vend. pig. ag.* vbi scriptum est, pignore vendito his non obseruatis, vigeri pignus contra bonam fidem distractum. Solemniter vēdere idem prope valet. Solemne enim appellamus vsitatum & cōsuetum, seu quod in re quaq; obseruari solet, vt indicat illa regula iuris: Etsi ex solemnibus nihil facile immutandū sit: tamen vbi euidens æquitas poscit, subueniendum est. *leg. etsi ff. de reg. iur. l. pen. ff. de in integ. restitut.* Vnde & solemnes feriæ opponuntur extraordinarijs, id est, non certis, non vsitatis, sed pro tempore constitutis. *l. sed etsi per prætorem. §. si feriæ. ff. quib. ex caus. maior.* Est igitur solemniter vendere idipsum, quod dicitur *in d. l. pen. inf. si vend. pig. ag.* vendere obseruatis ijs, quæ in pignoribus vendendis celebrari solent. Quænam hæc sint, comprehensum est *in l. 4. hic.* Sunt autem hæc. Primū, vt si res immobilis est, puta ædes; aut fundus, venditor rem proscribat. Proscribere est literis publicis ante ædes, aut eum locum, quo venditur, propositis significate rem venalem esse. *l. sed & pupil. §. proscribere. ff. de inst. act.* Proscriptio hęc eo pertinet, vt excitentur lectores ad emendum, atq; ita res emtores reperiat. Deinde exigitur, vt creditor, dum proscribit, notum id debitori faciat. Hoc ideo ex bona fide; quia admonitus debitor poterit quærere, & reperire facilius emtorē, aut etiam soluendo creditori eum omni molestia distractionis liberare. Tertium exigitur, vt quoties licet in re distrahenda testato notū debitori faciat. testato, id est, testibus adhibitis. hoc ideo, vt scire possit debitor, quanti res vendatur, & ne quæratur, si creditor non percipiat tantum, quantum ipsi debetur, & sic constare possit creditori, non posse ex eo pretio satisfieri, vt significatur *d. l. quæ specialiter.* Quod si res mobilis erit, quæ à creditore distrahetur, ea proscribi non potest, sed erit ex fide bona, & ex vsu, si ea vendatur sub auctione publica, si forte ea loca erunt, vbi auctiones publicæ vulgo frequententur.

Quid, † si his non obseruatis creditor pignus distraxerit, an 8
nullius momenti erit venditio? Immo nihilominus valebit, dummodo is, qui emit, non sit particeps fraudis. Huius rei certissimum argumentum habemus *in l. si cessante. in fin. hic.* vbi scriptum est, etsi fraudulenter res vendita sit à creditore, id est, aduersus ea, quæ supra diximus, vt indicat *l. 4. sup.* tamen non emtorem de ea re conueniri posse; sed solum creditorem. Si emtio rata nō esset, etiam emtor posset conueniri à debitore: Iure enim debitor rem suam vindicaret. Nunc autē conuenire emtorem non potest. Nō sane alia de causa, quam quod dominus rei venditæ esse desiit, atque ideo desiit; quia valuit emtio. Hic aliquis dicet: stulte igitur superiora illa videntur obseruari: si creditor his contemtis potest impune pignus distrahere. Non ita est. Etsi his contemtis valeat emtio, non ideo impune feret creditor, qui illa contemserit: vt non otiose superiora ab illo exigantur. Hæc est pœna, vt debitori sit aduersus eum actio, quæ eo nomine competit. sic enim verba sunt *l. 4. in fin. hic.* Quam ergo actionem hic intelligimus, & cuius rei nomine? Nam illic nihil adijcitur amplius, vti nec *in l. pen. inf. si vend. pig. agat.* vbi iubetur simpliciter debitor in causa experiri cōpetenti actione. Et pignoratitiā directam hic accipere debemus, quę debitori aduersus creditorem datur de pignore restituendo, siue id creditor habet, siue culpa sua habere desiit. Hæc enim est actio, quæ de pignore tradito inter creditorem & debitorem nascitur. *§. vlt. Instit. quib. mo. re cont. obl.* Quid hac actione petet debitor? Aget in id quod sua interest pignus non ita distractū fuisse, vt creditor distraxit, vt est *in l. 1. inf. si vend. pig. agat.* Quatenus interesse putamus debitoris pignus non ita distractum fuisse? Quanto videlicet pluris valuit, quam venditum est: vt quoniam venditum non est, quanti erat, tantum præstetur, quanto minoris venditum fuit, quam valuit. *argument. in leg. 4. infr. si vend. pign. agat.* Ex quo colligimus, si supra scriptis rebus non obseruatis creditor rem tanti vendiderit, quanti valet, tum debitorem nullo modo teneri. Sed tenebitur, isto modo, si non bona fide distraxit. Quid, si bona fide? hic vero nullo modo tenebitur, quamuis minimo res distracta sit; quia nihil sit hoc casu, quod ei possit imputari. Sane si fraudulenter creditor pignus minoris distraxit, & emtor fraudis particeps fuit, nulla erit venditio: certe non impediet, quo minus & emtor de ea re conueniri possit de quo dicetur, *ad l. 1. infra, si vend. pign. ag.*

Reliquū † est, quod quarto loco proposuimus, vt videamus, 9
cum pignus recte distractum erit, quæ sit vis, & quis effectus vēditionis. Et scriptum est *in l. si cessan. & l. si prius. in fi. hic.* venditionē iure subsistere; venditionem, quæ subsistit, reuocari non posse. Quibus verbis intelligere debemus, non tantum contractū venditionis valere, vt nascatur ex eo actio emtori aduersus creditorem; sed ita valere, vt pignore ex ea causa tradito emtori dominiū ad emtorem transferatur. *l. nō est nouum. D. de acq. re. dom.* Sed quomodo dominium transferre potest creditor, qui dominus non fuit; cum regulæ iuris non patiantur plus iuris quemquā in alium transferre, quam ipse habet? *l. nemo plus iuris. ff. de reg. iur. l. traditio. ff. de acq. rer. dom.* Nihil hic fit aduersus regulas iuris, nam cum creditor pignus distrahit, & alienat, ipse debitor alienare videtur, qui dominus fuit. alienatur enim eius voluntate, qui ab initio ita dedit, vt creditori distrahere liceret. *§. 1. Inst. quib. al. lic. vel non.* Nec ad rem pertinet, si nominatim non conuenit, vt creditori liceret

distra-

distrahere, satis enim hoc conuenisse intelligitur, cum conuenit, vt res pignori esset; quoniam pignoris proprium est vendere licere, vt supra docuimus, & huc pertinet *l. 4. D. de pig. act.* Sed adiecimus dominium pignoris in emtorem tranferri, si pignus ei traditum erit à creditore. Quod si ei traditum non est, is dominus pignoris effici nō potest, vt est *in l. qui prædium inf.* propterea quod ita lus est de transferendis dominiis, vt dominium ex consensu non transferatur, nisi traditione, *l. traditionib. sup. de pact § per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Ceterum pignore tradito sic dominium transfertur, vt emtori postea auocari nō possit; ne à debitore quidem, quamuis illi precium offerat. *l. pen. sup. si antic. cred.* Et hoc est, quod *in d. l. si cessante. his.* dicitur, venditionem reuocari non posse. Idq; consequens est regulæ iuris, qua efficitur, id, quod nostrum est, sine facto nostro à nobis recedere, & ad alium transire non posse. *Id quod nostrum. D. de reg. iur.*

10 Hocita, † nisi cum venderet creditor pignus, conuenerit inter ipsum & emtorem, vt si solueret debitor pecuniam pretij emtori, liceret ei recipere rem suam, facit hæc conuentio, non solum vt mandata à creditore actione ex vendito agere possit debitor aduersus emtorem, & rem repetere oblato pretio, sed etiam possit rem suam vindicare, aut in factum, id est, vtili actione suo nomine aduersus emtorem agere. *l. si cum venderet D. de pig act.* Cuius iuris rationem exposui in methodo sub hoc ipso titulo. Vnde & hoc, & alia pleraque ad distractionem pignorum pertinentia tractata copiosius petere licebit. Tantum hic attingere visum est ex eo genere, quantum proprie ad huius tituli Codicis explicationem & nonnullorum locorum huius partis certiorem interpretationem facere videbatur.

L. Et qui sub imagine. 10.

Iidem AA. & CC. Rufino.

Et qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat, iugiter tenet: cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. Iure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subiectam personam creditor comparauerit, neque si sibi addixerit, debitori affert præiudicium: sed in eadem causa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparauerit, consensu emtionem perfectam (si neque dolus aduersarij, neque metus causa gesta agentur) reuocari, exemplo graue est. Si igitur poterit euidentibus probationibus monstrare, creditorem per suppositam imaginarij emtoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse: potes oblata pecunia cum vsuris, ad restitutionem creditorem compellere. PP. 3. Non. Octob. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.

Summaria.

1 *Creditores pignus emere non posse aut à se sibi addicendo, aut per suppositam personam & cur, num. 2.*
2 *Per suppositam personam emere quis intelligatur.*
3 *A debitore ipso creditorem recte pignus emere.*
4 *Debitoris esse, probare emtorem pignoris esse imaginarium, & quomodo id probetur.*

EFfectum est supra, creditorem pignus vendere posse: si vendiderit, emtorem reuocare non posse. Id sic accipiendum esse docemur hoc rescripto, si modo vere vendiderit, id est, ven-
1 diderit alij, non sibi. Ipse pignus à se emere non potest. Et † siue pignus sibi ipse addicat eo pretio, quo quiuis alius emturus esset, sine emat per suppositam personam extranei emtoris, vtrobique perinde res habebitur, quasi rem non vendidisset. Merito, non est enim emtio, nisi vbi alius est emtor, alius venditor. *l. 1. D. de rer. permut.* quod non fit, vbi idem creditor & emtoris, & venditoris vice fungitur.

2 Per † suppositam personam emere intelligitur, cum rogat aliquem, vt pignus emat non suo nomine, sed nomine creditoris, & cum pignus acceperit, id creditori reddat, atque hic euentus sequitur. Ideo autem in hac specie extraneus, qui pignus emit, non dicitur emere, quia is demum emere & capere intelligitur, qui id capit, quod est apud eum permansurum. *l. aliud est capere. D. de verb. sig.* Quod autem quis ita capit, vt restituat alteri, is nec capere videtur. *l. cum ei. 42. D. de leg. 2.* Eo fit, vt hic emtor magis imaginem & speciem emtoris habere intelligatur, vt hic dicitur, quā emtor esse. Ita restat, vt creditor emisse potius intelligatur, quod cum facere non possit; quia à semetipso emit; efficitur vtroque modo nullam esse venditionem pignoris, siue ipse addicat sibi, siue per suppositam personam emat. Vnde etiam necesse est, pignus in sua causa manere.

Indi † quæsitum est, *an propterea creditor omnino pignus emere* 3
non possit. Respondent Imperatores, posse eum emere à debitore, non à se. Recte: nam à se ideo non potest; quia non est alius, qui vendat; à debitore autem recte emit; qui est, quia vendat debitor, idemq; rei dominus: qui proinde ius transferendi habet. Quod sine non facit, vt videatur creditor à se emere; quod eum facere posse recte in vniuersum negauimus. Relinquitur igitur, quod est in extremo rescripti, vt si creditor per suppositā personam illius emtoris, de quo diximus, pignus adhuc possidere reperitur, possit debitor de suo pignore pignoratitia actione experiri. Hoc enim consequens erat citra controuersiam, si creditor nunquam pignus distraxisset. Interim † necesse habet debitor in hoc iudi 4
cio intrēdere, personam illius emtoris, de quo diximus, per quem creditor pignus recepit, esse à creditore suppositam. Quid, an hoc debitor probare debet, an vero etiā citra aliam probationem debitori fides habebitur? Et hic expressum est, debitorem euidentibus probationib. ad monstrare debere. Quod respondetur conuenienter regulis iuris his; Ei, qui dicit, incumbere probationē: *l. 2. ff. de prob.* item; Actore nō probante reum obtinere, quamuis nihil ipse præstiterit, *l. qui accusare. in fin. sup. de eden.* Sed de hac probatione laboratur propter *leg. sicut §. superuacuum. ff. quib. mod. pig vel hyp. sol.* vbi in specie pari non videtur exigi probatio ab actore. Et probandum est, debitorem, vt & hic dicitur, semper probare debere, quod intendit, id enim exigunt regulæ superiores iuris. Sed id probabit dupliciter, alias ex iis sermonibus, quibus res gesta est inter creditorem & illum emtorem imaginarium; alias coniecturis ex iis, quæ postea secuta sunt, sumtis. Ex sermonibus; si probatur testibus, creditorem illi emtori mandasse, vt sibi rem emeret. In coniecturis ea erit, de qua agitur *in d. l. sicut. §. superuacuum.* nimirum si res apud creditorem reperiatur, neque vnquam pecunia pretij ab illo soluta sit illi emtori imaginario. In hoc genere coniecturarum quæsitum est, an satis sit argumenti, emtorem imaginarium fuisse, si probetur pignus vendi tum nunquam fuisse illi emtori traditum, sed semper apud creditorem mansisse. Plerique putant hanc probationem esse satis idoneam, vt saltem onus probationis transferatur in creditorem. Sed refragantur verba huius rescripti, in quo proponitur creditor iugiter rem possedisse, & in principio, & in extremo: & tamen in ea specie exigitur, vt debitor nihilominus probet, personam emtoris suppositiam fuisse.

L. Mulier. 11.

Iidem AA. & CC. Rufinæ.

Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem, nisi dissimulatione, marito obligante velut propriæ, creditoris ignorantiam circumscripserit. PP. 5. Kal. Maij, Heracliæ, AA. Coss.

Summarium.

1 *Mulieris res pignori pro alio à muliere ipsa obligari non posse: ab alio posse qui tanquam suas sciente & dissimulante muliere obliget: & cur vtrumque.*

SI mulier rem suam pro marito, aut alio quouis debitore pignori obligauit creditori, hic traditur creditorem pignus distrahere non posse. An quod est aliqua causa, in qua creditor ius distrahendi pignoris sui non habeat? Minime: sed quia in proposito pignus nullum fuit. Prohibet enim Senatusconsultum Velleianum, quo vetantur mulieres pro alijs intercedere, *l. 1. l. 2. ff. ad Vell.* Intercedit autem mulier, non solum, quæ se pro aliis obligat vel mandando, vel constituendo, vel fideiubendo, sed etiam quæ res suas obligat pro aliis, eo fit, vt pignus non consistat. *l. quamuis. ff. ad Vell. l. si sine supr. ad Velleian.*

Inter-

Interdum tamen possunt res mulieris pro alio obligari, quod tunc fit, cum debitor res mulieris tanquam suas pignori dat creditori, mulier autem præsens dissimulauit eas suas esse, id est, silet, neque refragatur: quæ species hic ponitur in extremo, idem scriptum est *in d. l. si sine.* Et hæc ratio est, non quod mulier in hac specie non intercedat, vt in superiore, cum aperte rem suam pignori obligat, sed quia hac dissimulatione creditorem decipit, qui rem debitoris esse credidit, non mulieris: cuius si rem esse sciuisset, pecuniam non credidisset. In hac causa ideo mulieri non succurritur; quia senatusconsulto deceptis tantum succurritur, non decipientibus. *l. 2. §. pen. ff. ad Vell.*

L. si debitor. 12.

Iidem AA. & CC. Zotico.

Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit: dominium cum sua causa transtulit ad emtorem. S. Pridie Kal. Maij, Heraclia, AA. Coss.

NOn solus creditor pignoris distrahendi ius habet; sed habet & debitor, & ita habet, vt si rem pignori obligatā ex ea causa tradiderit, dominium in emtorem trāsferat, vt qui dominus fuerit. §. *per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Sed hac alienatione creditori non nocebit. *l. distractis. l. debitorem. supr. de pig.* vbi diximus. Et hoc est, quod hic dicitur, dominium transferri cum sua causa, quod significat rem transferri cum sua conditione, id est, ea conditione, quæ futura esset, si res alienata non esset. *leg. traditio. ff. de acquir. rer. dom. l. alienatio. ff. de cont. emt. l. via. §. si fundus. ff. de ser. rust. præd.* Si debitor consentiente creditore alienauit, sine vetere causa dominium in emtorem transtulit; quoniam pignus consensu creditoris remissum est. *l. 2. sup. de remis. pig.*

L. Qui prædium. 13.

Iidem AA. & CC. Theodotæ.

Qui prædium obligatum à creditore comparauit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.

SVMMARIVM.

1 *Creditorem pignus distrahentem dominium transferre: sed ita, si vacuam possessionem tradat emtori, vacua, quæ.*

CReditor rem pignori obligatam distrahēdo eius dominium transfert ad emtorem. *l. non est nouum. D. de acq. rer. dom.* Hoc sic accipiendum est, si ea interuenerint, quibus dominium iure transferri solet; inter cetera si res tradita erit emtori: nam sine traditione dominium non transfertur. *leg. traditionibus. supr. de pact.* Eo fit vt re emtori non tradita, is quoque actionem in rem nullam habeat: quippe quæ soli domino competat, *l. in rem. ff. de rei vind.* Exigitur autem hic, vt inducatur emtor in vacuam possessionem, vt & *in l. cum res. sup. de prob.* Vacuam possessionem hic accipere debemus, quam emtor ingreditur creditore tradente, nemine emtorem prohibente. Contra ea non est vacua, quam emtor sic ingreditur, vt alij eam rem possidenti vim faciat, & eo deiecto rem occupet. Quod eo pertinet, vt intelligamus, si emtor ita possessionem occuparit, non iure eum occupasse videri, neq; dominum fieri, vt diximus ad *l. 3. sup. de pig.*

L. si in hoc. 14.

Iidem AA. & CC. Modesto.

Si in hoc, quod iure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus: aditus præses prouinciæ, tibi distrahendi facultatem iubebit fieri. PP. 16. Kal. Decemb. Sirmij AA. Coss.

DIximus creditorem sic pignoris venditi dominium transferre, si etiam rem tradat emtori. Quid fiet, si debitor pignus possideat, quod ob eam causam creditor tradere non possit? Rescripti huius sententia est, creditorem ius habendi pignoris consecuturum; sed rationem obtinendi esse per præsidem. Quod eo dicitur, vt intelligatur creditorem sua auctoritate possessionem pignoris occupare non posse, de quo *in l. 3. sup. de pign.* vbi diximus. Sed verba rescripti expendenda sunt. Ait, *præsidem iussurum fieri creditori facultatem distrahendi.* Non recte hoc responsum, dixerit aliquis, atque ideo hæc facultas creditori fieri non potest. Oportet enim id ei tribui sententia præsidis, quod ipse prius non habuit, quod actor habet, id sententia iudicis nulli tribuitur, *l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind. l. vnica. infr. de thes. lib. 10.* At constat creditorem facultatem distrahendi pignoris iure publico habere, *l. si cessante. supr. eod.* Et hæc omnia vera sunt, si facultatem distrahendi pignoris hoc loco intelligimus nudam & simplicem facultatem. Sed facultatē distrahendi hic intelligere debemus facultatem cum effectu, vt sit sensus; præsidem iussurum rem, quæ à debitore detinetur, restitui creditori, vt cum ille acceperit, tum deinde posit vendere, & ex venditionis causa tradere, vt sic venditio ad effectum perducatur.

L. obligatis. 15.

Iidem AA. & CC. Auianæ.

Obligatis pignori mancipiis à creditore distractis ac traditis: si post debitor quondam hæc solicitauerit, non venditori, sed emtori contra possidentem in rem competit actio. Dat. Kalend. Mart. Sirmij. CC. Coss.

SI vendito pignore & tradito emtor dominus efficitur, vt effici supra diximus: fit eodem tempore, vt & creditor actionem hypothecariam, quam prius habuit, amittat; quia pignus solutione debiti liberatum est, & simul emtor actionem in rem nanciscatur, quæ domino competit, *l. in rem. D. de rei vind.* Id si ita est, apparet veram esse, quod hic traditur, si emtor eius rei à creditore emtæ possessione exciderit, non creditori actionem in rem competere eius rei persequendæ causa, quippe quam habere desierit; sed emtori, qui priore traditione dominus sit effectus, quod fit in specie proposita, cum creditor seruos sibi pignori obligatos vendidit, & emtori tradidit, & hi postea à debitore solicitati ad eum redierunt, vel ad alium, vt iam de iis reuocandis agatur.

L. vnus ex multis. 16.

Vide *l. 1. inf. de luitione pign. & l. 1. inf. si vnus ex plur. her. credit.*

L. rei creditor. 17.

Iidem AA. & CC. Agapæ.

Rei creditor obligatæ generali, siue speciali conuentione, per creditorem alium, cui non fuerat nexa, vænum datæ, non amittit persecutionem. Dat. prid. Non. April. CC. Coss.

SI debitor, idemque dominus rei pignoratæ alienando pignus, eo facto creditori non nocet, quo minus pignoris persecutionem saluam habeat, vt prius: multo minus nocebit eius venditio, aut alienatio, qui nec dominus fuit, nec rem pignori habuit. Vide *l. debitorem. sup. de pig.*

L. quia creditore. 19.

Iidem AA. & CC. Caiano.

Qui à creditore pignori obligatum prædium iure emit, de proprietate vinci non potest. S. 6. Kal. Maij, CC. Coss.

SI emtor pignore à creditore tradito eius rei dominus est, vt sæpe iam diximus: efficitur eum de proprietate eius rei à nullo vinci posse, siue agat, siue de ea re conueniatur. Si agat; quia vt dominus habet actionem in rem ad eam persequendam; cuius exitus hic est, vt res actori restituatur, *l. officium. ff. de rei vind.* Quod si conueniatur, multo magis exceptionem habebit ad rem retinendam, qui ad eam persequendam actionem habuit, iuxta regulam iuris *l. inuitus. §. 1. D. de verb. sign.*

L. si maritus. 19.

Iidem AA. & CC. Libiæ.

Si maritus tuus mutuam (licet tuam) dedit pecuniam: eorum, quæ pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. S. 6. Idus Nou. Heraclia, AA. Coss.

QVi pecuniam alienam mutuo dat suo nomine, & pignus in eam causam accipit, is pignus domino pecuniæ non acquirit; sed aut sibi, aut nulli, de quo diximus ad *l. etsi frater.* vbi eadem sententia est, *sup. de pig.* Id si ita est, apparet, dominum eius pecuniæ pignus in eam causam constitutum vendere non posse; quia is pignus non habuit, nisi creditori successerit.

L. vlt.

Iidem AA. & CC. Sabino.

Secundum placiti fidem, si nihil conuenit specialiter pignoribus à creditore maiore, quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est, pignoratitia de superfluo competit actio. S. 6. Idus Nouemb. Byzantij CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Pignoris pluris vendito, quam debetur, rem ex pecunia superflua à creditore emtam esse creditoris, nec debitori restitui debere.*

CReditor si pluris vendat pignus, quam ei debetur, debitor ad concurrentem vsque quantitatem debiti liberatur, *l. rescriptum. §. 1. D. eod.* de residuo potest aduersus creditorem experiri, vt hic dicitur, idem *in l. vlt. infr. si vend. pig. agat.*

1 Quid, † si ex ea pecunia superflua creditor rem aliquam emit? vtrum de ea restituenda debitor agere potest, vti posset de ea pecunia agere, ex qua ea res emta est? Et significatur hoc rescripto non posse, quod & recte constituitur. Nam aut erit debitori de ea re emta in rem actio, aut in personam. In rem esse non potest; quoniam debitori ea res quæsita non est, sed creditori, in quem dominus rem translatam voluit, *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* In personam, id est, pignoratitia non erit; quia hæc de superfluo, non de re inde emta competit. Imo contra obiiciet aliquis, traditur enim *in l. rescriptum. §. 1. ff. eod.* quidquid ex occasione pignoris ad creditorem peruenit, id debitoris vtilitati & commodo cedere debere. Dicendum est in proposito, solam pecuniam, quæ ex venditione pignoris à creditore percepta est, ex occasione pignoris ad creditorem peruenisse. Res ex ea pecunia emta non percipitur ex occasione pignoris, sed ex creditoris negotiatione, *arg. in l. venditor ex hereditate.* in illis verbis, *pretium enim. ff. de hered. vel act. vend.* Obiicitur etiam, quod traditur *in l. quamuis. §. vlt. ff. de pign. act.* si creditor pignus pluris vendiderit, quam debetur, debitorem non solum agere posse de superflua pecunia, sed etiam de vsuris, quas ex vsu eius pecuniæ creditor perceperit. Quo exemplo videtur idem quoque de ceteris rebus statuendum, quæ ex ea pecunia paratæ sunt. Sed dissimilis istarũ rerum causa est, vsuras dico pecuniæ, & res ex ea pecunia emtas. Vsuræ ideo, cum ea pecunia restituendæ sunt debitori; quia vsuræ sunt fructus pecuniæ, *l. vsura vicem. ff. de vsur.* Constat autem fructus ex re pignorata perceptos aut debitum extenuare, aut vna cum re esse restituendos, *l. 1. l. 2. sup. de pig. act.* At res ex ea pecunia emtæ non sunt eius pecuniæ fructus; sed pretium industriæ & negotiationis creditoris.

AD TIT. XXIX. DEBITOREM VENditionem pignoris impedire non posse.

EFfectum est supra, creditorem iure suo pignus distrahere posse, *l. si cessante. sup. prox. tit.* Hoc si ita est, sequitur, quod hic dicitur, debitorem nulla obnuntiatione sua, aut prohibitione impedire posse, quo minus creditor recte vendat, & qui emit, emat bona fide, alioqui liceret debitori conditionem creditoris sui facere deteriorem; quod nulli conceditur, *l. soluendo ff. de negot. gest. l. non debet alteri. ff. de reg. iur.*

AD TITVL. XXX. SI VENDITO pignore agatur.

SVMMARIA.

1 *Pignore iure vendito, nullam esse eius emtionis reuocationem.*
2 *Pignore contra conuentionem vendito, ius suum debitori integrum manere in re sua, & actionẽ in personam esse aduersus creditorem.*
3 *Pignore vendito non bona fide, quamuis ab eo creditore, qui ius vendendi habuit, ipsum creditorem teneri semper in id, quod debitoris interest: emtorem ad rem restituendam certis conditionibus: & quibus.*
4 *Mala fides emtoris in pignore emendo quid, & quomodo probetur. Per gratiam pignus vendere, quid, ibidem.*
5 *Aduersus emtorem, qui mala fide emit pignus, non esse vindicationem pignoris, nisi excussus prius creditor repertus sit non soluendo.*
6 *Sed nec hunc emtorem teneri aliter vindicatione, quam si offeratur ei pretium, quanti pignus emit, cum vsuris: & cur.*
7 *Aduersus emtorem pignoris, qui mala fide emit, actionem esse suis conditionibus, non pignoratitiam, non ex edicto de rebus in fraudem alienatis, sed in rem beneficio restitutionis in integrum, & ex qua causa.*

QVæstio est, si creditor pignus vendiderit, vtrum debitor possit agere aduersus creditorem de pretio pignoris, an aduersus emtorem rei recuperandæ causa. De quo ita statuendũ est ex sententia eorũ, quæ diximus *ad l. 4. & seq. sup. de distr. pig.* Si † cre- 1
ditor ius distrahendi habuit, & bona fide distraxit, id est, obseruatis iis, quæ in pignoribus distrahendis obseruari solent; ita rata est vẽditio, vt debitor neq; aduersus creditorem agere possit de pretio, quamuis rem nõ iusto pretio vendiderit; neq; agere aduersus emtorem, vt rem ab eo auocet. Sed non semper creditor, cui pignus datum est, ius vendendi habet, quod tunc accidit, cum conuenit, vt creditori distrahere nõ liceret, *l. 4. ff. de pig. act.* Fieri etiam potest, vt qui iure suo distraxit, mala fide & fraudulenter distraxerit. In quibus causis vendito pignore debitor experiri potest, quæ summa est huius tituli. In quo de his rebus ita statuitur. Interest plurimum, vtrum creditor qui pignus vendit, ius vendendi non habeat, an cum habet, mala fide vendat. Si † ius vendendi non ha- 2
bet, id est, si refragante conuentione vendidit, nulla est venditio. Quo fit, vt debitor non tantum aduersus emtorem, sed etiam aduersus quemuis possessorem actionem in rem habeat, quæ omnibus dominis competit, *l. in rem. ff. de rei vind.* Nam hæc superiore venditione nõ est exstincta. Et hoc, quamdiu res à possessore vsucapta non erit. Aduersus creditorem autem semper actionẽ habet de pretio rei venditæ. Ea est autem actio pignoratitia in hoc, vt vel res pignori data restituatur, vel saltem æstimatio. hæc sententia *l. 2. hoc t.* Quod † sic creditor ius vendendi pignoris habuit, 3
sed vendidit dolo malo: hic semper vẽdito pignore aduersus creditorem agi poterit, *l. 1. hic.* Diximus autem *ad l. 4. & seqq. supr. de distr. pig.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionẽ, idq; in id, quod sua interest. Hactenus autem interesse, si res minoris vendita sit, quam valet, hæc ex *l. 1. in pr. & l. 3. hic.* Aduersus emtorem etiam hoc casu debitor agere potest: sed interdum, non semper. Non potest autem agere, nisi præter dolum creditoris hæc tria concurrant. Primum exigitur, vt & emtor ipse mala fide emerit, *l. 1. in fin. hic.* Mala † fide, id est, quod dicitur *in l. vlt.* per col- 4
lusionem. Vtrumq; autem valet id, quod dicitur *in l. pen.* si emtor fraudis particeps fuerit. Duobus autem modis probabitur emtorem fraudis participem fuisse. Vno, si per gratiam creditor vendiderit, vt est *in l. 3. hic.* Per gratiã vendidisse intelligitur, qui aperte dixit rem pluris esse, quam venditur, sed se non pluris vendere, quam vendit, vt emtori gratificetur, petit autem, vt hanc gratiam ab emtore ineat. Emtor contra sic accipit, & pollicetur se gratum fore. Altero modo id probatur, si emtor præmio creditorem corruperit, *l. qui fundum. §. procurator. ff. pro emto.* Extra has species existimatur emtor bona fide emere, quantumuis rem minoris emat, quam valet: non est enim contra bonam fidem, rem quam minimo emere, dummodo sine fraude fiat, vt satis colligitur ex *d. l. qui fundum. §. procurator.*

Secundum † accedere oportet, vt creditor, qui pignus ven- 5
didit, soluendo non sit, idque videlicet ita probetur, *l. 1. in fin. l. 3. hoc tit.* Id autem sic constabit, si debitor prius cum creditore egerit, & creditor erit condemnatus: deinde in executione sententiæ excussis facultatib. creditoris reperiatur non habere, vnde iudicatis

dicatis satisfiat. Hinc est, quod de condemnato prius creditore dicitur *in d.l.1.vers.quod si hic.* Non obstat huic sententiæ *l.pen.infr.* in qua scriptum est, cum creditor pignus contra bonam fidem vendidit, emtore fraudem participante, posse debitorem competenti actione experiri vel aduersus creditorem, vel aduersus emtorem, neque exigitur circa emtorem, vt prius constet creditorem soluendo non esse. Non exigitur hoc quidem; sed tamen & interuenire debere non negatur. Proinde in dubio relictum ex aliis locis interpretandum est. Hæc autem conditio exprimitur *in l.1.& l.3.hic.* Dicemus etiam commodissime hoc modo: conditionem hanc, vt creditor soluendo non sit, satis exprimi *in l pen. hic.* cum dicitur, aduersus emtorem agi posse competenti actione. Non est actio aduersus emtorem competens, nisi prius constiterit creditorem soluendo non esse, *d.l.1.& l.2.*

6 Tertium † etiam & postremum exigitur, cum debitor vendito pignore aduersus emtorem agit, vt emtori pretium cum vsuris offerat, quanti scilicet pignus venditum est, *d.l.1.in fin.& l.3. hic.* Quod merito exigitur à debitore, quamuis domino, versum est enim hoc pretium in vtilitatem eius, vtpote solutum creditori: quo accepto, debitor eodem tempore liberatur. compensatur enim hoc pretium cum debito, *l.vlt.infr.tit.prox.* Iniquum est, debitorem ea emtione liberari, & nihilominus non oblato pretio rem suam repetere: vbi scilicet contra bonam fidem bis idem exigat: quod vetat regula iuris, *l.bona fides.ff.de reg.iur.* Inde placuit in proposito debitori ab emtore rem suam repetenti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium, quo liberatus est, emtori offerat, *l.emtor.ff.de rei vind.* Quod si proponeremus ex ea venditione, qua res aliena vendita est, pretium in vtilitatem domini conuersum non esse, certi iuris est, dominum à quouis possessore, etiam bonæ fidei, rem suam repetere posse, quamuis non oblato pretio, quanti possessor emit; ne alienum factum domino noceat, *l.3.sup. de rei vind.l.2.sup.de for.l.1.sup.de præscrip.30.an.*

7 Sed † his omnibus rescriptis, quibus vendito pignore debitori actio aduersus emtorem datur supra scriptis conditionibus, non exprimitur, quæ debitori in eam rem actio competat; cum tamen permagni referat id nosse. De eo sic habendum est. Non potest in eam rem debitori esse actio pignoratia. hæc enim inter debitorem & creditorem solum nascitur ex contractu & negotio gesto, §. *vlt.Instit.quib.mod.re cont.obl.*

Debitor cum emtore pignoris nihil contraxit, vbi debitor pignus non vendidit. Vulgo putant esse actionem vtilem ex edicto fraudatorio, id est, ex edicto, quod est de iis rebus, quæ in fraudem creditoris alienatæ sunt, sed id non probant. Quinimo verba eius edicti aperte refragantur; sed & ratio edicti. Edictum illud est de iis rebus, quas debitores ipsi alienãt. hic agimus de iis, quas creditores alienant in fraudem debitorum. Rebus à debitore alienatis, necesse fuit actionem creditori proponere ad eas res reuocandas; quoniam debitor dominus fuit; vnde & iure suo alienauit. Creditores domini nõ sunt, vt possint actione in rem de illis rebus experiri. At cum creditor dolo malo pignus vendit, & emtor item emit dolo malo, non fuit necesse nouam actionem debitori proponere; cum venditio iure non valuerit omni ex parte, eoque & debitor dominus manserit, vt prius. Superest igitur, vt debitori aduersus emtorem ex hac causa sit actio in rem, ea, quæ dominis competit rem suam à possessore vindicantibus. Sed etiam atque etiam notandum est, hanc actionem vtilem esse, & quæ in integrũ restitutione impetrata restituatur debitori. quod probatur *l.2.supr. de præd.min.* Nam etiam tunc, cum res minoris viginti quinque annis à creditore vendita est dolo malo emtore fraudem participante: illic scriptum est, non aliter consuli minori aduersus emtorem, quam beneficio restitutionis in integrum secundum edicti formam, vbi edictum intelligitur de minoribus. Si minoribus in hanc causam non aliud remedium competit, quam in integrum restitutio; multo minus aliud competet maioribus. Restituentur igitur in hac causa debitores, qui maiores sunt. Restituentur autem ex edicto, quod est de iis causis, ex quibus maiores in integrum restituuntur, ex illa clausula edicti: *Item si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam. l. 1. in fin. l. sed etsi §. vlt. ff. ex quib. cau. maior.* Ex eo intelligimus, debitorem vendito pignore, à creditore, qui ius vendendi habuit, debere aduersus emtorem petere in integrum restitutionem intra quatuor annos. his exactis, amplius aduersus emtorem, quamuis sit malæ fidei, agere non posse. Est enim hoc tempus integrum restitutioni præstitutum, *l.vlt.supr.de temp.in integ.restit.* Hæc omnia ita sunt, si creditor in pignore vendendo nihil conuenit de re vendita restituenda. Quod si conuenerit, vt vel sibi res restitueretur oblato pretio, vel restitueretur debitori; in vtroque conuentio seruanda est, vt creditori quidem vel actio ex vendito competat, vel actio præscriptis verbis, debitori autem competat rei vindicatio, vt veteri domino; aut certe actio in factum, id est, actio in rem vtilis, quæ magis superiori conuentione confirmatur, quam summo iure ex dominio eius nascatur. Hæc sententia est *l.si cum venderet.ff.de pig.act.* Cuius rationem si quis requirit, quando sententia à regulis iuris, quæ sunt de iis, qui paciscuntur aliis, & de dominijs transferendis, videri potest alienior, licebit sumere ex methodo de pignoribus, *tit.quibus modis pig.vel hyp.soluitur*, vbi hunc locum diligentius sum exsecutus.

AD TIT. XXXI. DE LVITIONE PIGNORIS.

L. vlt.

Impp.Dioclet. & Max.AA.& CC.Flor.

Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis, siue distractis, & compensato pretio, satis ei, contra quem supplicas, factum esse, adito præside prouinciæ probaueris: vel si quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas prouidebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita pecunia soluta creditori, vel si per eum factum, quominus solueretur: ad reddenda ea, quæ pignori acceperat, iure eum satis euidenter vrgeri, manifestum. S.6. Id.Octob.AA.Coss.

SVMMARIA.

1 *Luere pignus, liberare, & vnde ita dictum.*
2 *Lui pignus solutione, & si qua solutionis vicem habent.*
3 *Lui satisfactione: quid sit satisfacere, & quid inter solutionem & satisfactionem intersit ad liberationem pignoris.*
4 *Pignoratitiam actionem nasci pignore liberato, non aliter, nisi pecunia offeratur in iudicio.*
5 *Parte debiti soluta nulla ex parte pignus liberari neque debitori, neq; debitoris heredibus, qui non soluerunt: & huius partis tum dubitatio, tum ratio.*

LVitio pignoris pars est eius solutionis, qua pignus liberatur. 1
Luere † pignus est pignus solutione, vel satisfactione liberare: quasi dicas abstergere & delere pignus, seu nexum & obligationem pignoris, metaphora ducta à lotione, qua maculæ, quæ alicui rei inhærent, abluuntur & absterguntur. Est enim luere lauare verbum à Græcis ductum, Illis enim λούω est lauo: ac luere idem esse Latinis, quod lauare, composita declarant, abluo, eluo, diluo, & similia. Quomodo luatur pignus, comprehensum est *in l.vlt.hoc tit.* Est autem hæc sententia.

Luitur † pignus, seu liberatur à debitore, si omnis pecunia, 2
quæ debetur, soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori, *l.si rem. §.omnis.ff.de pig. act.l. Item.ff.quib. mod.pig.vel hyp.sol.* Soluitur pecunia, quæ numeratur & repræsentatur creditori, *l.solutam.ff. de solut.* Solutionis vim habet compensatio, id est, cum creditor aliquid vicissim debet debitori, & debitor id vult apud creditorem esse pro solutione, *l.4.sup.de compen.* In hoc numero est pretium, quod creditor ex distractione pignoris consecutus est; de quo *in d.l.vlt.hic.* Est & pecuniæ obsignatio & depositio, de qua ibidem adiicitur. Nam pecuniam solum offerre creditori sine obsignatione & depositione, ad solutionem debiti & liberationem debitoris omnino nihil prodest, vt iam sæpe à nobis dictum est. traditur *in l.vlt.sup.deb. vend.pig. imp.non poss.l.si.prius.sup.de distr. pig.l.obsignatione.inf.de solut.l.acceptam.sup.de vsur.*

Satisfacere † est, creditorem pro eo, quod ei debetur, conten- 3
tum reddere, *l.1.ff.qui satisd.cog.* Id fit, cum creditor debitorem pro eo, quod debetur, aliud soluentem, vel præstantem, se ea re pro debito contentum esse ostendit, huc pertinet *dict.l.si rem.§. omnis. D.de pign.act.dict.l.item.D.quib.mod.pig.vel hyp.sol.* Solutio debitorem etiam inuito creditore liberat. Satisfactio non nisi volente creditore, cum scilicet ille satisfactionem admisit, *d.l.item.* Nec

obstat,

obstat, quod dicitur satisfactionem pro solutione esse, *leg. satisfactio.ff.de solut.* Sic enim pro solutione est, si modo prius sit satisfactio. Non est autem satisfactio, nisi quæ à volente creditore admissa est, cum definiamus satisfacere esse creditorem contentum reddere. non enim contentus redditur quisquam inuitus, sed volens.

4 Pignore ita liberato, tum † demum ex edicto nascitur debitori pignoratitia actio ad pignus repetendum, vt adiectum est *in d. l.vlt.hic.* idē *in d l.si rem.§.omnis.ff.de pign.act.* Sed hic notandum est, quod dicitur oblatione sola pecuniæ pignus non liberari, eoque nec competere pignoratitiam actionem, sic esse accipiēdum, nisi in iudicio pecunia offeratur. sic enim pecunia oblata pignoratitia actio tenebit creditorem, quasi conditione impleta, sub qua actio proposita est. de quo diximus *ad.l.si residuum.sup.de dist.pig.*

5 Illud † manebit, quæcunq; hic solutio, aut oblatio ad liberationem pignoris satis futura sit, semper oportere totam pecuniam offerri, quæ debetur, vel totius eius pecuniæ nomine satisfieri. Quod si parte debiti soluta adhuc aliquid ex debito superest, in id, quod reliquum est, quamuis minimum, totum pignus obligatum manet, vt prius: ea lege, vt creditor non tantum possit totum pignus à possessore persequi, sed etiam totum pignus vendere, pertinetq; hæc sententia non tantum ad debitorem, de quo comprehēsum est *in l.quamuis.sup.de distr.pig.* sed etiam ad debitoris heredes de quibus hic scriptum est *in l.1.* idem *in l.1.sup.de distr. pig.* Sed est in persona heredum dubitatio maior. Nam cum debitor partem soluit, & adhuc aliquid reliquum est, non est mirum, si pro ea parte dicimus nihilominus totum pignus obligatū manere. sibi enim imputare debet, qui totum non soluit, cum totū deberet. & præterea cum totum pignus pro minima summa obligatum tenetur, nulli alij fit iniuria, quoniam res tota est debitoris. At horum vtrumq; cessat in persona heredum. Nam si proponas debitorem centum debuisse, & obligasse in eam summam fundum Tusculanum, deinde decessisse duobus heredibus relictis pro æquis portionibus, diuiditur obligatio inter heredes pro portionibus hereditariis ita, vt singuli quinquaginta solum debeant, quibus solutis pro ea parte in totum liberantur. *leg.ea.quæ. supr.fam.ercisc.leg.pacto successorum. supr. de pact. l. 2. sup.de act.hered.* Quod cum ita sit, iniquum videtur exigere ab vno, vt solidū soluat, quo eius pars in pignore liberetur; cum ipse partem solum, non solidum debuerit. Iniquum præterea totum fundum adhuc teneri in eam partem coheredis, quæ soluta non est, quia nō possit is fundus in eam partem teneri, quin pars aliena pignori obligetur, id est, pars, quæ est eius coheredis, qui iam soluit, constat autem res hereditarias inter heredes diuidi, & solidas ab vno ex heredibus pignori obligari non posse, *l.vnica.sup.si com. res pig.dat. sit.* Hinc dubitandi caussa in heredibus. valde enim consentaneū videtur, vt iis rationibus cessantibus, quæ sunt in debitore, non idem ius in heredibus eius statuamus, quod in debitore, *argum. in l.quod dictum.ff.de pact.* Sed nihil hic proponitur, cur non idem ius in heredibus retinendum sit in proposito, quod in debitore fuit, cum & in his eadem caussa & ratio sit totius pignoris retinēdi pro ea parte, quæ soluta non est. Nam cum debitor adhuc partem ex sorte debet, non idcirco totum pignus obligatum manet, quia debitor prius totum debuerit, aut quia res pignori obligata in solidum sit debitoris: sed quia ab initio in solidam summam, quæ debeatur, pignus obligauit ea lege, vt nō liberaretur, nisi pecunia soluta esset. Hæc conditio pignoris etiam manet in heredibus, quamdiu nō omnes solidum, quod debetur, soluerint. Quare & in his ius idem retinendum est. non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, *leg. 2. §.ex his.D.de verbor. oblig.l.2.D.de præt.stip.l. cui fundus.D.de cond.& demon.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat fieri non posse, quin personali obligatione summota in persona vnius heredis, qui partem suam soluit, iniquum sit, & contra naturam, vt res pro ea parte amplius pignori obligetur, *l.in omnibus speciebus.ff.de solut.* nam & hic idem respondebimus, quod *in l.quamuis.sup.de distr.pig.* Fatebimur nimirū hoc ita esse: sed nihilominus verum est, adhuc totum pignus obligatū manere. est enim obligatum pro ea parte, quę soluta non est, non pro ea, quę soluta est. Sed illuc redeo, quod initio posuimus: si tota pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori, & generaliter si quo modo actio principalis summota est, pignus in totum exstingui. Cui sententiæ cum videatur ex diametro aduersari *lex.2.hic.* in eam pluribus inquirendum videtur.

L.intelligere debes.2.

Imp. Gordianus A. Domino.

Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. PP.12.Cal.Iun.Sabino, & Vennsto Coss.241.

SVMMARIA.

1 *Falsum,* Personali actione summota vincula pignoris durare, *vt est lectio vulgata: sed legendum* non durare, *multis argumentis euidenter demonstratur.*

2 *Hæc verba,* intelligere debes, perspicis, intelligis, *& similia vsurpari solita de iis rebus, de quibus non debuit dubitari.*

3 *Personali actione seu ipso iure; seu per exceptionem perpetuam quamlibet sublata pignus exstingui, sine exceptione verum esse.*

4 *Etiam per præscriptionem triginta annorum actione personali summota, pignus solui.*

5 *Vno ex heredibus debitoris soluentem, eatenus tolli personalem actionem, sed & pignus. & nihilominus verum esse in totum pignus manere, quia manet pro ea parte, quæ soluta non est.*

VErba sunt hæc, *intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota.* Non † dubito, quin hic locus corruptus sit, & contra ita legendum: *vincula pignoris non durare personali actione submota.* Moueor his rebus. Primum sentētia affirmatiue hoc loco scripta aperte falsa est, siue in vniuersum actione personali submota pignus exstinguatur, sine extinguatur vt plurimum, interdū autem duret. Nam ad refellendam generalem aliquam orationem, satis est ostendere, eam in vna aliqua parte falsam esse, vt falsa in totum probetur. quod à Dialecticis sumtum Iulianus vsurpauit *in leg.si is, qui.§ vtrum.illic, quia cū significatio.ff. de reb.dub.* Multo magis, si fere in omnibus partibus falsa sit, in vna autem aliqua vera. qualem esse hanc sententiam necesse est omnium interpretum confessione, etiamsi concesserimus interdum pignus durare personali actione submota. Nam hoc conuenit inter omnes, si actio personalis ipso iure submota sit, pignus non durare, vt mox dicemus pluribus. Sed etsi submota sit per exceptionem, certū est regulariter pignus exstingui. Quod si hoc casu duret pignus, concedunt tamen id fieri, vbi actio personalis submouetur præscriptio triginta annorum, aut cum vnus ex pluribus partē suam soluit. Qui sunt duo casus ex innumerabilibus, in quibus solis omniū confessione personali actione sublata pignus non exstinguitur. Ex quo intelligimus aperte falsam futurā hanc sententiam, si generaliter & sine exceptione definiemus, personali actione sublata pignus durare. Cum sententia per se talis est, id est falsa, si affirmatiue legitur: tum vero neq; hoc sensisse Gordianum Imperatorem, neq; affirmatiue scripsisse facile probari potest, & ex verbis huius loci, & ex consuetudine respondendi Imperatorum, ac iura constituentium. 1

Ex verbis sic colligitur. nam † hæc verba, *intelligere debes*, quibus Imperatores in rescriptis vti consueuerūt, adhiberi solent ad eas res, quæ sunt iuris certi & manifesti, quæque sine exceptione recte in vniuersum definiuntur. Sunt enim verba increpantium, quasi dicerent, non debuisti me hac de re consulere, cum intelligere debueris ius ita se habere, veluti cum ita respondent, intelligere debes ex pacto actionem non nasci. *leg. cum proponas. 21. supr. de pact.* item intelligere debes donationem à marito tuo factam contraria eius voluntate reuocari, *l.si maritus. supr.de don.int.vir.& vxor.* Simile est, cum respondent, perspicis, intelligis ius ita esse, *leg.si actionem.supr.de pact.leg.cum proponas.17. supr.de transact.l.cum dotem.sup.de iur.do.* At personali actione summota si debitor consulit, vtrum pignus exstinctum sit, an duret, & putet non exstinctum debuit increpari, neque debuit ei dici, intelligere debes pignus durare, cum regula iuris communis sit in contrariam sententiam. 2

Præterea vsus respondendi Imperatorum lectionem affirmatiuam repudiat. nam iura non constituuntur ex iis, quæ forte vno aliquo casu accidunt. *leg.4.& seq.ff.de legib.* At secundum sententiam eorum, qui putant adhuc pignus durare, vno aliquo casu accidit, vt pignus duret personali actione submota.

Non debemus igitur existimare ius hoc generaliter de eo casu esse constitutum. Huc accedit, quod cum aliquid simpliciter verum non est, sed tantum sub conditione, si illud, aut illud factum sit, nunquam Imperatores respondere generaliter solent, sed sub

conditione, quam præmittunt, vt patet ex *leg. vt responsum. supr. de transact. l. precibus. sup. de impub. & alijs subst.*

Quare & in hac constitutione, cum omnium consensu non sit verum, actione personali submota pignus durare, nisi sub distinctione, intelligi debet de eo Imperatorem non sensisse, qui sine distinctione respondit. Quapropter cum neq; hæc sententia affirmatiua vera sit, quocunq; modo eam cum aliis interpretabimur, neq; verbis Imperatoris conueniat, neq; sit ex consuetudine loquendi Imperatorum, dubitare non debemus, quin ita Gordianus non scripserit, sed scripserit hoc modo, *Intelligere debes vincula pignoris non dubitare personali actione submota.* Et recte. nam hoc ita generaliter rectissime definitur secundum omnium sententias, & est certi iuris definitio: t merito de eo dubitanti dici debuerit, intelligere debuisti id, quod est manifesti iuris, actione personali submota pignus non durare.

3 Sed † ne quis scrupulus nobis restet, doceo sine exceptione verũ esse, personali actione submota pignus semper extinguī, neque durare. Quod si verum est, de sententia, quam posuimus, dubitari nullo modo potest. Id autem primum hoc argumento recte colligitur.

Personalis actio submouetur aut iure ipso, aut per exceptionem. *l. 5. sup. de pact.*

Iure ipso, iis modis, quibus obligatio iure tollitur, de quibus modis agitur titul. *Inst. quibus mod. toll. oblgat.*

Per exceptionem, cum id factum interuenit, quo iure ciuili non tollitur obligatio, sed tamen eo interueniente non est æquũ debitorem teneri veluti, si creditor pactus sit, ne ab eo petat, si debitor sententia iudicis absolutus sit, cum pecunia ab eo peteretur, si deferente creditore iurauerit se non debere: ex quibus factis nascuntur debitori aduersus creditorem exceptiones pacti conuenti, rei iudicatæ, iurisiurandi. de quibus & similibus agitur tit. *Inst. de except.* At quocunq; modo ex his actio personalis submota sit, pignus tollitur. Si submota sit ipso iure omnes concedunt pignus exstingui, *l. item. ff. quib. mo. pig. vel hyp. sol. l. in omnib. speciebus. ff. de solut.* Sed etsi submoueatur per exceptionem pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, etiam pignus exstingui constat, *l. soluitur. in prin. & fin. leg. antepen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quinimo si actione personali ipso iure submota pignus perimitur, recte colligitur hoc ipso etiam perimi, etsi actio personalis per exceptionē submota erit, quoniam nihil interest, vtrum quis actionem ipso iure non habeat, an etiam habeat, quæ per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* Neq; plures sunt modi, quibus actio personalis sumoueatur. Quare quocunq; modo ea submota erit, pignus non durabit. Et vero nec potest, id quod rursum ex natura pignoris certo efficitur. Nam pignus est res pro debito obligata, § *item Seruiana. Inst. de act. l. res hypothecæ. ff. de pig.* Proinde vbi nullũ debitum est, ibi nec pignus potest intelligi. Iam vero nullum debitum est ne tunc quidem, cum actio personalis per exceptionē perpetuam remouetur. Ergo ne tunc quidem pignus consistet. Nullum debitum esse, vbi actio personalis per exceptionem perpetuam submouetur, hæc liquido probant. Debitor is intelligitur, à quo inuito pecunia exigi potest *l. debitor. ff. de verb. sign.* Non potest autem ab inuito exigi, cum exceptione perpetua tutus est. Quapropter hac exceptione tutus nihil debere intelligitur. Idē declarat definitio creditoris in *l. creditores. l. creditor autem. ff. de verb. sign.* In quibus non alius dicitur esse creditor, id est, is, cui aliquid debetur, quam qui exceptionem perpetuam non metuit. Item qui exceptionem perpetuam habet, si per errorem soluit, repetit *l. qui exceptionem. ff. de cond. indeb.* Item qui exceptionem perpetuā habet, si id constituit, de quo exceptionem habet, non tenetur ex constituto. nempe quia non debitum constituit, *l. g. §. 1. ff. de const. pec.* Relinquitur igitur illud, vt actione personali submota, quamuis per exceptionem pignus durare non possit, quia non possit dici res esse pro debito obligata, vbi nullum debitū esse constitit. Hinc dictum est, pignus esse accessionem principalis obligationis, *l. in omnib. ff. de solut.* Porro certi iuris est, cum principalis caussa non consistit, nec accessionibus locum esse, *l. cum principalis. ff. de reg. iur.* quam definitionem etiam ad pignus pertinere scimus ex *d. l. in omnib.* Non infirmant hanc sententiam ea, quæ ab interpretibus adferri solēt, vt probēt, in his saltem actione personali submota pignus durare. Vulgo † receptũ est id accidere, cum actio 4
personalis submota est præscriptione triginta annorum. Nam in hac specie constitutum est, nihilominus hypothecariam actionē durare post triginta annos vsq; ad annos quadraginta, si cum debitore, aut heredibus eius agitur. Non potest autem post triginta annos agi hypothecaria de pignore, nisi post triginta annos pignus duret. Durat igitur & post triginta annos pignus. proinde & post exceptionem debitori quæritam. Sed exemplum ad rem nihil pertinet. Intelligere enim debemus post triginta annos sic durare hypothecariam & pignus, vt simul etiam duret actio personalis: quod fit, vbi prius ea actum est, aut interposita saltem per executionem conuētio, aut debitor secunda cautione debitum agnouit: quibus modis interrumpitur præscriptio temporis, & fit actio personalis exinde perpetua ad annos vsq; quadragita, *l. sicut.* illic, nec sufficiat, *l. cũ notissimi. §. sed etsi quis. l. vlt. sup. de præs. 30. vel 40. ann.* Idq; ex eo intelligimus, quod quoties aliquid concedi non potest, nisi prius aliud concedatur, posteriore concesso etiā prius constitui & concedi placet, *l. 2. ff. de iurisdict.* Non potest autem hypothecaria actio durare post triginta annos, nisi etiam actio personalis post illud tempus maneat, vt sit videlicet debitum pro quo de pignore agitur. Quare etiam hoc casu vt hypothecaria agi possit, hoc cōstitui intelligēdum est, vt ne personalis actio submota sit, sed ante facta sit perpetua. Alij malunt hanc sententiam aptari ad duos heredes debitoris, qui sub pignore debuit. Nam si vnus ex his heredib. partem soluerit, in totum pro ea parte submouetur actio personalis. Atqui nihilominus pignus durat, *l. 1. sup. hoc tit.* Sed hoc exemplum multo minus conuenit. Nā pro parte quidē eius, qui non soluit, pignus manet: sed pro ea etiā parte actio submota nō est. Pro ea autem parte, quæ soluta est, vetum est, actionem personalem submotam esse. Sed nihilominus & hoc verum est, pignus pro ea parte exstinctū esse, vt supra docuimus. Ex quo apparet, in hoc exemplo quatenus actio personalis submota est, eatenus etiam pignus non teneri. quatenus autem pignus durat, eatenus durare, quatenus pars soluta non est. Quo exemplo magis sententia à nobis posita confirmatur.

AD TITVLVM XXXII. SI VNVS EX PLVRIBVS HEREDIBVS CREDITORIS, vel debitoris partem suam debiti soluerit, vel acceperit.

SVMMARIA.

1 *Singulis heredibus creditoris partem solum deberi: pignus autem pro ea parte in solidum teneri, & vendi posse.*

2 *Singulos heredes debitoris partem debere: hypothecaria autem non teneri, si non possideant: si possideant, teneri in solidum.*

QVod dictum est in *l. 1. superiore tit.* vnum ex pluribus heredibus debitoris pro parte hereditaria soluendo nulla ex parte liberare pignus, quæstionem attulit, quæ hoc titulo explicatur, Quatenus in vniuersum heredes tum creditoris, tū debitoris in pignus succedant, seu quatenus singuli agant, aut conueniantur. Exemplū personalis actionis facere videbatur, vt hypothecaria actio inter plures heredes scindatur pro portionib. hereditariis. Nam hoc modo inter plures heredes diuiditur actio personalis de eo, quod debetur, idq; tam heredes creditoris, de quibus ius statuitur *in l. 1. hic. & l. heredes. §. an ea. ff. fam. ercisc.* quam inter plures heredes debitoris, de quibus *in leg. vlt. hic. l. pacto successorum. supr. de pact. l. 2. sup. de hered. act. l. 1. inf. de except.* Sed placuit aliam conditionē esse hypothecariæ actionis, de qua his rescriptis duobus statuitur. Ac † de heredibus creditoris hæc sententia est *l. 1.* personalem 1
actionem inter heredes creditoris diuidi pro portionibus hereditariis, & singulis pars tantū hereditaria debeatur, & singuli pro ea tantum parte agant. At pignus singulis in solidum teneri pro ea parte, quæ singulis debetur: vt intelligamus & singulos actione hypothecaria in solidum agere posse, & singulos distrahendi pignoris ius habere. Cur hæc tam dissimiliter, cum constet, quæcunq; res hereditariæ sunt à defuncto relictæ, non vltra heredes in eas succedere, quam quatenus heredes sunt? Id conditio earū obligationum facit, ex quibus nascūtur hæ actiones. Quod enim dicitur, actionem inter heredes diuidi pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, sic accipiendum est, si & possit diuidi. Quod si non potest, vt creditori, sic & singulis heredibus creditoris solida petitio est, *d. l. hered. §. an ea. fam. erc.* Quapropter inter eos personalis actio diuiditur, quia ea actio est de pecunia debita, de fundo, & similibus rebus, quæ natura sua partis præstationem recipiunt, *l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur. ver. Celsus. D. de verb. oblig.* Hypothecaria actio inter heredes non diuiditur; quia

non

non poteſt, obſtante non natura rei piguoratæ, quæ non minus diuidi poteſt: ſed lege & conditione obligationis. nam pignus ſic obligatur, vt tamdiu teneatur, donec omnis pecunia ſoluta erit, *l. ſi rem. §. omnis. D. de de pig. actio.* Vnde etſi debitor maximam debiti partem ſoluerit, tamen in id, quod adhuc reſiduum eſt, ſolidum pignus tenetur creditori, *l. quamdiu, ſup. de diſtr. pign.* Proinde & ſingulis heredibus ſolidum tenebitur, quantumcunq; id erit, quod ex obligatione principali his debebitur. Non enim ex perſona heredum immutatur conditio obligationis, *l. 2. §. ex his, D. de verb.*
2 *oblig.* De heredibus † debitoris hæc ſententia eſt, *l. vlt. hic.* diuidi inter eos perſonalem obligationem, vt ſinguli actione perſonali hereditaria pro portionibus hereditariis tantum teneãtur: ſic tamen, vt ſemper teneatur. Diuerſam eſſe cauſſam hypothecariæ actionis. hac actione neq; eos ſemper teneri, neq; in ſolidum, ſed quatenus poſſideant res pignori obligatatas. nam & defunctus, cui ſucceſſerunt, iſto modo teneretur. Hanc diſſimilitudinem iuris facit natura & conditio actionis hypothecariæ. Hæc in rem eſt, *l. pignoris. ſup. de pign.* & vt explicatur *in l. vlt.* rem pignoratam ſequitur & propter rem eius rei poſſeſſorẽ, id eſt, aduerſus eos ſolum competit, qui poſſident, aut dolo malo deſierunt poſſidere. *l. ſi fundus, §. in vindicatione. D. de pign.* quæ conditio eſt omnium actionum in rem, *l. actionum, D. de obl. & act.* Hinc fit, vt ſi heres debitoris nullam rem pignori obligatam poſſidet, neq; dolo malo deſiit poſſidere, nullo modo teneatur hac actione. Cõtra autem, ſi quid poſſidebit, eatenus in ſolidum teneatur, non pro parte hereditaria, quia ſolidum pignus poſſidet, non partem. Quid ergo ſi vnus ex heredibus, qui pignus totum poſſidet, offerat partem hereditariam eius, quod debet? Nullo modo pignus liberat, *l. 1. ſup. tit. prox. l. vnus. ſup. de diſtr. pig.* Quo fit, vt ſolidum pignus reſtituere debeat, niſi ſolidum, quod debetur, paratus ſit ſoluere, vt *in l vlt.* dicitur. Neq; quiſquam dicat iniquum eſſe, cogi vnum ex heredibus ſolidum ſoluere, cum partem tantum debuerit. Non cogitur id facere, ſi velit, eſt enim in eius poteſtate pignus reſtituere, ſed ſi pignus retinere vult, alterum facere cogitur, *d. l. ſi fundus. §. in vindicatione. D. de pign.* Quid, ſi heres velit creditori tãtum ſoluere, quanti pignus valet? traditur *in d. l. vlt.* ne ſic quidem audiendum eum eſſe. hoc enim, quod dicitur teneri eum non pro modo ſingularum rerum ſubſtantiæ: quo ſignificatur non teneri, quanti ſingulæ res ſubſtantia ſua valent. Exempli gratia, centũ debentur creditori, fundus in eam ſummam obligatus eſt. Defuncto debitore, vnus ex heredibus poſſidet eum fundum, qui valet tantum ſexaginta. dicimus nihil agere heredem, ſi ad retinendum hunc fundum illa ſexaginta offerat. Nempe hac res redit, aut ſolidum quod debetur, ſoluere debet, aut fundo cedere, *leg. ſi inter. §. vlt. D. de pign.*

quominus rem à ſe pignori datam ſine alia ſolutione pecuniæ repetat. Cautio † hic appellatur chirographum, vt alibi ſæpe, quia 2
chirrographo aduerſus periculum inopiæ probationis creditori cauetur, *l. qui tabulas. D. de fur. l. emtor. §. vlt. D. de pact. leg. 3. l. aduerſus. & pane toto tit. ſupr. de non. num. pec.* Significatur hæc ſententia *in l. vlt. hic.* Qua poſita, hæc quæſita ſunt. Primum, qua actione poſſit debitor pignus à ſe datum repetere.

Hic † ſcriptum eſt *in l. 1.* poſſe eum in rem experiri, id eſt, aut 3
rem iure ciuili vindicare tãquam ſuam, aut vindicare prętorio iure Publiciana actione tanquam rem à ſe bona fide poſſeſſam, *l. in rem. D. de re vind. §. namque. Inſti. de act.* Non eſt cõtrarium, quod legimus *in leg. ſolutum. §. 1. D. de pign. act.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem. Nam vtraq; actio debitori in eam rem competit, licetq; ei, vtra velit, experiri. neq; impeditur regula iuris, † qua traditur neminem condicere rem ſuam poſſe, præ- 4
terquam à fure, id eſt, neminem de re ſua in perſonam agere poſſe, pręterquam cum fure, §. *ſic itaque. Inſt. de act.* Hoc enim ſic accipiendum eſt, ſi quis rem ſuam tanquam ſuam condicat: alioqui tanquam à ſe pignoratam, tanquam depoſitam, tanquam commodatam nemo prohibetur condicere, quia qui his modis condicit, non condicit tanquam ſuam, condiceret enim eo modo, etſi res aliena ab eo pignorata, commodata, depoſita eſſet. Deinde quæſitum eſt, quid debitor in rem agendo intendere, & probare debeat. Hic in *l. 1.* duo exiguntur dumtaxat: vt debitor dicat ſibi pecuniam numeratam non eſſe, quam ſibi numeratam ſcripſit, & præterea ſe pignus dediſſe, ſed de hoc poſteriore ſolum probatio exigitur, & recte. Prius ideo nou probat, quia negat, & factum negantis per rerum naturam nulla probatio eſt. *l. oſſeueratio ſup. de non num. pecun. l. actor. ſup. de probat.* Poſterius probat, quia dicit & intendit, & quod quiq; dicit, probare debet, *l. 2. l. in exceptionibus. D. de probat.*

Sed videamus, † ne huic reſponſo aduerſatur natura actionis in rem. Nam hæc actio hic non competit, niſi domino, aut bonæ 5
fidei poſſeſſori. quo fit, vt qui hac actione agit, alterutrum intendere debeat, aut ſe dominum eſſe, aut ſe bona fide emiſſe, vel ex alia iuſta cauſſa accepiſſe. Eadem actio non datur, niſi aduerſus eum, qui poſſidet aut dolo deſiit poſſidere, vt hoc quoq; non tãtum intendere oporteat, ſed etiam probare, vt is, cum quo agitur hac actione teneatur, *l. qui petitori, D. de rei vind.* Quæ ſi ita ſunt, verum non videtur, nihil amplius exigendum à debitore, qui de pignore in rem agit, quam vt probet pignus à ſe datum. quod tamen hoc reſcripto ſignificatur. Sed & priora vera, & verum nihil ominus hoc etiam poſterius. Debet in propoſito intẽdere debitor ſuperiora omnia, quæ natura vindicationis exigit: nempe & rem eſſe in bonis, & eum, cum quo agit, poſſidere, aut dolo malo poſſidere deſiiſſe, & quia intendit, etiam probare illum oportet. Sed ad ea probanda hoc vnum ſufficit, ſi probet pignus à ſe datũ: vt merito vnius huius rei exigatur hoc reſcripto probatio, quæ ſuperiora omnia cõtinet. Nam quod attinet ad ius petitoris, quo rem ſuam, aut in bonis ſuis eſſe dicit, ſatis probatur aduerſarij cõfeſſione, qui rem ſibi pignoris titulo defendit. Qui enim pignus ſibi datum intendit, vi ipſa hoc dicit, rem fuiſſe in bonis debitoris, quia alioqui pignus non eſſet, *l. quæ prædium, ſupr. alien. res, l. & quæ nondum, §. quod dicitur. D. de pign.* Quod attinet ad poſſeſſionẽ, hæc ſatis probatur hoc ipſo, quod probatur pignus ſine cauſſa illi datum eſſe. Nam ſi adhuc poſſidet, expreſſum eſt: ſi non poſſidet, deſiit poſſidere dolo. Cum enim ſciret rẽ ſine cauſſa à ſe teneri, ſtatim reſtituere debuit, quod ſi non fecit, dolo fecit. Alterum autem ſatis eſt, vt quis rei vindicatione teneatur, ſi vel poſſidet, vel dolo deſiit poſſidere. dolus pro poſſeſſore eſt, *l. parem, l. qui dolo, D. de regul. iur.* Recte igitur ſtatuunt Imperatores in propoſito ſic debitorem actione in rem experiri poſſe, vt nihil amplius probare debeat, quam pignus à ſe datum, vbi intendat pecuniam ſibi numeratam non eſſe. Sed quæritur, an non agenti obſtet exreptio & defenſio creditoris, qua ſibi pignus datum eſſe intendit, & pecuniam, quę ipſi in chirographam deducta eſt, ſibi redditam non eſſe. Videtur vero iuſta hæc eſſe defenſio ad remouendum petitorem. Nam ſi creditor pignus non poſſideret, vltro haberet actionem ad id perſequendum, *l. pignoris, ſup. de pig. l. item Seruiana. Inſtit. de act.* Ergo ſi poſſidebit pignus, multo magis exceptionem habebit ad id retinendum, iuxta regulam iuris, *leg. inuitus. §. 1. D. de reg.* Hic † occupantur Imperatores in *dict. leg. 1.* & addunt ad depulſionem huius obiectionis, *hanc intentionem dati pignoris & pecuniæ non redditæ non tenere, niſi prius de fide debiti conſtiterit.* Intentionem vocant, vt recte Accurſius interpretatur, exceptionem,

AD TITVLVM XXXIII. COD.

SI PIGNORIS CONVENTIONEM numeratio pecuniæ ſecuta non ſit.

SVMMARIA.

1 *Occaſio tituli, & ſententia.*
2 *Cautio chirographum, cur.*
3 *Debitori eidemque domino ad repetitionem pignoris duplicem actionem eſſe, in rem, & pignoratitiam, neque priore poſteriorem impediri.*
4 *Condicere rem ſuam neminem poſſe, præterquam à fure, quomodo accipiendum.*
5 *In actione in rem quarum rerum intentio & probatio ab actore exigatur, & quomodo probentur debitori pignus à ſe datum repetenti hac actione.*
6 *Intentio dati pignoris & pecuniæ non redditæ non aliter tenet, quam ſi de fide debiti conſtiterit: quid ſit in* l. 1.

1 NOn † male ſubiicitur hic titulus proximis ſuperioribus. Diximus ſub titulo *de luitione pignoris*, pignus liberari, ſi debitor id luat: nempe id, quod debitum eſt, ſoluendo. Huius tituli hæc ſententia eſt, non eſſe tunc neceſſe pecuniam ſoluere & pignus luere, cum reus pecuniam non accepit. ideo ſi ſpe futuræ numerationis debitor cautionem emiſerit, qui fateatur ſibi decem mutua numerata eſſe, & pignus in eam ſummam dederit, ſi poſtea pecuniam non accepit, non impediri eum mendaci ſcriptura,

qua creditor vtitur ad pignus retinēdum. Nā vt reus in exceptione actor est, sic eius exceptio intentio est, *l. in exceptionib. D. de prob.* Dicunt intentionem non tenere: vt sit sententia, non tenere debitorem agentem. Dicitur autem actio & intentio tenere aduersarium, quæ aduersarium constringit, & cogit ei intentioni stare *l. quæsitum, in pr. D. de pecul.* Quod dicunt hanc intentionem non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit, occupatio est illa, quam dixi, quæ hanc sentētiam habet, quasi ita scriptum esset? Potest quidem creditor illa intentione, seu defensioue vti, quam diximus, quæ hanc significationem habet: qui pignus vindicare potuit, multo magis potest possessum retinere. Sed hoc ita est, si vere sit pignus. Non autem in proposito pignus non constitit. nam sine principali obligatione pignus nullum esse potest, *leg. res hypothecæ, D. de pign.* Hic autem nulla est obligatio principalis, vbi pecunia, quam debitor scripsit numeratam esse, non est numerata. Certe non constat numeratam, nisi prius de fide numerationis constiterit probatione creditoris. Quare priusquam ille hoc probauerit, exceptio pignoris agenti non obstabit, vbi pignus nullum est, hoc loco occurritur Imperatoribus. Esto enim, probatio debiti exigatur à creditore. at hoc modo res illi expedita est, nam debitum satis probat chirographo debitoris, quo is profitetur sibi decem mutua esse numerata. Ita enim est, vt qui quid scripsit, confessioni suæ stare debeat. *l. cum de indebito, in fin. D. de prob. l. generaliter. supr. de non numer. pec.* Sed hoc ius in pecunia mutua locum non habet: in qua confessio pecuniæ numeratæ fidem nō facit, vt proinde cogatur creditor hoc amplius probare, pecuniā à se numeratam, *leg. 3. supr. de non num. pec.* quam ad rem prodita est reo in hac specie exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. aduersus. sup. de non num. pec.* Hæc vero est illa probatio debiti, quæ hoc loco à creditore exigitur. Si tunc, cum creditor pignus possidet, quod à debitore repetitur, agenti debitori cautio eius, seu chirographum mendax non nocet, sed nihilominus creditor pecuniam à se numeratam probare debet, multo magis id probare debebit, si pignus à debitore possessum vindicabit. Est enim maius onus petitoris, quam rei, *leg. fauorabiliores, D. de regul. iur.* Ita si creditori reo hoc onus imponitur: multo magis imponetur pignus persequenti. quæ sententia est *l. vltim. hic.*

AD TITVLVM XXXIV. COD. DE IVRE DOMINII IMPETRANDO.

SVMMARIA.

1 *Ius creditoris in pignore, vt aut distrahat, aut nemine ad emtorem accedente ius dominij à principe impetret.*
2 *Impetrationem dominij quæ præcedere debeant.*
3 *Forma in dominio impetrando obseruanda.*
4 *Impetrati dominij effectus.*
5 L. vltim. C. de iur. dom. imp. *ius vetus distrahendi pignoris non mutari.*

1 PErtinet hic † titulus ad ius creditoris in pignore. Id ius summum esse diximus, vt distrahere liceret, *leg. si cessante, supr. de distr. pignor.* Neque vero quidquam amplius creditori conceditur in dominio pignoris. Itaque pignus sibi frustra addicit: frustra per interpositam personam emit, *leg. & qui sub. supr. de distr. pign.* Si tamen pignus expositum emtorem non reperiat, consultum est creditori, vt rem dominij iure ei possidere liceat. Id ius impetratur à principe ad eum modum, qui hic præscriptus est *in leg. vlt. hoc titul.* Quam ita commodissime intelligemus, si in hac impetratione hæc ordine spectentur, primum ea, quæ hanc interpretationem præcedunt, deinde ipsa interpretatio, 2 postremo, quæ hanc sequuntur. Quæ præcedere † debeant, hæc sunt. Primum, vt creditor denuntiet debitori, vt soluat, aliqui fore, vt ius pignoris exsequatur. Et hoc, si debitor non negabit se debere, quod si negabit, creditor iudicio aduersus eum experiri debet, & efficere, vt condemnetur. Secundum est, vt post hanc denuntiationem, aut sententiam acceptam totum biennium cesset debitor. Tertium, vt biennio exacto creditor pignus vænum exponat. Quartum, vt exposito pignore emtorem non reperiat. cum qua parte congruit *l. debitor. D. ad Treb.* Quintum, vt ad extremum creditor iterum præsenti debitori denuntiet, vt soluat. sin aberit, curet, vt magistratum adeat, qui absenti per apparitorem tempus præstituat, intra quod adsit, & pecuniam offerat.

His † peractis rebus, recte peruenietcreditor ad dominij im- 3
petrationem. In quo impetrando hæc forma obseruatur, vt creditor precib. principi oblatis petat sibi pignus dominij iure possidere licere. quo facto, rescripto principis id impetrat. Quod de precibus hic dicitur, monendi sumus hæc esse, quæ his precibus creditor complecti debeat: nempe & nomina debitorum, & declarare se solemnia peregisse, de quibus diximus. sumtum ex *l. 1. h. 1.* Ex eadem lege intelligimus creditorem non debere generaliter petere, vt sibi vniuersa bona debitoris addicantur, sed nominatim res certæ, vt de his vænum expositis constare possit, deque earum æstimatione, ne plus cōsequatur creditor, quā ei debetur.

Impetrationem † sequitur huius effectus. est autem hic in §. 4
sin autem tempore. vt post impetrationem debitori nihilominus aliquid iuris relinquatur in eam rem. Ac primum intra biennium ex quo ius dominij impetratum est, fit potestas debitori rei suæ recuperandæ, si modo debitum offerat cum vsuris, & omni damno, quod ex eius frustratione creditor passus est. Hoc ius singulare esse notādum est. nam postquam creditor dominus esse cœpit, postulabat ius dominij, vt res ei inuito auocari non posset, quantumliber ei debitum offerretur, *l. non est. supr. de resc. vend. l. id quod nostrum. D. de reg. iur. l. penult. sup. si antiq. cred.* Et ideo bene hic dictum est, hoc ius humanitatis caussa debitori tributum. Vsuræ, de quibus hic dicitur, hæ erunt, quæ frequentantur in regione, vbi res agitur: dummodo non excedant modum constitutum, *l. 1. D. de vsur. l. eos. §. 1. sup. de vsur.* De damno quod diximus, si erit controuersia, de eo iuranti creditori fides habebitur, *d. §. fin autē tempore. in fin.* Biennio post impetrationem dominij peracto ius dominij creditori omni ex parte confirmatur. Sed tamen etiam tūc hoc relinquitur, de quo & agat ipse, & item debitor, vt siue ex ea re creditor minus consecutus sit, quam ei debetur, siue plus, id quo minus consecutus est, repetere possit vetere actione à debitore, §. *sed siquidem.* quod est amplius, id cogatur debitori reddere, §. *sin autem minus.* At qua actione? Nam debitor dominus rei esse desiit, & Iustinianus hoc casu omnia debitori iura integra hacipsa lege seruari ibidē iubet: vt intelligere quis possit hoc casu etiā in rem actionem debitori competere, vt prius. Sed idem Iustinianus ibidem etiam post hanc quæstionem emergētem vocat creditorem dominum. Melius est igitur, ne hic pugnantia inducantur, sic locum accipere. vt omnia iura debitori integra seruentur, non in rem, cuius dominium iam confirmatum est creditori, sed ad hoc, vt quod amplius in pignore est, quam debuit, id à creditore consequatur: verum tamen propriis actionibus. Qua actione igitur? non rei vindicatione, quæ ei non competit, qui dominus esse desiit, sed condictione ex lege, quæ hac lege noua constituta in eam rem intelligitur, *l. 1. D. de condict. ex leg.* Cauet tamē Iustinianus, vt in eam summam, quę excedit debitum, res, cuius dominium impetratum est, pignori sit vel ipsi debitori, vel eius creditoribus, quibus ipse prius eam rem obligauerat. Quod si sit cōtrouersia, quanti valeat pignus vltra quam creditori debetur, vt hoc ab eo reddatur, de eo sic cōstituit, vt intersit, vtrum eam rem apud se retineat creditor an vendat. Si sibi retinet, tanti res æstimatur, quanti reuera est. Quod si de eo dubitetur, iudicis erit cognitio & æstimatio, *ver. vlt.* Sin creditor eam rem vendat, non plus consequi intelligitur, quam quanti vendit. & si forte minoris vendiderit, quam quanti valet, non erit ei fraudi: dummodo iuret nihil dolo malo à se factum esse, vt minoris iusto venderetur, §. *sin autem dubitatio.* Hactenus constitutio. Sed † memine- 5
rimus huic locum esse, cum dominij ius impetrare vult creditor in pignore. ad ius autem distrahendi pignoris non pertinet. de quo dixi *ad l. 4. & seqq. supr. de distr. pig.*

AD TITVLVM XXXV. COD. DE PACTIS PIGNORVM, ET LEGE commissoria in pignoribus rescindenda.

Ad L. 1.

Imper. Alexand. A. Victorino.

Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solueret, cessurum se creditoribus, hypothecæ vendi-

venditionem non contraxit: sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. PP. Id. Octob. Alexandro A. Cos. 223.

CReditor pactus est, si intra certum tempus pecuniam non solueret, se creditoribus cessurum hypothecæ venditionem. Quæsitum est, *an pecunia sua die non soluta intelligatur pignus creditori venditum esse ex suprascripta conuentione.* Respondet Alexander non eam vim esse superioris conuentionis. Pactus est enim debitor se cessurum hypothecæ venditionem, id est, potestatem & ius hypothecam vendendi. Proinde nihil amplius ex conuentione habiturum creditorem, quam vt iure communi hypothecam vendat. Potest & rescriptum sic accipi, quasi quæsitum sit, an etsi tantum potestas tribuatur creditori ex superiore conuentione hypothecam vendendi, tamen conuentio seruari debeat. Mouet, quod lex commissaria in pignoribus repudiata est.

Videri autem potest hæc conuentio legi commissoriæ similis. Etenim lex commissoria in pignoribus est, vt res sit vendita creditori pœnæ caussa, si sua die pecunia soluta non erit. Hac vero conuentione efficitur, vt res vendatur, si minus creditori, at certe alij. Respondet Alexander, conuentionem hanc valere. neque enim esse legi commissoriæ similem, quoniam ex lege commissoria venditio contrahatur cum creditore pro ea pecunia, quæ debetur, hac autem conuentione debitor venditionem non contrahit, neque cum creditore, neque cum vllo alio: sed tantum id tribuit creditori, quod ipse etiam sine conuentione esset habiturus, nempe vendendi potestatem. Ex quo recte colligit, eum iure communi recte pignus vendere posse. Potest etiam locus sic accipi verbis non repugnantibus, quasi dicat Imperator, conuentionem hanc qua debitor paciscitur, se pecunia non soluta cessurum hypothecæ vendendæ potestatem, esse inutilem, quia sit superuacua. nam etiam sine conuentione ius idem creditor esset habiturus. Quod verum esse docuimus ad *leg. 4. & seqq. supr. de distr. pign.* Hac postrema sententia exprimitur illud, quod indicatur in *l. Cornelius. D. de hered. instit.* adiectionem omnem superuacuam esse eius rei, quæ etsi adiecta non esset, intelligeretur tamen.

Ad L. Si fundi nomine. 2.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Dionysio.

Si fundi nomine, quem vendideras, emtori ab alio mota proprietatis quæstione alterum fundum pro eius euictione pignoris hypothecæue titulo emtionis instrumētis ea lege dedisti, vt quem secundo tradideras, si is, quem vendideras, euictus non fuerit, obtineas: de hoc contra eum, qui mouerat quæstionem lata sententia: emtori parata securitate circa eum, quem obligaueras, restituendum: conuentionis fidem impleri (si negotium integrum est) præses iubebit. S. Calend. Decembr. Sirmij, AA. Coss.

SEntentia hæc est, cum pignus sub conditione datum est, deficiente conditione pignus nec datum videri, eoq; & de pignore competere pignoratitiam actionē quod pene totidem verbis comprehensum est *in l. solutum. §. 1. D. de pign. actio.* Rescriptum id hoc loco ex facto in hac specie, cum fundus creditori obligatus esset hac conditione, si alius fundus venditus euictus esset, & cōstitit eum fundum euictum non esse. Ergo quod quæsitum est hoc loco, erit in hanc rem de pignore recipiendo pignoratitia actio. Quæ actio, quia certa est & vulgaris, ideo præscriptis verbis actioni in proposito locus non est, si ius vetus sequamur. *l. 1. 2. & 3. de præs. verb.*

Ad L. Vlt.

Imperat. Constantinus A. ad populum.

Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoq; repellit, & futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. Data 2. Cal. Febr. Serdicæ, Constant. A. VII. & Constantio Cæsare Coss. 354.

SVMMARIA.

1 *Lex in conuentionibus, quid.*
2 *Commissaria, quid.*
3 *Lex commissoria in emtione, quæ.*
4 *Lex commissoria in pignoribus, quæ: & cur improbata.*
5 *Legem commissoriam in emtione ne nunc quidem improbari; aut improbatam antea: & cur aliter in pignoribus.*
6 *Legem commissoriam in pignore nusquam alibi admissam proponi, & de locis in speciem contrarijs responsum.*

CEtera pacta in pignore dando recipiuntur. Improbatur id solum, quod hic dicitur lex commissoria in pignore, de qua dicemus hoc ordine: Quid sit lex commissoria, & vnde dicatur: Quid sit caussæ, cur lex commissoria in pignore improbetur, nō in emtione: Quibus conditionibus improbetur, & qui loci in iure hanc legem admittere videantur. Lex in conuentionibus † dicitur conuentio non quæuis, sed conuentio traditioni rei nostræ adiecta, aut conuentio, qua in re nostra tradenda conuenit, vt qui accepit, aliquid faceret, aut non faceret, quasi dicas, traditionis rei nostræ temperamentum quoddam, *l. legem, sup. de pactis. ea lege. supr. de condict. ob cau. dat. leg. 1. l. 3. l. seruus ea lege. D. de ser. expor.* quam vim huic verbo subesse, & vnde sit ducta, ostendit ad *d. leg. legem, supr. de pact.* 1

Commissoria † dicitur à committendo. Dicitur autem res quæq; committi alicui, cum domino rei suæ dominio excidente dominium alteri acquiritur, vt sic res dicatur alteri commissa, quasi dicas ita ei traditam, vt incipiat in eius iure & potestate esse. deniq; sic commissam alteri, vt is pro suo arbitratu de ea re possit statuere. Id intelligere possumus in iis mercibus, quæ ob delictū fraudati vectigalis dicuntur in commissum cadere, id est, in pœnam commissi. *l. interdum, D. de publ.* Nam hic in commissum merces cadere dicuntur, quæ committuntur fisco, & dicuntur fisco committi, quæ veteribus dominis ademtæ fisco vindicātur, quasi dicas, fisco traduntur, vt sint iam in eius potestate, *l. commissæ, D. de Publicia.* quam verbi significationem & originem confirmari pluribus *ad l. 4. §. Cato. D. de verb. obl.* 2

Hinc † dicta est lex commissoria in emtione. Est enim hęc lex, cum in conuentione ita conuenit, vt pretium certa die soluereturr, & nisi solutum esset, res esset inemta, id est, emtor dominio eius rei excideret, res ad venditorem veterem dominum reuerteretur, *l. 2. D. de leg. com.* Qua conuentione apparet, rem emtori ademtam venditori committi, id est, quasi tradi & addici, vt is de ea pro suo iure statuat. Hoc exemplo † dicta est hoc loco lex cōmissoria in pignore, cum creditor pecuniam credit ea lege, id est, eo pacto & conditione, vt pecunia certa die sibi reddatur, si ea die soluta non erit, vt pignus, quod eo nomine obligatum est, suum fiat pro pecunia credita, & quod iam sæpe diximus, ei committatur pignus pœnę caussa ob id, quia pecunia sua die soluta non sit. Hæc est lex, seu conuentio traditioni pecuniæ & pignoris adiecta, quæ hac lege improbatur. Non recte improbatur, dixerit aliquis, quoniam si nō lęditur hac conuentione debitor, nulla caussa est eius improbandæ. Sed etsi lædatur, tamen ideo conuentio seruanda est, quia licet vnicuiq; de re sua paciscī: licet etiam vnicuique paciscendo deteriorem conditionem suam facere. *l. iurisgentium. §. si paciscar. leg. pactum. D. de pact. l. pen. supr. de pact.* Et improbandi ratio est, quod non omnia pacta de re priuata valēt, sed ea, quę neq; dolo malo facta sint, neq; contra bonos mores, cetera contra, *l. iurisgentium, §. ait, D. de pact. l. pact. quæ contra supr. de pact.* Hæc autem lex, de qua agitur, ex hoc genere est, est enim contra bonos mores. Et probabile est, non hac constitutione Constantini primum hanc legem improbandam esse, sed etiam displicuisse veteribus, tantum pœna aucta est, & ius apertius constitutū hac constitutione, cum aut veteres in eo variarent sententiis, aut ab his ita cōuentio acciperetur, vt recipiretur per conuenientiā. Est autem contra bonos mores, quia inuitat creditorem ad delinquendum & fraudandum eos qui non consentiunt, quod genus totum improbari constat *l. 5. D. de pact. dot.* Inuitamentum ad 3 4 5 6

fraudandum huiusmodi est. nam si impune licebit creditori hoc pacisci, semper hanc legem in pecunia credenda adiicient creditores, & res ad se quam minimo transferrent. debitores autem necessitate pecuniæ accipiendæ constricti & hanc legem & aliã quamuis facile suscipient, vt sibi pecunia potiri liceat. Hæc lex
5 nominatim improbatur in pignore. Vnde † intelligimus legem commissoriam in emtione etiam nunc manere. Id enim manere necesse est, quod sublatum non probatur, *l. præcipimus, in fi. supr. de appell.* Et merito lex commissoria in emtione non item improbatur, vt in pignore. Altera enim iniusta est, altera iusta. Lex commissoria in pignore dominium veteri domino aufert. Lex commissoria in emtione dominium veteri domino conseruat, nempe venditori. Lex commissoria in pignore pignus addicit creditori pro minima pecunia interdum, quæ credita est. Lex cõmissoria in emtione rẽ venditori suo addicit iusto petio, certe eo, quod ab emtore prius profectum erat, de quo ille queri non debet. Postremo lex commissoria in pignore adiicitur non contentiente debitore, qui necesse habet propter inopiam pecuniã accipere. Lex autem commissoria in emtione nulla necessitate adiicitur, quia nemo cogitur emere. Non est igitur mirandum, si in emtione recepta, in pignore improbetur. Neq; vero credibile est vnquam constitutione Constantini in emtione legem commissoriam repudiatam fuisse. Etsi enim hæc constitutio in Codice Theodos. indefinite legatur scripta de lege commissoria: tamen ex adiunctis constitutionis apparet Constantinum sensisse de lege commissoria in pignoribus. Primum, quia nominat acerbitatem huius legis commissoriæ, quæ acerbitas huius legis nulla est in emtione. Deinde iubet creditores accipere, quod dederunt, quæ verba ad venditorem non pertinent, sed ad eum, qui mutuam pecuniam credidit. Vtcumque est, semper illud constat legem superiorem improbari saltem in pignore hac constitutione.

6 Sed videndum est, † ne qui loci huic constitutioni aduersentur. Ex quo genere pleriq; esse videri possunt. Primum recipitur hæc venditio, si debitor pecunia accepta, & dato pignore, simpliciter postea pignus det creditori in solutum. *l. cum dominam, sup. de pig. l. Titius. D. de pign. act.* Quidni igitur & ab initio in pignore dando pignoris quoq; venditio recte contrahatur sub conditione, si pecunia soluta non erit? Sed longe dissimilia hæc sunt. Nam hac venditione ab initio interposita fraudatur debitor, qui necesse habuit eam interponere, cum creditor alia lege pecuniam non daret. Postea autem si debitor rem vendit pro pecunia vendita, volens rem vendit, non coactus, *l. nec emere. supr. de iur. delib.* Nemo autem videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt, *l. nemo videtur. D. de reg. iur.* Immo, dicet aliquis, etsi venditio pignoris contracta erit ab initio sub hac conditione, si pecunia soluta non erit, venditio recte contrahetur. Sic enim recte contrahi placet, vt pecunia sua die non soluta, res creditori emta sit iusto pretio tunc æstimanda. *l. si fundus, §. vlt. D. de pign.* Sed multum interest, vtrum conuenerit, vt res creditori emta esset pro pecunia credita, an vero emta esset iusto pretio. Nam hoc casu posteriore nulla iniuria fit debitori, si iustum pretium accipit. Postremo obiicitur l. *vlt. D. de con. emt.* vbi ipsissima lex commissoria, de qua diximus, admitti videtur. Recipitur enim hæc conuentio, fideiussor, qui creditori debitoris datus est, habeat pignus creditori datum sibi emtum, si pecuniam nomine debitoris creditori soluerit, & habeat tantum pro pecunia creditori soluta, id est, debitori credita. Respondeo: Lex commissoria in pignoribus improbatur, quæ rem addicit ipsi creditori non etiam quæ rem addicit vel fideiussori, vel alij, qui pecuniam non credidit. Differentiæ ratio est, quod creditori adiicere hanc legem cogitur debitor, qui aliter pecuniam non acciperet à creditore: alij adiicere non cogitur, quoniam ab eo pecuniam non accipit. Iam autem dixi neminem fraudari, qui sciat & consentiat non coactus.

AD TITVLVM XXXVI. COD. DE EXCEPTIONIBVS, SEV PRÆscriptionibus.

SVMMARIA.

1 *Liberationum summa diuisio.*
Ipso iure liberari, quid, & quid per exceptionem, id id.
2 *Exceptionem ad liberationem initio opponi debere: & illud Pauli quid sit, In stipulationibus ius, in pactis factum versari.* l. si vnus. §. pactus. D. de pact. & num. 10.
3 *Exceptio quid?*
4 *Exceptionis vis ad liberandum, & huius vis ratio,* & num. 6.
5 *Nullam esse exceptionem, nisi quæ actioni prius iure summo constituta opponatur.*
6 *Iusta petitio, & iniqua apud Iustinianum quid distent.*
7 *Exceptiones facti, quæ vulgo dicuntur, exceptiones non esse.*
8 *Intendere, intentio, quid, & vnde translata appellatio.*
9 *In condemnationem quid deducere, quid sit in* leg. 2. D. de excep.
Eximere condemnatione, minuere condemnationem, de quibus exceptionibus dictum. ibid.
10 *Exceptionis vsus, vt in lite contestanda opponatur actori: hinc illa verba, opponere, obijcere exceptionem, exceptione actori occurrere.*
11 *Exceptio vnde sic dicta, & cur dicta conduio.*
12 *Exceptiones temporales, aut perpetuas esse, & quid horum vtrumque.*
13 *Temporalium exceptionum genera, & caussæ.*
14 *Perpetuarum exceptionum species & caussæ.*
15 *Præscriptionem nihil aliud esse, quam exceptionem, & vnde huius appellationis origo.*
16 *Præscribere alicui idem esse, quod præscriptione, seu exceptione vti aduersus aliquem: & errare eos, qui præscribere putant idem esse, quod temopre acquirere, præscriptionem longi temporis esse acquisitionem, quæ longo tempore contingat.*

CVm propositum sit deinceps de liberationum generibus agere, & de stipulatione, sine qua non fit recte nouatio & acceptilatio: non inepte factũ videtur, vt coniungeretur hic tractatus *de exceptionibus.* Est enim exceptio species liberationis. Et quoniam minus hoc modo debitores liberatur, quam cum liberantur ipso iure, inde etiam factum videri potest, vt hic tractatus præmitteretur iis caussis, quibus ipso iure obligatio tollitur. Id quale sit, intelligitur ex diuisione liberationis.

Ergo † liberantur debitores iure omnium obligationum cõ- 1
muni partim ipso iure, partim per exceptionem, *l. qui seruum. §. 1. D. de obl. & act. l. cum quis. 38. §. 1. l. qui decem. 72. D. de sol.* Ipso iure, cum ipso solum iure, puta verbis ipsis legis sine alio suo facto quis liberatur. quod quibus modis fiat, dicetur oportunius, infra ad tit. *de nouat.* Per exceptionem, cum subtilitate iuris, id est, verbis ipsis manente obligatione, reus equitate aliqua defensionis se tuetur. quæ defensio actioni opposita dicitur exceptio. *Inst. de excep. in pr. & deinceps. l. si quis cum. 36. de verb. obl.* Valet interdum ipso iure idẽ, quod iure ciuili, non prætorio. de qua significatione horum verborum in vsu iuris scripsi pluribus ad *§. actiones autem. Instit. de act.* Hic ipsum ius exceptioni oppositũ idem valet, quod ius solum. Estq; omnino superioris distinctionis hęc sententia. Tollitur obligatio & actio ipso iure, id est, solo ita, vt ad omnem defensionẽ in lite contestanda sufficiat reo negare se debere. Perimitur per exceptionem, cum necesse est, vt fateatur se adhuc iure ciuili debere, sed aduersus intentionem iure ciuili comparatam opponere debet defensionem, qua actionem excludat: quæ, vt dixi, defensio exceptio appellatur *Insti. de excep. in pr. & deinceps.* Ita fit, vt defensio exceptionis sit in facto rei posita ad eius liberationem. Hoc est, † quod Paulus scribit *in l. si vnus, §. pact. D. de pact.* in stipu- 2
lationibus ad liberandum reum ius, in pactis autem factum versari. Non significat, vt vulgo ea sententia accipitur, pacta iure non valere ad liberationem, sed tantum factum nudum habere. Nam reuera pactum prodest ad liberationem non minus, quam stipulatio Aquiliana. *l. 5. sup. de pact.* Sed inter vtrumque hoc interesse significat Paulus, quod stipulationes & liberationes iuris ciuilis ius continent, id est, iure ipso debitorem liberant & actionem perimunt, pacta autem factum debitoris continent ad liberationem, id est, ita debitorem liberant, si ipse in iudicio exceptionem opponat, & eo facto se tueatur aduersus intentionem, de quo scripsi plura ad *d. l. 5. sup. de pact.*

Hac diuisione constituta, res eo redit, vt si nouerimus, quid sit exceptio, & quibus ex caussis exceptiones de re quaq; nascantur, siue quot genera sint exceptionum, eadem opera quibus modis quisq; per exceptionem liberetur, intelligamus. quę nunc breuiter subiiciam. Exceptio † sic definitur ab Vlp. *in l. 2. de excep.* quasi quædam exclusio, quæ actioni cuiusq; rei opponi solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. Aliis verbis, sed prope eadem sententia sic definitur à Paulo *in l. exceptio. 22. D. eod.* vt sit cõditio, quæ modo eximit reum damna-

damnatione, modo minuit damnationem. Definitiones sumtæ illa ab effectu exceptionis, & vtendi modo, hæc etiam à conceptione.

4 Effectus † hic est. Exceptio exclusio est actionis. Hinc intelligimus, tametsi debitor qui exceptionem habet iure comparatam actione vetere iure ciuili teneatur, tamen opposita exceptione id eum cõsequi, vt non magis teneatur, quam si aduersus eum nulla esset actio ad quod demonstrandum pertinent exempla tit. *Inst. de excep.* Atq; hinc nata regula iuris, nihil interesse, vtrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Ex eadem vi nata verba rei cõuenientia, repelli, remoueri, submoueri, excludi, infirmari actionem exceptione, seu ope exceptionis, quæ legenti passim in hoc argumento occurrẽt. Non est † exceptio quæuis exclusio, sed exclusio actionis: ex quo intelligimus nulli competere exceptionem, nisi subsit actio iure ciuili constituta, qua is teneatur: vt persecutio quidem iusta aduersus eum, cum quo agitur, vt loquitur Iustin. *Inst. de excep. in pr. & deinceps.* Iustam vocat, † quæ iure nititur & consistit, inquam, ex qua non sit æquum debitorem condemnari, postulante id legis sententia. Et vero hac de caussa recte constituitur, ne actio legitima noceat, quæ iure tantum summo nocet. Neque enim ius summum dicendum ius est, nisi abusiue. Vnde ius definitur ars non summi iuris & verborum, sed æqui & boni, *l. 1. D. de iust. & iur.* Quod † si ita est, apparet errare vulgo interpretes, qui cuderunt nobis eas exceptiones, quas appellant facti, id est, eas allegationes, quibus ostenditur actionem ipso iure sublatam esse veluti cum debitor solutionem allegat. Atqui non est exceptio, quæ actionem præcedẽtem non excludit. Solutionis autem allegatio non potest actionem præcedentem excludere, cum actio post solutionem nulla esse cœperit. Explicat autem Vlpianus qualis sit hæc exclusio, quæ obiicitur. Ad excludendum inquit, id, quod in intentionem condemnationemue deductũ est. In intentionem, id est, in petitionem. Intendere † est contendere aliquid ab aliquo, vt nobis præstet, vel affirmare aliquid, quo ab alio quid petamus, §. 1. *Inst. de act.* Hinc intentio omnis affirmatio, qua aliquid ab aliquo petimus. *l. si quis intentione. D. de iud. l. vindicantem. D. de euict. l. in exceptionib. D. de prob.* Significatio trãslata à sagittariis, qui arcum intendunt in rem aliquam, vt eam petant. quod facit omnis, qui iudicio experitur, dum aduersus reum intendit actionem. Vnde & actor, cum agit, dicitur dirigere actionem aduersus reum. *l. 2. h. tit. & l. 1. sup. de exsec. rei iud.* In condemnationem † accipere possumus, & in condemnationem futuram, & in condemnationem præteritam: vt significetur exceptionem excludere id, quod in intentionem deductum est in hoc, vt reus postea condemnetur in id, quod petitur, vel vt excludatur id, in quod iam reus condemnatus est, quam ad rem comparatæ sunt exceptiones iis, qui in id, quantum facere possunt, conueniuntur ex condemnatione. de quibus in §. *pen. Institut. de act.* Ex hoc sensu illud dictum accipi potest. quod est in definitione Pauli, cum dicitur exceptio esse, qua modo reus eximitur condemnatione, modo minuitur condemnatio. Eximitur condemnatione, cum petitio penitus excluditur, minuitur condemnatio, cum in id solum, quod facere potest, condemnatur, aut in solidum condemnatus conuenitur tantum in id, quod facere potest, propter exceptionem.

10 Atq; † hic effectus est exceptionis. Sed quomodo exceptione vtetur reus ad defensionem? Id indicatur verbis illis definitionis, quæ cuiusq; rei actioni opponi solet, quibus significatur ita exceptione excludi actionem, si exceptio actioni opponatur. Hæc illa rursum nata ex re, obiicere, opponere exceptionem, petenti actori exceptione occurrere, quod postremum est *in leg. 4. D. de seruit.* Opponitur autem in lite contestanda. *l. siquidem. leg. præscriptionem. infr. hoc tit.* Atque hæc oppositio ita exceptionis propria, vt si sit prætermissa, nihil prosit postea reo exceptio ad liberationem. Vnde merito diximus defensionem omnem exceptionis in facto rei esse positam. Sic ergo exceptione vtimur ad excludendam actionem.

11 Est † præterea & exceptionis sua conceptio & formula verborum, à qua exceptio cõditio appellatur *in d. l. exceptio. ff. de excep.* Si cognouerimus, quamobrem defensio ad excludendam actionem comparata dicatur exceptio, simul quamobrem dicatur cõditio intelligemus. Nonnulli putant exceptionẽ dictam esse quia exceptione sic excipiatur actio intentata à debitore, vt pila in nos emissa à nobis excipiatur, quam in alium retorquemus. Non male fortasse, si vis verborum spectetur. Sed verendum est, ne non satis sit ex vsu actorum. Nam exceptione dicitur actio repelli. Contraria sunt emissum accipere & repellere. Res sic habet. Defensio omnis actioni opposita ad eam excludendam eodem modo dicitur exceptio, quo vsitate exceptiones dicuntur orationes, quibus aliquid de regula excipimus. Id enim facit omnis defensio, si cum intẽtione aduersarij conferatur. Nam intentio actoris generalis est, qua exempli gratia, decem mutua petens id agit, vt reus in ea decem condemnetur, quia intendat omnem, qui mutuum accepit, mutuum reddere debere. Exceptio à reo opponitur, qua excipit pactum, iusiurandum, rem iudicatam, & similes caussas, ex quibus exceptiones nascũtur: vt dicat videlicet, quod intendis, actor generaliter omnem, qui mutuum accepit, mutuum reddere, sic accipiendum est, nisi pactum inter nos interuenerit, ne à me peteres, nisi ego iurauerim te deferente me reddere debere, & si quæ sunt similes caussæ, quæ totidem sunt superioris definitionis exceptiones. Iam vero omnis exceptio, qua quid excipitur de regula, conditio est, certe concipitur sub conditione. Sic enim subiicitur: hoc ita est, si non, nisi illud, aut illud factum erit, & si quæ particulæ eandem vim habent. Hinc factum, vt exceptio conditio appelletur. Quam ob caussam animaduertere possumus fere omnem exceptionem concipi sub conditione. Ex innumeris locis liceat duos citare, *leg. 2. leg. si à te. ff. de excep. rei iud.* de quo more iudiciorum veterum si quis plura desideret, reperiet diligenter expositum à Duareno *ad. iurisgentium.* §. *1. ff. de pact.* in illis verbis, *actionem à prætore dandam.*

Nunc † quæ sint exceptiones, seu qui modi, quibus per exceptionem in re quaq; quis liberetur, videamus. Exceptionum duo sunt genera. Quædam sunt temporales & dilatorię, quędam perpetuæ & peremtoriæ. Temporales & dilatorię sunt, quę ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Aliter temporales præscriptiones dicuntur sub titul. *de diuers. tempor. præscription.* Illic enim exceptiones temporales dicuntur, etiam quæ sunt perpetuæ: sed temporales ideo, quia ex vsu longi temporis nascuntur. Perpetuæ & peremtoriæ sunt, quæ perpetuo agenti obstant, eoque modo rem, id est, caussam, de qua agitur, perimunt: hæc *in l. 3. ff. de except. & §. appellantur. Instit. eod.* Dilatoriarum † & temporalium exceptionum tria genera sunt. Quædam sunt iudicij recusandi & transferendi caussa, nata ex eo, quod quis non recte iudicium ordinat, puta quia is agit, cui actio non competit, aut eo loco agitur, vel apud eum magistratum, vbi & apud quem conueniri quis non potest: quo in genere est exceptio, quæ dicitur procuratoria, & eæ, quæ dicuntur vsitate fori præscriptiones. §. *penult. Institut. eod. leg. vlt. hoc tit.* Quædam sunt de re ipsa, quæ ex pacto nascuntur, cum ita conuenit, ne intra certum tempus ageretur. §. *appellantur. Instit. eo.* Quædam minuendę condemnationis gratia, quæ non tam ex re, quam ex conditione personæ debitoris nascuntur, eique humanitatis caussa tribuuntur. Huius generis est exceptio omnis, quę datur debitori in id, quod facere potest. Quæ quibus personis, & quibus ex caussis tribuantur, exponitur *in §. pen. Inst. de act. l. sunt qui. & seqq. ff. de re. iud.* Huius generis exceptiones recte dilatorias & temporales esse dicimus: nam tamdiu nocent creditori, quamdiu debitor facere non potest: quod si debitor facultatibus auctus sit, & facere posse incipiat, iam amplius non vtitur hac exceptione. *leg. vnica. §. cum autem. sup. de rei vx. act.*

Perpetuæ † & peremtoriæ exceptiones caussis itidem distinguuntur: quę sunt variæ. Licet autem hanc generum distinctionẽ in his obseruare. Igitur quædam à principio in re contrahẽda statim nascuntur, quædam existunt postea. Nascuntur ab initio exceptiones perpetuo partim ex re, & eo, quod factum est: partim ex persona aut rei, aut debitoris. Ex re nascuntur, si quis quid metu promiserit: si promiserit inductus dolo, si promiserit errore lapsus, dum putat se debere, quod non debet: si cauerit pecuniam tanquam acceptam, quæ ei munerata non sit. Hinc illæ exceptiones: *Quod metus caussa*, de qua *in Instit. eod. in princ.* Exceptio doli species de qua *in Institut. ibidem. & titul. ff. de doli mali & metus excep.* nam & generalis doli exceptio est, quę ex omnibus aliis exceptionibus oritur, quoniam dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. *l. 2. §. & generaliter. ff. de doli & metus exceptio.* Exceptio in factum erranti, de qua eodem loco *Institut. & leg. si quis cum aliter. ff. de ver. obl.* Item exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua *in §. 2. Institut. eod. leg. aduersus. & tot. tit. sup. de non num. pec.* Has exceptiones iam ab initio nasci apparet, quia iam ab initio caussas, ex quibus nascantur, constitutas

habent. Ex persona nascuntur ab initio duæ exceptio SC. Macedoniani, & exceptio SC. Velleiani. Prior filiisfamilias comparata est de pecunia ipsis credita: comparata non ipsorum fauore, sed odio fœneratorum. Posterior tributa mulieribus, quæ pro aliis intercesserunt, ipsarum scilicet gratia, dum earũ infirmitati consulitur. de his est *in l. 7. §. 1. ff. eod. l. qui exceptionem. ff. de cond. ind.* Adde titulos, qui sunt de his caussis D. & C. *de senatusconsult. Macedon. & ad senatusconsult. Velleian.* Exsistunt post rem contractam exceptiones ex his pene caussis. Primum ex volũtate actoris, si voluit debitorem, aut eum, cum quo agitur, non teneri. Tum ex iureiurando debitoris, si iurauerit debitor actore deferente se non debere. Præterea si debitor iudicio absolutus erit. Postremo ex tempore. Voluntas actoris debitorem exceptione liberat, quocunq; modo nuda voluntate cõstituerit, ne debitor teneretur. Hinc exceptio pacti conuenti, si cõuenit inter debitorem & creditorem, ne creditor peteret: de qua *in §. præterea. Inst. eo.* hæc edicto de pactis comparata est, *l. iuris gentium, §. sed cum nulla. & §. ait. ff. de pact. l. in bonæ fidei. sup. de pact.* Hinc & exceptio in factum, vel doli mali aduersus heredes, si testator voluit debitorem aliquo modo liberari: de qua specie est *in l. 1. hoc tit.* Ex eodem fonte est exceptio rei vẽditæ & traditę, proposita ei, cui res vendita tradita est ex voluntate venditoris, aut eius, qui postea venditori heres exstiterit *l. 1. & toto tit. ff. de except. rei vend.* Ex iureiurando est exceptio iurisiurandi, de qua *in §. æque. Inst. eo.* hæ proposita est edicto de iureiurãdo: de qua *in l. ait. & l. nam posteaquam. ff. de iureiur.* Ex sentẽtia, qua absolutus est debitor, est exceptio rei iudicatæ: de qua *in §. item. si. Inst. eod. & tot. tit. ff. de except. rei iud. & l. 2. hoc tit.* Ex tempore nascitur exceptio ex constitutionibus, cum intra tempora constitutionibus constituta creditor non egit. *leg. sicut. & pene tot. tit. supr. de præs. trig. vel quad. anno.* & si qui sunt similes loci, quibus ad agendũ certa tempora præstituta sunt. Hæ fere excepriones; & exceptionum caussæ sunt: quod si quæ aliæ reperientur, sunt eiusmodi, vt ad has nullo negotio referri possint. Vnde tit. Dig. *quarum rerum*
15 *actio non detur.* Quæ † de exceptionibus diximus, eadem dicta intelligenda sunt de præscriptionibus, quæ pars est altera huius inscriptionis. Nam præscriptio nihil aliud omnino, quam exceptio. Vnde inscriptio huius tituli non sic concipitur, *de exceptionibus & præscriptionibus*, quasi de rebus diuersis, sed *de exceptionibus*, seu *præscriptionibus*, particula, *seu*, interposita, quæ easdem res proponi declarat: vt in illis inscriptionibus liquet, *Lælius*, seu *de amicitia*: *Cato maior*. seu *de senectute*. Præscriptionem autem idem declarare, quod exceptio, hinc facile intelligitur, quod quæ exceptiones vsitate dicuntur, eædem dicuntur præscriptiones: & contra quæ vsitate dicuntur præscriptiones, hæ dicũtur etiam exceptiones. Vt puta, defensio, quæ nascitur debitori ex re iudicata, vsitate appellatur exceptio rei iudicatæ. *toto tit. de except. rei iud.* At hæc dicitur præscriptio rei iudicatæ *in l. iudicatæ. ff. de exception. rei iudic.* Sic & doli exceptio vsitate exceptio dicitur: in quæ verba est titulus de hac specie *ff. de doli mali & metus exception.* sed & hæc dicitur doli præscriptio *in l. si debitor. 91. ff. de sol.* E conuerso defensio, quæ nascitur debitori ex eo, quod quis in suo foro non conuenitur, aut non conuenitur ab eo, qui sit procurator, dicitur frequentius præscriptio fori, & procuratoria. *l. penult. & vlt. hoc titul.* Ad hæc eadem dicitur exceptio procuratoria *in §. penult. Institut. eod.* Item defensiones, quæ nascuntur ex possessione longa, vsitate dicuntur præscriptiones longi temporis. *tit. de præscription. long. tempor. supr.* Atqui hæc præscriptio nihil aliud est, quã exceptio temporis, idq; ita interpretantur *l. creditor. ff. de diuers. tempor. præscript. l. supr. super. supr. de præscript. long. tempor.* Significatio inde ducta est: nam inter cetera præscribere est dictare, & ostendere alicui, quo modo se gerat, & quid facto sit opus. Id autem facere intelligitur omnis reus, qui exceptione vtitur. Nam creditor, cum exempli gratia contra pactum de pecunia non petenda, pecuniam à se creditam petit, & intendit reum ex caussa mutui dare oportere, generaliter intentionem concipit: reus exceptione pacti vtendo hoc dicit, illum male generaliter agere, & debuisse addere hanc exceptionem, nisi pactum interuenerit, ne peteret. Hoc autem dicere, & docere actorem, nihil est, quam ei præscribere, quomodo intentionem suam concipiat, & postulare, vt ad eam normam in iudicio exceptio pacti adiiciatur. Inde factum est, vt hæc exclusio, & quasi præformatio eius, quod actor in concipienda intentione facere debeat, præscriptio rei datur.

16 Id autem † esse præscribere declaratur *in leg. Titia. §. Caius. ff. de leg. 2.* vbi dicitur heres præscribere coheredibus suis, pro eo, quod est contra heredes suos except'one vti. Ex quibus adparet, quid iudicandum sit iis, qui vulgo putant, præscribere esse longa possessione acquirere, & eam acquisitionem ita distinguunt, vt res quidem mobiles dicant vsucapi, res autem immobiles præscribi, quod longe secus est. Nam qui acquirit, acquirit sibi, non aduersario: at qui præscribit, is aduersario præscribit, non sibi. *d. l. Titia. §. Caius.* Non est idem igitur præscribere & acquirere. Denique apparet ex iis, quæ posuimus, præscriptionem in vsu iuris nihil aliud esse, quam exceptionem: & præscriptionem temporis, seu longæ possessionis, de quo plura alias.

L. Debitores. 1.

Imp. Antoninus August. Claudio.

Debitores quidem hereditarij vnicuique heredem pro portione hereditaria, antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsoluisti, quibus nomen patris tui testator in diuisione adscripserat, doli mali exceptione aduersus alios agentes tueri te potes. PP. Kalend. August. Duobus. & Asprís Coss. 213.

SVMMARIVM.

1 *Testatorem creditorem vni ex heredibus suis iubentem totum solui, non idem facere, quo minus & ceteris summo iure pars hereditaria debeatur. Hinc debitorem legatario soluentem non liberari summo iure: at liberari per exceptionem.*

EI, cui centum à Titio † debebantur, plures heredes exstiterunt. Lege duodecim tabularum actio huius summæ nomine inter heredes diuisa est pro portionibus hereditariis, vt hic traditur *in leg. 1. supr. si vnus ex plur. leg. licet. supr. fam. ercisc.* Ita fit, vt singulis heredibus non tota centum debeantur, sed portio hereditaria. Quod si verum est, non potest debitor consequi summo iure, vt liberetur à singulis aliter, quam si singulis soluerit portionem hereditariam, quæ eis debetur, aut soluerit alij voluntate singulorum. Ita ius est, vt quoniam nemo alterius inuiti, aut ignorantis conditionem deteriorem facere potest, *leg. soluendo. ff. de neg. gest.* ideo nec quisquam inuito, aut ignorante creditore alij soluendo liberetur, vbi scilicet hoc facto creditori actionem suam adimat. *leg. inuito. infr. de solut.* Quapropter hoc constabit, si debitor vni heredum totum soluerit ceteris non consentientibus, soluentem ea solutione ab aliis non liberari. Quid tamen, si testator quibusdam ex heredibus nomen hoc totum Titij adscripserit, vt hic factum proponitur, id est, legauerit: de quo genere est *in leg. ex legato. supr. de legat.* debitor autem cognita testatoris voluntate his totum soluerit, quibus nomen adscriptum est? Respondetur hoc loco, si à ceteris conueniatur, posse eum se tueri doli exceptione. Quo maxime confirmatur id ipsum, quod dixi, debitorem à ceteris, quibus non soluit summo iure non esse liberatum, sed his superesse adhuc veterem actionem, aduersus quam hæc sit exceptio, quandoquidem non potest exceptio esse, nisi aduersus actionem iure ipso constitutam, vt docuimus supra in definitione exceptionis. Et recte hic quoque hoc idem constituitur, & conuenienter superioribus regulis iuris. Nam etsi testator voluerit hoc debitum vni ex heredibus solui: tamen non eo minus ipsi testatori debetur totum, vt prius. Quod si debetur, ius facit, vt eo mortuo id pertineat ad singulos heredes pro portionibus hereditariis, quia heres succedit in omne ius defuncti. *leg. heres in omne. ff. de acq. her.* Nec quisquam putet, cum debitor voluntate testatoris vni ex heredibus totum soluit, ideo eum liberari, quia voluntate creditoris soluat: nam testator defunctus creditor esse desiit, & cœperunt creditores esse heredes, qui ei successerunt. Ita fit, vt quia debitor vni totum soluerit, non ex voluntate aliorum coheredum, qui etiam creditores sunt, ipse ea solutione aduersus ceteros ipso iure non liberetur. Sed quia est in potestate creditoris vetare, ne quidam ex heredibus id debitum petant, hac voluntate defendetur debitor, si petant ij, quos testator vetuit petere. Intelligẽdum est autem, cum testator voluit vni ex heredibus totum debitum attribui, eadem opera voluisse, ne ceteri à debitore peterent

Dixerit

Dixerit aliquis, eum, cui nomen legatum est, actiones vtiles habere, atq; ita creditorem esse. *d.l. ex legato. supr. de legat.* proinde & ei rei soluit. Quod & verum est: neq; de eo nunc quęritur, an recte ei soluatur inuitis ceteris: sed pecunia ei soluta quomodo debitor liberetur. Liberari eum fatemur: sed negamus id fieri ipso iure. Merito: nam & is, cui nomen legatum est, summo iure non est creditor. Obseruandum est enim eum actiones tantum vtiles habere. *dict. leg. ex legato. supr. de legat.* quo declaratur, eum non habere verbis legis, id est, summo iure: proinde nec solum creditorem esse, sed & ceteros quoque coheredes. Quę res facit, vt si debitor his quoque non soluat, eodem isto summo iure non liberetur.

L. Proportione. 2.

COgnosce sententeiam huius loci *ex leg. supr. quibus res iud. non noc. l. sæpe. ff. de re iud. tot. titul. supr. res inter alios iud. leg. 1. & leg. 3. ff. de except. rei iud.*

L. Aduersus. 3.

Idem A. Vitali.

Aduersus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelæ iudicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita, bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit.

SVMMARIA.

1 *Replicationis exemplum, & quid sit replicatio.*
2 *Lectio corrupta emendatur.*
Replicatio bonæ fidei iudicium non facit. *ibid.*
3 *Replicatio fraudis commentum repellit, quid sit.*

SI paciscatur creditor, ne à debitore suo petat, habet debitor exceptionem pacti, qua creditorem petentem sommoueat. §. *præterea. Institut. eod. titul.* Sed hoc ita est, nisi pactum dolo malo debitoris factum sit: nam quæ pacta dolo malo facta sunt, ea edicto prætoris non seruantur. *leg. iuris gentium. §. prætor ait. ff. de pact.*

1 Vt † autem hoc pactum, seu eius pacti exceptio creditori non noceat, consequitur id doli mali replicatione opposita, qua pacti exceptio eliditur, vt hic declaratur. Non enim pactum ipso iure tollitur. *leg. si vnus. §. pactus. ff. de pact.* In proposito autem sic euenerit, vt pactum dolo malo debitoris factum sit, si proponas eum, qui olim tutor fuisset, affirmasse ei, cui tutelæ nomine obligatus erat, multo minus esse in bonis, quam erat: de reliquo, se tantum in id impendisse, quantum ex reliquatione debere potuit. Itaque facile impetrasse, vt pupillus creditor paciscereturne amplius tutelæ nomine cum eo ageret. Sententia notanda est de replicatione. Quemadmodum si actio iniqua est, defenditur reus aduersus actionem exceptione vel pacti vel alia qualibet: ita si iniqua est exceptio, vt interdum accidit, veluti in specie hoc loco proposita, creditor aduersus exceptionem alia exceptione contraria defendetur, quæ exceptio in persona creditoris dicitur replicatio. De quo genere est sub titul. *Institut. de replicat.*

2 Est † autem lectio postremorum verborum in hoc rescripto animaduertenda. Recepta ab omnibus lectio hæc est: nam replicatio doli opposita bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit. Hæc scriptura defendi non potest. Non enim vllo modo recipiendum est, vt dicatur replicatio doli opposita facere iudicium bonæ fidei. Si replicatio opponitur à creditore, qui ex stipulatu agit, id est, iudicio stricto, replicatio non faciet, vt iudicium, quod sua natura strictum est, efficiatur bonæ fidei. Quod si opponitur replicatio, in iudicio bonæ fidei, vt in iudicio tutelæ, de quo hoc loco agitur, est quidem iudicium tutelæ bonæ fidei, §. *actiones autem. Instit. de act.* sed ideo bonæ fidei est, quia est de tutela, non autem quia replicatio in id iudicium deducitur. Nam & sine replicatione, aut exceptione vlla bonæ fidei iudicium esset. Et in summa, quia bonæ fidei iudicium est, idcirco dolus eo iudicio excluditur: non autem quia dolus in eo excluditur, ideo est bonæ fidei iudicium: excluderetur enim dolus replicatione & in strictis iudiciis. Si quis in re nota exemplum desideret, habet *in l. tres fratres. ff. de pact.* vbi in actione furti, aut conditione furtiua exceptio pacti, quæ actioni opponebatur, replicatione doli eliditur. Locus igitur aperte corruptus est, sic autem emendãdus, vt pro, *& repellit*, legamus *vt repellat*, hoc modo: *nam replicatio doli opposita bonæ fidei iudicium facit, vt commentum fraudis repellat.* Vt † sit sensus: Bonæ fidei iudicium, nempe tutelæ; de quo hic agitur, facit, vt replicatio doli, quæ ab actore, qui tutelæ agit, opposita est, commentum fraudis, quę fraus in pacto fuit, repellat, id est, in hoc iudicio maxime exceptio pacti replicatione doli infirmabitur. Sed cur dicit imperator id effici iudicio bonæ fidei, cum replicatio doli in iudicio stricto opposita idem efficeret? Nempe hoc sentit, præcipue & maxime bonæ fidei iudicium id facere. Nam iudicium bonæ fidei vbique bonam fidem exigit: nihil autem tam bonæ fidei contrarium est, quam dolus. *l. 3. in fi. ff. pro soc.* proinde in hoc iudicio bona fides iudicij propria præcipue excludit fraudis commentum, id est, machinationem doli in pacto exprimendo adhibitam.

L. Cum nondum. 4.

Imp. Alexander A. Iuliano, & aliis.

Cum nondum finitam sententia caussam, sed dilatam allegetis: non est dubium omnes integras defensiones vobis esse. PP. Non. Oct. Maximo II. & Aeliano Coss. 224.

SI reus caussam agere diu distulerit, & defensiones suas probare, existimari potest, ob eam dilationem iuri suo diffidere, eoque defensionibus suis renuntiare: vt postea si velit, eas exequi non possit. Hic monemur nõ ita esse. Defensiones re iudicata excluduntur: ceterum re nondum iudicata reus quouis tempore his vti potest. *l. præscriptionem. inf. hoc tit.* idque quantumuis caussæ actionem distulerit, quæ pars hic traditur. Defensiones sunt exceptiones, quæ reis competunt, quoniam omnis exceptio defendendorum reorum caussa comparata est. *l. defensiones. l. siquidem. infr. hic. Inst. eo. in pr.*

L. Licet. 5.

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. & CC. Basilio.

Licet vnde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succuri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur. S. Kal. Maiis, Trallis AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Exceptionem peremtoriam esse perpetuam, etiamsi competat ex ea caussa, ex qua actio fit annalis: & quare.*

BAsilius quidam possessorem de fundo deiecerat, & eum funuum per vim occupatam possidebat. Aduersus eam vim habuit vetus possessor interdictum *Vnde vi* ad recuperandã possessionem, si eo vti vellet: sed habuit intra annum duntaxat. *l. 1. in pr. ff. vnde vi. l. 2. sup. vnde vi.* Intra quẽ cum forte interdicto vsus non esset, nempe eo interdicto exciderat. Sed idem postea Basilio peregre profecto possessionem eius fundi clam Basilio occupauit. Reuerso Basilio controuersiam ei possessionis facit: sic tamen, vt eum inquireret, non vt eam deiiciat. Basilius aduersus veterem possessorem experitur interdicto *Vti possidetis* retinendæ possessionis caussa: & recte: quamuis enim is vi possideat: vere tamen possidet, quia ad summam possessionis nihil interest, vtrum iuste quis, an iniuste possideat, *leg. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poss.* Sed verus possessor hac exceptione vtitur: non licet tibi hoc interdicto mecum experiri, neq; debes in possessione me vincere, quia possides quidem, sed vi à me. Hac exceptione actor in interdicto *Vti possideris* remouetur. *leg. 1. §. vlt. ff. vti poss. leg. vnica. supr. vti poss.* vbi exposuimus. Si vetus possessor hac exceptione vteretur intra annum, ex quo deiectus fuit, nulla esset dubitatio, sed Basilius

cœpit

contestationem proponi & probari debent. *dict. leg. Pomponius. §. vlt. ff. de proc. l. sed etsi suscepit. in princ. ff. de iud.* Solum agnoscunt omnes definitioni *leg. exceptionem.* locum esse in exceptione dilatoria solutionis, cum creditor pactus est se in quinquennium non petiturũ. Sed frustra: nam hæc quoque initio opponenda & decidenda est. Dicitur enim iudicium differre *in §. appellantur. Instit. eod.*

Quod si differt, non potest in eo iudicio probari tunc, cum actor intentionem suam probauerit: non enim differtur iudicium, quod susceptum & constitutum est. Præterea si in stipulatione ab initio dies adiectus sit, vt si promissus sit fundus post tres annos, siquidem creditor fundum antè petat, debitor dicat diem stipulationi adiectum esse, actor autem probet non esse adiectum prolato instrumento stipulationis: apparet eodem tempore hanc exceptionem opponi, & de ea disceptari. Quod si ab initio quid pure promissum sit, deinde creditor pactus, ne ante diem certum peteret, si hanc exceptionem opponit reus confessus ante de intentione actoris, constat eum statim exceptionem probare debere, *dict. leg. siquidem.* Quamobrem cum nulla sit exceptio dilatoria, quæ probari debeat tunc, cum actor intentionem suam probauerit: omnimodo falsum est, exceptionem dilatoriam istam sententiam admittere. Postremo repugnat aperte definitio exceptionis dilatoriæ. Dilatoria dicitur, quæ iudicium differt, *dict. §. appellantur. Institut. eo.* Non differtur autem iudicium, si lis cum actore contestatur, & post eam contestationem actor intentionem suam probare cogitur.

Non est ergo dilatoria exceptio, quia opposita actor intentionem suam isto modo ante probare cogitur. Quod si verum est, non dubitabimus affirmare, quod supra dixi, *leg. exceptionem supr. de prob.* de exceptione peremtoria scriptum esse: de ea illic eandem sententiam comprehensam, quæ *in leg. præscriptionem. hic*, sed definitione aliis verbis paulo dilucidius explicante id, quod erat obscurius *in leg. præscriptionem.* Hoc † iure constituo de peremtoriis exceptionibus initio opponendis & contestandis: reliquum est, vt moneamus, quibus in iudiciis id locum habeat. Etsi igitur hæc rescripta duo, & similia superiora generaliter scripta sunt, & exceptionum peremtoriarum contestationem sine vllo discrimine iudiciorum exigant: sciendum tamen pro natura iudiciorum id ita accipi debere, nisi si pro natura iudicij non sit necesse exceptionem initio contestari, quia alioqui ex ipsis verbis iudicij satis intelligatur eam iudicij constitutioni inesse: vt accidit in iudiciis bonæ fidei. Et hoc est in summa: quod superioribus rescriptis exceptionis contestatio exigitur, in strictis iudiciis tantum valet: in quibus potestas iudicis constitutioni iudicij, id est, litis contestationi, adstricta est.

Ad bonę fidei iudicia non pertinet: de quibus ita à veteribus traditum est, exceptiones bonæ fidei iudiciis inesse, bonæ fidei iudiciis contineri. *leg. 3. ff. de rescin. ven. l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de leg. 1. leg. sed etsi. ff. sol. mat.* dum hoc intelligi volunt, quamuis initio litis contestatione aperte in iudicium deductæ non sint, non eo minus tacite iudicio contineri; vt conuicto postea reo liceat ei quandoque eas iudicio opponere: idque ex iudiciorum natura, quæ cum in bonam fidem concepta sint, his ipsis verbis admittunt omnem defensionem, propter quam non sit æquum reum comdemnari. Quod totum ius quale esset, exposui copiosius, vt in loco *ad §. actiones autem. num. 27. & 32. Instit. de act.* Inde peti velim, si quis hic amplius desiderabit.

L. Non exceptionibus. 10.

QVid sit, quod hic traditur, reis exceptionem, actoribus replicationem tribui, qua illi defensionem, hi intentionem suam muniant, docemur *Inst. tit. de replic. l. 2. ff. de exc.*

L. Defensiones. 11.

Hunc locum interpretatur *l. exceptiones 7. ff. eo.*

L. pen. & vlt.

Vide, quæ diximus *ad leg. præscriptionem. & leg. siquidem. seq. in fin. supra.*

AD TITVLVM XXXVIII. COD. DE CONTRAHENDA ET COMMITtenda stipulatione.

LOcus de contrahenda stipulatione est is, in quo quæritur, quomodo contrahatur, seu quibus rebus constet, & perficiatur stipulatio. Locus de committẽda stipulatione est is, in quo quæritur de vi & effectu stipulationis contractæ. Dicitur enim stipulatio tunc committi, cum in ea caussa esse incipit, vt ex ea agi possit *§. sub conditione. Inst. de ver. obl.* cuius verbi vim exposui *ad l. 4. §. Cato. ff. de verb. obl.* Effectus autẽ stipulationis positus est in obligatione verborum, quæ inde nascitur, & in actione eius obligationis propria. In quo hæc insunt, *quid hinc peti possit, quantum, quando, & vbi: quæ inde actio, cui hæc detur, & aduersus quos, tum quatenus.* De quibus omnibus scripsi accurate, vt quisque locus se dedit, in commentariis ad titulum *de verb. obl. ff.* Inde sumere licebit, quæ ad vtriusq; partis, & huius tituli explicationem pertinent.

AD TITVLVM XXXIX. COD. DE INVTILIBVS STIpulationibus.

QVi norit, quas res desideret, vt perficiatur stipulatio, idem eadem opera, quæ sint vtiles quæq; inutiles stipulationes, nouerit. Ea enim est vtilis, quæ iure perfecta est concurrentibus videlicet iis rebus, quę ad vim stipulationis ius desiderat. In qua autem aliquid earum rerum deest, ea est inutilis. Et hunc locum totum simul & in eo omnium rescriptorum huius tituli argumentum & sententiam tractaui diligenter suis quæque locis ad titulum *de verb. obligat. ff.*

AD TITVLVM XL. COD. DE DVOBVS REIS STIPVLANdi, & promittendi.

Cur iuuenti duo rei stipulandi, & promittendi. Reus quis. Cap. I.

SVMMARIA.

1 *Duos reos tam stipulandi, quam promittendi ad cautionem creditorum esse inuentos: & in quo sit hæc cautio.*
2 *Plures eiusdem rei stipulatores cur rei dicti: & quid hoc verbo contineatur.*

QVæstionem de duobus reis stipulandi & promittendi cum argumento communi de stipulatione, ac verborum obligationibus coniunctam, omissam tamen à me in Pandectis, visum est hoc loco, vbi se occasio dat, exsequi: sed plenius propter vtilitatem & difficultatem: vt sit tractatio, quæ totam huius quęstionis, itemque vtriusque tituli de duobus reis, tam qui in Pandectis est, quam qui hoc loco, explicationem complectatur. Quam ad rem cum methodo esset opus, tantum adhibui, quantum huic cognitioni conuenire videbatur. Duos † reos stipulandi & promittendi peperit creditorum vtilitas, id agentium, vt in eo, quod debetur, tutius sibi cautum sit. Est enim in his constituendis ea cautio sita, quam dicimus. Ea autem cautio est huiusmodi. Etenim siue stipulator, idemque verus creditor alium adhibet, qui idem stipuletur, hic ita fiunt eiusdem rei duo creditores, vt his constitutis multo facilius verus creditor ad suum peruenat, quia siue vnus ex stipulatoribus absit, vel ei non liceat rem persequi, est alter, qui persequatur: siue vnus est creditor tantum, & is vno promissore non contentus alium adiungendum curat, qui principaliter idem promittat: hoc modo id consequitur, vt pro vno habeat duos debitores, quorum ab vno si quid facile consequi non possit vel propter eius inopiam, vel propter potentiam, vel propter ingenium contentionum amans, id ab altero possit obtinere. Qui plures eandem rem stipulantur, stipulandi: rei qui plures eandem rem principaliter promittunt, rei promittendi appellantur. *leg. 1. ff. hoc titul.* Nam † quod reos vsitato more loquendi intelligimus tantum eos, 2 qui debent, & cum quibus iudicio agitur, vt cum dicimus, fauorabiliores esse reos, quam actores. *leg. fauorabiliores. ff. de reg. iur.* item, æquum esse eum, qui acturus est edere actionem, vt

proin-

proinde sciat reus, vtrum cedere, an contendere debeat. *l. 1. ff. de eden.* vsu obtinuit propter excellentiam: quia qui in crimen, aut aliud quoduis iudicium vocantur, eorum res præcipue in iudicio agitur: vt quibus solis immineat periculum condemnationis. Sed tamen & is, qui agit, non minus recte dicatur reus, si verbi originem & proprietatem spectemus. Dictus est enim reus à re, vt sit is, cuius de re agitur: sicque reos veteribus dictos omnes, quorũ de re disceptatur, auctor est Cicero *lib. 2. de Orat.* Ex adiuncto discernitur significatio: vt cum dicimus reum stipulandi, aut promittendi. Neque enim aut illic promissorem, aut hic stipulatorem intelligere possumus.

Cur de duobus reis stipulandi & promittendi agatur seorsim à reliquis stipulatoribus & promissoribus. Cap. II.

SVMMARIVM.

Partitio huius tractatus, & summa.

IN his reis si sequeremur regulam iuris de iis, qui quid stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur ageretur de his separatim. Nunc autem est in his aliquid proprium, quod à iure reliquorũ stipulatorum & promissorum longe dissidet. Eo quidnam id sit, separatim exquiritur. Et quidem secundum communes regulas iuris hoc ius in hac specie futurum erat, vt cum duo stipulati essent, vterque etiam exigendi ius haberet, nec quod vni solutum esset, id noceret alteri, cum vtriq; deberetur. Vice versa, & si quid duo promisissent, ita vterque promissum exsolueret, quia non aliter liberatur quisque, quam si debita pecunia soluta sit, aut eo nomine satisfactum. *l. si rem. §. omnis. ff. de pig act.* Nunc autem vna
1 hic obligatio est, vna res, quæ debeatur. Ex† quo quid consequatur, videndum est. Primum igitur, qui sint duo rei tum stipulandi, tum promittendi, dicatur. Deinde quomodo constituantur. Tũ quid sit illud, quod horum proprium dicimus. Postremo an vt rei duo pluresve stipulandi, aut promittendi fieri possunt, ita possintne & ex aliis caussis plures constitui rei credendi, debendive.

Duo rei stipulandi qui, & quomodo constituantur. Cap. III.

SVMMARIA.

1 *Duo rei stipulandi, qui.*
2 *Duorum reorum stipulandi esse, vt rem eandem stipulentur, non diuersas.*
3 L. si id quod. ff. de duob. reis *explicatur.*
4 *Vt stipulentur rem vnam ab vno promissore, non à diuersis.*
5 *Vt stipulantur singuli rem in solidum, non eiusdem rei partes.*
6 *Vt stipulentur singuli solidum ita, vt tamen res vna tantum in obligatione versetur, & vnde id actum intelligatur.*

1 ET duo rei stipulandi † recte definiantur hoc modo, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, vt quamuis solida singulis, vna tamen omnibus debeatur. Ita extra stipulationem, quę omnium stipulantium communis est, quatuor sunt, quæ proprie duos reos stipulandi constituunt: si eandem rem stipulentur omnes, si ab eodem, si solidam singuli, si ita solidam, vt tamen vna res versetur in vtriusque obligatione. Hoc
2 † ergo primum in obligatione duorum reorum stipulandi, vt ambo rem eandem stipulati sint, quo scilicet debeatur singulis vna & eadem. *§. pen. Inst. eo.* & vt loquitur Papinianus, vt ab vtroq; par eiusdem rei, non impar rerum diuersarum suscepta sit obligatio. *l. eandem. §. penult. ff. eo.* Quocunque ergo modo res diuersæ à duobus in stipulationem deductæ erunt, siue verbis aperte, siue tacite & vi ipsa, etiamsi maxime conuenerit, vt duo rei essent, tamen duo rei non erunt, quos conuenit duos eiusdem rei reos intelligi. Et de eo quidem nemo dubitat, quin duo rei stipulandi non sint, si vnus stipulatus sit à Seio Stichum, alter ab eodem Seio Stichi æstimationem, quamuis placuerit inter contrahentes, vt duo rei essent. Ipsa enim conceptio stipulationis diuersas res in obligationem deductas satis ostendit. Sed plus dicimus, etsi proponas duos verbis stipulationis eandem rẽ stipulatos: si tamẽ quod stipulati sunt, re ipsa in singulis personis proprium intelligetur, vt loquitur Caius, id est, tale erit, vt in singulis aliud, atque aliud intelligatur, duo rei non erunt. Hoc † Caius *in l. si id, quod. ff. eod.* 3
Quod in his exemplis accidere docet, si stipulati sint duo ab eodem fundi Tusculani vsumfructum, stipulati eadem conceptione decem dotis nomine. Negat cum Iuliano in his duos reos stipulandi constitui posse, etsi verbis eiusdem rei vsusfructus, & eadem summa continetur. Merito. Verbis enim hæc eadem sunt: re autem ipsa pro persona cuiusque reorum distinguuntur: vt in singulis alius atque alius vsusfructus, alia atque alia dos efficiatur. Vsusfructus enim in vtrius persona constituetur, personæ illius proprius futurus est, vt nec ad alium possit transire, quin alius esse incipiat. Indicio est, quod cum vita eius durat, & morte eius, aut alienatione exstinguitur. *§. finitur. Instit. de vsufr.* Quod si voluntate domini ad alium transferas, iam hic alius erit vlusfructus, qui rursum cum persona eius aut duret, aut exstinguatur. Et quis nescit non eandem personam esse vtriusque, sed alium alio citius mori posse, aut diutius viuere? Eadem ratio dotis: quæ cum constituatur pro matrimonio cuiusque, vtpote quæ sine matrimonio nec dos sit, *l. 3. ff. de iur. dot.* non potest, quin vt in vtriusque stipulantis persona aliud, atque aliud matrimonium est, alius, atque alius maritus: ita etiam alia, atque alia dos in singulorum persona intelligatur. Sic & cum Titius & Seius decem, aut Stichũ, qui Titii sit, stipulati sunt, negant iidem videri eos duos reos stipulandi: hac ratione, quod Titio decem tantum, Seio Stichus, aut decem debeantur, id est aliud, *dict. l. si id. ff. hoc tit.* Ex quibus hoc eueniet, vt cum promissor in prima specie vni ex stipulatoribus vsumfructum dederit: in secunda autem vni dederit decem dotis nomine, nihilominus alteri dare debeat, nec quod contigerit in vnius persona, id alteri prosit; aut noceat. Quod ad tertiam speciem attinet, de ea ita scribit Caius *in d. l. si id.* vt fateatur Titium & Seium in Sticho, qui Titii sit, reos stipulaudi non esse, vt si is soluatur Seio, nihilominus Titio decem debeantur: sed putet reos esse in decem, idque eo pertinere, vt si promissor alterutri decem soluerit, ab altero liberetur.

Volumus † præterea, vt duo rei stipulandi fiant, ita duos stipulari eandem rem, vt stipulentur ab eodem. *Inst. eo in pr.* Si stipulentur à diuersis, puta Primus à Seio Stichum, Secundus eundẽ Stichum, sed à Sempronio, duo rei stipulandi intelligi non possunt: siue quod singuli velint in solidum & coniunctim eandem rem sibi dari: in quo continentur res duæ, Stichus, & eius Stichi æstimatio: siue quod etsi actum sit, vt alterutro promissorum stipulatori suo soluente, alter quoq; à suo liberetur: tamen personæ stipulatorum & promissorum diuersæ diuersas quoque & proprias obligationes inter stipulatores & promissores efficiunt. Nunc autem in duobus reis stipulandi vnam obligationem esse oportet, *§. pen. Inst. eod.* 4

Sed & duo † rei stipulandi eandem rem à promissore ita stipulari debent, vt stipulentur singuli solidum, non eius rei partes, quo & singulis solidum debeatur: quod est proprium duorum reorum, *§. pen. Inst. eo. l. 2. ff. eo.* Qua ratione placet, si duo coniunctim eandem rem, aut eandem summam stipulentur, duos reos stipulandi non esse, quia diuisa pro numero personarum stipulatione videantur singuli partem virilem esse stipulati: nisi adiectum sit, vt duo rei stipulandi essent, vt hoc modo velint videri singuli solidum stipulati esse, *l. reos. §. 1. ff. eo.* 5

Postremo, † ita volumus singulos stipulari ab eodem rem vnã & in solidum, vt tamen debeatur vna omnibus, quæ sola versetur in vtriusque obligatione, *d. §. pen. Inst. eo.* De quo si aperte conuenit, quæstio sublata est. Ita enim fient duo rei stipulandi, vt nihil quæramus, vtrum stipulantibus duobus eandem rem promissor simul ambobus responderit, vt proponitur exemplum *Instit. eod. in princ.* an vero singulis separatim interrogantibus separatim & ipse responderit. In re enim certa ineptum est voluntatis & facti coniecturas quærere, *l. continuus. §. cum ita. in fin. ff. de verb. obligat.* Quod si de eo nihil dictum sit, intelligemus id tum agi videri: proinde & hac parte duos reos stipulandi fieri ita, vt describitur *Instit. eod. tit. in princ.* cum post omnium interrogationẽ promissor non separatim, sed semel stipulantibus respondet hoc modo; *vtrique vestrum dare spondeo.* Nam si, inquit Iustinianus, prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat, alia, atque alia erit obligatio, nempe vt in diuersis & distinctis stipulationibus. 6

Duo rei promittendi qui, & quomodo fiant. Cap. IV.

SVMMARIA.

1 *Duo rei promittendi, qui.*
2 *Duos reos promittendi non esse, siue vnus aliam rem promittat, siue promittat eandem, sed aliquid in re aut minus, aut amplius.*
3 *Diuersitatem obligationis, quæ in re promissa non fit, duorum reorum promittendi constitutioni non obstare.*
4 *Duorum reorum promittendi esse, vt vni stipulanti idem promittant, non singuli singulis.*
5 *Vt promittant singuli solidum, & quando id fecisse intelligantur. & num. 6.*
6 *Vt promittant ita, vt vna res in obligatione versetur, & quando id agi videatur.*
7 *Duos separatim respondentes alias ita duos reos fieri, si statim respondeant, interdum etsi ex interuallo, & quando horum vtrumque, & quamobrem.*
8 L. 3. in prin. ff. de duo reis, *exposita.*
9 *Duos reos promittendi non aliter fieri, quam si ambo idem & in solidum promittentes, etiam promittant principaliter.*

1 DVo rei promittendi sunt, † quorum singuli eandem rem eidem stipulanti, in solidum & principaliter promiserunt eadem mente, qua superiores, vt quamuis solidum singuli, vnum tamen omnes debeant. *d. l. 2. l. 3. §. vlt. ff. eod. §. pen. Inst. eo.* Itaque cetera in re promissa cum duobus reis stipulandi communia, vt eandem rem omnes vni promittant, vt solidam, vt ea mente, quo vna res tantum versetur in vtriusque obligatione. Illud amplius hic exigimus, vt qui ita promittunt, promittant principaliter. Primũ
2 † à singulis rem per omnia eandem promitti oportet, vt neque aliam vnus promittat, neque ita eandem, vt promittat amplius. Quocunque modo impar in re obligatio à duobus suscepta erit, placet duos reos non esse, veluti, si duo Stichum promittant, sed nominatim caueatur ab vno, vt negligentiam quoq; in ea re, aut casum præstet: quæ duo ab altero promissore iure non præstantur. *l. si seruum. in pr. ff. de verb. obl.* Hoc Papinianus in deposito ita confirmat *in l. eandem. §. 1. ff. eo.* Si quis, inquit, in deponendo penes duos paciscatur, vt ab altero quoq; culpa præstetur (quæ alioqui in deposito non præstatur sine conuentione. *l. 1. §. si conuenit. §. sæpe ff. depos.*) verius est, non esse duos reos, à quibus impar suscepta est obligatio. Sed hoc ita, si initio ita conuenit, vnde subiicit: *Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit; quia posterior conuentio, quæ in alterius persona intercessit, statum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.* Hæc ille, vno exemplo in aliis contractibus omnibus idem confirmans. Ex hac re est, quod si duo fabri eandẽ insulam fieri promittant, placet non aliter duos reos promittendi fieri, quam si fabri eiusdem peritiæ fuerint. *l. 5. ff. eod.* Tum enim scilicet easdem operas promittere intelliguntur: alioqui diuersas cum inter artifices longa sit differentia, *l. inter. ff. de sol.* Sed in re, inquam, promissa parem duorum reorum promittendi obligationem esse volumus. Quæ si erit, † alijs in rebus diuersitas ob-
3 ligationis duorum reorum constitutioni non obstabit: puta in vi obligationis, itemq; in circumstantiis dandi. Et ideo quamuis à Titio & à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel à Titio, & à seruo, vbi neq; pupillus, neque seruus obligantur, nisi naturaliter: placet tamen quasi duos reos constitui, *l. si ex duobus. §. vlt. ff. eod.* Similiter & ex duobus reis promittendi alius in diem, vel sub conditione, alium pure recte accipi placuit, *l. ex duobus. 7. ff. eod. §. vlt. Inst. eod.* Quippe cum dies venerit, eadem per omnia obligatio futura est. Quo recepto etiam illud Papiniani consequens fuit, vt si cum duos reos promittendi, ex diuersis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, & duo rei sint, & ex persona cuiusque ratio proprij temporis habeatur: hoc ille *in l. eandem. §. vlt. eo.* Quod hanc significationem habet, vt non ante vterque Capuæ conueniri possit, aut arbitraria actione al bi, quam tantum temporis præterierit, intra quod ex eo loco, ex quo vterque se daturum promisit, Capuam peruenire posset. Id, vt dixi, superiori consequens est; quia loca temporis dilationem adferunt, intra quod eo possit peruenirì; vt ex remotioribus locis longiore die, ex minus remotis citeriore deberi intelligatur. *l. interdum. ff. de verb. obligat. §. loca Inst. de verb. obl.* Non idem probaremus, si duo non ex diuersis locis, sed diuersis locis se daturos promisissent, puta vnus Capuæ, alter Ephesi. Nam cum in vtriusque obligationem veniat vtilitas loci, *l. 2. ff. de eo, quod cer. loc.* eaque ipsa non sit eadem. *l. 3. ff. eod.* perspicuum est, diuersis locis in vtriusque persona ad dandum constitutis parem ab vtroque non suscipi obligationem.

Vni † stipulanti duos promittere debere, vt duo rei promittendi fiant, iam effectum est: cum si ex duobus promissoribus singuli singulis stipulantibus promittant, pro numero stipulantium & promittentium, aliæ, atque aliæ stipulationes & obligationes fiant. In duobus autem reis promittendi versatur vna tantum obligatio. *l. 3. §. vlt. ff. eod.* 4

Sed † & singuli promittendi rei ita eandem rem promittere debent, vt promittant singuli in solidum. *l. 2. l. 3. §. vlt. ff. eod.* Vnde etsi duo de decem interrogati coniunctim respondeant, placet ideo duos reos non esse; quia pro numero personarum diuisa obligatione videantur singuli non decem tota, sed partes viriles spopondisse. *d. l. reos. §. 1. ff. eo. l. cui fundus. ff. de cond. & dem. l. 1. supr. si plu. vna sint. fu. cond.* 5

Est † etiam similiter, vt in duobus reis stipulandi, hoc proprium duorum reorum promittendi, vt dum eandem rem in solidum singuli promittunt, id agatur, vt nihilominus rem vnam omnes debeant, quo hac quoque parte dici possit in vtraq; obligatione rem vnam versari. *§. penult. Inst. eod.* Quod & ipsum agi vnde intelligatur, cognoscendum est. Quod apud Iustinianum sub eodem titulo explicatur, cum ex forma conceptionis verborum docet, quomodo duo rei promittendi fiant, vt & in duobus reis stipulandi prius fecerat. Indicat igitur, duos reos promittendi fieri hoc modo, cum separatim interrogati de eadem re tota danda, respondent singuli separatim, *spondeo.* Et quidem separatim interrogati oportet ob eam causam, quam supra reddimus. Quod si stipulator coniunctim ita roget, centum dare spondetis? partes viriles à singulis stipulatus videtur, *d. l. reos. §. 1. ff. eod.* Plane si aperte hoc agatur, vt sint duo rei promittendi, nihil nocebit & coniunctim interrogatos esse: cum, vt dixi, semper etiam in stipulationibus si quid obscuri est, id sequamur, quod actum est. *l. semper in stipulationibus. ff. de regul. iur.* In quam sententiam accipi debet, quod dicitur *in l. 4. ff. eod.* duos reos promittendi recte obligari, non tantum si separatim interrogati, *spondes?* respondissent? *spondemus*, sed etiam si ita interrogati, *spondetis?* respondeant singuli, *spondeo.* Recte, inquam, cum duos reos promittendi fieri volumus, & hoc quæritur, *an duos reos facere volentibus nihil noceat forma interrogandi superior.* Ceterum simul interrogati, si nihil aliud proponitur de sententia contrahentium, de partibus singuli interrogati videntur: & interrogati dum simpliciter respondent, in eandem sententiam respondisse existimantur. *§. præterea Instit. de inutil. stipul.* Sed vtrum separatim interrogati, spondeant & ipsi separatim, vt dicant singuli, *spondeo*, vt proponitur exemplum. *Instit. eod. tit. §. 1.* an vero coniunctim, vt dicant, *spondemus*, nihil interest. *l. 3. ff. eod.* Merito: nam cum vni stipulanti duo spondent, quocunque modo id faciant, semper videntur in eandem conceptionem respondisse. *dict. §. præterea.* Solidum autem à singulis stipulator stipulatus est. Quare simpliciter respondentes etiam singuli in solidum respondisse videntur. Non idem fit, cum duobus reis stipulandi separatim interrogantibus promissor separatim singulis respondet: vbi ante negauimus, duos stipulandi constitui. Hoc ideo, quod responsum simplex ex interrogantis persona æstimatur: quæ res facit, vt cum duobus separatim stipulantibus promissor separatim respondet, pro singulorum stipulantium persona alia, atq; alia stipulatio intelligatur. 6

Quanquam † autem illud præcipue constat, duos reos promittendi ita fieri, si separatim interrogati, respondeant etiam singuli separatim, *spondeo*: tamen adiiciendum est, hoc ita esse, dum respondeant ambo non ex interuallo, sed statim ita, vt inter vtriusque responsum neque vnus dies intercedat, neque in eodem die is actus, qui sit obligationi contrarius, vt præcipitur *in l. duos. 6. §. vlt. l. si ex duobus. 12. in pr. ff. eod.* Non sane quia interuallum hoc quidquam ad reos ipsos inter se iungendos pertineat, sed quia cum vno statim respondente alter postero die, aut contrario actu interueniente respondet, intercedit hoc ipsum interuallum inter interrogationem stipulantis & istius promittentis responsionem: quod cum fit, stipulatio non valet, eoque nec posterior iste obligatur, *d. l. si ex duobus.* 7

Plane † sic ex interuallo duo rei accipi possunt, si ambobus primo interrogatis vnus statim respondeat, posterior autem ex interuallo accipiatur, atque hoc ipsum agatur, vt posteriore accepto 8

cepto duo rei fiant: quæ verba sunt *l.1.in princ.ff.eo.* At quomodo, quæret aliquis, posterior ex interuallo respondens reus fieri potest, cum si inter interrogationem stipulantis & responsionem promittentis vnus dies intercedat, non consistat stipulatio? *l.1.§.1.l.continuus.in princ.ff.de verb.oblig.* Et fatendum est eum, qui ex interuallo respondeat, non obligari, eoque nec reum promittendi fieri posse, quantumuis conuenerit initio, aut postea, vt reus fieret: hæc enim conuentio ius mutare non potest, atque hoc efficere, vt vbi iure stipulatio nulla est, ibi aliqua verborum obligatio intelligatur fuisse. Sed neque hoc negatur superioribus verbis. Non enim dicitur, posteriore reo post priorem respondente duos reos ex conuentione fieri posse, si posterior ex interuallo respondeat, sed si posterior ex interuallo accipiatur. Sic posterior ex interuallo accipitur, si iure & cum effectu accipitur. Accipitur autem isto modo, si ex interuallo post priorem reum respondens iterum interrogetur à stipulatore, an eandem rem det, de qua prius interrogatus erat, & statim interroganti respondeat. Sic enim interuallum istud inter vtriusque rei responsionem intercedet, non inter interrogationem stipulantis & promittentis responsionem. Inter quæ multum interest. Nam posterius inutilem stipulationem facit: nec potest quisquam vnus esse ex reis, qui ex stipulatione ne reus quidem est. Prius duorum reorum constitutionem non impedit: vbi constet vtrumque recte eandem rem promisisse, & stipulatione esse obligatum atque id actum, vt quamuis diuersis temporibus accepti sint; tamen duo rei essent. Nisi quis ex iure vetere hic nouationem metueret, vbi posterior id promittit, quod prior debebat, quasi noua persona interueniens nouationem faceret. Sed non debet ibi timeri nouatio, inquit Vlpianus *in d.l.3.eod.* vbi id agitur, vt posterior non pro nouatore, sed pro altero promittendi reo accipiatur: in quo aperte id agi intelligitur, ne vlla nouatio fiat.

Vt † concurrant superiora omnia, id est, vt duo vni stipulanti
9 promittant, & eandem rem, & in solidum, & vnam: nondum tamen satis ad duorum reorum promittendi constitutionem. Addendum est, si modo & hanc ipsam eandem rem promittant principaliter, vt fiant principales debendi rei. Nam & reus principalis & fideiussor, duo sunt, qui eandem obligationem & eiusdem rei, idque in solidum in se suscipiunt. Suscipiunt in commune & duo fideiussores. §. *si plures. Instit. de fid.* Neque tamen aut illi, aut hi sunt duo promittendi rei, cum fideiussores à reis promittendi, & appellationibus & iure multum distent, vt postea dicetur pluribus, cum quæremus, an duo rei vice mutua pro fideiussoribus habendi sint. Id autem & verbo ipso, & natura huius obligationis satis admonemur. Nam reus in promissoribus dicitur is, qui principaliter quid promittit. *l.mora.88.ff.de verb.obligat.l.hi, qui.34.l.cum is, qui 36. & passim.ff.de fid.* Vnde intelligi debet & duos reos esse, qui principaliter simul quid promittunt. Sed & duorum reorum promittendi sic constitutio est, vt tanquam in principali duorum debitorum obligatione, ita de eorum obligatione iudicetur, §. *penult. Instit. eodem tit.* fideiussor autem omnis accessio est principalis obligationis, eamque sequitur, §. *si fideiussores. Instit. de fid.*

Duorum reorum stipulandi ius quale, & quibus in rebus positum sit. Cap. V.

SVMMARIA.

1 *Reis stipulandi, singulis solidi petitionem esse.*
2 *Reis stipulandi singulis ius esse debitorem liberandi, vt debitor ab vno liberatus vel ipso iure, vel per exceptionem quamlibet, simul ab altero quoque liberetur.*
3 *Vnum ex duobus reis stipulandi in obligatione communi posse alterius correi conditionem facere deteriorem, debitorem liberando: neq; id pugnare cum æquitate naturali, quæ alteri detrahi vetat.*
4 *Vno ex duobus reis promittendi exceptione liberato, non item liberari alterum, & differentiæ ratio.*
5 *Vnius ex stipulandi reis petitione, id est, litis contestatione totam tolli obligationem, & hoc quam sententiam & rationem habeat.*
6 *Vnum ex duobus reis stipulandi sociis solutum recte accipere ad debitoris plenam liberationem: aliter autem debitorem liberando alteri socio non nocere: cur, & quam aliis locis conuenienter.*

DVobus reis stipulandi promittendive constitutis, deinceps quid sit horum proprium, propter quod nunc de his separatim agitur, cognoscamus. Et duorum reorum stipulandi meminerimus summum hoc ius esse, quod comprehensum est *in §. pen. Instit. eo.* vt solidum debeatur singulis, sic tamen, vt in vtraque obligatione res vna versetur. Id singulis duas res tribuit, exigendi solidi potestatem, & promissorem in solidum liberandi. Primum † ex hac caussa singulis solidi petitionem esse constat, *l.2.ff.* 1
eo. l. si rem. §.1.ff. de nouat. Nam cui quid debetur, ei etiam eo nomine actio est, id est, ius id, quod debetur, iudicio persequendi. *Inst. de act. in pr.* Singulis autem solidum deberi posuimus. Sed † 2
nec minus ex eadem caussa singulis promissore liberandi ius est, quibuscunq; modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suũ liberare potest. Nam & hic singuli creditores sunt, & singulis solidum debetur. Ergo vni recte soluetur, vt promissor ab altero quoq; liberetur ea obligatione. §. *pen. Inst. eo.* Sed & citra solutionẽ quicunq; modi sunt, quibus actio iure tolli, aut per exceptionem remitti potest, si quo ex his vnus promissorem liberauerit, non à se tantum liberabit: sed à ceteris quoq; omnibus etiam inuitis, & totam tollet obligationem: puta; si accepto ferat promissori, quod debetur: si nouandi animo alium reum ab eo accipiat. *l.2.ff. eo. l. si rem. §.1.ff. de nouat.* atque adeo si paciscatur tantum, ne à promissore petat. *l. si vnus. in pr. ff. de pact.* Qua ratione & ab vno ex duobus reis stipulandi delatum iusiurandum etiam alteri nocere placet. *l. in duobus. in pr. ff. de iur.* In quibus si exceptio pacti & iurisiurandi aduersus vnum ex reis stipulandi promissori quæsita eum aduersus alterum quoq; stipulandi reum liberat, dum ei eadem nocet exceptio: dubitandum non est, quin & rei iudicatæ exceptio promissori aduersus vnum ex reis stipulandi quæsita, dum vnus agens iudicio victus est, etiam promissori aduersus alterum reum prosit, eumq; similiter liberet. Quare & vno pecuniam offerente si stipulator accipere sine iusta caussa recusarit, eaq; postea perierit, vt offerenti competit doli mali exceptio, *l. qui decem. ff. de sol.* sic & alteri reo eadem exceptio dabitur. Quippe hæc omnia ita fierent, si vnus esset tantum creditor, & vna obligatio, *Inst. quibus modis toll. obligat. in pr. l. pactum. ff. de pact.* Nunc autem in duobus reis stipulandi sic obligatio accipitur, quasi in singulis obligatio esset vna, cum in vtriusque obligatione vna res versetur. Idque est, quod Venuleius definit *in dict. l. si rem. §.1.ff. de nouat.* vnumquemque ex reis stipulandi perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune stipulandi ius est, amittere debitorem potest. Ex quo † ap- 3
paret, vnumquemque reorum stipulandi promissorem liberando posse alterius rei conditionem deteriorem facere & ignorantis & inuiti. Neque tamen hoc pugnat cum regula iuris, quæ vetat alterius conditionem facere deteriorem, *l. soluendo. ff. de neg. gest.* Hæc enim ad eos pertinet, qui de alieno statuendo recta id faciunt, quod aliis noceat, quod non licet. Hic de eo agitur, qui promissorem liberando de suo statuit: quod cuique facere concessum est. Nocet deinde id aliis correis: sed per consequentiam: quod ideo hic non spectamus, ne per consequentiam & appendicem impediatur id, quod principaliter iure fieri potuit. *arg. in l.1.ff. de auct. tut.*

Non † idem seruatur è conuerso, vt ex duobus reis vni exce- 4
ptio quæsita etiam prosit alteri pomittendi reo, eumque liberet, vt postea dicetur. Hoc ideo, quod vnus promissor sibi soli exceptionem recte acquirere potest: qua quæsita aduersus omnes eiusdem pecuniæ stipulandi reos recte vt sua vtitur. At non item qui sibi exceptionem quærere potuit, etiam potuit alteri, quamuis eiusdem pecuniæ reo; quia ius vetat quidquam quærere alteri.

His consequens est, † quod traditur *in l.2.ff.eod.* etiam vnius ex 5
reis stipulandi petitione totam tolli obligationem, id est, tunc, cum vnus iudicio egerit cum promissore, & litem cum eo fuerit contestatus; quomodo petitionis verbum accipitur *l. amplius. ff. rem rat. hab.* quod aliis verbis sic explicatur *in l. si rem. §.1.ff. de nouat.* vnum iudicio petentem totam rem in litem deducere: sed apertius *in l. fideicommissa. §. plerumq; ff. de leg.3* cum dicitur, *vnum ex pluribus reis stipulandi agendo occupare, & totum consequi.* Qui ergo hoc superioribus consequens? non quod reus stipulandi iudicio agendo promissorem statim liberet in totum, priusquam pecuniam acceperit: sed quod pro commodo suo liberet eum à priore obligatione. Iudicio enim cum promissore contrahit, *l.3. §. idem scribit. ff. de pecul.* In quo & nouatio quædam fit, vbi vetus actio transfertur tota in actionem iudicati, quatenus petitori commodum est. *l. aliam. ff. de nouat.* de quo postea ad titulum *de nouat.* Eademque opera tollitur ceteris vetus actio ex stipulatu: in-

dicati autem obligatio sic petitoris propria efficitur, vt promissor postea condemnatus hanc mutare non queat, si velit, nisi petitori soluendo. Hinc illud dictum est, ex duobus reis stipulandi si semel vnus egerit, alteri promissorem postea offerendo pecuniam, nihil agere. *l. ex duobus. 16. ff. eod.* Quippe offert ei, cui post illam iudicij accepti nouationem debere desiit inuito petitore. Et hæc quidem sine exceptione ita tradita sunt *in dicta leg. 2. ff. eod. & dicta leg. si rem. §. 1. ff. de nouat.* Et sane prioribus illis positis sunt con-
6 sequentia. Paulus † tamen *in l. si vnus. in pr. ff. de pact.* hæc ita vera esse scribit, si rei stipulandi socii non sint: quod si sint socii, vni quidem solui posse: vnum autem aut nouando, aut paciscendo alteri nocere non posse. Vere Paulus, & superioribus admodum conuenienter. Quod enim diximus, vnius rei stipulandi acceptilationem & factum alteri nocere ad liberationem, de iis dictum est, quorum vterque in solidum obligationis ius sibi quæsiuit, & quorum vtrique solidum debeatur, vt declaratur vtroq; illo loco superiore, id est, *l. 2. ff. eod. & l. si rem. §. 1. de nouatio.* Hoc vero ita fit, si rei stipulandi socii non sint: qui si ex ea caussa stipulentur, aut promittant, in qua socii sunt, scriptum est *in l. in lege. 62. ff. ad leg. Falc.* perinde inter eos diuidi debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. In his igitur omnibus hocipsum temperamentum tenendum est.

Duorum reorum promittendi obligatio qualis, & quid contineat, & de solidi exactione, qua singuli in solidum tenentur. Cap. VI.

SVMMARIA.

1 *Ab vno ex duobus reis promittendi solidum peti posse, etsi reus sumtus sit, qui fideiussor esse poterat, & debuerat.*
2 *Idem, etsi sint rei promittendi socij.*
3 *Idem, etsi pecunia credita ad vnum peruenerit.*

DVorum reorum promittendi hæc item summa obligatio est, quæ iisdem illis locis describitur, id est, *l. 2. ff. eod. & §. pen. Inst. eo.* vt singuli solidum debeant; non latius tamen, quam vt ab his res vna debeatur. Cuius iuris vis hæc est. Quod singuli solidum debent, facit, vt possit peti ab alterutro solidum; sic tamen, vt non sit ea res impedimento, quo minus partes à singulis peti possint: hoc enim totum pro commodo stipulatoris accipiendũ est. *l. 3. § 1. l. reos. in pr. ff. eo.* Quod autem ita in solidum obligati sunt singuli, vt vna res tantum in obligatione versetur, id eam vim habet, vt vno ex reis promittendi liberato, vna quoq; ceteri, etiam cum quibus nihil actum est, liberentur. *l. 3. in fin. ff. eod. dict. §. pen. Inst. eod.* non etiam vt vnius factum alteri noceat, eique nouam obligationem inducat, quam non constet inter eos interuenire. Ita fit, vt duorum reorum obligatio duas hasce res contineat in summa: in excipienda actione onus solidæ actionis, quod singulis imponitur: in soluenda autem obligatione communis liberationis beneficium, quod singulorum liberationi tribuitur. Quoduis autem factum vnius ad aliam obligationem alteri inducendum horum obligationis conditio non admittit, de quibus capitibus tribus dicam ordine. Iam † primum duo rei promittendi ita soli-
1 dum debent, vt possit vel ab vno eorum solidum peti, idque eorum proprium est, nisi malit creditor actionem inter eos diuidere, *d. l. 3. §. vlt. l. reos. in pr. ff. eod. d. § pen. Inst. eo.* Nihil hic excipiunt veteres. Neq; vera sunt ea, quæ de obligatione inter reos quandoque diuidenda scribit Bartolus *in auth. hoc ita hic. num. 68. & deinceps.* Ait diuidi actionem inter duos reos, si cũ acciperentur pro aliena obligatione, color sit quæsitus, & tanquam rei principales accepti sint. *arg. l. item si. §. 1. ff. de Mac.* Sed ne colorem esse dixerimus, cum creditor vult sibi ita caueri, vt qui accipiuntur, rei principales promittendi fiant. Tunc color est, cum ius vetat fideiussorem accipi, vt teneatur, & ne videatur fideiussor, tanquam reus principalis accipitur, vt est species *d. l. item si. §. 1. de Mac.* Vbi autem non prohibetur quis reum accipere, quem fideiussorem accipere poterat, si vt reum acceperit, conditio duorum reorum ex con-
2 uentione seruanda est. Quid, † si duo rei sint socij? Idem ait & pro parte eos conueniri debere; quia dicatur in lege Falcidia inter eos diuidi obligatio. *l. in lege 62. ff. ad leg. Falcid.* Sed & hoc conditioni duorum reorum & conuentioni aduersatur. Ideo enim duo rei accepti sunt, vt stipulanti solidum deberent, eamq; conditionem accepit stipulatio. Hanc inuito eo rei mutare non possunt. *l. vero. ff. de sol. l. Herennius. ff. de euict.* Non obstat, quod dicitur *in d. l. 62. ad leg. Fal.* inter duos reos socios circa legem Falcidiam perinde diuidi obligationem, quasi singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. Hoc enim recte dicitur circa legem Falcidiam, cum quæritur, quantum singuli in bonis habeant, vt fit in quantitate patrimonij inquirenda ex lege Falcidia. Sed hoc creditori nocere non debet, nec debitorum pactio creditoris ius mutat. *l. debitorum. sup. de pact. l. 3. in pr. ff. de transact.*

Quid † plura? Adeo verum est, singulos posse in solidum con- 3
ueniri, vt quamuis pecunia credita ad vnum ex reis peruenerit; tamen nihilominus alter recte in solidum conueniatur; quia hæc in duobus reis accipiendis obligationis lex & conuentio est, *l. propter. hoc tit. l. si non. supr. si certum petatur.* Sed hic obiicitur exemplum duorum fideiussorum, inter quos diuidi obligationem constat. Ne quis autem exemplum repudiet, duo rei dicuntur vice mutua pro fideiussoribus accipi. *l. reos, in pr. D. eod.* Sed cum hæc obiectio ad alias quoque partes huius obligationis pertineat, de ea dicam in commune ad extremum. Illud in hac parte monendi sumus, quæ de solidi exactione aduersus singulos ex duobus reis promittendi dicta sunt, ex iure vetere dicta esse. Ius immutatum constitutione Nouell. Iustiniani. de quo dicam ad *auth. hoc ita infr.*

Quibus modis vno ex reis promittendi liberato liberetur alter. Cap. VII.

SVMMARIA.

1 *Vno ex reis promittendi liberato, quocumque modo accidat, ne in eius persona iusta & perfecta sit rei liberatio, nec alterum liberari: & quibus modis id accidat.*
2 *Vno ex reis promittendi non ipso iure, sed per exceptionem liberato, non ideo alterum liberari: & cur.*
3 *Exceptæ tres caussæ, & qua.*
4 *Vni ex reis promittendi exceptione pacti parta, alterum non liberari: exceptione iurisiurandi vni quæsita, contra esse: differentiæ ratio.*
5 *Vnius ex reis promittendi moram alteri non nocere, id est, non efficere, quominus re postea peremta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit; proindeq; neq; huius liberatione liberari eum, qui moram fecit.*

DE liberatione vnius, quid ceteris adferat, videamus. Quod pluribus verbis indiget. Non enim vsquequaq; verum est, vno ex reis liberato alterum quoq; liberari. Habet id has cautiones. Nam & ad veram ac iustam liberationem tantum pertinet, & in vera etiam liberatione interdum locum non habet. Sunt etiam quædam caussæ, de quibus dubites, an pro iusta liberatione habendæ sint, de quibus ordine dicendum est.

Principio † igitur non quæuis liberatio vnius rei promittendi 1
alterum quoq; liberat, sed tantum vera & iusta liberatio. Ea est autem, qua tollitur ipsa obligatio, & tollitur ipso iure, non per exceptionem, nisi ex caussa. Ante omnia obligationẽ iure solui, seu reum obligatione sublata liberari volumus, *l. 2. l. 3. in fin. D. hoc tit.* Ita quocumq; modo fiet, ne sit iusta liberatio, & solutio obligationis, quodcumq; id factum erit, nunquam id alteri reo proderit ad liberationem. Tribus autem modis accidit, ne sit vera liberatio. Vno, si liberatio ipsa, puta acceptilatio, iure non constitit in persona eius, quem creditor acceptilatione liberare voluit; finge maritum, cum duos reos haberet Titium & mulierem, mulieri accepto tulisse donationis caussa. Ipsam quidem mulierem non esse liberatam constat; quia donatio & quidquid fit donationis caussa, inter virũ & vxorem inhibetur. Quid Titius, in cuius persona consistere donatio potuit, an non liberabitur? Placet neutrũ liberari; quia acceptilatio in persona mulieris non valuit. est autẽ absurdum eam, quæ in huius persona non valuit, ab ea ad alium transire, *l. 5. §. 1. D. de don. int. vir. & vxo.* Altero modo fit, ne sit vera liberatio, quæ prosit alteri reo, si iure quidem ipso ab initio constitit, sed postea rescissa est, & restituta actio creditori. Quod accidit, cum mulier pro vno reo ita intercessit, vt eum nouatione liberaret. Nam Senatusconsulto Velleiano ita iuuatur mulier exceptione, vt simul restituatur actio creditori aduersus eundem reum, atq; hoc modo euentu desinat esse liberatio, quæ esse videbatur. Quamobrem tanquam in ea liberatione, quæ vere nõ est, placet nec liberari alterum reum, sed aduersus vtrumque pariter restitui actionem, *l. si pro vno. D. ad Velleian.* Tertio modo idem fit, cum vnus ex reis desinit quidem vere teneri, sed ita, vt persona

solum

solum obligatione eximatur, manente nihilominus obligatione. quod cum fit, sola persona eximetur: obligatio, quæ manet, alterum reum tenebit, *l. vlt. D. eod.* Sic autem rem, siue obligationem solui intelligimus, si manente persona, quæ possit debere, desinat reus quouis modo iure teneri. Personam autem eximi manente obligatione, cum reus ideo debere desinit; quia iam non sit, qui debeat. Quod conringit duobus modis. Vno, cum bona reo damnatione, puta deportatione, adimuntur, *d. l. vlt. D. eod.* Altero, cum stipulator vni ex duobus reis stipulandi heres exstitit, *l. Granius. 71. D. de fid.*

2 Non est satis, † aliquem vere esse liberatum. Etiam obligationem in vnius persona ipso iure tolli volumus, quo liberetur alter, non autem solum per exceptionem. Ex hoc iure placet, si creditor cum vno ex reis promittendi, qui socii non sint, pactus sit, ne petatur, pactum, quod paciscenti prodest ad totius rei exceptionem, quamuis in rem conceptum sit; tamen alteri reo non prodesse. Hoc ideo; quia alteri exceptionem dari nihil interest eius, qui pactus est, *l. & heredi. §. vlt. l. fideiussoris. §. 1. leg. idem. D. de pact.* Sic autem regula iuris est, per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, excepta possessione nobis nihil acquiri posse, *l. 1. sup. per quas person. nob. acquir. §. ex his. Instit. eod.* In eadem caussa est rei iudicatæ exceptio. Finge ex pluribus eiusdem pecuniæ promittendi reis vnum iudicio electum. Diserte scriptum est *in l. amissi. §. vlt. D. de fid.* absolutione quoq; huius secuta, eoque & quæsita ei exceptione rei iudicatæ, ceteros non liberari. quod tamen negat Bartolus ad *auth. hoc ita. num. 43. hic.* & probat scilicet ex *d. l. amissi.*

3 *§. vlt.* quo loco maxime refellitur. Sed tamen † & hæc ita sunt, nisi iusta caussa sit, quæ suadeat etiam alteri reo exceptionem dari. Iustæ caussæ tres. Vna, si promittendi sint socii. In his pactum cum vno factum placet alteri proficere, *leg. eandem, §. penult. D. hoc tit. l. sed si. 24. & l. idem. seq. D. de pact.* nempe commutata superiore ratione; quia scilicet tum paciscentis interest ab altero non peti propter societatem, qua fit, vt dum à socio meo petitur, ego inquieter, vt est *in l. 3. §. nunc de effectu. D. de lib. leg.* Ita fit etiam hoc modo, vt qui verbis pactus est alteri, re ipsa videatur eodem modo pactus sibi, quod per regulam iuris facere concessum est. Altera caussa est in iis, qui socii non sunt, si vnus pactus sit nominatim, ne à se, neue ab altero reo petatur. Tum enim placet hoc pactũ hactenus alteri prodesse, vt si ei pacti exceptio non datur, quod regula iuris prohibet, saltem prosit ei doli exceptio. *d. l. idem. in fin. iuncta l. videlicet. seq. de pact.* Tertia est in his etiam ipsis reis non sociis, si caussa, ex qua exceptio nascitur, eiusmodi sit, quæ habeatur pro solutione. Hoc, inquam, cum fit, vno ex reis promittendi per exceptionem tantum liberato, eadem exceptio alteri dabitur.

4 Talis † caussa est iusiurandum, quo reus iurauit se non debere. Id inter alios effectus etiam hunc habet, vt pro solutione cedat, *l. iusiurandum etiam. 27. D. de iur.* Qua ratione etiam placuit, quamuis à fideiussore exactum iusiurandum proficere etiam reo: multoque magis ex duobus reis promittendi, si alter iurauit, alteri quoq; prodesse debere, *l. in duobus. §. 1. & §. ex duobus. D. de iur.* Eamque rationem non dubium est à veteribus redditam esse, vt intelligeretur, cur non idem placeat in pacto cum vno ex reis interposito. Non enim vt iusiurandum, ita & pactum solutionis loco est. Quippe in pacto nihil præstat creditori debitor, sed ab eo accipit. In iureiurando autem vt creditor paciscitur, ne post iusiurandum petat, ita & pro eo debitor præstat iusiurandum, atque ex præstatione tanquam aliud pro allo soluendo satisfacit creditori. Satisfactio pro solutione est, *leg. satisfactio. D. de solut.* Comparatur quidem pactum solutioni *l. si vnus. §. si cum decem. ver. sed si stipulatus. D. de pact.* Sed tunc, cum vnus est promissor: quod recte fit. Nam de exceptione soli ei acquirenda agitur. Porro soli ei iure acquiri posse constat. Cui autem semel exceptio competit, huic non magis nocet actio, quam si sublata esset ipso iure, *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Non idem dici potest, cum duo sunt promittendi rei, quorum vnus paciscitur, ne petatur. Hic enim laboratur de exceptione alteri acquirenda. Hanc autem illi per alterum, cuius nihil interest, acquiri ius non concedit.

5 Interdum † etsi vera sit & iusta liberatio, qua liberetur debitor etiam ipso iure: tamen eiusmodi est, qua vno reo promittendi liberato nihilominus alter teneatur. Id in vna hac specie receptum est, cum species debita, puta Stichus promissus neutro ex reis caussam interitus præbente post vnius tantum moram periit. Nam qui moram non fecit, huic ius certum liberat, quo efficitur, debitorem re debita peremta, quod quidem sine eius culpa factum sit, liberari, *l. si ex legati. ff. de verb. obl.* Moratorem autem alia constitutio in obligatione retinet, qua placet culpã perpetuare ei obligationem, *l. si seruum, §. sequitur. eod. tit.* Et hoc est, quod dicitur, si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere *l. mora, §. vlt. D. de vsur.* Ideo enim non nocet; quia qui moram fecit tenetur: neq; tamen tenetur alter, si extra culpam est, sed iure ipso liberatur. Ex quo rursum vice versa intelligitur huius liberatione illum alterum non liberari. Sed hoc propria ratione efficitur. Nam qui liberatur in hac specie, ideo id consequitur; quia vere res periit, nec vlla caussa est, cur aduersus eum res adhuc exstare existimetur. Contraria de caussa necesse est, non liberari alterum, quia etsi vere res periit, tamen culpa eius, quæ impunita esse non debet, facit, vt videatur res adhuc exstare, *l. nemo. 82. §. 1. l. si seruum. § sequitur. D. de verb. obl.* Et est æquissimum, ne aut illius factum alteri noceat, aut cuiquam prosit frustratio sua: vtrumque aduersus certas regulas iuris, & naturæ æquitatem, *l. factum cuiq;, l. in condemnatione, §. penult. D. de reg. iur. l. hominem. D. mand.* Et tamen ne hoc quidem ius in quauis culpa vnius ex reis promittendi receptum est, sed tantum in mora. Vno, inquam, moram faciente, huius mora non facit, quominus iuxta regulam communẽ iuris, quæ est de interitu rei debitæ, liberetur alter: neque etiam huius liberatio alterum, qui deliquit, liberat. At de facto vnius contraria definitio est *in leg. penult. D. eo.* in hæc verba: *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoq; nocet.* Sed de eo mox plura, cum dicam in commune, vbi vnius factum nocere possit, aut non nocere.

Nec compensationem ab vno ex reis promittendi ex alterius persona opponi posse, nec lite cum vno contestata, ea petitione alterum liberari. Cap. VIII.

SVMMARIA.

1 *Vnum ex promittendi reis compensationem eius, quod alteri reo debetur, obiicere non posse, & cur.*

2 *Si cum vno ex duobus reis iudicio actum sit, ea petitione alterum non liberari. nec nouo, nec vetere iur.*

3 *Vno ex reis stipulandi agente, cur ea petitio pro nouatione cedat, vt debitor ab altero liberaretur: vno autem ex duobus reis promittendi conuento, non fiat ea petitione nouatio, qua alter liberetur.*

ATque vt in his liberationibus locum non habet beneficium liberationis, quod ab vno ex reis promittendi ad alterum transferri volumus: ita, vt proposui, dubitatur de quibusdã caussis, an in vnius persona pro liberatione haberi debeant, vt sic prosint alteri ad liberationem. Ambigitur autem de duabus. de facultate obiiciendæ compensationis ex alterius persona, & de petitione solidi, qua vnus ex reis conuentus fuit.

De iure † obiiciendæ compensationis hæc dubitatio fuit, an si 1
stipulator vni ex reis promittendi pecuniam debeat, quo nomine is reus compensatione aduersus stipulatorem vti potuit, possitne etiam alter conuentus ex illius persona compensationem obiicere, atq; hoc modo contendere se liberatum. Mouet, quod compensatio pro solutione habetur, & quidem ipso iure, *l. 4. sup. de comp.* Quod si vnus ex reis liberatus esset solutione, nemo dubitaret, quin tota soluta esset obligatio, *§. pen. Instit. h. tit. l. 2. D. eo.* Et de eo ita scriptum est *in l. si duo. 10. D. eo.* si duo rei promittendi socij non sint, ei, cui nihil debetur, non prodesse, quod stipulator alteri reo pecuniam debeat, quod nihil aliud est, quam eum, cui nihil debetur, compensationem ex persona alterius, cui debetur, obiicere non posse, quamuis ille conuentus obiicere potuisset. Ita etiam hoc dicitur ius obiiciendæ compensationis, quod vnus ex reis ex persona sua habuit, si cum eo non agatur, pro solutione & liberatione habendum esse. Et recte, non enim ius compensandi pro solutione est, sed ipsa compensatio, vt est *in d. l. 4. sup. de comp.* Tunc autem compensatio est, cum is debitor, cui vicissim pecunia debetur, conuentus compensationem obiicit, seu declarat separatum compensare aut cum posset compensatio ab eo conuento obiici, per errorem est omissa, *l. 2. l. si ambo. §. 1. D. de comp. l. vlt. C. eo.* Faciamus ergo, cum eo, cui pecunia debetur, nondum actum esse, vt nec compensatione vti posset, si vellet. Consequens erit nullam esse compensationem. Non potest autem compensatio alteri prodesse, quæ in eius persona, vnde incipere debuit, nulla est. Sed meminerimus de duobus reis, qui socij non sint, hoc dictum

ctum esse *d.l.si duo.10.D.eo.* Quod si socij erunt, quæ pecunia vni debetur, perinde est, quasi deberetur alteri, cum quo iure societatis communicari debet. quo fit, vt & alter conueniatur, eadem compensatione pro eo, quod ipsi debetur, vti possit.

2 De † petitione, qua conuentus est iudicio vnus ex reis promittendi à stipulatore, vetus dubitatio est, an ea petitione liberetur alter ex reis, ita ne cum eo amplius agi possit. Et fuisse quorundam veterum sententiam, quasi inter duos reos promittendi esset hoc genus liberationis, significatur non obscure *in leg. decem. 116.* illic, *non enim sunt duo rei. D. de verb obl.* Indicat & constitutio Iustiniani *l. vlt. inf. de fid.* qua in duobus reis promittendi nominatim cauet, ne vno ex reis conuento, & lite cum eo contestata, ea re no ceatur creditori, quominus aduersus ceteros actiones integræ sint. Quæ constitutio fuit superuacua, nisi aut antea obtineret, aut certe ius esset controuersum. Etsi autē ea constitutione quæstio sublata sit; tamen quia quædam etiam nunc obiici possunt, operæpretium est. eamdem sententiam hoc loco certius confirmare. Hæc autem fere sunt, quæ solent obiici. Nam si vnus ex duobus reis stipulandi cum promissore egerit, diximus ea petitione nouationem fieri, qua actio transferatur in actorem solum, promissor autem ab altero reo stipulandi liberetur. Quidni ergo in duobus reis promittendi idem probemus, vt si stipulator cum vno egerit, eadem petitione fiat nouatio, qua interueniente etiam alter ex reis liberetur? Exstat præterea definitio de duobus reis tum stipulandi, tum promittendi concepta in *l.2. D. eod. tit.* qua ita definitur, ipso iure & singulis solidum deberi, & singulos debere. ideoque petitione acceptilationeq; vnius totam solui obligationem. Sed de hac re etiam ex vetere iure sic habendum est, si forte hoc iure quibusdam visum est, vno ex reis promittendi conuento, alterum ea electione liberari: tamen contrarium obtinuisse plurium sententijs. Testata est enim hæc sententia pluribus responsis diserte scriptis, aduersus vnumquemque ex duobus reis debendi agi posse, nec liberari alterum, si cum altero agatur. *l.1.§. si apud. D. dep. l. si vt certo. §. vlt. D. com. l. 8. §. 1. D. de leg 1. l. creditor. 60. D. mand.* Et cur ea petitione liberetur alter, cum ne ipse quidem, cū quo actum est, hac ipsa petitione liberetur? Non enim, aiunt veteres, petitione, sed solutione & perceptione debitor liberatur, *d. l. 1. §. si apud. depos. l. 4. D. de his, qui deiec. vel effud.* Nisi quis dicat, quod creditor vnum elegerit, qui cum iudicio ageret, hoc factum illi nocere debere, quod longe secus est. Nemo enim agendo & litem contestando deteriorem conditionem suam facit, sed meliorem, *l. non solet, l. nemo enim. D. de reg. iur.* Et certe esset absurdum, diligentiam suam cuiquam fraudi esse: præsertim cum ius vigilantibus scriptum sit, vt Scæuola scripsit. *l. penult. in fin. D. quæ in fraud. cred* Quamobrem & hæc sententia merito Iustiniani constitutione confirmata est *dict. l. vlt. infr. de fid.* Neq; † vero mouere nos debet, quod vno ex reis stipulandi agente, hanc petitionem pro nouatione cedere placet, vt nouata priore actione & translata in nouam iudicati, promissor ab altero ex reis stipulandi liberetur. Hactenus enim hæc petitio pro nouatione est, quatenus hanc fieri petitori expedit, alioqui contra, *l. aliam. D de noua.* de quo plura infra ad tit. *de nouat.* At tunc expedit ita fieri, cum ex pluribus reis stipulandi vnus agit cum promissore. Sic enim fit, vt reo aduersus alterum ex stipulandi reis nouatione liberato, solida actio efficiatur propria eius, qui egit, vt iam neq; alteri solui possit, neq; alter exigere, vt promissor liberetur. quæ plane mens est & consilium eius, qui primus egit, vnde nouatio. Contraria plane vtilitas & mens actoris contrariam sententiam inducit, cum vnus est stipulator, duo rei promittendi, & aduersus vnum agitur. Faciamus enim cum vno agendo alterum liberari. Manifestum statuimus incommodum actoris, qui cum prius duos haberet eiusdem rei debitores in solidum, agendo incipit vnum tantum habere. Et vero agendo hæc mens eius nequaquam fuit, vt vel eum, cum quo agit, vel alium quempiam eo facto liberaret. Nam qui sibi consultum voluit ea petitione, obesse certe sibi eam petitionem noluit. Neque porro secus, quam agenti expedit, & ab illo actum est, litis contestatio vnquam prioris obligationis nouationem, aut liberationem induxerit. Nam nec extra iudicium nouatio vnquam admissa est, nisi cum probaretur id actum esse, vt noua obligatione inducta, prioris nouatio fieret, *leg. 4. §. si ex conuentione. D. de re iud.*

De definitione *l.2. D hoc tit.* post constitutionem Iustiniani laborare admodum non oportet. Etsi enim in illa oratione; *petitione acceptilationeque vnius tota soluitur obligatio*, concederemus hæc verba, *petitione vnius*, etiam referri ad petitionem, qua vnus ex reis promittendi conuenitur: tamen sic acceptus locus nihil oberit superiori sententiæ; quia in promptu erit dicere Iustiniani constitutione emendari *d. l. vlt. inf. de fideiuss.* Sed ne necesse sit, ad hanc responsionem confugere, recte defendemus petitionis verbum in ea definitione actiue tantum accipi posse, non passiue, vt intelligamus scilicet totam solui obligationem vnius petitione, non qua cum vno ex pluribus agatur, sed qua agat vnus ex pluribus. Id quidem proprietas sermonis solum admittit. Petitio enim eius solius esse intelligitur, qui petit. Quod si quis est, cum quo agitur, non eius, sed ab eo petitionem esse dicere solemus, *l. viæ, D. de seru.* Cum autem ad significationem verbi etiam auctoritas & certitudo sententiæ, quæ inde efficitur, accedat, nō est, quod eam sententiam in illis verbis accipere dubitemus: quæ etiam in ambigua voce legis, cum vitio careat, vltro esset amplectenda. *l. in ambigua. D. de legib.*

Nec moram, nec factum vnius ex promittendi reis alteri nocere: sed nec interdum prodesse. Cap. IX.

SVMMARIA.

1 *Vnius ex reis promittendi factum, quo se obstringit, alteri reo non nocere.*

2 *Vnius rei factum alteri quoque reo nocere, quomodo interpretandum in* l. pen. D. de duo. reis.

3 *Vno ex reu promittendi moram faciente si res intereat, nihilominus liberari alterum: at si vnus animal promissum occiderit, non item, & quæ differentia ratio.*

Liberationem habemus vnius rei promittendi, qua & ipsa liberatur alter. proinde factum vnius in obligatione communi, quod factum prosit alteri. An etiam vnius rei factum nocere possit alteri, sitque id proprium huius obligationis, tertium fuit à me propositum, quod in conditione istius obligationis quæreremus. Et quatuor fere facta sunt cuiusq; rei debendi, quæ illi noceant ad eum obstringendum, vbi alioqui nō teneretur, delatum ab eo iusiurandum, quo aduersarius iurauit sibi deberi: eius confessio, qua fatetur se debere: damnum rei debitæ ab eo datū: mora ab eo solutioni facta. An ergo hæc item alteri reo noceant, & an his vti possit creditor ad alterum his nominibus conueniendum, quæritur. Et † siquidem factum vnius rei promittendi eiusmodi est, vt se eo obstringat, et si prius non teneretur: generaliter probandū est, id factum alteri correo non nocere, tantumq; abesse, vt id nocere alteri sit proprium obligationis duorum reorū, vt nihil sit magis contrarium. Rei enim sunt vnius eiusdemq; obligationis, *l. 3. §. vlt. D. hoc tit. §. pen. Inst. eo.* Proinde extra eam obligationem nō sunt rei, nec quidquam inter se habent commune. Quæ res facit, vt hic ad communem iuris constitutionem pertineant, qua placet res inter alios actas alijs non nocere. *toto tit. sup. res inter al. act.* Hac de caussa delatum ab vno iusiurandum placet aduersus alterum stipulatori nihil prodesse, *l. nam posteaquam. in fi. & l. quia seq. D. de iur.* nempe ideo, quod alter ex caussa eius iurisiurandi conuentus si neget se deberé, negat se, vt reum teneri ea obligatione, quæ iureiurando inducta est. Idem ergo dicemus, etsi vnus ex reis, quamuis in iure, confessus fuerit se debere, eadem de caussa. Quod si factum vnius rei tale erit, quo non inducatur noua obligatio, sed perpetuetur vetus, quam cōstat duorum reorum fuisse, hic interesse dicemus, morane vnius rei id acciderit, an facto; id est, culpane, quæ in non faciendo sit, an ea, quæ sit in faciendo, veluti, cum reus animal promissum occidit. De mora exstat definitio *in l. mora. §. vlt. D. de vsur.* in hæc verba: *Si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere.* Qua significatur, *si post vnius rei promittendi moram res promissa perierit, perpetuari aduersus eum obligationem: sed eam rem alteri, qui moram non fecit, non nocere quominus in eo vtatur suo proprio iure, & eo interitu liberetur, atq; ita simul vtrumq; accidere, vt neque illius mora alteri noceat ad eum in obligatione retinendum, neq; huius liberatio moratori prosit ad eum liberandum.* de quo iure dixi paulo ante.

De facto † autem vnius rei promittendi exstat contraria Pomponij definitio *in l. pen. D. hoc tit.* his verbis: *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factū, alterius factum alteri quoque nocet.* Factum vocat Pomponius, quod proprie ita dicitur, id est, id admissum, quod vere in faciendo est, quale est, cum vnus reus animal promissum occidit: non autem id admissum, quod est in cessando,

aut

aut negligendo, quo in genere est mora, cessatio nempe posita in non soluendo: sicq; mora à facto distinguitur *in l. si seruum. §. sequitur. D. de verb. obl.* Id eo pertinet, vt cum dicitur alibi moram vnius rei alteri non nocere, sciamus non esse contrarium, cum dicitur factum vnius alteri nocere; quoniam mora non est factum, quod quidem proprie ita vocetur, vt dixi. Sed & cum dicitur factum vnius alteri quoq; nocere, aperte de eo facto dicitur, quod ipsi facienti nocet vel ad inducendum aduersus eum obligationem, de qua prius dubitari posset, vel ad eam, quæ certo constituta erat, perpetuandam. Sed cum adiicitur, factum vnius ex duobus reis promittendi, satis declaratur agi de his, qui vere rei sint. Proinde & id factum notari, non quo inducatur obligatio, sed quo ea, quę duorum reorum erat, perpetuetur, cum absque eo facto foret, esset interitura. Id autem factum est, vt dixi, cum vnus reus promittendi aliquid fecit, quo res promissa vel exstare, vel integra esse desineret, puta, cũ animal promissum occidit, aut debilitauit. Ita fit, vt sit hæc sententia definitionis, si quod tale factum vnius ex reis promittendi acciderit, id factum primum ei nocere, ne eo interitu iuxta regulam communem iuris liberetur: quod certi iuris est, *l. si ex legati, l. si seruum, in princ. §. sequitur, D. de verb. obl.* Sed hoc amplius & conreo nocere, ne & ipse liberetur, quamuis ille nihil in eo neque dolo, neq; culpa, aut per dissimulationem fecerit: de quo dubitari merito poterat. Est enim contra regulam iuris, quæ eum debitorem, sine cuius culpa res periit, liberat. *d. l. si ex legati.*

2 Quod cum ita sit, † & præterea in mora diuersum obseruari dixerimus, haud abs re erit videre, cur id in hac specie tam varie constituatur. Et recte generaliter definiemus, iniquum esse vnius ex reis factum alteri reo nocere: ne incipiat dici licere cuiquam alterius conditionem deteriorem facere, contra regulam naturæ, *l. soluendo, D. de nego. gest.* Sed & illud etiam esse æquissimum, vnius factum non prodesse vel ipsi, vel alteri ad eum liberandum in necem creditoris. Nam à quo iusta solutio, aut satisfactio proficisci debuit, valde iniquum est, atq; adeo absurdum ab eo nasci iniuriam liberationis inuito creditore. Sequitur igitur, vt re post moram vnius ex reis peremta, quamuis qui moram fecit, teneatur adhuc, tamen liberetur alter, qui moram non fecit; quia si etiam ob id factum alter tenetur, aperte mora prioris illi alteri noceat, cum sine cuiusquam mora futurum esset, vt rei interitu liberaretur. Negamus autem vllum factum, aut culpam cuiusquam debere alteri nocere. Contraria de caussa dicendum est, cum vnus ex reis animal promissum occidit, aut aliter fecit, quominus res promissa exstaret, sicut tenetur qui occidit; ita alterum quoque reum teneri debere; quia si eo interitu liberatur alter, perspicuũ est occidentis factum illi prodesse ad liberationem, cum sine eo vterq; adhuc teneretur, vt prius. Iam vero & hoc factum alteri prodesse debere negauimus. At enim factum vnius ex reis promittendi dicitur nocere alteri, *in dict. leg. penult. D. eo.* & nocere ibidem admittitur. Sed idem factum in hac re dicitur modo simpliciter non prodesse, modo etiam aperte nocere diuersis rationibus. Si liberationem tantum spectamus, vt certe de hac sola nũc quærimus, occidentis factum alteri non prodest; quia eo facto alter non liberatur. Si spectamus regulam iuris, quæ ex interitu rei debitæ liberationem reo tribuit, dicitur factum alteri, qui non occidit, nocere; quia factum id quodammodo obstat, ne alter reus ea regula vtatur. Sed tamen semper fatendum est, hoc posterius abusiue dici, non proprie. Reuera enim non factum occidentis obstat, quominus alter liberetur, cum potius factum spectet ad alterum re peremta liberandum, sed in caussa est ius, quod non patitur in interitu rei fraudem vnius ex reis alteri prodesse.

Interpretationem præscriptionis temporis ab vno ex reis adhibitam alteri reo & prodesse, & nocere. & ad *l. vlt. hic.* Cap. X.

SVMMARIA.

1 L. vlt. C. de duobus reis. *explicatur.*

2 *Facta cetera vnius ex reis alteri nec nocere, nec prodesse: interruptionem autem præscriptionis ab vno ex reis promittendi, aut aduersus vnum ex reis stipulandi adhibitam alteri reo & prodesse & nocere: & huius rei æquitas.*

IN his tamen factis vnius ex reis promittendi, quæ facta ad perpetuandam obligationem valent, qualis est eius mora, & rei debitæ interemtio, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, quam in vnius persona admissam voluit etiam alteri reo & prodesse, & nocere. Quod dico, huiusmodi est. Diximus, si quod factum sit, quo vnus ex reis promittendi perpetuauit aduersus se obligationem, id factum neq; alteri reo nocere ad eum in obligatione retinendum, vbi ex sua persona liberari per se potuit, qualis est vnius ex reis promittendi mora: neque prodesse ad eum liberandum, quamuis alioqui, si esset solus, potuisset alieno eodem facto liberari: quale est, si res ab vno sit peremta. Hic, † inquam, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, exstatque de ea re eius constitutio, *in l. vlt. inf. hoc tit.* Constituit enim, quæ eius legis sententia est, quocumque facto in vnius ex reis persona interrupta sit præscriptio temporis, quæ aduersus actionem currebat, siue hanc interruptionem passus sit vnus ex reis promittendi, siue vnus ex reis stipulandi intulit, eam & alteri reo promittendi nocere, & alteri reo stipulandi prodesse. Nocere, vt aduersus alterum quoque reum præscriptio sit interrupta, quo aduersus eum etiam finito tempore præstituto vtiliter agi possit. Prodesse, vt alter quoque reus stipulandi videatur interrupisse, quo & ipse perpetuo possit agere. Interrumpitur autem præscriptio, si reus aut debitum agnoscat apud creditorem, aut à creditore iudicio pulsetur. Siue ergo vnus ex reis promittendi debitum agnouit, vel iudicio conuentus est, perpetuatam eo facto aduersus eum actionem placet, etiam aduersus alterum reum perpetuatam videri, quasi & ipse agnouisset idem aut iudicio conuentus esset. Siue apud vnum ex duobus reis stipulandi agnitum est debitum, aut ab vno promissor iudicio conuentus: perpetuatam huic actionem placet etiam alteri reo quasi communi quodam facto effici perpetuam. Ergo † vnius ex reis interpellati partim mora, partim agnitio alteri quoque reo nocet ad interrumpendam præscriptionem: quod supra de mora & facto generaliter negabamus: & vnius ex reis stipulandi interpellatio alteri quoque prodest ad eandem interruptionem, quamuis ipse ad eam rem nihil contulerit: quod & ipsum in pacto vnius rei stipulandi, itemque in re cum vno ex his iudicata, & similibus factis ante negauimus. Sed meminerimus constituta hæc præter ceteras caussas in interruptione præscriptionis temporis, vtrumque non sine certa ratione. Odiosa enim res est præscriptio temporis, vtpote constituta etiam ei, quem constare possit prius debuisse, & constituta ob id solum, quod debitor per tempus constitutum cessauerit. Fauorabilis igitur, & digna quouis auxilio eius præscriptionis interruptio, idque eo magis, quod quandocumque & quocumque ex facto concessa fuerit, semper interruptio sine debitoris, cum quo nihil actum est, damno contingeret cum, vt dixi, & ipse prius debuerit, nec moleste ferre debeat, se probabili quauis ratione à præscriptione temporis excludi, quę potius conueniebat ex cessatione sua lucrum non sentire. Vnde & Iustinianus *in dict. l. vlt. in pr. hic*, testatur se eos modos interruptionis, quos ab aliis positos inuenerat, etiam ampliasse. nempe quia bene regula iuris Pontificij comprehensum est, odia restringi, fauores ampliari conuenire. *c. odia. de reg. iur. in 6.* sumtum ex *l. cum quidam, in fin. D. de lib. & posth.* Cur autem hæc interruptio in persona vnius ex reis stipulandi, vel promittendi vndecumq; semel admissa etiam ad alios reos omnes pertineat, hæc non improbabilis ratio est, quod sit interruptio de tota obligatione. Iam vero hæc obligatio in omnium reorum non diuersa, sed vna & eadem est. Et hanc Iustinianus secutus est, vt declarat ipse *in d. l. vlt. in extremo.* Ratio infirma per se, sed accedente illa ratione, atque æquitate præscriptionis impediendæ, quam supra dixi, vtraque eam interpretationem abunde in hac specie suader. Nec aliorum factorum exempla aduersantur. Poterat quidem eadem ratione defendi vno ex reis re post eius moram peremta obligato, eam obligationem etiam in altero reo retineri. Sed ideo non placuit, quia æquitas prohibet rem, quæ non est in rerum natura, aut in hominum commerciis, deberi ab eo, qui ipse nec rem sustulerit, nec in ea soluenda moram fecerit. Eadem quoq; ratione poterat defendi, exceptionem ab vno ex reis pacto, vel re iudicata quæsitam ad alterum quoque reum pertinere; quia liberationem ab obligatione contineret, hæc autem obligatio etiam alterius rei est. Sed vetat regula iuris, per liberam personam alij vel actionem, vel exceptionem acquiri, *l. 1. sup. per quas pers.* Cum autem actione ab vno ex reis stipulandi interrupta placet interruptionem alteri quoque reo ad perpetuandam obligationẽ prodesse,

nulla hic actio, aut exceptio acquiritur, sed ea obligatio, quæ eius erat, retinetur. Acquirere alij non licet; retinere, quod eius sit, etiam in alijs caussis denegatum non est. *l. si quis solutioni. §. vlt. D. de vsur. l. si cum venderet. in pr. D. de pign. act. l. 3. in princ. D. quod vi, aut clam.*

Duos reos promittendi vice mutua nec fideiussores esse omnino, nec pro fideiussoribus haberi inuito stipulatore. Cap. XI.

SVMMARIA.

1 *Inter reos promittendi, & plures fideiussores differentia.*
2 *Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi, quid sit* in l. reos. D, de duo. reis.
3 *Rei promittendi quando habendi pro fideiussoribus.*

SVnt ergo hæc duorum reorum promittendi propria, siue de diuidenda inter eos actione, siue de eorum liberatione, siue de facto quod his noceat, agatur. Sed quoniam in his, quæ diximus, necesse est pleraq; immutari, si duo rei promittēdi vice mutua fideiussores sunt, & tamen tales accipi couenire, scriptum est à Papiniano *in l. reos. in pr. D, h. tit.* superest, vt videamus hoc etiam, quam vere id dicatur, vel potius quomodo accipiendū sit, vt conueniat cum superioribus. Et non dubium est, quin duo rei promittendi fideiussores non sint. Duo enim rei promittendi sunt, qui principaliter idem promittunt, non enim ita, vt quod vnus prius principaliter spopondit, ei postea alter accedat, vt dicat nominatim se promittere, quod ab illo, aut illo debetur, ꝗ est proprium accessionis. Idq; ex constitutione duorum reorum supra intellectum est. Nullus autē fideiussor principaliter & per se quid promittit, sed omnis fideiussor principalis alicuius obligationis accessio est, §. *fideiussores, Inst. de fid.* Non ergo duo rei promittendi inuicem sunt fideiussores. Hinc duo rei promittendi vbiq; à fideiussoribus distincti, *l. sed si. 24. iuncta l. idem. seq. D. de pact. l. vlt. infr. de fid.* Hinc & tituli distincti, *De duobus reis, & De fideiussoribus.* Nec vero parum interest id ita recte statui: alioqui, vt dixi, pleraque falsa erunt ex iis, quæ supra posuimus. Est autem † inter reos debendi,
1 & fideiussores harum rerum differentia. Inter fideiussores, qui soluendo sint, diuiditur actio etiam iure vetere, singuli rei solidū debent, & à singulis solidum peti potest, *leg. 2. l. 3. §. vlt. D. eo.* Fideiussor, quod reo debetur, compensare potest, si conueniatur, *leg. 5 D. de compens.* reus promittendi quod alteri reo debetur, nō potest *l. si duo. 10 D. hoc tit.* Item fideiussori exceptio pacti competit, quæ competeret reo, etiam si pactum in personam rei dumtaxat collatum sit, *leg. & heredi. §. vlt. l. quod dictum, D. de pact.* Vnius autem ex reis promittendi cōuentio quamuis in rem collata alteri reo, qui socius non sit, non proficit. *d. l. & heredi. §. vlt. l. sed si. 24. l. idem. seq. D.*
2 *de pact.* Qui d † ergo est, quod ita scribitur *in d. l. reos. D. eo.* reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi conuenit? Vel hoc ipsum maxime significat reos promittendi fideiussores non esse. Hæc enim oratio, *reos promittendi fideiussores recte accipi*, nihil aliud significat, quā reos pro fideiussoribus recte accipi, seu esse loco fideiussorum, quo maxime significatur eos non esse fideiussores. Id ex simili hac oratione licet intelligere, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes, quibus ex quacunque caussa debetur, etiam ex quasi contractu, aut maleficio traditum *in l. creditores accipiendos. D. de verb. sig.* vbi sane constat hoc dici non omnes istos creditores esse; non sunt enim: cum credere sit ex contractu alterius fidem sequi: *l. 1. D. si cert. pet.* sed esse loco creditorum, seu pro creditoribus haberi. idq; ita explicatur in *ead. leg. creditores.* cū ita subijcitur paulo post: *Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.* Non ergo rei promittēdi sunt vice mutua fideiussores, etsi quis concedat pro fideiussoribus habendos. Sed quid refert, dicet aliquis, si fatemur effectu pro fideiussoribus esse habendos? Sane nihil referret, si Papinianus generaliter definiret, reos promittendi ita esse habendos. Nunc autem hæc sententia est Papiniani: conuenire inter omnes, seu, vt alibi loquitur, vulgo receptum esse, reos promittendi pro fideiussoribus accipi non inutiliter. Non tamen semper, sed vice mutua, id est, cum ita accipiuntur ambo, vt simul habeantur pro fideiussoribus vice mutua, non etiam ita, vt vnus eodem tempore fungatur persona rei principalis, alter habeatur pro huius fideiussore: quo illius iure, puta compensatione eadem, aut eadem exceptione vtatur. Quinetiam † hoc ipsum, quod dicit Papinianus, reos promittendi non inu- 3
tiliter simul pro fideiussoribus vice mutua accipi: non generaliter definit, sed ita, vt intelligat id aliquando fieri vtiliter, at non semper. Declarat enim paulo post id fieri tantum tunc, cum reus stipulandi pro talibus eos haberi volet, non etiam ita, vt eos pro talibus admittere cogatur. Et ideo, inquit, vt reus stipulandi inter fideiussores diuidere posset actionem: sic inter reos, tanquam vice mutua fideiussores sint pro arbitrio eius, diuidere poterit, non secus, ac si duos promittendi reos diuisis actionibus conueniret. Sed hoc, inquam, si velit: ceterum, inquit ille, diuidere cogendus non est.

Non tantum duos reos stipulandi & promittendi fieri posse, sed & plures; nec tantum verbis stipulationis, sed & ex ceteris contractibus; itemq; testamento fieri posse duos reos debendi, credendiue. Cap. XII.

SVMMARIA.

1 *Ex contractibus aliis, quam stipulatione, duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
2 *Etiam ex mutuo duos reos debendi eiusdem pecuniæ creditæ fieri posse, & quomodo, ac quam recte hic fieri dicantur.*
3 *Et testamento duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
4 *Ex aliis caussis obligationis quam contractibus, aut testamento, duos reos debendi non constitui.*
5 *Etiam duos reos credendi ex aliis contractibus fieri posse, & quomodo fiant.*
6 *Ex mutuo quomodo duo rei credendi.*
7 *Ex testamento quoq; duos credendi reos posse fieri, & quomodo fiant.*

QVæ de duobus reis stipulandi & promittendi hactenus dicta sunt, exempli caussa dicta sunt; quia & ita reos fieri vsitatius est, & hic titulus de his conceptus est cum hoc loco, tum in Pandectis. Ceterum & in pluribus reis, quam duobus idem iuris est, *Instit. eod. tit.* & ad alios quoque reos credendi, debendiue ius pertinet; si tamen ex aliis quoque caussis, quam ex stipulatione, duo pluresue rei credendi & debendi constitui possunt. De quo sequitur ordine, vt breuiter cognoscamus. Et constat † ex aliis 1
quoque caussis duos debendi reos voluntate fieri posse, partim ex contractu, partim ex testamento. De quo ita scriptum est à Papiniano *in l. eandem, in princ. D. eodem. Eandem rem apud duos pariter deposui, vtriusque fidem in solidum secutus: vel eamdem rem duobus similiter commodaui, fiunt duo rei promittendi; quia non tantum verbis stipulationis, sed & ceteris contractibus fiunt, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Hæc Papinianus. Quomodo ergo fiunt ex his caussis duo debendi rei? Indicat superiore definitione Papinianus in contractibus, cum ait in eo, quod apud duos deposui, duos reos fieri, cum vtriusq; eorum fidem in solidum sum secutus. Significat ergo ex contractu duos reos debendi constitui, cum in eamdem obligationem sic duo consenserunt, vt vellent ei, cum quo contrahitur, in eam caussam in solidum obligari, quod fit aperto consensu, puta, si in emtione duo constituant se eiusdem rei emtores, in venditione duo se eiusdem rei venditores, velintque vtrique, illi venditori, hi emtori in solidum obligari. Quod quidem in his contractibus & similibus recte fit etiam sine stipulatione; quia in his obligatio contrahitur solo consensu. Sed non minus & in ijs, qui re fiunt, vt deposito, & commodato, duos reos debendi recte constitui supra diximus, fitque eadem illa conuentione, cum re apud duos deposita nominatim id agitur, vt vterque eo nomine in solidum obligetur. quam & fidem vtriusque is, qui deposuit, sequitur, vt est *in d. l. eandem. D. eo.* Quod si apud duos res deposita sit simpliciter, aut duobus simpliciter commodata, duo quidem quodammodo rei habebuntur; quia vt in re indiuisa dolum & culpam, & diligentiam, & custodiam in totum præstare debent: reuera duo rei non erunt, quod eo pertinet, vt in eo duorum beneficio per omnia non vtantur, sed solum vnius solutio liberet alterum, indicatur hoc *in l. 5. §. vlt. in fin. D. com.* Quod † in his receptum est, 2
receptum est & in mutuo, vt eiusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei fieri possint, quamuis vni tantum pecunia numerata sit,

sit, & quidem ita, vt rei fieri possint non tantum, si propter pecuniam mutuam vni datam omnes rei promittendi fiant, quod quia stipulatione fit, iure optimo fieri posse constat, eaq; species est *l. propter. inf. h. tit.* sed etiam si pecunia vni numerata, constituant se omnes eius pecuniæ debitores, velintq; singuli in solidum, quasi pecunia in solidum à se accepta, obligari. quod & sine stipulatione fieri posse declaratur *in leg. si non singuli. sup. si cert. pet.* De quo tamen non parua dubitatio est. Nam quomodo ex mutui caussa rei fiant, qui mutuam pecuniam non acceperunt: cum mutuum non contrahatur consensu, sed re, dum & pecunia profiscitur in accipientem? *l. 2. §. creditum. ff. si cert. pet. Inst. qui. mo. re cont. ob. in pr.* Dicendum est, cum vni pecunia traditur aliorum voluntate, satis omnibus traditam videri. illi quidem per se, cui vere traditur: ceteris autem per huius personam; quoniam nihil interest, vtrum alicui tradatur quid, an alij voluntate eius *l. restituta. ff. ad Treb.* Sed nondum ad mutui caussam satis, his omnibus pecuniam traditam videri. Etiam omnium pecuniam fieri oportet, si hos ex mutui caussa reos fieri, id est obligari volumus. Sic enim mutuum est, si ita dentur nummi, vt fiant accipientis. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* At quomodo eadem pecunia fieri istorum omnium potest tanquam mutua, cum plures eiusdem rei in solidum domini esse non possint? *l. 5. §. vlt. ff. com.* Dicemus plures istos eodem tempore dominos eiusdem pecuniæ fieri non posse: diuersis temporibus posse. Quod in hac constitutione plurium reorum fiet hoc modo. Nam iis, quibus pecunia naturaliter numerata non est, videtur numerata, vt dixi, per interpositam personam eius, cui numerata est. Sic deinde ab his velut accepta, videtur ab his ipsis ad eum profecta, cui numerata est: vt sic ad singulos pecunia perueniat diuersis tẽporibus, tanquam breui manu, occultatis non necessariis traditionibus; vt in caussis similibus factum accipiendum esse docemur *in l. 3. §. vlt. ff. de don. inter vir. & vxor. l. singularia. ff. si cert. pet.* Testamento † sic fieri duos reos docet Papinianus *in d. l. eandem. ff. eo.*
3 si pluribus, inquit, heredib. institutis testator dixit, Titius & Mæuius Sempronio decem dato. Quod ex initio eius loci sic intelligendum est, si modo id senserit testator, vt singuli isti appellati heredes solida decem deberent, &, vt loquitur Papinianus, si, vt in deposito, sic in legato testator ita à duobus heredibus legauerit, vt vellet legatarium vtriusq; fidem & personam in solidum sequi, quomodo Accursius locum bene accepit. Sic autem videbitur testator id sensisse, si expresserit. Alioqui eadem summa pluribus coniunctim adscripta, si nihil aliud actum probetur, pro numero personarum diuisa intelligitur, vt singuli partem dumtaxat debeant. in quam sententiam omnes veteres consentiunt. *l. reos. in pr. l. siue. ff. eo. l. eum, qui, 56. in pr. ff. de verb. obl. l. cui fundus. ff. de cond. & dem.* Diuersum est, si testator disiunctim eamdem summam leget à duobus hoc modo: Lucius Titius heres meus, aut Mæuius heres meus decem Seio dato. Apparet enim hic solida decem legata esse à singulis; sic tamen, vt velit testator vna decem in obligatione versari, vt ab vtro fuerit solutum, alter liberetur. Ideo & hic placet ita duos reos esse, quasi essent duo rei promittendi. vt est *in l. si ex toto. 8. §. 1. ff. de leg. 1.*

Ex † ceteris caussis obligationis duo rei debendi non consti-
4 tuuntur, etsi maxime proponas duos pluresque eandem rem debere. Aut enim ex eadem caussa non debent, aut non id agitur inter eos & creditorem, vt vna sit omnium obligatio, & res vna in obligatione versetur. vt puta, plures tutores obligantur ex tutelæ caussa in solidum, sed singuli ex suo facto, & sua culpa. in quo res sunt diuersæ. Ideo non sunt plures rei debendi, neque per omnia eodem iure vtuntur, etsi vt in obligatione communi pleraque habent similia, vt declaratur. *in leg. 1. §. nunc tractemus. ff. de tut. & rat. dist. l. si pupillus. ff. de adm. tut.* Plures ex eodem delicto, quod in commune admissum est, tenentur in solidum, sed aperte non sunt duo rei; quia diuersa sunt facta, & delicta singulorum, & vnusquisque proprij delicti pœnam patitur, quæ ideo in diuersis delictis non potest esse vna. *leg. si quis. §. vlt. & leg. sequen. ff. de iurisd. l. 1. sup. de cond. fur.* Cumque in quasi maleficio plurium similiter suum cuiusq; peccatum sit, quod pœna coercetur; non dubium, quin & hic plures quamuis eius admissi nomine teneantur in solidum; tamen duo rei debendi non sint: etsi hoc simile habent, quod vno soluente, quod actori debetur, alter liberatur. *l. 1. §. vlt. & l. seq. ff. de his, qui deiec. vel effud.*

Vt autem † ex contractibus aliis, quam stipulatione duo rei de-
5 bendi fieri possunt: ita & duo rei credendi etiam in iis, qui re conficiuntur; puta deposito, commodato, mutuo, fientque hoc modo, si nominatim hoc agatur, vt tanquam duo deposuissent, aut cõmodassent eamdem rẽ, vel eadẽ decẽ mutua dedissent singuli in solidum, ita horum singulis, qui accepit, in solidum obligetur. Quod in deposito indicat Vlp. *in l. 1. §. sed si duo. ff. depos.* his verbis: *Si duo deposuerunt, & ambo agant, siquidem sic deposuerunt vt vel vnus tollat totum, poterit in solidum agere.* Vult ergo singulis solidum depositum deberi, singulos eo nomine recte agere in solidum, eamdem rem in obligatione versari, id autem conuentione effici. Atqui hæc plane duorum reorum stipulandi descriptio est *in l. 2. l. 3. §. 1. ff. eo. §. pen. Inst. eod.* Quidni vero ita duo quoq; credendi rei in deposito recte constituantur, cum fateamur duos debendi reos ex eadem caussa fieri posse? facilius enim duobus acquiratur eiusdem rei nomine actio, quam duo eiusdem rei nomine obligentur: cum acquisitio faciat conditionem acquirentis meliorem, quod licet: obligatio autem faciat obligati conditionem deteriorem: quod non perinde concessum est, *l. soluendo. ff. de neg. gest.* Sed duo deponere & commodare eandem rem possunt: vt nihil prohibeat ex his contractibus duos reos credendi ita fieri, tanquam quorum singuli vere rem totam deposuissent, aut totam commodassent. At † quomodo possunt duo eamdem rem mutuo dare, vt quasi solidum dedissent, ita fiant duo eiusdem pecuniæ credendi rei? Possunt videri dedisse eadem illa fictione, quæ in pecunia credita est; vt scilicet vnus dando suo nomine, velit quoq; datam nomine alterius, ac debitor sic accipiat. Sic enim fiet, vt perinde habeatur, quasi debitor pecuniam acceptam illi alteri dedisset, sic deinde ab eo ad eumdem debitorem rediisset. Quæ breuis manus traditio in mutuo constituendo præcipue admissa est. *l. singularia. l. certi. l. pen. ff. si cert. pet.* Ex † testamento sic duo rei credendi
6 in re legata fieri possunt, si testator duobus leget eamdem rem,
7 eamdemue summam disiunctim, hoc modo: *heres meus Titio, vel Mæuio decem dato.* Nam sic cum hæc à duobus isto modo legata sunt, sunt duo rei debendi; quia à singulis solida decem, vna tamen summa legata sunt; *leg. 8. §. 1. ff. de leg. 1.* fient & tunc duo rei credendi, cum hæc summa eodem modo legata erit duobus; quia legata sit solida singulis; sic tamen, vt vna summa in obligatione versetur. Quod si coniunctim eadem summa legata erit duobus, puta Titio & Mæuio decem, ita his decem communiter legata sunt, vt singulis intelligantur solum quinq; data, nisi aliud testator aperte cauerit. *leg. eum, qui ita. 56. in pr. Dig. de verb. obl.*

Quid ex iure vetere de duobus reis constitutio Nouella Iustiniani *de duobus reis* immutarit. Et ad *auth. hoc ita.* Cap. XIII.

SVMMARIA.

1 *Duobus reis stipulandi, credendiue nihil Nouella Iustiniani de iure vetere immutari: in duobus reis promittendi vix pauca etiam omnium consensu, & quæ.*

2 *Nouellam Iustiniani, quæ inscribitur* de duobus reis, *perperam acceptam vulgo de duobus reis simpliciter acceptis, eoque nihil eam de vetere iure duorum reorum immutare.*

3 *Nouellæ de duobus reis inscriptionem esse de duobus reis, qui vice mutua accepti sunt, vt Haloander recte est interpretatus: & quomodo plures tales constituantur, quidq; à duobus reis differant.*

4 *Nouellæ de duobus reis sententiam ad fideiussores vice mutua acceptos solum, non ad duos reos promittendi pertinere: & quid ea lege constituatur.*

5 *Duos reos vice mutua fideiussores acceptos, si nihil aliud aperte conuenit, singulos pro parte teneri, non in solidum: & hoc quam recte constitutum.*

6 *Duos reos vice mutua fideiussores acceptos, quamuis conuenerit, vt tenerentur in solidum; non tamen conueniri posse nisi pro parte, si ambo præsentes sint, & sint soluendo. & hoc quam recte.*

7 *Ex duobus reis vice mutua fideiussoribus acceptis præsentem conuentum in solidum, petere posse spatium, intra quod absentem creditori exhibeat.*

8 *Non soluendo, quis, & à quo, & quomodo id probetur, si de eo sit controuersia.*

9 *Non præsens, seu absens in proposito quis: & à quo in re dubia, ac qualis sit eius rei probatio.*

10 *Pro absente habendum etiam præsentem, quisquis præsens conueniri non potest, & quibus de caussis accidat, ne possit quis conueniri.*

11 *Qui facto creditoris conueniri non potest, pro præsente & idoneo semper habendum, quo alter pro parte solum conueniatur.*

12 *Duos reos promittendi etiam, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, singulos in solidum etiam nouo iure conueniri posse quatuor casibus, & quibus.*

HActenus ius vetus de duobus pluribusue reis non solum stipulandi, & promittendi, sed & in vniuersum credendi, debendiue. Quoniam ei iuri derogasse putatur constitutio. Nouella Iustiniani 99. quæ vulgo, *De duobus reis promittendi*, inscribitur: superest, vt num quidnam illa hic immutarit, & quidnam id sit, breuiter cognoscamus. Atque hic maxime cognoscendi locus est, vbi proponitur fragmentum tanquam ex illa constitutione expressum, quo ab eo iure, quod est in lege præcedẽte de duo-
1 bus reis promittendi, aperte disceditur. Et† ne quis nos in his, q̃ de duobus reis ante ex iure vetere disseruimus, nihil aut parum egisse existimet, quasi superior constitutio aliter nobis duos reos informet, quam supra admisimus, aut de his aliud ius nobis præscribat: sciamus aut nihil esse, aut certe esse perexiguum, quod de iure superiore ea constitutio immutarit: vt necesse sit cetera, quæ constitutio non attigit, omnia integra manere. *l. præcipimus. in fin. sup. de app.* Quorum maxima pars est etiam ex omnium aliorum consensu. Nam cum omnis tractatio de duobus reis sit aut de eorum constitutione, aut de iure, quod in his constitutis seruatur: primum animaduertendum est, Iustinianum constitutione sua nihil de duorum reorum tum credendi, tum debendi constitutione attigisse. Quod ad ius constitutæ obligationis attinet; ne hic quidem quidquam de eo iure in persona duorum reorum stipulandi, credendiue omnino immutauit. Vt enim plurimum ei constitutioni tribuamus, certe verba ostendunt constitutione caueri tantum de duobus reis promittendi. Quid, in his ipsis promittendi reis ius innouauit per omnia? Ne id quidem. Nam Iustiniani cõstitutio de solidi exactione aduersus singulos reos promittendi olim constituta tantum cauens, haud dubie partem illam, quæ est de potestate totius obligationis tollẽdæ, singulis tributa; item & illam, quæ est de facto vnius, quod alteri noceat; vtramq;, inquam, hanc partem vt intactam, ita saluam & integram reliquit. Restat sola exactio, quam ius vetus, vt dixi, solidam aduersus singulos reos promittendi statuit, & de qua cauet superior constitutio. Atqui illa ne hanc quidem detraxit creditori per omnia: sed quod ex verbis apparet, duobus casibus etiam nunc reliquit. Vno, si vnus reus non sit soluendo. altero, si absit. Vt iam si quid est, quod constitutio immutarit, redigatur in admodum angustum hunc locum, cũ ambo rei promittendi & soluendo sunt, & sunt præsentes: De quibus & ipsis, vt video, inter omnes, certe inter saniores, conuenit. Quid ergo hoc casu fiet? Et manifestum est; quid constitutio in his, de quibus cauet, velit fieri. Iubet enim singulos pro parte agnoscere onus, & pro ea parte conueniri: in solidum vetat. vt si de duobus reis id constitutum est, hactenus saltem recessum sit ab eo iure, quod supra exposuimus, recteque *auth. hoc ita.* subiecta sit præcedenti legi ad temperamentum & exceptionem, cum ea lege creditori solidi exactio aduersus vtrum ex eis vellet, tribueretur.

2 Sed † videndum hic etiam atq; etiam puto, an id cautum sit de duobus reis promittendi, id est, iis, qui simpliciter & principaliter eamdem rem solidam promiserunt. Vulgo pro certo habent, quod & apparet sensisse auctorem huius fragmenti, qui id ita concepit, vt in eo negarer, quod in lege præcedente de duobus reis ex iure vetere scriptum erat. A quibus valde dissentio, omninoq; ita constitutionem Iustiniani esse puto, vt non sit de duobus reis simpliciter acceptis, quales supra descripsimus. proinde nec quidquam de vetere iure duorum reorum promittendi ne in exactione quidem immutarit. Id quidem & verbis ipsius constitutionis,
3 & sententia non vno modo perspicue efficitur. Primum † ita conceptus est titulus constitutionis: περὶ ἀλληλεγγυῶν. quod si ad verbum exprimas, valet, de mutuis fideiussoribus. Id autem est, de duobus pluribusue, qui vice mutua inter se fideiussores accepti sunt. Quod Haloander recte intelligens vertit, non simpliciter de duobus reis, vt vulgaris interpres non bonus: sed periphrasi exprimere volens, quod erat in verbo, *De duobus reis promittendi*, qui vice mutua accepti sunt. Neq; hoc Haloander tantum; sed & vetus ille interpres in constitutione ipsa vertenda agnouit. Illa. n. verba quæ sunt, *in* §. 1. *in prin.* εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, vertit, *si quis alterna fideiussione obligatus sumat aliquos.* Tametsi idem paulo post il'a. ἀλληλεγγύως δανειωθὲν, vertit, *quod sub alterna promissione creditum est*; cum vertere deberet, quod sub alterna, aut mutua fideiussione. Loquitur ergo constitutio non de duobus reis, sed de duobus pluribusue fideiussoribus mutuo inter se acceptis: aut si reos appellare libet, de reis quidem, sed qui aperte ita accepti sint, vt vice mutua alij aliorũ essent fideiussores. Quod ita fit in duobus, cum vnus primo & principaliter promittens aperte fideiussorem dat. sed & fideiussor rursum sic accipitur, vt reus, qui prius promiserat, pro eo fideiubeat. Atqui non sunt in hac caussa duo rei promittendi simpliciter accepti. Hi, vt supra ostendi, nec fideiussores sunt omnino, nec pro fideiussoribus habendi longius, quam stipulator haberi velit. Et quæso, cum singuli in solidum idem promittant, & fideiussionis mutuæ in ea obligatione suscipienda nullam mentionem faciant, quomodo ius stipulatori quæsitum aduersus singulos inuito adimatur, contra omnem iuris, & æquitatis rationem? *l. 2. ff. de hiis, qui sunt sui, vel al. iur l. vlt. ff. de pact. l. habere. ff. de euict.* Quid enim ad rem pertinet, quid inter se egerint, dum cauent, vt vnus sit reus principalis, alter pro eo fideiubeat, qui pactione sua creditoris sui ius mutare non potuerit? *l. debitorum. sup. de pact.* Atq; † hæc de verbis constitutionis. 4
Quid sententia? Etiam apertius arguit sentire Iustinianũ de duobus fideiussoribus mutuo acceptis; de fideiussoribus, inquam, talibus, quales proprie nominantur, & quales nominauerat in constitutione sua de fideiussoribus. Etenim initio constitutionis prefatur se prius tulisse legem illam vtilem de fideiussoribus conueniendis; sed cui putet aliquam explicationem & appendicem nõ ignobilem deesse, eam autem in præsentia se adiicere hac constitutione. Ex quo apparet & hanc constitutionem esse de iisdem fideiussoribus, de quibus illic cauerat. Agit ergo & hic de iis, qui vere fideiussores sint: minime autem de duobus reis principalib. de quib. in priore constitutione non egerat. Sed & id, quod nunc constituit, quale sit, spectemus. Tum facile intelligemus totam constitutionem ad veros fideiussores pertinere, & ad temperandam, explicandamq; priorem illam de fideiussoribus omnino referri. Prius constituerat, si ex iis, qui idem debent, vnus sit reus debendi, alter fideiussor à reo datus, prius conueniendum esse reũ principalem, quam peruenietur ad fideiussorem, etsi hoc iure vetere contra erat. Iustinianus posteriore hac constitutione, de qua loquimur, id ita accipi vult, si aperte vnus sit reus debendi tantũ, alter tantum fideiussor. Quod si ambo vice mutua fideiussores accepti sint, vt pro fideiussore, qui aperte talis interuenerat, etiam inuicem fideiubeat, qui prius promisit: erit quidẽ vterq; debendi reus, vtpote pro quo alter fideiusserit: vt secundum constitutionem illam priorem videatur vterque à stipulatore, quem is volet, in solidum conueniri posse; quia vterq; est reus. Sed quia rursum idem quoq; est fideiussor, fit eadem illa constitutione, vt iam neuter possit prior in solidũ conueniri. Hinc illa difficultas in specie duorum reorum, qui inuicem fideiussores accepti sunt, nata ex constitutione superiore. Ea vero difficultas explicatur hac posteriore cõstitutione: eaq; omnino explanatio est & appendix illius prioris constitutionis, quam Iustinianus initio huius posterioris pollicetur. Cauet igitur vtrumq; in proposita specie eodem tempore conueniri posse; quia vterq; reus est debendi. Sed rursum quia est fideiussor, vult vtrumq; ex parte frui beneficio fideiussorum priori constitutione tributo, ne conueniatur saltem in solidum. Restat igitur, vt conueniantur pro parte, vt fieret inter plures fideiussores. Quod & Iustinianus constituit *in* §. 1. & quidem sine exceptione, si non conuenerit, vt quisq; eorum in solidum teneretur. Quod si conuenerit, tamen vult hic quoq; singulos teneri pro parte: sed hac conditione, dum hoc contingat sine damno creditoris. Quod ita fiet, si conueniatur vterq; pro parte, cũ vterq; & idoneus, & præsens est. Quod si alter soluendo non erit, aut aberit; æquum est creditorem non periclitari. quod & ille constituit. Ideo iubet præsentẽ, qui soluendo est, vt vere debendi reũ periculum subire, & satisfacere creditori. Hinc facile agnoscimus explicationẽ difficultatis eius, q̃ dixi, natam ex superiore constitutione, tantũ ideo, ꝙ in duob. reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt; proponitur ea species, in qua quidem vnus sit reus, & alter fideiussor; sed tamen ita, vt vterq; vice mutua sit talis: vt non sit caussa, cur vnum potius velis priore loco conueniri debere, quam alterum; neq; vnum in solidum potius, quam alterum. Cui sane difficultati locus non est in duobus reis promittendi simpliciter & in solidum acceptis sine vlla mutuæ fideiussionis commemoratione. vbi vterque ita reus est principalis, vt neuter alterius sit fideiussor. certe neuter pro alterius fideiussore accipiatur. Quam ob caussam nec iure placet pro fideiussoribus vice mutua accipiendos, nisi creditore volente inter eos actionem suam diuidere.

diuidere, *d.l.reos.in pr.ff.eod.* Hæc est, opinor, germana sententia constitutionis Iustiniani, de duobus reis promittendi, vt vulgo inscribitur. In qua non solum interpretatio verbis, & consilio constitutionis congruit; sed & sententia ipsa certa ratione iuris & æquitatis defenditur. Cur enim in vetere iure non maneat, quod posterioribus legibus specialiter mutatum non docetur? *d.l.præcipimus.in fin.sup.de app.* & præsertim si iure vetere de re alicui quæsita & non detrahenda agatur, quam quidem non tam æquum est nulli detrahi, quam cuiquam detrahi summe iniquum. *l.2.ff.de his, qui sunt sui, vel al.iur.* Quod si ita est, non recte vulgo interpretes constitutionem Iustiniani acceperunt de duobus reis promittendi simpliciter acceptis, quales nunc quærimus. Non recte ne auctor quidem huius fragmenti eam de iisdem interpretatus est, & ad exceptionem emendationemque iuris veteris de duobus reis retulit.

Sane in duobus reis promittendi constitutioni Iustiniani locum esse admittimus: sed dum hoc adiiciatur, si modo ii sint rei, qui iidem & fideiussores vice mutua accepti sint, vt constitutio loquitur. Qua specie proposita, quid hic de duobus istis siue reis, siue fideiussoribus Iustinianus constituat, diligenter videndũ est. Pleraque enim hic singularia, & quorum ratio merito requiratur, ab eo constituta esse reperiemus. Illud †primum, quod si nõ
5 conuenit nominatim, vt duo isti rei vice mutua fideiussores accepti singuli in solidum teneantur, vult singulos solum teneri pro parte, quasi diuisa inter eos in partes ab initio obligatione. idque sine exceptione: vt proinde nihil referat, vtrum vterq; soluendo, & præsens sit, an non: sed quamuis vnus soluendo non sit, an non sit præsens, tamen alter non teneatur, nisi pro parte. hoc *in Nouel. de duob.reis.§.1.in pr.& hac auth.hoc ita.vers.sin autem.* Hoc vero statim à principio merito est animaduertendum. Nam cum hic duo rei accepti sint, quorum vterq; pro altero fideiusserit: nihil aliud proponi videbatur, quam vt isti aut tanquam rei ambo, aut ambo tanquam fideiussores, aut certe vnus tanquam reus, alter vt fideiussor acciperetur. Potuit quidem Iustinianus pro potestate iuris constituendi, qua præditus erat, dubitationis tollendę caussa vnũ ex his eligere, atq; id lege sancire. At illud certe secundum naturam & ordinem rei gestæ fieri posse non videbatur, quin vnũ saltem sequeretur. Nunc autem diuisione ista obligationis, quam posuimus, inter istos cõstituta nihil istorum sequitur. Non habet istos pro duobus reis, qui vult eos teneri tantum pro parte. Nihil enim æque pugnat cum obligatione duorum reorũ promittendi quam diuidi ab initio inter aliquos pro parte obligationem. *l.reos §.1.ff.eo.* Non habet etiam pro duobus fideiussoribus, qui vult eos omnino tamen teneri pro parte, etiamsi vnus soluendo non sit: cum non aliter diuidatur actio inter plures fideiussores, quam si tempore litis contestatę omnes sint soluendo. §. *plures. Inst. de fid. l. inter eos. 51. in pr. ff. de fid.* Multo minus habet vnum pro reo, & alterum pro fideiussore in ista diuisione; cũ semper reus principalis omni iure in solidum teneatur: idq; tãto magis, quod fideiussorem dedit, idq; accessit ad confirmationem obligationi, *l.4.§.si ex conuentione.ff.de re iud.* Sed & fideiussor quoq; tenetur in solidum, saltem tunc etiam ex Nouella Iustiniani, *de fideiussoribus*, cum reus principalis abest, aut non est soluendo. *Nou.4.de fid.§.1.* Quid ergo est; Dicendum est non putasse Iustinianum duos reos promittendi esse, seu solidum videri promisisse, qui quamuis verbis promiserint; tamen sic accepti sunt, vt vice mutua vnus pro altero fideiuberet. Hæc enim mutua fideiussio declarat, rẽ, pro qua isti se obligant, in commune ad vtrumq; pertinuisse, eosq; se in ea vt in re communi obligasse; proinde & pro parte. Vbi autem pro eadem re, aut summa duo in cõmune accipiuntur, diuiditur in viriles partes inter eos obligatio, eoq; nec duo rei fiunt. *d.l.reos.in fin ff.eo.*

Quod † si conuenerit, vt ex duobus istis vice mutua acceptis
6 fideiussoribus singuli in solidum tenerentur; non minus & hic nouum & singulare ius agnoscas. Nam si ambo præsentes sint & idonei, etiam in superiore conuentione non vult Iustinianus eos vltra teneri, quam pro parte. *Nou.de duo.reis.§.1.& hac auth.in fin.* Quod si vnus soluendo non sit, aut non sit præsens, ius quidem mutat: sed ita, vt cum vnus non est soluendo, non iubeat alterum continuo in solidum conueniri, sed solum quanto minus prior facere potest, cum autem vnus præsens non est, tunc demũ velit alterum in solidum teneri. Et hæc, inquam, non minus animaduertenda. Nam cum duo isti eamdem rem promiserint, idque ipsum nominatim actum sit, vt solidum singuli deberent; nemo dubitat, quin sint duo rei promittẽdi, ex definitione *l.eamdem.l.reos.in.fi.ff.eo.* Cur non igitur non dico, vt duo rei, sed vt qui aperte solidum promiserunt, etiam in solidum tenentur, etiam si omnes & præsentes sint, & sint soluendo; Sed iam dixi, ita duos reos esse, vt simul sint vice mutua fideiussores, vt hac parte non male putauerit Iustinianus æquum esse, eos frui beneficio constitutionis suæ, qua ante cauerat de fideiussoribus post reum principalem ordine conueniendis. Quod sine dubio secutus est, cũ vno ex his reis absente, aut non idoneo constituto vult alterum in solidum conueniri. Nam & hoc idem constituit aduersus fideiussores, cum reus principalis abest, aut non est soluendo, *Nouel.4.de fid.* Sed esto, hac parte congruat illa constitutio. At certe, ea parte videtur eadem illa refragari, quod illic reum principalem, cum præsens est, & idoneus, iubet Iustinianus prius in solidum conueniri: & quidem ita, vt simul vetet tantisper conueniri fideiussorem vel in totum, vel pro parte. Hic autem contra vult vtrumq; istum reum simul conueniri, & neutrum in solidum, sed vtrumq; pro parte. Si sunt duo rei, cur non conueniuntur iure in solidum, si vnus reus, & alter fideiussor, cur non superiore constitutione hic vtimur, vt vterque tanquam reus principalis pro arbitrio creditoris prius in solidum conueniatur, omisso altero, qui habeatur pro fideiussore? Et recte hoc quæreretur, si aut duo rei tantum essent, aut vnus certus tantum reus, alter tantum fideiussor. Nũc autem sic vnus reus est, vt sit etiam alter: & sic vnus fideiussor, vt sit & alter eodem tempore fideiussor. Hæc conditio personarum eo rem deducit, vt neque singuli tanquam rei principales in solidum conueniri possint, quia sunt & fideiussores, si modo his fideiussorum beneficium tribuere volumus: neque vnus tanquam reus prius, quam alter quasi fideiussor; quia & alter reus est. Cui consequens est, vt si vnus vt reus potest conueniri, possit conueniri & alter, qui etiam reus est. Et quoniam non possunt conueniri ita, vt singuli solidum præstent, cum res vna in obligatione versetur; restat, vt conueniantur pro parte, quoad eius fieri sine incommodo creditoris potest. quod tunc accidit, cum ambo & soluendo sunt, vt possint partem, quam debent, præstare, & sunt præsentes, vt possint præstare in præsentia. Illud iniquum esse fortasse quis dixerit, cum conueniri, vt singuli in solidum tenerentur, hanc pactionem creditori non seruari. Occurrit obiectioni Iustinianus *in d.Nouell.de duob.reis.* illic, *sic enim & illis.* & innuit, ideo non esse iniquum, quia fideiussoribus istis consulatur hac diuisione, & nullo damno ex ea re creditor afficiatur. Hoc sentit; quod alij prosit, tibi non noceat, humanum esse, id cuique concedi, etiam si summo iure in ea re deficiamur. sententia Pauli in *l.2.§.quanquam.fi.de aq.plu.arc.* Ita in summa duo isti rei, iidemque vice mutua accepti fideiussores, à duobus, quorum vnus sit reus, alter fideiussor, vna hac re differunt, quod dum ambo soluendo sunt, & præsentes, conueniuntur ambo, & conueniuntur singuli pro parte; quia necessitas cogit ita eos conueniri. quod secus fit in reo & fideiussore. At si vnus ex duobus istis reis, de quibus agimus, pro parte soluendo non sit, aut non sit præsens; hic plane sequimur constitutionem Iustiniani de fideiussoribus, vt tanquam si ille in parte, quam debet, esset principalis; sic possit alter tanquam huius fideiussor pro ea quoque parte conueniri. quod illius constitutionis ius est, cum de fideiussore conueniendo agitur.

Quid tamen, †si dum vnus ex istis reis abest, præsens conuen- 7
tus spatium petat, intra quod absentem euocet, & creditori exhibeat? an impetrare debebit? Nam hoc impetrat fideiussor, cum pro absente reo conuenitur. *Nou.de fid.§.1.* Et putem in proposito hunc quoq; reum absentis nomine in solidum conuẽtum idem impetrare debere, quia & hic fideiussor est, & cum absens partem debuerit, apparet præsentem eius partis nomine conuentum tanquam fideiussorem conueniri. Et cur ad præsentem reum venitur iisdem conditionibus, quibus ex priore constitutione Iustiniani de fideiussorib. venitur ad fideiussorem, nisi quia & hic reus habetur in hac re pro fideiussore, vt & vere fideiussor vice mutua acceptus est? Quod si & hoc tribuitur fideiussori; quia non magnum damnum est in mora modici temporis, *l.si debitori.ff.de iud.* cur non tribuamus & huic reo, cui Iustinianus in diuisione tamdiu consultum esse vult, dum nullum damnum patiatur actor? *d.Nou.de duob.reis.vers.sic enim & illis.* Neq; vero refragatur cõstitutio, quasi quæ præcise velit, si vnus absit, alterũ conueniri. Non.n.simpliciter dicitur superiore conditione alterũ cõueniri: sed teneri in id, quod creditor ab alio accipere nõ potuit. At non prius certum est, eum non potuisse id ab alio consequi, quam constiterit absentem euocatum esse, neq; venisse.

Hoc iure posito vnumquemq; ex duobus istis reis conueniri posse in solidum, si alter soluendo non est, aut non est præsens,

quæ-

quærendum fuit de his conditionibus quando videantur exstitisse, vt sit solidi exactioni locus.

8 Et† soluendo non esse, seu non esse idoneum intelligimus eũ, à quo creditor suum consequi non potest, idque constitutio significat. *Nouel. de duo. reis. vers. si vero minus.* Quid ergo, si de eo inter actorem, & eum, qui in solidum conuenitur, sit cõtrouersia, quia conuentus dicat alterum esse soluendo, actor neget? Et Iustinianus huius rei probationem vult esse actoris; cuius facultatem cõmodam illi suggerit, & sine vllo ipsius incommodo. Vult enim ambos reos simul de vniuersa summa conueniri, cum degunt in eodem territorio, rem communiter disceptari, vtrumque in cõmune condemnari. Sic deinde in exsecutione sententiæ discuti singulorum facultates pro ea parte, in quam vult eos teneri. *dict. Nouel. de duo. reis. vers. Sin autem iisdem. & hæc Authen. hoc ita.* Hæc vero discussio declarabit, quid quisque habeat in bonis, & an hæc ad cuiusque partem dissoluendam sufficiant. Si sufficient, habemus eos, qui sunt soluendo, nec iam amplius creditor quam partem ex singulorum bonis capiet. Si vnius non sufficient, quantum deerit ad præstationem partis, tanto minus erit soluendo, & eatenus alterum onerabit: quod & actione iudicati actor ab altero consequetur.

9 Eum,† qui præsens non est, seu absentem varie in vsu iuris dici constat. quos modos collegit Accursius *in Nouel. de fid.* §. 1. ad verbum, *præsentes.* Nec difficilis est animaduersio, proposita vnaquaque lege, in qua absens nominatur. Vt enim est locus, de quo in lege agitur, ita necesse est absentem varie accipi eum, qui ab eo loco abest, cum præsentia & absentia personæ ad eum locum referatur. Qua ex regula, si quæratur, quem hic præsentem, aut absentem intelligere debeamus, recte dicemus cum Accursio in eo loco, quem supra indicaui, præsentem in illa constitutinne *de fideiussoribus* (quod & in simili re ac iure ad hanc constitutionem pertinet) accipiendum eum, qui est in territorio, in quo cum altero præsente agitur: etiam si forte non sit in iure, aut in ipsa vrbe atque adeo in locis continentibus. Absentem contra eum, qui non sit in eo territorio, etiam si sit forte in eadem prouincia. Hoc ideo; quia in vtraque constitutione notatur is locus, in quo cum vno præsente in solidum agitur: placetque, si vterque sit in eo loco, diuidi debere actionem: sin vnus absit, alterum, cum quo agitur, in solidum teneri. Id non obscure declarat in *d. Nouell. de fid. §. 1. ver. si vero intercessor.* cum absurdum esse dicit creditorem alio mittere, quam vbi cum fideiussore agit, & potest ab eo pecuniam exigere. Is porro fideiussor est is, cum quo agitur in solidum omisso reo principali, qui dicebatur abesse. Nec alia est huius constitutionis hypothesis, aut ratio in præsente reo conueniendo, cum alter abesse dicitur. Quid, si & hic de eo, qui abest, sit controuersia: dum scilicet creditor tanquam vnus absit, agit cum altero præsente in solidum, qui autẽ conuenitur, dicit alterum præsentem esse, aut se nescire, an absit, & prius id explorari, & absentem esse sibi probari postulat? Vtri probationem imponimus: actorine, vt probet eum, de quo contenditur, non esse in eo territorio, in quo cum præsente agitur, nec ante procedat eius intẽtio: an vero reo conuento, vt probet alterum esse præsentem, ne secum agatur, atq; hoc non probato actionem creditoris omnino excipere debeat? Et cum non detur hac constitutione actio aduersus vnum in solidum, nisi hac conditione, si alter præsens non sit: est hic quoq; actoris ante omnia docere illum alterũ abesse, atque hoc modo exstitisse actionis conditionem. Nisi enim conditio exstiterit, nulla esse potest actio. *l. cedere. D. de verb. sig.* Nec satis est dicere exstitisse, nisi probes. *l. 2. ff. de prob.* Neque hoc probare difficile est creditori. Id consequetur hoc modo, si domum eius mittat apparitorem, per quem in ius vocetur, & neq; ibi reperiatur, neq; quisquam exsistat eius nomine defensor, iuxta formam præscriptam *in l. 4. §. prætor. ff. de dam. infect.*

Sed † cum hic duæ tantum sint conditiones ad alterum in so-
10 lidum conueniendum, si alter soluendo non sit, aut si absit: quid fiet, si vnus & idoneus, & præsens erit, sed præsens conueniri nõ possit? quod multis de caussis accidit. Quid enim, si ex duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, vnus sit pupillus, aut seruus, qui obligetur tantum naturaliter? vt in specie *leg. si ex duobus, §. 1. ff. de fid.* Quid si sit, qui obligetur ciuiliter, sed restitutus sit in integrum beneficio ætatis? vt in specie *leg. si Titius. Dig. de fid.* Quid, si vnus acceptus in diem, aut sub conditione, & ante quam dies venerit, cum altero in solidum agatur? vt in specie *leg. si plures. ff. de fid.* Finge etiam pupillum præsenti die recte obligatum tutore auctore sine spe in integrum restitutionis; sed abesse tutorem, sine cuius auctoritate pupillus conueniri non potest. *l. 1. §. 1. ff. de adm. tut.* Quid, inquam, fiet in his omnibus caussis? An qui conueniri non potest, habebitur pro absente, vt sic ex conditione legis alter possit in solidum conueniri: an vero quia idem & soluendo est, & præsens est, alter conuenietur tantum pro parte; quia conditio legis, quæ actionem tribuit in solidum, deficit? Dicemus satis haberi pro absente in proposito, qui iure conueniri non potest, aut non potest in præsentia: eoque quamuis idem soluendo sit, & præsens corpore; tamen tanquam absente eo nihilominus alterum in solidum conueniri posse. Idque mens & sententia legis exigit. Cur enim vno absente placet Iustiniano alterum in solidum teneri? Explicat Iustinianus *in Nouell. de duob. reis. versic. si vero minus.* & quamuis non exprimeret; tamen est in promptu; quia videlicet absens conueniri non potuit in eodem territorio, nec potuit ibi creditor ab eo partem, quæ debetur, accipere. Atqui multo minus conueniri ibi potuit, qui omnino iure non potuit, neque illic, neque alibi; multoque minus potuit creditor ab eo suum consequi. Quare & multo magis hoc casu aduersus alterum in solidum actionem dari voluit, atque hoc modo creditori consuli. omninoque ita ius est, quibus in caussis ratio regis versatur, in his idem æstimari debere; quia ea sit sententia & voluntas legis. *l. illud. ff. ad leg. Aqui. l. non possunt, leg. nam vt. ff. de legib.* Neque hic distinguemus, vtrum creditor ignorarit vnum ex reis in ea caussa esse, vt posset non conueniri; an vero sciuerit, quasi si sciuerit, ei nocere debeat. Hæc enim distinctio in duobus reis recipienda non est, de quibus nominatim conuenerit, vt singuli in solidum tenerentur: ac de his nunc agimus: cum ideo creditor sibi cauerit ab altero solidum; quia sciebat se ab altero inuito partem non posse consequi. Plane† si proponas per creditorem factum esse, ne vnus te- 11
neretur, non nocebit ea res alteri, quominus & is pro parte semper teneatur. Vetant regulæ iuris, quæ dictant; Neminem alterius conditionem facere posse deteriorem: item, Alteri per alterum iniquam conditionem inferri non posse: item; Factum cuique suum, non aduersario nocere debere, *l. soluendo. D. de neg. gest. l. non debet alteri. l. factum cuique. D. de reg. iur.* Finge vnum pacto creditoris liberatum; aut creditorem vel non petendo intra tempora constituta, vel male agendo ab vno cecidisse; aut vnum dolo malo inductum, vt promitteret, quibus in caussis factum creditoris alteri confideiussori, aut contutori ad eum in solidum obligandum non nocere responsum est, *l. si pupillus. D. de adm. tut. l. si Titius. in fin. D. de fid.* congruit *l. Stichum. §. pen. D. de sol.*

Sunt † igitur hactenus constitutæ conditiones hæ tres, quarum vnaquaque exsistente placeat quemque ex duobus reis, et- 12
iam qui vice mutua fideiussores accepti sunt, in solidum teneri: si alter scilicet non sit soluendo; si præsens non sit; si præsens cõueniri non possit, idque facto, aut culpa creditoris non acciderit postea. Addemus exiure communi quartam conditionem, quæ & vulgo recte recepta est, si ita conuenerit de singulis in solidum conueniendis, vt beneficio diuisionis hac constitutione sibi tributo renuntiarent. Sic enim ius perpetuum est, licere vnicuique iuri pro se introducto renuntiare, *l. pen. sup. de pact. l. pactum. D. eo. l. si iudex. D. de min.*

AD TIT. XLI. DE FIDEIVSSORIBVS, ET MANDATORIBVS.

SVMMARIA.

1 *Cautionum genera duo, & quæ.*
2 *De fideiussoribus cur hoc loco, non coniunctim cum pignoribus.*
3 *Interuenientium pro aliis species.*
4 *Fideiussores, qui.*
5 *Expromissor quis, & quid à fideiussore differat.*
6 *Fideiussorum obligatio.*
7 *Fideiussores vnde dicti.*
8 *Mandatores qui, & quæ eorum obligatio.*
9 *Constitutæ pecuniæ rei, qui, & quid intersit inter horum & fideiussorum obligationem.*

FIdeiussoribus tunc locus est, cum id agitur, vt creditori magis cautum sit. *Inst. eod. tit. in prin.* Cautionum † duo genera. Nam 1
aut pignoribus cauetur, aut reis, id est, iis, qui pro alio rei fiant. *l. 1. §. iubet. D. de collat. bon. l. 4. §. addici. D. de fid. liber.* De pignoribus supra dixi-

pra diximus. His adiungetur alterum cautionis genus, quod est
2 positum in personis pro aliis interuenientium. De † quo tamen genere potius hoc loco separatim traditũ est; quia fideiussores, qui sunt horum reorum numero, verbis constituuntur: vt proinde placuerit tractationem de verborum obligationibus præmit-
3 ti. Reorum, † qui pro alio, qui idem principaliter debiturus sit, interueniunt; tres sunt species: fideiussores, mandatores & qui constituunt. *Nouel. 4. de fideiuss. §. pen.*

4 Fideiussores sunt, † qui pro alio obligato vna idem promittũt verbis. *l. 5. §. satis acceptio. ff. de verb. obl.* Itaq; desiderat fideiussores duas ad obligationem: in forma contrahendi, verba, seu stipulationem; in caussa, alienæ obligationis susceptionem. Sine stipulatione non constituuntur fideiussores. *l. blanditus. inf. hic. d. l. 5. §. satis acceptio. de ver. obl.* Nisi autem fideiussor alienam obligationem in se non dico trãsfert, sed suscipit, vt distinguuntur ista *in l. 1. sup. ad Vellei.* vt sic ad alienam obligationem fideiussor accedat, non obligatur, ac ne fideiussor quidem est. *§. fideiussores. Inst. eod.* Inde fideiussores ad promissores dicti; quia scilicet ad id, quod alius debuit, accedentes idem promittunt. *d. l. 5. §. satis acceptio.* Inde etiam dicti accessiones principalis obligationis, sine qua nec consistũt *d. §. fideiussores. Inst. eo.* Ex quo illa: nisi quid debeatur, & principalis obligatio aliqua præcedat, fideiussores obligari non posse. *l. is cui bonis. ff. de ver. obl.* Item, fideiussorem in maiorem quantitatem aut deteriorem caussam obligari non posse, *d. §. fideiussores ita.* Postremo, principali reo liberato & fideiussores liberari; quoniam principali caussa non subsistente, nõ possit esse accessioni locus *l. in omnibus speciebus. ff. de solut. l. cum principalis. ff. de reg. iur.* Sed vt obligationem præcedentem requirimus, cui fideiussor accedat, quo is obligetur: ita qualiscunque obligatio præcedat, nihil interest, vtrum ciuilis, an naturalis; & ciuilis vtrum verbis contracta, an re, an literis, an consensu solo. §. 1. *Inst. eod.*

5 Sane † fieri potest, vt quis obligationem alienam in se suscipiat liberato priore reo, aut eo nomine non obligato; cum tamen obligati deberet: qui in vsu iuris dicitur expromissor, *l. & eleganter. §. seruus. pactionu. ff. de dolo. l. qui libertinus. in fin. ff. de oper. libr.* Sed hic fideiussor non est, neque adpromissor; quia non idem cum alio promittit, vnde & à fideiussore vbique distinguitur. *l. vt res. ff. de cont. em. §. venditæ. Inst. de rer. diuis.* Quamobrem & ad hunc tra-
6 ctatum nihil pertinet. Cum † autem dicamus fideiussores verbis constitui, ex eo apparet, quam teneatur, & quo iure. Quisquis stipulanti quid promittit, iure ciuili obligatur. *§. de constituta. Inst. de act. Inst. de verb. obl. in pr.* Proinde hæc ipsa fideiussorum obligatio
7 est. Dicuntur † fideiussores ex formula vetere in fideiussoribus constituendis recepta. Interrogabantur enim ad promissores futuri, an id, quod ab alio debetur, fide sua esse iuberent, id est, vellent id constitutum esse fide sua, & an in eam rem fidem suã obstringerent, respondebant illi se iubere esse fide sua, vt indicatur *in §. pen. Inst. eo.* Alioqui omnes debitores etiam principales fidem suam obstringunt. *l. 1. ff. si cert. pet.*

8 Mandatores † in iis, qui pro aliis intercedunt, dicuntur, qui ad creditorem futurum veniunt, & eum rogant, vt pecuniam credat debitori futuro. Nam cum his creditor ita pecuniam credit, duo ex ea caussa obligantur. primum is, cui ea pecunia credita ẽ, qui obligatur ex caussa mutui, qui idẽ reus est principalis, vt cuius caussa mutuum comparatum sit. Alter is, qui mandauit, qui ex mandati caussa tenetur creditori contrario iudicio mandati, vt illi præstet, quod is rogatus credidit. Nascitur hæc obligatio ex consensu, vt & obligatio mandati omnis. *Inst. de obl. ex cons.* Sed nihilominus eadem vis est obligationis huius, quæ & stipulationis, qua fideiussores constituuntur. Quid distent mandatores à fideiussoribus, ex his definitionibus manifestum est.

9 Qui † pecuniam ab aliquo debitam vel pro se, vel pro aliis cõstituunt se soluturos, hi non minus, quam superiores ex constituto obligantur: quamuis neque verbis, & stipulatione fidem suã adstringant, neque quidquam mandent creditori, sed potius his mandetur, vt constituant, *§. de constituta. Inst. de act. l. 1. & toto tit. ff. de const. pec.* Roget igitur aliquis, cum omnis, qui pecuniam constituit, nudo pacto pro aliis obligetur, quid adeo opus sit stipulatione ad fideiussores constituendos. Nempe ideo opus est; quia vtrum fideiussores verbis constituuntur, an quis pecuniam solo pacto constituat, multum interest. Fideiussores statim & sine vlla conditione tenetur, siquidem pure accepti sint. Qui autem pecuniam constituit, non tenetur, nisi certis conditionibus edicto prætoris de hac caussa comprehensis. Nam si per actorem steterit, quo minus fieret, quod constitutum est, qui constituit, non tenetur, *l. si duo. 16. §. 1. ff. de const. pec.* sed nec tenetur ante, quam dies saltem decem præterierint, *l. promissor. Stichi ff. de const. pec.*

L. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Lysiæ.

Si Lysias adempta parte bonorum exsulare iussus est: non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, iure pristino conueniri possunt. PP. Idib. Octobr. Seuero A. III. & Victorino Coss. 201.

SVMMARIA.

1 *Publicatis extranei debitoris bonis, aut parte bonorum, ita damnatũ liberari, vt fiscus eatenus damnato succedat cum suo onere.*
2 *Publicatis bonis fideiussores damnati quamuis liberati nihilominus teneri: & quam recte.*
3 *Extra quam si damnatus, ex alia caussa liberatus sit, quam damnatione, &* l. 4. in pr. ff. si quis caut. *sententia.*
4 *Damnato debitori suo si fiscus succedat, & penitus tolli obligationem, & liberari fideiussores.*

L. in fraudem. §. si principalis. ff. de iur. fisc. *explicatur. ibid.*

QVoties † quis ita damnatur, vt ex damnatione eius bona publicentur siue vniuersa, siue pro parte (quod posterius in quibusdam iudiciis accidit, vt lege Iulia de vi priuata, *§. item lege Iulia de vi. Inst. de pub. iud.*) toties damnatus, si quid prius debuit, pro ea parte liberatur, pro qua bona publicata sunt. Neque ideo constitutum est, vt damnatio prodesset debitori, quod esset iniquissimum; sed quia bonis publicatis sic tanquã mortuo fiscus eatenus damnato succedit, & succedit cum suo onere: vt iam pro damnato fiscus tanquam successor incipiat teneri, *l. 2. infr. ad leg. Iul. de vi. l. cum tabulis in fin. ff. de his quæ vt indig. auf. l. fiscus. in princ. ff. de iur. fisc.* 1

Ea † res facit, quod hic traditur, vt si damnatus fideiussores dederit, nihilominus publicatis bonis fideiussores in solidum, vt prius, teneantur. Etsi enim principalis reus liberatus videatur; tamen eius persona sublata supererit fiscus, qui in eam obligationem succedit, & ita succedit, vt nihilominus eadem persona cum defuncto esse videatur. hæc enim conditio est personæ heredũ, *Noue. de iureiur. à morien. præst. leg. quadam. §. 1. ff. de eden.* Quapropter nihil hanc sententiam offendit regula iuris, qua efficitur, liberato reo etiam liberari fideiussores, *leg. in omnibus speciebus. ff. de solut.* Hinc enim effectum est non liberari principalem reum, qui successorem habet; vt qui in persona heredis debere adhuc intelligatur. 2

Sane † si damnatus reus ita liberetur ex aliqua caussa, vt nec heredes eius ex eadem caussa teneantur; probandum est principali caussa ita sublata, etiam fideiussorem liberari. Id accidit in ea caussa, cum is, qui promiserat se iudicio stiturum certa, die, & in eam rem fideiussorem dederat, ideo non steterit; quia iudicio capitali damnatus erat vel morte, vel exsilio. In qua specie scriptũ est *in l. 4. in pr. ff. si quis caut.* promissorem quidem ex ea stipulatione certo non teneri; quia exceptionem habet, sed adiicitur, nec teneri fideiussores. Atqui in ea specie bona dãnati publicata sunt, & in eius locum fiscus successit, vt est in specie huius loci. Ita est: sed longe dissimilis est liberationis caussa vtroque in loco. Nam cum quis ideo non venit in iudicium; quia damnatus est, nempe ideo non venit; quia nõ potest venire sententia prohibitus. quod cum accidit, toties aduersus actionem ex ea stipulatione comparatam datur promissori exceptio, *l. 2. ff. si quis caut.* Vnde rursum euenit, vt non magis teneantur promissoris heredes, quam ipse promissor; quoniam impossibilium nulla obligatio est, *l. impossibilium ff. de regul. iur.* proinde nec fiscus post damnationem tenetur. Quod si ita est, consequens est regulæ iuris nec fideiussorem ex ea caussa teneri, *d. l. in omnibus speciebus. ff. de solut. l. cum principalis ff. de reg. iur.* Verum † huic rescripto, atque isti damnationi opponitur generalis definitio *l. in fraudem. §. si principalis. ff. de iur. fisc.* vbi hæc Pauli verba sunt: *si principalis rei bona ad fiscum deuoluta sint, fideiussores liberantur.* Sed de alio, atq; alio debitore hæc dicta sunt. Agitur hoc rescripto de debitore extraneo, cui cum fiscus succe- 3

dit, non ideo successione obligatio tollitur. sed confirmatur. hic manente etiam fideiussores obligatos teneri necesse est. Pauli autem definitio superior de principali reo, qui fisco debuerit, intelligenda est: cuius postea bona ad fiscum creditorem deuoluta sint, id est, cui fiscus successerit. Nihil certius, quam in vniuersũ hoc casu fideiussores liberari. Hic enim creditor debitori succedit, quum fit, obligatio confusione tollitur, *l. Stichum. §. aditio. ff. de solut. l. debitori. supra de pact.* Obligatione principali hoc modo sublata fieri non potest, quin & fideiussores liberentur, *d. l. in omnibus speciebus. l. 4. hic.* Et vt sequentia verba definitionis illius Pauli obiter explicemus, subiicit Paulus, vt est lectio Pandectarum Florẽtinarum; *nisi forte minus idonei sint, & in reliquum non exsoluta quantitatis accesserint.* Quorum verborum hæc est sententia. Fideiussores superiore confusione liberãtur; nisi sint fideiussores rei principalis minus idonei, id est, rei, qui non sit soluendo; vt fideiussores in eam quantitatem, in quam reus principalis soluendo non fuit, sese obligauerint, vt in specie *l. decem. ff. de verbor. obl.* Itaque hæc exceptio hæc declarat, etiam tunc, cum fiscus debitori suo succedit, nihilominus fideiussores debitoris teneri, si principalis debitor partem soluere non potuit, & nominatim fideiussores in eam partem interuenerint. Alia lectio fuit tempore Accursii, quam ille commemorat ad eum locum, in hæc verba; *etsi minus idonei sint, & in reliquum non exsolutæ quantitatis accesserint.* etsi, pro nisi. Lectio superiori contraria. Nam prior illa de definitione proposita excipit eos fideiussores, qui pro reo minus idoneo interuenerint. Posterior etiam in hoc casu retinet definitionem, ad hanc sententiam; vt cum ad fiscum bona rei principalis peruenerint, fideiussores omnino liberentur; nec ad rẽ pertineat, an reus principalis soluendo fuerit, & fideiussores in eam quantitatem, quæ exsoluta non est, interuenerint. Nam ne in eam quidem quantitatem fideiussores amplius teneantur, hæc lectio & sententia nobis retinenda est priore repudiata. Est enim iuris certi, cum fiscus debitori suo succedit, obligationem rei tolli cõfusione, etiamsi reus principalis soluẽdo non fuerit. Nam si obligatio rei principalis tunc tollitur, & fisco amittitur, cum reus soluẽdo fuit; multo magis tolletur tunc, cum reus soluendo non fuit. deniq; siue reus soluendo est, siue non est, semper debitor pariter obligatur. Atqui hæc obligatio omnis confusione tollitur, quoties creditor succedit debitori, *d. l. debitori. sup. de pact. l. Stichum. §. aditio de solut.* Obligatione principali sublata, necesse est etiam fideiussores liberari sine exceptione; quia vt iam aliquoties diximus, fieri non possit, vt sublata caussa principali accessioni sit locus. *d. l. in omnibus speciebus. & §. fideiussores. Inst. de fid.*

L. Creditori. 2.

Iidem AA. Plotio.

Creditori, qui pro eodem debito & pignora & fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem conuenire in eam pecuniam, in qua se obligauerit, quod cum facit, debet ius pignorũ in eum transferre. Sed cum in alia quoq; caussa eadem pignora, vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsoluatur. Dat. 5. Cal. Febr. Apro. II. & Maximo Coss. 208.

SVMMARIA.

1 *Fideiussorem nõ prius conueniri posse, quam aut abiisse probetur reus, aut non esse soluendo.*
2 *Fideiussorem quamuis recte conuentum non prius cogi soluere, quam cessis sibi à creditore in debitorem actionibus, & pignoribus, & quo iure, quamque recte id tributum fideiussori.*
3 *Pignora in aliam quoque summam obligaea, quam in quam fideiussor tenebatur, fideiussori cedi necesse non esse.*

HIc locus est de vi & effectu obligationis fideiussoriæ. Cum fideiussor stipulatione obligetur; si hic stipulationis & obligationis eius, quæ inde nascitur, regulas sequeremur, consentaneum erat, vt fideiussores à creditore, eodemque stipulatore statim conueniri possent, & ita conueniri, vt fideiussores conuẽti necesse haberent soluere, etiamsi creditor vicissim eis nihil præstaret. Sic enim ius est de stipulatione, omnique obligatione pura, vt quod pure promissũ est, id statim à promissore peti possit, §. *omnis. Instit. de verb. oblig.* Et si creditor vicissim nihil promisit, nihil habet debitor, quod iure suo possit ab eo exigere. Conditionem enim stipulationis ab initio constitutam mutare nõ potest neque creditor, neque debitor, *l. vero. ff. de solut. l. habere. ff. de euict.* Sed de his singulare constitutum est in persona fideiussorũ. Ac † primum ita quidem ex suprascripta regula ius vetus erat, vt liberum esset creditori statim fideiussorem conuenire omisso principali reo, quod ius traditur in princ. huius *l. 2.* item *in l. 3. & l. 5. eo tit.* Hodie contra ex constitutione Iustiniani, qua id ius mutatum est, *Nou. 4. de fideiuss.* cuius summa expressa est in *auth. præsente. inf. hoc tit.* de qua ibi dicetur. Præterea † hoc proprium fideiussoriæ obligationis, vt non prius fideiussores cogantur creditori soluere, quam ille actiones suas aduersus reum & pignora ab eo accepta cesserit, vt declaratur hac *l. 2.* item *l. cum is. 36. ff. eod.* Sed vnde hoc ius petitum, cum repugnet naturæ obligationis? Non sane ex communi iure, & potestate obligationis, sed ex æquo & bono. In eamq; rem datur fideiussori doli mali exceptio, qua excludatur creditor, qui non oblata actione & pignoribus ius suum persequatur. Exceptionis ratio & æquitas hæc est. Scimus exceptionem doli mali competere aduersus eum, qui subtilitate iuris fretus aliquid contra naturalem æquitatem petit, *l. 1. ff. de doli ma. & met. exc.* At æquum est, creditorem cum illi pecunia soluitur à fideiussore, actiones suas fideiussori cedere. Id enim fideiussori prodest, & cedenti nihil nocet; & præterea etiam in eam rem creditor pecuniam accipit. Quod præstitum accipienti prodest, nobis nihil nocet, id secundum naturæ æquitatem est cuiuis præstari etiam ignoto, *l. 2. §. quamquam. ff. de aq. & aq. plu.* Ita hanc cessionem fideiussori denegare hoc prætextu; quià de eo nihil conuenerit, est contra naturæ æquitatem facere per subtilitatem & occasionem iuris summi. Quare & aduersus eam denegationem doli exceptioni locus est. Quod † tamen dictum est, creditore pignora à debitore accepta fideiussori cedere debere; recte monemur hoc rescripto sic temperãdum esse, si pignora tantum in eam summam, quæ à fideiussore soluitur, obligata sint, quo casu cessio creditori nihil nocitura est. Diuersum esse, si ea pignora præterea à debitore in aliam summam sint obligata. Nam tunc creditor pignora fideiussori cedere non potest, quin in illam summam amittat pignorum persecutionem. Sic cessio à creditore exigenda est, ne illi noceat. Quapropter recte placet non aliter impetrare debere fideiussorem, vt sibi cedantur pignora, quã si paratus sit omnem pecuniam, quæ debetur, exsoluere.

L. Non recte. 3.

Iidem A. Maximo.

Non recte procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audiri te noluerunt ex bonis fideiussoris, quæ ad fiscum peruenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem conuenire iusserunt, cum electionis potestas permittatur creditori. Sed cum duos fideiussores accepisse te proponas: si alter idoneus est, intelligis te diuisa quantitate partem competentem à Procuratore nostro petere debere, & aduersus alium fideiussorem eius experiri. Nam licet significes adiectum esse in obligatione, vt singuli in solidum tenerentur: tamen nihil hæc res mutat conditionem iuris & constitutionem. Nam & cum hoc non adiicitur, singuli tamen in solidum tenentur: sed vbi sunt omnes idonei, in portionem obligatio diuiditur. PP. 17. Calen. Septembr. Antonino A. III. & Geta III. Coss. 209.

SVMMARIA.

1 *Fideiussores plures singulos iure non tantum vetere, sed & nouo in solidum teneri, quatenus ceteri soluendo non sint.*
2 *Inter plures fideiussores si omnes soluendo sint, diuidi obligationem ex epistola D. Hadriani, sed per exceptionem duntaxat, non ipso iure, & quis effectus.*
3 *Beneficium tributum solum pluribus fideiussoribus vnius debitoris, nõ plurium debitorum, etsi vnius summæ fideiussores sint.*
4 *Beneficium denegatum pluribus fideiussoribus tutorum; & cur.*
5 *Fideiussores plures an omnes soluendo sint ad beneficium diuisionis, spectan-*

spectandum tempore litis contestatæ: & hoc quam vim habeat.

6 *Beneficium diuisionis inter fideiussores inficiantibus denegatum.*

7 *In pluribus fideiussoribus accipiendis si conuenerit, vt singuli in solidũ teneantur, nihilominus eos beneficio diuisionis vti posse, & cur non repugnet conuentio.*

8 *Beneficio diuisionis non vsum fideiussorem, si solidum soluerit, nullam eo nomine aduersus confideiussores actionem habere.*

DVæ sunt partes huius rescripti. Priore id ius traditur, de quo supra *in l.2.* diximus, licere creditori omisso reo principali fideiussorem conuenire, idem *in l. 5. hic.* Hoc ius immutatur *auth. præsente.* quæ sequitur, & ad huius iuris exceptionem id fragmentum pertinet. Altera pars est, qua de obligatione plurium fideiussorum comprehenditur, in qua quæritur, quatenus fideiussores teneantur. de quo ita statuendum est.

1 Plures † fideiussores eiusdem rei, seu pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, siue id nominatim conuenerit, siue non conuenerit: & siue omnes soluendo sint, siue non sint, vt in extremo huius rescripti declaratur. Neque hoc ius mutatum esse putandum est cõstitutione Nouella Iustiniani *de duobus reis*, vnde auth. *hoc ita sup. de duobus reis.* Sumpta ea quidem constitutione effectum est, duos reos promittendi non teneri in solidum, sed pro parte, etiamsi singuli soluendo non sint; nisi nominatim conuenerit, vt in solidum obligarentur. Et potest existimari ea constitutio ad fideiussores transferri debere, vt nec fideiussores plures tanquam rei eiusdem summæ teneantur in solidum, nisi nominatim conuenerit. Sed recte recepta est vulgo hęc sententia, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fideiussores non pertinere. Differentiæ ratio non est obscura. Nam plures rei promittendi eodem tempore eiusdem pecuniæ nomine accipiuntur. Vnde existimari potest pro numero personarum diuidi obligatio inter eos, vt illis respondentibus de centum, intelligantur singuli promisisse quinquaginta, *l. reos. ff. de duobus reis l. cui fundus. ff. de cond. & demon.* Potest quidem accipi & illud coniectura voluntatis, quasi singuli vt verbis solidum responderunt, ita & re videantur solidum promisisse. Sed cum id incertum esset, voluit Iustinianus non aliter id accipi, quam si nominatim conuenisset, vt singuli vel in solidum tenerentur. In quo sustulit dubitationis caussam, quemadmodum prius fecerat in nouatione, *l. vlt. infr. de nouat.* At plurium fideiussorum obligatio dubitationem non habet, quin ex eorum promissione singuli in solidum obligentur. Nam singuli promittunt id, quod reus debet, & quantum debet: debet autem solidum. Quamobrem & singuli fideiussores promittunt solidum, vt ad eam rem explicatione alia apertiore non sit opus. Tenentur ergo plures fideiussores in solidum, idque sine

2 controuersia, si ceteri idonei non sunt. Quod † si omnes sint soluendo, hic beneficium fideiussoribus tributum est epistola quadam Hadriani Imperatoris, vt obligatio inter fideiussores diuidatur, §. *si plures. Institut. eod. l. si plures. ff. eod. & hac l. in fin.* In qua diuisione hoc primum notandum est, diuidi obligationem inter plures fiddeiussores per exceptionem duntaxat, non ipso iure. Huius differentiæ quis sit effectus, sumendum ex *l. inter. 26. ff. eo.*

3 Sed † non tribuitur hoc beneficium omnibus, nec sine exceptione. Non omnibus fideiussoribus hoc beneficium datum; sed ils, qui non solum eiusdem summæ, sed etiam eiusdem debitoris fideiussores sunt. Ceterum inter plures diuersorum debitorum fideiussores actio non diuiditur. Vt puta, stipulatus sum decem ab aliquo, & fideiussorem ab eo accepi. Eadem decẽ ab alio sum stipulatus, & ab eo quoque accepi fideiussorem: vt appareat duos eiusdem summæ fideiussores esse. Nihilominus singuli in solidum conuenientur. non enim sunt vnius debitoris fideiussores, sed plurium debitorum, & in negotio debitoris principalis sunt singuli, non plures, *l. si à Titio. ff. eod.* Similiter si à debitore fideiussorem accepi, & à fideiussore alium fideiussorem eius nomine; duo quidem sunt hic fideiussores eiusdem summæ, sed nõ ideo inter eos actio diuiditur, *l. si plures. §. vltim. ff. eodem.* quoniam scilicet sunt plurium debitorum fideiussores; prior debitoris, po

4 sterior fideiussor fideiussoris. Sed † & in persona plurium fideiussorum vnius debitoris, placuit hoc beneficium fideiussoribus tutorum non dari; sed fideiussoribus tantum eorum creditorum, qui ipsi fideiussores sua conuentione accepissent. hoc *in l. vl. ff. rem pup. sal. fore.* vbi & differentiæ ratio à Papiniano explicatur ad hanc sententiam. nam qui cum fideiussoribus contrahunt, possunt ab initio conuenire, vt singuli fideiussores in solidũ conueniantur. Quod si non fecerunt, de se queri debent. Pupillo nihil tale imputari potest in fideiussoribus tutorum; quoniam ipse cum tutore non contrahit, eoque nec cum eius fideiussoribus, sed in eos incidit.

Datur † autem hoc beneficium duabus conditionibus. Vna 5
est, si omnes fideiussores idonei sint, vt hic dicitur, id est, si sint soluendo omnes, idque spectatur tempore litis contestatæ, §. *si plures. Inst. eod. l. inter.* 51. §. 1. *ff. eod.* Quod dicimus tempus litis contestatæ in hac re spectari id eam vim habet, vt nihil prosit fideiussoribus, qui soluendo sunt, si ceteri fideiussores aliquãdo soluendo fuerint ante litem contestatam, & ante soluendo esse desierint; sed qui eo tempore soluendo non est, hoc ceteros onerat, *d. §. si plures. Inst. eod.* E conuerso si omnes proponantur tempore litis contestatæ soluendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint etiam ante sententiam, ea res ad onus eius, qui soluendo est, non pertinet. Addit Papinianus, nec auxilio defendi ætatis actorem. non enim deceptum videri, qui iure communi sit vsus, hoc *in l. inter eos. §. pen. ff. eod.* Et generaliter quoties constituitur, vt inter aliquos diuidatur actio, si certo tempore idonei sint, toties soluendo esse desiisse aliis non nocet, si post tempus id contigit, *l. 1. sup. de diuid. tut.*

Altera † conditio est, si fideiussores non negent se fideiusso- 6
res esse. Inficiantibus auxilium diuisionis non tribuitur, *l. si dubitet. §. 1. ff. eod.*

Quid, † si in fideiussoribus accipiendis conuenerit inter cre- 7
ditorem & fideiussores, vt fideiussores singuli in solidum teneantur, an ex hac conuentione singuli in solidum cõueniri possunt? Hic rescriptum est, non eo minus fideiussores beneficio iuris vti posse, vt non nisi pro parte conueniantur. additur ratio; quia iure hoc fit, vt inter fideiussores diuidatur actio: hæc autem conuentio, quæ proponitur, iuris conditionem & constitutionem non mutat. Sed huic rationi vniuersi iuris de pactis ratio atque æquitas reclamare videtur. etsi enim hic beneficiũ diuisionis tribuatur fideiussoribus iure tamen beneficium est de re priuata & familiari, idemque pro fideiussoribus constitutum. At qui ius certum est licere cuiuis paciscì, & paciscendo deteriorem conditionem suam facere, *l. iuris gentium. §. si paciscar. l. pactum. ff. de pact.* & in vniuersum licere iuri pro se introducto renũtiare sine exceptione, *l. pen. sup. de pact.* Proinde etiam ex hoc iure hæc conuentio seruanda est, ac seruatam plusquam manifestum est mutare superioris iuris conditionem. De quo ita recte constituetur, negari non posse, nec debere, quin hic quoque, vt in ceteris caussis, inter priuatos conuentio sit seruanda: sed non ideo ita esse seruandam, vt singuli fideiussores conueniri possint in solidum contra iuris superioris rationem; non quia ius superius impediat; sed quia non id agatur conuentione, vt id ius mutetur. Sic enim fuit conuentio, vt singuli fideiussores in solidum tenerentur. at hoc ipsum & iure constitutum est, vt in solidum teneantur. Hactenus ergo cõuentio iuris constitutionem non mutat, sed confirmat. At enim ius constitutum est, vt fideiussores pro parte tantum conueniri possint, si omnes sint idonei. Ne hoc quidem mutat superior cõuentio. Non enim conuenit, vt fideiussores in solidum conueniantur, sed vt teneantur. tenentur autem in solidum semper etiamtum, cum conueniuntur pro parte. Humanitatis enim caussa ita conueniuntur, vt conuentio sit ipsis quam minimum damnosa; non autem ideo; quia non teneantur. Argumento est, quod si non omnes soluendo sint, hi, qui soluendo sunt, tenentur, & cõueniũtur in solidum. Hoc loco varie nobis occurritur. Nam primum hoc ipso, quod conuenit, vt in solidum tenerentur fideiussores, conuenisse intelligitur, vt in solidum conuenirentur, etiãsi omnes essent idonei; quoniam verba cum effectu accipienda sunt, *l. pen. §. docere. ff. ne quis eum qui in ius voc. est.* Effectu autem nõ intelligitur teneri, qui remoueri non potest; quoniam dicimus creditores non esse eos, qui exceptione perpetua conueniri possunt, *l. creditores. ff. de verb. sign.* Respondeo, etiam si interpretemur fideiussores in solidum teneri, qui conueniri tantum possint pro parte; nihilominus tamẽ verbum tenendi cum effectu à nobis accipi. Nam is, qui soluendo est, si ceteri non sunt soluendo, vt in solidum tenetur; ita & conuenitur in solidum. si omnes soluendo sunt, etiam effectu creditor consequitur suum à ceteris, à quibus autem consequatur, nihil eius interest, dummodo consequatur. Rursum alia ratione effici dixeris, superiorem conuentionem de singulis fideiussoribus in solidum conueniendis accipi debere. Etenim si ita interpretamur, vt fideiussores singuli in solidum non possint conueniri, etiam tunc, cum omnes idonei sunt, conuentio est inutilis. Nam & sine conuentione idem

iure efficiebatur, vt hoc rescripto traditur. At in interpretatione orationis omnis hæc regula præscribitur, orationem sic accipi debere, vt omnino aliquid egisse videatur, *l.si quando.in prin.D.de leg.1.l.1.in fin.D.ad munici.* Quare hanc quoque conuentionem sic interpretari debebimus, vt fideiussores idonei singuli in solidum conueniri possint, ne sit conuentio inutilis. Huc facit *l.quoties in stipulationibus.D.de ver.obl.l.vbi.l.quoties in actionibus.D.de reb.dub.* Sed quod dicitur, conuentionem sic interpretandam esse, ne sit inutilis, sic intelligendum est, si modo etiam ea sententia, quam accipi volumus, verbis contineatur. Nunc autem conuenit, vt omnes fideiussores teneantur in solidum, his verbis non continetur, vt omnes in solidum conueniantur, cum possint teneri in solidum iure, vt certe tenentur; & tamen humanitatis caussa non conueniantur in solidum, nisi quatenus necesse sit, id est, quatenus non sunt soluendo. Bene igitur & prudenter responsum est, superiore conuentione non adimi beneficium diuisionis fideiussoribus. Sed † quodcunque hic beneficium est diuisionis, sciamus id tribui fideiussoribus pro parte se conueniri desiderantibus. Quo neglecto si solidum soluerint, sciant eo nomine actionem se tantum habere aduersus debitorem, non etiam aduersus ceteros fideiussores, *l.cum alter.inf.hoc tit.§.si plures.Inst.eo.*

8

Authent. præsente.

Præsente tamen vtroque non permittitur intercessorem conueniri, priusquam reus inuentus est minus idoneus, siue in totum, siue in partem. Absente autem reo, præsens intercessor iure quidem conuenitur: ipso tamen desiderante iudex definiet tempus, intra quod deducat reum primo conueniendum, ipso in subsidium reseruando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi à creditore actionibus, absque distinctione contractus, siue intercessionis.

SVMMARIVM.

1 *Ad fideiussorem non prius peruenirì posse, quam reus principalis aut absit, aut non sit soluendo: & quam recte id præter conditionem obligationis constitutum.*

OLim liberum fuit creditori omisso principali reo fideiussorem conuenire: quod ius positum est *in l.2.l.3.sup.l.5.inf.eod.* Id nitebatur optima ratione, si quis sequeretur conditionem obligationis. Nam fideiussores se obligarunt, non sub conditione, si reus principalis prius conueniretur, non in diem, cum aliquod spatium interuenisset, intra quod reus principalis posset euocari. Pure igitur; quo in genere regulæ iuris efficiunt, vt qui eo modo se obligauit, statim possit conueniri sine exceptione, §.*omnis.Instit.de verb.obl.l.eum, qui Calendis.§.1.ff.de verb.obl.* Iustinianus † hoc mutauit. *Nouell.4. de fideiuß. in pr.* vnde hoc fragmentum, vetuitque, ne ad fideiussores peruenireturr, nisi aut reus principalis abiens esset, vt non esset eius conueniendi copia, aut ita præsens esset, vt constaret eum excussis eius facultatibus non esse soluendo. Hoc etiam addidit, vt quamuis reus abesset, fideiussori desideranti spatium à magistratu daretur, intra quod posset reum euocare, & dare creditori conueniendum. Sed quo iure, quaue ratione æquitatis potuit Iustinianus actionem creditori semel quæsitam ei auferre: cum sit certi iuris, & conuenientissimum rationi naturali, nulli ius suum detrahi, nulli actionem quæsitam auferri inuito? *l.2.ff.de his, qui sunt sui, vel alie.iur.l.habere.ff.de euict.* Item cum constet conditionem, quam stipulatio ab initio accepit, non posse mutari inuito aut creditore, aut debitore *l.vero.§.1.ff.de solut.* Nempe summi iuris ratio id postulabat, ne fieret: sed constitui humanum visum est, & conueniens æquitati naturæ. Ratio humanitatis & æquitatis hæc est, quod fideiussores ad fideiubendum ex liberalitate & beneficio accedunt. Est æquissimum nulli officium suum damnosum esse, quod eius sine iniuria creditoris consequi liceat, *leg.si seruus.§.quod vero.in fin ff.de furt.l.sed si quis.ff.quem test.aper.* At fit sine iniuria creditoris, si prius cogitur debitorem conuenire. Nam si ab eo consequitur, quod vult, malitiose amplius requirit. Si non consequitur, habet fideiussorem, ad quem regrediatur. In eo etsi nonnullum interuallum sit temporis, tamen non est magnum damnum in mora modici temporis, vt scriptum est *in l.si debitori.ff.de iudic.* In his si quæritur, quem reum absentem accipere debeamus, quomodo abesse doceatur; quis sit non soluendo, & quomodo de eo recte constare possit; tum num quid sit hoc dissimile à duobus reis, & quid sit: petendum ex iis, quæ vt in simili argumento scripsimus supra *cap.13.* seu ad *auth.hoc ita.de duob. reis.*

1

L. Nouatione. 4.

Imp. Antoninus A.Rufæ.

Nouatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fideiussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligauerunt. PP.15.Cal. Octob. Antonino A.IV.& Balbino Coss.214.

QVocunque modo principalis obligatio tollitur, liberantur & accessiones: vt fideiussores, & mandatores, vt initio huius tituli diximus, *l. in omnibus. ff. de sol.* Liberationis autem species est nouatio. §.*præterea.Instit.quib.mod. toll.obl.* Proinde & nouatione fideiussores liberari necesse est. Vide *l.1.sup. etiam ob chiro.pec.pig. ten. poss.*

L. Iure. 5.

Hic locus expositus est ad *auth.præsente.sup.*

L. Si pater. 6.

Idem A. Pollæ.

Si pater tuus pro Cornelio, cum pecuniam mutuam acciperet, se non obligauit: frustra ex eo, quod tabulas obligationis vt testis signauit, conueniris. PP.II.Calend. Iul. Messala & Sabino Coss.215.

SVMMARIVM.

1 *Subscribendo testamento neminem ideo videri in eandem caussam se obligasse: & cur.*

NEmo † instrumento de alieno negotio confecto subscribens, ideo à creditore conueniri potest debitoris nomine; quoniam creditori non ideo se obligat. idque sic recte colligitur. Si is, qui ita subscripsit, obligatur, necesse est, aut tanquam fideiussor obligetur, aut tanquam mandator, aut tanquam qui pecuniam constituit. quod intelligitur ex ea partitione, quam ab initio posuimus. exstat *in l.vlt.supr.de const.pec.* Nihil fideiubet, qui nihil est stipulatus, *l.blanditus.infr.hic.* Non mandat, qui creditorem non rogauit, vt pecuniam crederet. Non constituit, nisi qui pacto & consensu constituit se pecuniam debitam solutum. Ex subscriptione porro hic consensus non arguitur. Nihil enim prohibet, quo minus quis videat, quid geratur, & rebus gestis subscribat; & tamen non probet, quæ geruntur, aut quo minus probet quidem; sed tamen fidem suam nomine alieno non interponat. Ita cum subscriptio sine consensu esse possit, ex subscriptione, vt dixi, non recte consensus colligitur, quod & scriptum est *in l.neque natales.sup. de prob.* Sed pater est, qui subscripsit obligationi cum filio contractæ. Nihil hoc facit ad obligandum patrem: quandoquidem vt filius pro patre conueniri non potest; sic nec pater pro filio emancipato *l.1.l.2.sup. ne filius pro patre.*

1

L. Si creditor. 7.

Idem A. Eroti.

Si creditor conditioni mandato adscriptæ, cum pecuniam mutuam daret in accipiendis hypothecis, non paruit: frustra te iudicio mandati conuenit, quando non aliter te obligasse intelligaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio. PP.Calen. Iul. Læto.II.& Cereale, Coss.216.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Pecunia non per omnia ita credita, vt mandatum est, mandatorem creditori non teneri.*

MAndatores non minus, quam fideiussores diximus initio huius tituli à creditore conueniri posse, idque iudicio mandati. Hoc† ita est, nisi is, qui mandauit pecuniam credi, certa lege & conditione mandauerit, & ei legi creditor non paruerit. Diligenter enim fines mandati custodiendi sunt: atque his non seruatis non intelligitur quisquam implesse mandatum, *l. diligenter. ff. mand.* Hinc est, quod hic dicitur, cum quis mandauit creditori futuro, vt pecuniam Titio crederet pignoribus ab illo acceptis, si rogatus credidit, neque pignora accepit, actionem eum mandati aduersus mandatorem non habere: scilicet quia, vt dixi, mandatum non impleuit. Dices, non debere nocere creditori, quod pignora à debitore non acceperit; quoniam pignora illius caussa accipiuntur; licuit autem ei, quod pro se est, contemnere, *l. si iudex. ff. de min.* Sed non eius tantum caussa pignora accipiuntur, verum & mandatoris. Interest enim mandatoris, cum pecuniam soluit creditori, cedi sibi actiones & pignora, quæ creditor habuit, ac nisi his cessis non cogitur soluere, *l. 2. sup.* Quare cum creditor in proposito non habeat pignora, quæ mandatori cedat, recte mandator actionem aduersus se recusabit; præsertim cum creditoris culpa factum sit, quo minus pignora illi cederet.

L. Filiusfamilias. 8.

Imp. Alexander A. Longo.

Filiusfamilias, qui pro patre, quamuis in venditione fundi, fideiussit, tenetur. PP. 2. Idus Octobris, Maximo II. & Aeliano Coss. 224.

SVMMARIVM.

1 *Filiumfamilias quamuis pro patre vendente fideiubentem obligari, & quæ in eo dubitandi caussa.*

FIliusfamilias ex omnibus caussis obligatur non secus, ac quiuis paterfamilias, *l. tam ex contractibus. ff. de iudic. l. filiusfamilias. ff. de obl. & act.* Ergo & si fideiusserit, obligabitur. id, quod constat, si pro quouis extraneo fideiusserit, *l. 3. §. si filiusfamilias. §. sed si filius. ff. de pecul.*

Quid, † si fideiusserit pro patre; placet eum nihilominus teneri, vt hic scriptum est. in quam sententiam & loci complures notantur ab Accursio. Sed cur in patre dubitamus potius? quia vetus est circa fideiussores dubitatio, an iis fideiussoribus succurrendum sit aduersus creditorem, qui cum soluerint, actionem nullam habeant aduersus eos, pro quibus fideiusserunt. quod indicat *l. Marcellus. ff. eod.* Ex hoc autem numero est filiusfamilias, qui pro patre fideiubet; quoniam inter patrem & filium, qui in eius potestate est, nulla nascitur actio, *§. hi qui. Instit. de obl. quæ ex del. nasc.* Sed non placuit hanc idoneam esse caussam, cur fideiussoribus succurratur. quæ sententia est *d. l. Marcellus. ff. eod.* Eadem sententia & ad filiumfam. pertinebit pro patre fideiubentem. Et merito ob hanc caussam fideiussori subueniri non potest. Nam si fideiussor saluum habere non potest, quod soluit creditori, ipsius damnum est. Non debet damnum suum ad alterius iniuriam referre, & creditorem decipere, *arg. in l. 3. in princ. ff. de transact.* Sed cur additum est in hoc rescripto, *quamuis in venditione fundi filius fideiusserit?* Videri potest additum huius dubitationis remouendæ caussa. Nam filius viuo patre quodammodo existimatur dominus bonorum patris, *l. in suis. ff. de lib. & posth.* Quæ res facit, vt in venditione patris ipse filius quodammodo venditor esse intelligatur, eoque & debitor. Non potest autem idem & debitor esse principalis, & fideiussor. Quid ergo est? Negabimus scilicet filium dominum esse bonorum paternorum. quod & verum est. vnde & dicitur existimari dominus, non esse, *d. l. in suis.* Existimatur autem quodammodo dominus propter spem futuræ successionis, quæ ita addicitur liberis, vt nec iudicio parentis sine meritis caussis ab ea summoueri possint, *l. vlt. in pr. ff. de bon. dam.*

L. Etiam. 9.

Idem A. Aristocrati.

Etiamsi de iure obligationis pignorum actum fuerit, fideiussoribus liberatio non contingit. PP. Kal. Decemb. Maximo II. & Aeliano Coss. 224.

SVMMARIA.

1 *Vna persecutione iuris sui electa non ideo alteram repudiatam videri.*

2 *Ex pluribus actionibus diuersarum rerum vna remissa, hoc ipso alteram manere.*

CReditor, cui fideiussores dati erant & pignora eiusdem obligationis nomine, si omissis fideiussoribus egerit cum possessoribus pignorum, non ideo fideiussores liberantur. Hoc† ideo rescriptum hoc loco, quod potuerit in proposito dubitari, *an creditor vna via ad iuris sui persecutionem electa, videatur aliam repudiasse.* Nam & alias accidit, vt vna actione electa creditor ad aliam, quæ eiusdem rei nomine competat, redire non possit; vt in actione de peculio, & tributoria, *l. quod in herede. §. eligere. ff. de tribut.* Sed hoc in his actionibus ideo receptum est, non solum quia sunt eiusdem rei nomine; sed etiam quia hae conditione propositæ sunt edicto à prætore, vt vna duntaxat experiri l ceat. Ceterum vbi id nominatim constitutum non est, nunquam vna actione electa, non dico remissa, ab altera recessum intelligitur. Solutione enim debitor, non electione actionis liberatur, *l. 1. §. sed si duo. ff. depos.* huc pertinet *l. qui seruum. §. 1. ff. de obl. & act.* Atque hæc dicta sunt de pluribus actionibus eiusdem rei nomine competentibus.

Quod † si plura iura erunt, pluresue actiones diuersarum rerum, citra exceptionem illud tenendum est, nunquam vno iure remisso, alterum repudiatum videri. quanto minus vno electo ad iuris nostri persecutionem? *l. si domus. ff. de ser. vrb. præd. l. si mihi. ff. de ser. rust. præd.* Quinimo cum ex duobus vnum remittitur, hoc ipso quod remittitur vnum tantum, certum argumentum est, alterum non remitti. alioqui licebat vtrumque remittere.

L. Fideiussor. 10.

Idem A. Vitali.

Fideiussor, seu mandator si in vsuras quoque obligatus est, iustam caussam recusandi eas soluere non habet. §. Vt autem iu, qui cum altero fideiussit, non solus conueniatur, sed diuidatur actio inter eos qui soluendo sunt: ante condemnationem ex ordine postulari solet PP.

SVMMARIA.

1 *Fideiussorem in sortem acceptum, in vsuras sortis quamuis ex mora rei accedentes non teneri.*

2 *Diuidendæ actionis beneficium tribui fideiussori ex ordine postulanti: & hoc ex ordine, quid sit.*

3 *Diuisionem actionis à fideiussoribus quandocunque recte postulari ante condemnationem, quamuis non contestata huius rei exceptione.*

4 *Diuisionem actionis inter fideiussores frustra obijci post condemnationem ab eo, qui in solidum sit condemnatus.*

COntinet hoc rescriptum duo capita. Vnum est de vsuris sortis à fideiussore præstandis. alterum pertinet ad diuisionem actionis inter fideiussores. De vsuris hæc sententia est: *fideiussorem vsuras sortis recusare non posse, si in eas sit obligatus.* Qua conditione admonemur, nisi sit fideiussor in eas obligatus, iuste illum eas recusaturum, quantumuis reus principalis debuerit. Quorum vtrumque certi iuris est. Nam si actio in personam semper aduersus eum est, qui nobis obligatus est, *l. actionum. ff. de obl. & act.* fit, vt qui est obligatus, teneatur ea actione; & qui obligatus non est, eatenus non teneatur. Illud modo quæritur, quomodo & quando fideiussor in vsuras à reo sorti debitas obligetur. Dicendum † est, sic eum obligari, si nominatim in eas fidem

fidem suam obstrinxerit; non aliter: quantumuis ea sit obligatio principalis, in qua ex mora rei vsuræ officio iudicis accedunt; vt fit in bonæ fidei iudiciis, puta in conductione, *l.quæro.in prin.ff. loc.* qua in specie placet, fideiussorem conductionis, qui se in sortem tantum ex ea caussa debitam obligauit, in vsuras à reo contractas non teneri, *l.fideiussores magistratuum.* 68. §.1.*ff.de fideiuss.* nec quia vsuræ debeantur ex mora rei, eo magis in eas fideiussorem teneri debere; quia & illud placet mora rei non augeri obligationem fideiussoris, *l.centum.ff.de eo,quod cer.loc.* Non obstat, quod scriptum est *in dict.l quæro.ff.locat.* fideiussorem locationis nomine acceptum, in vsuras etiam pensionum tardius illatarum teneri hoc ipso, quod in omnem caussam locationis se obligauit. Nam is se obligare in omnem caussam locationis intelligitur, qui promittit, & fide sua esse iubet, quidquid conductorem in caussa locationis ex bona fide dare, facere oportebit, vt ibidem explicatur. His autem verbis continentur vsuræ pensionum; quia locatio bonæ fidei iudicium est: quo in genere iudiciorum vsuræ ex mora debentur officio iudicis, *d.l quæro loc.l.mora.* §. 1.*ff.de vsur.* De quo disserui fusius *ad l.centum.ff.de eo,quod cer.loc.*

De diuisione actionis inter fideiussores hoc loco appendix est, pertinens ad ea, quæ diximus de hac specie *in l.3.sup.* Diximus inter alia, si omnes fideiussores idonei sunt tempore litis contestatæ, diuidi actionem debere inter fideiussores, etsi iure ciuili
2 singuli in solidum teneantur. Hic † comprehensum est, cui fideiussori hoc beneficium tribuatur, & quando id desiderare liceat. Verbis igitur huius rescripti tribuitur postulanti fideiussori Quæritur, quando postulari possit. Additum est, id ante condemnationem ex ordine postulari solere. Ex ordine fieri & postulari quid dicitur, cum plura sunt, quæ fieri debent, aut possunt iure, sed ita, vt quædam priora sint, quædam posteriora. Nam cum prioribus transactis venitur ad posteriora, tum posteriora ex ordine fieri, & postulari dicuntur. Id ita accidit in fideiussionibus, cum de hoc beneficio diuisionis agitur. Nam fideiussori in solidum conuento plures defensiones esse possunt. Prima illa, vt dicat, se non teneri. idque varie accidit; vel quia reus principalis liberatus sit aut ipso iure, aut per exceptionem; qua exceptione fideiussoribus vti licet. *leg.7.Dig.de exceptio.* vel quia ipse fideiussor etiam vtatur ex sua persona exceptione vel pacti, vel iurisiurandi, vel rei iudicatæ. Quod si his defensionibus fideiussor exclusum se sentiat; siue quod reuera nullæ sint; siue quod eas probare non possit, vt iam non possit effugere, quin teneatur: tamen extremum illi subsidium relinquitur desiderandi, vt saltem pro parte conueniantur; pro reliquis partibus conueniantur reliqui fideiussores. Ad quod si peruenerit, recte dicatur id ex ordine postulare: vt sit, ex ordine, seu seruato ordine earum defensionū, quæ fideiussoribus competere solent. Itaque ex ordine hic valet idem, quod dicitur seruato ordine *in l.1.sup.de exse.rei iud.* Hoc autem fideiussor postulare potest ante condemnationem. His ver-
3 bis duo continentur: quæ qualia sint, videamus. Primum † hoc declarant, quandocumque ante condemnationem id postulare licere, etiamsi in initio litis huius beneficij exceptionem fideiussor non sit contestatus. At qui scriptum est *in l.siquidem. & l.præscriptionem.sup.de exc.* exceptiones contestari initio oportere. Sed sciamus hoc dictum esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, & ob id probare debemus, vt intelligitur ex *leg.in exceptionibus Dig.de probat.* Et merito hæ contestandæ sunt. Nam cum quæstionem habeant facti, non intelliguntur in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diuersa caussa est exceptionum iuris, seu earum, quæ cuiquam conditione ipsa personæ iure ipso tribuuntur. qualis est ea defensio, de qua nunc agitur; qua scilicet fideiussor hoc ipso, quod fideiussor est, iure postulat, vt actio inter fideiussores diuidatur. Hoc genus contestari necessi non est; ante condemnationem quandoque allegari sufficit, his de caussis. Primum; quia dum creditor cum fideiussore tanquam cum fideiussore agit, satis auxilium diuisionis sub appellatione & persona fideiussoris in iudicium deduci intelligitur: cum id fideiussori iure tribuatur, hoc ipso, quod fideiussor est. Deinde, quia quæ sunt iuris ea ad iudicium & cognitionem iudicis pertinent; & quidem etiamsi non sint à partibus nominatim petita. *leg.vnica.sup.vt quæ def.aduo.par.iud.sup.* Multo igitur magis si petita erunt, vt hoc beneficiū postulari debere dicimus.
4 Alterum † ex contrario iisdem verbis efficitur, si fideiussor in solidum conuentus, ante quam condemnaretur, non postulauerit, vt actio inter se & reliquos fideiussores diuideretur, & ita in solidum passus sit se condemnari; frustra eum postea, vt actio diuidatur, postulaturum. Et recte. nam qui in solidum condemnatus, cœpit iudicati actione in solidum teneri, hanc actionem semel creditori quæsitam, inuito postea adimere non potest, partem dumtaxat offerendo. *arg in leg.vlt.Dig.de pact.l.habere.in fin.D.de euict.* Nec metuemus, ne hic nobis aduersentur ea, quæ Accursium in superiore sententia hæsitare coegerunt. Nam primum nihil aduersus eam sententiam *in l.fideiussores.*§.*vlt.D.eod.* Illic scribitur mandatorem in solidum condemnatum recte postulare à creditore, vt sibi pro parte cedantur actiones aduersus cereros mandatores. Ac constat, quod de mandatore dicitur, ad fideiussores pertinere. Sunt enim omnes isti principalis obligationis intercessores. *l.vlt.sup.de const.pec.* Sed multum interest, vtrum fideiussor condemnatus postulet adhuc actionem diuidi cum reliquis fideiussoribus, an postulet actionem aduersus eos sibi cedi. Immo vero hæc sunt contraria. Nam qui diuisionem postulat, is postulat, ne solidum soluat. qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum soluere, dum sibi aduersus confideiussores consulatur. Nihil etiam contrarium habet illud Papiniani ex *leg.inter eos.*§.*vlt.D.eo.* bonis damnati fideiussoris fisco vindicatis, inter fideiussores postea actio si diuidi cœperit, vt heredis, ita & fisci rationem haberi oportet. Apparet enim in hac definitione damnatum fideiussorem intelligendum esse, non eum, qui damnatus est fideiussionis nomine, sed qui damnatus sit capitis ita, vt propter eam damnationem bona eius fisco vindicarentur. Nam de bonis fisco vindicatis perspicue definitio scripta est. Est autem hic sensus; si vnus ex quatuor fideiussoribus capitali supplicio damnatus sit, & ob eam damnationem bona eius publicata, & vindicata fisco; potest postea creditor aduersus fideiussores ius suum exsequi, qui recte postulabunt, vt inter omnes, qui soluendo sunt, actio diuidatur: in quo numero etiam fiscus, qui damnato succedit, habebitur. Vt scilicet si sint tres fideiussores priuati, & fiscus, qui damnato successit, non tres tantum partes fiant in hac diuisione actionis; sed fiant partes quatuor, ex quibus fiscus quartam agnoscere cogetur. Nam si vnus ex his fideiussoribus decessisset, eius heres in quartam partem vocaretur. Proinde & fiscus vocabitur. nam & fiscus heredis loco est in iis bonis, quæ ex damnatione ad eum peruenerunt, vt diximus ad *l.1.sup.hoc tit.* Hoc vero quam nihil hoc loco aduersetur, perspicuum est.

L. Cum alter.11.

Idem A. Salustio.

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei aduersus eum, qui vna fideiussit, non competit. potuisti sane, cum fisco solueres, desiderare, vt ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur. & si hoc ita factum est, cessis actionibus vti poteris. Quod & in priuatis debitis obseruandum est. PP.7.Cal.Nouemb.Alexandro A.III.& Dione.Coss.230.

SVMMARIA.

1 *Vnum ex fideiussoribus solidum sua sponte soluentem non cessis sibi à creditore aduersus confideiussores eo nomine actionibus actionem non habere nec mandati, nec negotiorum gestorum, eoq; nullam habere. & num.3. in fin.*

2 *Negotiorum gestorum actionem non competere aduersus eos, ad quos negotij vtilitas per consequentiam tantum pertinet.*

3 *Vnum ex pluribus tutoribus solidum soluentem aduersus reliquos tutores pro ipsorum parte vtilem actionem habere: & cur hoc diuersum in fideiussoribus.*

4 *Fideiussori solidum soluenti nullam ideo actionem esse aduersus pignorum creditori obligatorum possessores.*

5 *Fideiussorem consequi posse à creditore, vt sibi cedantur actiones aduersus debitorem, confideiussores, & pignorum possessores: sed cum soluit, non ante, aut postea; nisi ea lege soluerit, vt sibi cederentur actiones.*

6 *Mandatorem etiam pecunia soluta sine alia conuentione agere posse aduersus creditorem, vt sibi cedat actiones aduersus reum principalem, & alios eius obligationis reos.*

7 *Soluta à fideiussore pecunia superesse nihilominus actionem creditori, quam is posit soluenti aduersus debitorem aut cōfideiussores cedere: non item si pecunia ab vno ex tutoribus soluta sit. vbi* l.cum is, qui. 36.D.de fid.l.Modestinus.Dig.de sol.*explicantur.*

8 *Nullam*

8 *Nullam pecuniæ solutæ condictionem esse aduersus creditorem, qui pecunia simpliciter soluta à fideiussore non cedat ei actiones aduersus reum, aut confideiussores.*

VNus ex pluribus fideiussoribus omisso beneficio diuisionis, quod fideiussoribus tribuitur ex epistola D. Hadriani, solidũ soluit creditori. Quæritur *ad cautionem fideiussoris, cum quibus agere possit eo nomine, & pecuniam, quam soluit, repetere?* Et posse eum à debitore repetere constat, de quo dicetur *in l. mandati, in prin. inf.* An possit etiam experiri aduersus confideiussores suos, præterea an possit pignora persequi, quæ creditori eiusdem obligationis nomine obligata erant, quæsitũ est. De vtroq; hoc rescripto respon-
1 detur. Ac † primum quod ad confideiussores attinet, hoc statuitur; Vnum ex fideiussoribus solidum sua sponte soluentem, aduersus reliquos confideiussores suos eo nomine actionẽ non habere. Recte. nam si quam aduersus eos habeat, necesse est aut mãdati esse, aut negotiorum gestorum actionem. Mandati non habet, cui confideiussores nihil mandarunt, vt fideiuberet. Negotiorum gestorum actionem habere videri potest, quod ea solutione fideiussor debitorem suum liberauit saltem per exceptionem. *l. Papinianus. D. mand.* ac proinde etiam per consequentiam debitoris fideiussores. *l. in omnibus speciebus. Dig. de sol. l. 7. D. de excep.* Liberando negotium confideiussorum vtiliter gessisse intelligitur. Ex qua caussa est negotiorum gestorũ actio. *l. 2. Dig. de neg. gest.*
2 Sed † ita ius habet, vt quoties negotium, seu vtilitas alicuius negotii ad duos pertinet, ad vnum principaliter, ad alterum per consequentiam; si negotium gestum sit contemplatione eius, ad quẽ principaliter pertinebat, huius solius negotium videatur gestum. Proinde aduersus hunc solum sit actio; aduersus eum, ad quem per consequentiam res pertinet, nulla. *l. si pupilli. §. . Dig. de neg. gest.* Id autem accidit, cum vnus ex fideiussoribus solidum soluit. Sane enim is duo genera personarum liberat, debitorem, & eius fideiussores. *Inst. qui mod. toll. obl. in prin.* sed debitorem principaliter, si eius nomine soluit; fideiussores tantum per consequentiam, de quibus non laborat, dummodo debitor, & ipse cum debitore sit liberatus, aut si soluit suo nomine, se ipsum liberauit principaliter; per consequentiam debitorem, ac per debitorem fideiussores. Proinde semper hic aut debitoris, aut soluentis solum negotium gestum est, non confideiussorum. Nec ad rem pertinet, q̃ vtilitas eius liberationis etiam redit ad fideiussores. Hoc enim per consequentiam contingit. Nunc autem id spectamus, quod sit principaliter, non quod per consequentiam. *l. 1. Dig. de auct. tut.*
3 Verum † hic obiicitur exemplum tutorum: ex quibus si vnus soluerit, nihilominus aduersus contutores vtilem actionem pro eorum parte habet, vt est *in l. 1. §. nunc tractemus. Dig. de tut. & rat. dist.* Sed apparet ex eo loco, constitutum hoc ius esse proprie & singulariter in tutoribus. Ideo non est producendum ad consequentiam. *l. quod vero. l. in his. ff. de legib.* Nec obscura ratio est, cur soluenti tutori vtilis actio detur aduersus contutores potius, quã fideiussori aduersus confideiussores. Datur vtilis actio tutori aduersus contutorem pupilli caussa. Sic enim citius tutor soluet solidum pupillo, cum sciet fore, vt hoc quod soluit, à contutoribus repetere possit. Sed & postquam soluit, minus molestus erit pupillo, si malit aduersus tutores experiri. Fauor igitur pupilli hanc actionem vtilem introduxit. Nullus eiusmodi fauor est in creditoribus aliis. Proinde non mirum, si idem non tribuitur eorum fideiussoribus. Sane fideiussor, qui solidum soluit, si à creditore cessæ sint ei actiones aduersus confideiussores, nulla dubitatio est, quin aduersus eos experiri possit cessis actionibus, *l. cum is. 36. ff. eod.* Sed hoc nihil huic loco aduersatur. Quod enim hic dicitur, fideiussori aduersus confideiussorem nullam actionem competere, ita dictum est, vt intelligeremus, nullam esse ex eo tantum, quod fideiussor solidum soluit, siue nullam esse ex fideiussoris persona & facto, quod & verum est.
4 Hoc † de aliis fideiussoribus, aduersus quos desideret experiri fideiussoris, qui solidum soluit. Sed *an non saltem in actionem habebit aduersus possessores pignorum, quæ creditori obligata erant?* Multo minus, nisi ei actio hypothecaria à creditore cessa sit, vt hic significatur, & traditur diserte *in l. mandati. inf. hoc tit.* Merito. nam reliqui confideiussores saltem eodem nomine obligati erant; qui tamen non tenentur rei fideiussori, qui soluit. Pignorum autem possessores non fuerunt obligati.
5 Sed † cessis actionibus à creditore poterit fideiussor pignorũ possessores conuenire. Quid si creditor non cedat actiones? iure fideiussor ab eo desiderabit, vt cedat. *l. 2. sup.* Quando id desiderare potest? Hic scriptum est, desiderare eum posse, cum soluit. Consulto additum; quia fideiussor desiderare id non potest ab inuito, priusquam soluit. sed nec postea, nisi in soluendo conuenerit nominatim, vt cederentur actiones. Nam fideiussor aduersus creditorem neq; mandati actionem habet, vtpote cui non mandauerit, vt pecuniam crederet: neq; negotiorũ gestorum, quia ei soluendo negotium suum gerit, dum se liberat; non creditoris, qui suum recipit. Quomodo igitur fideiussor hanc cessionem consequitur, dũ soluit? non agendo, sed, vt dixi ad *l. 2. sup.* opposita agẽti creditori exceptione doli mali. Plane si fideiussor soluit ea lege, vt sibi cederentur à creditore actiones, etiã post pecuniam solutam recte ageret, vt sibi cedantur. Nam fideiussor ita soluendo fecit, vt vicissim creditor faceret. Ex quo genere conuentionum constat nasci ciuilẽ actionem præscriptis verbis. *l. iurisgentiũ. in pr. ff. de pact. l. legem. sup. eo.* Ceterũ nullo eiusmodi pacto interposito, frustra fideiussor pecunia soluta desiderabit à creditore, vt sibi cedantur actiones abeo, quem ad eam rem nulla ex caussa obligatũ habuit. Quod de pignore & hypothecaria actione cedenda dicimus, idẽ & de actione personali aduersus debitorem, aut confideiussores cedenda dictũ intelligendum est, de quo *in d. l. 2. fu.* Summa igitur est, desiderare posse fideiussorẽ, qui solidũ soluit, vt sibi actiones cedantur aduersus debitorem, aut confideiussores, & pignorum possessores: sed tunc cum soluit. Semel autẽ pecunia soluta, si in soluendo de cedendis actionibus nihil conuenerit, agere eũ non posse. Sed † sciamus hoc in fideiussore recte dici. Alia caussa est 6
mandatoris, quẽ & dum soluit, & posteaq̃ soluit, placet agere posse aduersus creditorem, vt sibi cedat actiones aduersus principalem reum, & ceteros eiusdem obligationis reos. *l. Papinianus. D. mand.* Recte, quia mandator mandati actionem habet aduersus creditorem, fideiussor non habet, vt qui creditori non mandauerit, vt pecuniam cederet.

Atque † hæc de eo fideiussore dicta sunt, qui desiderat actionẽ 7
sibi cedi ab inuito creditore. Quod si de volente creditore quæritur, sententia Pauli est *in l. cum v. 36. D. eo.* etiam pecunia creditori ab vno ex fideiussoribus soluta, posse eum, si velit, desideranti fideiussori actiones suas cedere. Sed eiusmodi sententia, quæ hanc dubitationem animaduertendam habuerit. Nam pecunia creditori à fideiussore soluta, ea solutione debitor liberari videtur. Debitore autem liberato, consequens est, etiam tolli actionẽ aduersus omnes accessiones. *l. in omnibus. Dig. de sol.* Quæ si sublata est, quomodo eam cedere creditor potuit, quam non habet? Sed & hęc obiecto illic diluitur ad hanc sententiam. Si pecunia à fideiussore daretur creditori, vt soluereturr & tolleretur obligatio, recte diceremus nullam actionẽ ei superesse. Nũc autẽ magis fideiussor pecuniam dare intelligitur emendi nominis, & creditor pecuniã accipere eius vendendi caussa. Et certe verum est, quod Papinianus scribit *in d. l. Papinianus. D. mand.* non debere existimari debitorem liberatum esse solutione mandatoris; cum mandator ob suã obligationem soluat, & soluat suo nomine, non debitoris. Ac fideiussoris eadem caussa est, traditurq; idem in *l. filius familias. D. de in rem verso.* Hoc loco obiicitur *l. Modestinus. Dig. de sol.* vbi de vno ex pluribus tutoribus soluente Modestini responsum est, si is nullo pacto interposito de cedendis sibi actionibus pecuniam soluerit pupillo ex administratione tutelæ debitam, actiones ei postea à pupillo cedi non posse, nominatim addita hac ratione, cum nulla actio superfuerit. Sed hoc in vno ex pluribus tutoribus soluente recte placuit: in fideiussoribus locum non habet. Nam, vt recte Bartolus animaduertit ad *dict. l. Modestinus.* in tutoribus etsi plures debitores sint; vna tamen obligatio est omnium. debent enim idem, & ex eadem caussa, id est, ex administratione. Itaque vnus soluendo solidum, ceteros liberat. non quia non soluat suo nomine tantum; sed quia pro se soluendo totam soluat obligationem. quippe quæ in omnium persona vna sit, vt accidit in pluribus reis promittendi, *Inst. de duo. reis stip.* At cum plures fideiussores dati sunt, etiamsi quis concedat omnium fideiussorum vnam obligationem esse; tamen nihilominus in hac caussa duæ sunt obligationes longe distinctæ, vna debitoris, quæ est principalis; altera fideiussorum, quæ est accessoria. Hic vnus ex fideiussoribus solidum soluendo, dum soluit suo nomine, debitorem ipso iure non liberat, siue, quod idem est, principalem obligationem non tollit. Dicitur quidem simpliciter debitorem liberare acceptilatione, *in l. & per. 13. §. si fideiussori. D. de acceptil.* quod multo magis de solutione eius dixeris. Sed liberat tantum per exceptionem, non ipso iure, vt declaratur *in dict. l. Papinianus. D. mand.* Quæ res facit, vt reliqui confideiussores etiam adhuc teneantur: vt qui nisi liberato debitore principali nõ liberentur.

tur. Atque hinc etiam fit, vt creditor, quamuis pecunia ab vno ex fideiussoribus accepta, saluas habeat veteres actiones cum aduersus debitorem, tum aduersus reliquos fideiussores, qui nihil soluerunt. Et quia habet, etiam potest cedere ei fideiussori, qui soluit. Sed potest, vt dixi, cedere, si velit. si nolit, nulla est actio fideiussori ad eum cogendum, vbi fideiussor non soluerit hac lege, vt sibi cederentur actiones.

8 Sed † esto, nulla sit actio, qua ea cessio petatur. Quid, pecunia à fideiussore soluta, an non recte creditori condici potest, nisi actiones cesserit? Et hoc quidem putant. Sed nulla hic condictio esse potest fideiussori ad eam rem. Non enim potest condicere pecuniam tanquam indebitam, cum vt debitam soluerit, & ea solutione sit liberatus. *l. si non sortem. § si decem. Dig. de cond. indeb.* Non tanquam ob caussam datam re non secuta. Nam cum simpliciter pecuniam soluit suo nomine, soluit ob hanc caussam, vt liberaretur. Atqui hæc caussa secuta est. quod cum fit, non potest locus esse condictioni ob caussam dati caussa non secuta. *l. 1. ff. de cond. cau. dat.* Neque verum est, quod isti volunt, cum fideiussor soluit, videri soluere ideo, vt sibi cedantur actiones. Nam primum verba soluentis id non significant. Deinde multis locis diserte scriptum est, eum, qui soluit creditori, non succedere in pignora prioris creditoris, nisi nominatim soluerit ea lege, vt in pignora succederet, siue vt in se actiones hypothecariæ transferrentur. *l. soluitur. § si conuenerit. Dig. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. l. 1. supra. de his, qui in prior. cred. loc. succed.* Et ideo quod scriptum est *in l. cum is, qui in fin. D. eod.* cum vnus ex fideiussoribus solidum soluit, ideo creditorem habere actiones; quia tenetur, vt eas præstet: sic accipiendum videtur ex præcedentibus, vt eas habeat, cum aperte nomen vendidit fideiussori; neque pecuniam ab eo in solutum accepit. Nam si accepit in solutum, fideiussor sibi omnem actionem præcidit.

L. Blanditus. 12.

Iidem A. Theodoto.

Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio interueniret, ὁπῶν θέλεις ποιήσω, dixisti: cum & his verbis obligationem verborum posse contrahi pridem receptum est. PP. *6. Kal. Sept. Agricola & Clemente Coss. 231.*

SVMMARIA.

1 *Fideiussorem nisi stipulatione non obligari.*
2 *Lectio recta huius loci.*

FIdeiussor interrogatus, an fide sua esse iuberet, siue græce, siue latine, responderat, φημὶ, aio; vel potius τί μὴ, quid ni? Is persuasus erat his verbis se non teneri hac ratione; quia non obligaretur fideiussor, nisi stipulatione. hic autem non videatur stipulatio esse contracta, in qua his verbis, quid ni, ad interrogatum conuenienter non esset responsum, id est, non iisdem verbis, quibus interrogatus erat, vt diceret, fideiubeo. Rescriptum est hoc loco, errare fideiussorem. Nam stipulationem his verbis v-
1 tiliter contractam, idque pridem receptum esse. Ergo † hoc dicit Antoninus, fideiussorem ideo obligari in proposito; quia stipulatio vtiliter sit interposita. Ex quo recte colligitur vulgo, fideiussorem nisi stipulatione non obligari. quod confirmatur *in*
2 *l. 5. §. satis acceptio. Dig. de verb. oblig.* De † lectione huius loci monendi breuiter sumus, vulgarem lectionem esse hanc in verbis græcis ὁπῶν θέλεις, ποιήσω, *quodcunque vis faciam.* Hæc lectio recte notata est ab Alciato *lib. 1. Parerg. cap. 3.* Nam reuera in his non fuit id, quod ab Imperatore scriptum est. Proponuntur enim verba, ex quibus hæsitatur, an stipulatio recte sit contracta, vt ex responso apparet. Nemo autem vnquam dubitauit, quin recte responderet & conuenienter, qui spopondit id, quod stipulator vult. Ille igitur pro his verbis reposuit λέγω, aut φημὶ ex sententia *l. Græce. in pr. ff. eo. & §. pen. Instit. eod.* Sed multi testes sunt se in veteribus exemplaribus legisse hoc loco τί μὴ; quid ni? quod si verum est, nihil est hac lectione melius, neque huic loco conuenientius. Scimus enim ex *l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* veterem fuisse dubitationem, an his verbis recte contraheretur obligatio, cum quis interrogatus, *dabis?* respondit, *quidni?* & placuit vtilem videri. Id autem est, quod verbis huius rescripti significatur, cum dicitur, his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum esse.

L. Si Barsatoram. 13.

Pars ex epistola Gordiani A. ad Auxium.

Si Barsatoram latronem Lysanias decurio inuenturum se spopondisset: aut exhibere compellendus est, aut transmittendus ad præfectum prætorio, vel ad præsidem Prouinciæ.

SVMMARIA.

1 *Inuenturum se latronem, qui alicui promisit, videri deprehenso exhibendo promisisse.*
2 *Latronem non inuenisse, non exhibuisse, aut indicasse inuentum, extra crimen, & impunitum esse.*

DEcurio alicuius vrbis, cum latronem prehendere posset, missum fecit. Cum forte is, qui spoliatus erat, expostularet cum eo ob dimissum latronem, decurio, vt se liberaret omni crimine, spopondit stipulanti spoliato, se illum latronem inuenturum. Quæsitum est, quid his verbis contineatur, vt sciamus, quid decurionem præstare oporteat, vt nisi præstiterit, possit ex stipulatu conueniri in id, quod spoliati, eiusdemque stipulatoris interest. Hic duo respondentur: prius, de quo rescriptum clare scriptum est: posterius, de quo dubitari potest propter incertitudinem scripturæ.

Prius est, † decurionem compellendum esse exhibere hunc 1
latronem: vt sit sensus, non esse satis, si reperiat, vbi sit ille latro, & eum locum indicet; sed hoc amplius, decurionem debere latronem prehendere, prehensum exhibere spoliato, vt sit eius conueniendi copia. Sed videndum, ne hoc non recte exigatur à decurione. Constat enim non debere eum vltra præstare; quam promisit. *l. quidquid. D. de verb. obl.* Non promisit autem se latronem prehensurum, sed inuenturum. multoque minus promisit etiam se prehensum exhibiturum. Imo promisit hæc omnia; quæ & partim verbis, partim sententia contrahentium continentur. Verbis; quia inuenire aliquid, aut aliquem, non est reperire locum, vbi sit: sed est rem animaduersam prehendere, & occupare. Quod enim dicitur *in §. item lapilli. Instit. de rer. diuis.* lapillos & gemmas in littore inuentas fieri inuentoris; hanc sententiam habet, fieri eius, qui animaduersas occuparit, siue earum apprehenderit possessionem. nam aliter non fieri nostras, scriptum est *in l. 1. in princ. ff. de acq. poss.* Atque vt verbis non promisisset decurio se prehensum latronem exhibiturum; tamen id satis intelligitur ex eo, quod actum est, quæ est sententia contrahentium. Nam stipulator id agebat, vt sibi caueret, & acquireret, quod sua interest. Denique id agebat, vt latronis conueniendi esset potestas: quod declarant & ea, quæ præcesserunt stipulationem, & finis omnis stipulationis: qui est, vt quisque acquirat, quod sua interest. *l. stipulatio ista. §. alteri. D. de verb. oblig.* Quia actum est, etiam pro cauto habendum; eoque etiam ex stipulatione præstandum est. *l. 3. ff. si cert. pet. l. semper in. ff. de regul. iur.*

Posterius adiectum est hoc rescripto; aut decurionem compellendum esse exhibere, aut transmittendum esse ad præfectum prætorio, vel ad præsidem prouinciæ. Hæc verba si naturalem & rectam structuram orationis sequimur, sic interpretanda sunt: decurionem debere latronem prehensum exhibere; nisi exhibeat, transmittendum esse (intellige decurionem, de quo instituta est oratio) ad præfectum prætorio; vt puniatur videlicet ob latronem non inuentum, non exhibitum. Sed hæc † senten- 2
tia defendi non potest. Nam decurio, qui latronem non inuenit, nihil deliquit: eoque nec ad præsidem transmitti debet, vt puniatur. Etenim si quæsitum à se diligenter reperire non potuit, nulla est eius culpa, si non reperit. Nulla autem pœna esse debet, vbi nullum delictũ est. *l. aliud est fraus. Dig. de ver. sig.* Quod si inuenire potuit, & neglexit: tamen ne hic quidem delictum vllum contrahitur, quod coerceri oporteat. Fecit enim decurio iure permittente: cum ita ius sit, vt nemo inuitus agere, vel accusare cogatur. *tit. sup. vt nem. inuit. ag. vel ac. cog.* Quod si accusare nemo

cogitur,

cogitur; multo minus cogitur nocentem quærere, & inuentum prehendere. Restat ergo, vt verba rescripti sic interpretemur; aut exhibere compellendus est decurio, de quo institutus est sermo, aut transmittendus, nempe latro, vt sit hæc sententia; decurionem alterutrum præstare debere ex suprascripta stipulatione, aut vt inuentum latronem exhibeat stipulatori, vt ille aduersus latronem de iure suo statuat, vti existimauerit; aut si decurio exhibere nolit, saltem latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat; quo facto etiam obligationi satisfaciet. Erit enim stipulatori apud magistratum inueniendi, & conueniendi latronis copia. Fatendum quidem est hoc sensu perturbari orationem personis, sed non est noua hæc perturbatio, quæ plerumque etiam doctissimis excidit. Similem animaduertere licet *in d.l.1.§.si quis ita.D.de ver.obl.* si modo illic vera est Pan.Floren.lectio.

L. Mandati. 14.

Idem A. Saliuo.

Mandati actio personalis est, quæ si nomine fideiussoris, vel aduersus debitorem, seu heredes eius competit: præses Prouinciæ, quæ deberi compererit, reddi iubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est, vobisq; mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoq; vobis persequentibus, aduersus pignorum possessores, extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertietur. PP.3. Nonas Iulij, Gordiano, A.& Auiola Coss.232.

SVMMARIA.

1 *Iurisdictio extraordinaria impertienda, pro actione extraordinaria, id est vtili, danda: & cur.*

2 *Fideiussori, qui pro debitore intercessit & soluit, quando & quæ actio competat.*

FIdeiussor, qui debitum soluit, & non accepit à creditore aduersus debitorem actiones, non eo minus recuperandi eius caussa ex sua persona agere aduersus debitorem potest, eiusque heredes, idque mandati actione: si modo hæc illi competit, vt hic initio traditur, de qua actione, & an vlla fideiussori competat, dicam paulo post. Nunc hoc ante statuatur, quod est proprium huius rescripti, non cessis fideiussori à creditore actionibus, sic illũ habere ex sua persona mandati actionem, aut similem, vt sit hæc omnis actio aduersus debitorem tantum, eiusq; heredes. Ceterũ res debitoris creditori pignori obligatas hac actione persequi aduersus pignorum possessores non potest: propterea quod mandati actio cum sit ex contractu, est in personam. ideo aduersus eũ tantum, qui est eo nomine obligatus, non aduersus res obligati, aut earum rerum possessores. *l.actionum.D.de obl.& act.* §. *in fine.de act.* Si igitur fideiussor hæc pignora persequi vult, nihil aliud ei relinquitur, quam quod hic comprehensum est, vt consequatur à creditore, vt sibi recte cedantur pignora, eorumq; actiones. quod quando recte desideretur, vt cogatur creditor facere, traditur *in l. cum alter. sup. hoc tit.* Cessis actionibus, tum est ius persequendi aduersus pignorum possessores. *dict.l.cum alter.* Sed adiicitur in hoc rescripto, cessis pignoribus posse fideiussorem sic agere aduersus pignorum possessores, vt præses extraordinariam iurisdictionem ei præbeat. His verbis ea sententia continetur, quæ de nomine, aut pignore tradito multis locis expressa est: Quoties nomen aut venditum, aut in solutum traditum est, aut legatum, toties eum, in quem nomen translatum est, posse aut ex persona cedentis vti directis actionibus, aut ex persona sua experiri vtilibus *l.postquam sup.de her.vel act.vend.l.ex legato.sup.de lega.* Id † significat iurisdictio
1 extraordinaria hoc loco. Dicitur enim iurisdictio extraordinaria μετωνυμικῶς eadem figura, qua pallidam mortem vocamus, quæ pallidos facit, rem tristem, quæ nos tristes reddit, vt sit ea iurisdictio, quę dat actionem extraordinariam ad pignora persequenda. Est autem extraordinaria actio, quæ est vtilis. quod ex coniunctione duorum locorum intelligitur. *l.si longius.§.vlt.ff.de iud.& l.cum filiusfam.D.si cert.pet.* Illud expendendum, quod de actione personali mandati initio rescripti dicitur, dari hanc quidem fideiussori aduersus debitorem & eius heredes, sed hac conditione, si modo hæc actio illi competat. Quid ergo, hanc actionem ille non semper habet? quod si non semper, quando igitur? Et reuera non semper habet. Quando † autem & hanc habeat eo nomine, aut 2
aliam, aut nullam, de eo ita ius est. Si fideiussor aut repugnante debitore fideiussit, aut donandi animo, nullam omnino actionem habet. *l.si remunerandi.§.si passus. l.si pro te. Dig. mand.* Priore quidem casu, quia debitor inuitus obligari non potuit: posteriore autem; quia fideiussor debitorem sibi obligare noluit. Quod si pro non repugnante quis fideiussit, neque id actum est, vt donaret: habet ille quidem actionem in personam; sed alias mandati, alias negotiorum gestorum. Si pro absente fideiussit, non potest esse mandati actio, quæ non nascitur, nisi ex cõtractu, proinde & consensu, *Inst.de obl.ex consen.* Nullus est autem consensus absentium & ignorantium. Itaque hic negotiorum gestorum actio est, non mandati, *l.ex mandato.§.vlt.Dig.mand.* Quod si pro præsente quis fideiussit, nec repugnante debitore, nec donandi animo; hic demum mandati actio est, non negotiorum gestorum. Nec interest, vtrum præsens nominatim mandet suo nomine fideiuberi, an taceat. Illic quidem mandati actionem esse constat; quia aperte præcessit mandatum. *l.ex mandato.§.i.l.si præcedente.ff.mand.* Sed nihilominus & hic eadem actio est, quia qui patitur pro se fideiuberi, aut mandari ab alio, vt sibi credatur, mandare intelligitur. *l.qui patitur.ff.mand.*

L. Si indebitam. 15.

Idem A. Claudiano.

Si indebitam pecuniam quasi ex caussa fideiussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione vti, quam condicere, vt obligatio tibi accepto feratur, potes. Non est autem dubium, fideiussorem rei promittendi, bonis ad fiscum deuolutis, si idem fiscus ob debitum restituendum fuerit conuentus, & soluerit, liberari. PP.5.Kal.Dec.Gordiano Aug.& Auiola.Coss.240.

PRoponitur hoc loco quis pro debitore se obligasse creditori per errorem, dum falso putat fideiussionis alienæ nomine se obstrictum esse. Finge heredem esse defuncti eius; qui dicebatur pro debitore fideiussisse: ac verbis creditoris persuasum, iterum ex persona sua se obligasse nomine eiusdem debitoris, vt euitaret creditoris persecutionem, & rerum suarum distractionem. Hoc amplius proponitur, debitorem, pro quo ita fideiusserat, damnatum fuisse, & bona eius vindicata fisco. hac de caussa fiscum tanquam successorem conuentum esse, & soluisse. Cum rebus ita gestis hic fideiussor conueniretur à creditore, cui se obligauerat, negabat se teneri ex sua fideiussione. an teneatur, quæsitum est. Rescriptum est, eum duplici de caussa securum esse. Primum, quod is promiserit indebitum per errorem. Deinde, quod debitor principalis pecuniam soluerit. Si quis promittit indebitum per errorem, is vltro agere potest condictione indebiti, vt hic dicitur; & multo magis, vt cautio exposita, seu chirographum suum sibi reddatur. Proinde etsi ex ea promissione conueniri cœperit, multo magis aduersus petitionem habebit exceptionem doli mali. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem competere dicendum est. Hoc ita explicatur in hac ipsa specie *in l.3.sup.de cond.ind.* ex regula iuris, *l.inuitus.§.1.ff.de reg.iur.* Sed etsi fideiussor per errorem non promisisset; tamen vbi debitor principalis soluit, & solutione eo modo liberatus est, extra omnem controuersiam est vna, & fideiussores liberari. *l. in omnibus.speciebus.ff.de sol.* Id autem contingit, cum fiscus publicatis debitoris bonis ipse soluit creditori: sic enim fiscus successisse damnato cum suo onere intelligitur, vt diximus *ad l.1.supr.*

L. Liberum. 16.

SIc huius legis sententia coniuncta est cum *l.reos.inf.* vt nisi illa exposita, huius sententia intelligi facile non possit. Itaque de vtriusque sententia eo loco dicetur.

L. Omissis. 17.

Idem A. Brasidæ.

Omissis quoque pignoribus fideiussorem à creditoribus vtiliter conuenirri: nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit: explorati iuris est, PP. 6. Idus Mart. Attico & Prætextato Coss. 243.

SVMMARIVM.

1 *Fideiussorem acceptum in id, quod ex pignoribus refici non poterit, non nisi post pignorum possessores etiam iure conueniri posse.*

VBI creditori debitor pignora dedit, & fideiussorem, non tantum omissis pignorum possessoribus fideiussor conueniri potest, vt hic dicitur; sed etiam hodie ex constitutione Iustiniani prius conueniri debet. *Nou. 4. de fideiuss. §. sed neque ad res.* Sed † hoc 1
ita, nisi fideiussor acceptus sit in id, quod ex pignoribus refici nõ poterit, vt hic scriptum est. quæ conuentio etiam nũc post superiorem constitutionem Iustiniani seruanda est. Nõ obstat, quod ea constitutione sine exceptione cauetur, vt prius conueniantur fideiussores, quam pignorum possessores. Nam fideiussor ea cõuentione acceptus, quam diximus, fideiussor non est ante, quam pignora distracta sint. vt dicendum sit, si pignora prius conueniuntur, non conueniri ante fideiussorem, qui nullus est. Nam ex supra scripta conuentione fideiussor promittit sub conditione, si pignora distracta sint, & distracta non sufficiant ad debitam quãtitatem. Quare priusquam id factum sit, non promittit, eoque & fideiussor non est. Qui debet sub conditione, antequam conditio exstiterit, nihil debet. *l. cedere. ff. de ver. sig.*

L. Si vt proponis. 18.

Imperator Philippus Augustus Smyrnæ.

Si (vt proponis) fundum ob debitum obligatum non iusto pretio vẽdidisti: residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem seruare potuisses, refundi tibi à fideiussore non iure poscis. PP. 5. Kalend. Augusti, Peregrino & Æmiliano. Coss. 245.

CReditor pignus sibi datum, quod valebat centum, vendidit tantum octoginta, cum posset centum vendere. Viginti, quæ superant, à fideiussore petit. Negat Imperator eum recte petere. Hoc ideo, quia ea viginti, nec debitor principalis debuit. Nam & debitor de illis viginti vltro actionem habuit aduersus creditorem. *l. 1. in princ. supr. si vend. pign. ag.* Idque ex lege & obligatione pignoris. Nam creditor in pignore omnem diligentiam, & fidem præstare debet, & ea omnia facere, quæ in re sua faceret bonus paterfamilias, *l. si cum venderet. §. vlt. & l. seq. ff. de pign. act.* Quod cum in hac venditione contra fecerit creditor, ad summam eorum viginti, de quibus agitur, necesse est eum eo nomine debitori teneri. Quod si tenetur & eadem summa adhuc debetur, iure fit compensatio vtriusque debiti, & crediti, quomodo debitor ipso iure liberatur. *l. 4. supr. de compens.* Liberato reo, recte dicitur fideiussorem eatenus non teneri. *d. l. in omnibus speciebus. Digest. de solut.*

L. Si alienam. 19.

EAdem sententia est, quæ traditur in *l. 3. in princ. & l. 5. supr. hoc tit.* de potestate nimirum prius fideiussoris & omnis intercessoris, quam rei principalis conueniendi. Ius immutatum *in auth. præsente. sup hoc tit.*

L. Sententia. 20.

EAdem sententia, quæ *l. 1. supr.* nisi quod de parte bonorum adempta illic species proponitur, hic de omnibus ademptis bonis. Sed vtrobique ius idem pro portione *l. quæ de tota. ff. de re vind.*

L. Sicut eligendi. 21.

PRior pars rescripti de potestate prius conueniendi fideiussores exposita est ad *l. 3. supr.* Altera de necessitate cedendorum pignorum, quæ imponitur creditori, cum pecuniam petit à fideiussore, eadem est, quæ est exposita *ad l. 2. & ad l. cum alter. & ad l. mandati. sup. hoc tit.*

L. Si vltra. 22.

Iidem Augusti & Cæsares Hermiano.

Si vltra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti: Præses prouinciæ ex hoc, quod vltra mandatum tuum numeratum est, à te nihil exigi patietur. S. 12. Kal. Maii. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Lectio emendata.*
2 *Vltra, quam datum est, nihil deberi posse, quamuis promissum pacto, neque à debitore ipso, & multo minus à mandatore, aut fideiussore, & quare.*

PRoponuntur hic tres personæ, mandator, creditor, & debitrix, quæ à creditore alterius mandato pecuniam creditam accepit. Res ita gesta est. Mandator mandat creditori futuro, vt decem mutuo det debitrici cuidam futurę, & in instrumento, quod de eo mandato intercessit, mandator promisit, si creditor ea decem mutuo dedisset debitrici, se duodecim creditori daturum. Creditor decem debitrici dedit: duodecim à mãdatore ex pacto petit. Quæritur, *an à mandatore duodecim debeantur?* Rescriptum ẽ, ab illo nihil deberi præter decem, quæ debitrici ex mandato eius numerata sunt, idque hac ratione maxime, quod vltra mandatũ mandatoris debitrici numeratum non est. Vulgo † in omnibus 1
exemplaribus legitur, quod vltra mandatum tuum numeratum est. Sed refragantur verba rescripti, quæ sunt in principio, quibus proponitur debitrix non accepisse vltra mandatum mandatoris, id est, vltra decem. Ex quo vel cæco apparet, vltra mandatum mãdatoris illi numeratum nihil esse. Nam ipsam accipere aliquid, & ei aliquid numerari, idem valent. Accipit enim, quod sibi numeratur; & numeratur ei, quod ipsa accepit. Non debemus igitur dubitare, quin ita legi debeat; *vel ex hoc, quod vltra mandatum tuum numeratum non est, nihil à te præses prouinciæ exigi patietur.* Inest autem in his verbis ratio huiusmodi. Si creditor in proposito vltra mandatum tuum numerasset: tamen vltra mandatum tuum exigere nihil posset. *l. diligenter. Dig. mand.* Nunc autem vltra mandatum tuum numeratum non est debitrici. Quare vel hac ratione maxime nihil à te potest amplius exigi, quam debitrici datũ est.

Quæ † ratio sic recte defenditur. Aut enim creditor superfluũ 2
petet mandati actione, aut aget ex pacto. Mandati agere non potest; quia mandator neque mandauit creditori, vt præter decem aliquid crederet; neque si mandasset; tamen vltra decem quidquam numeratum est. Non potest agere ex pacto: etsi enim ex pacto agi possit, vbi non est nuda conuentio, vt nõ est nuda hæc, quæ proponitur, cum creditor decem mutua dedit debitrici, vt duodecim à mandatore acciperet, *l. legem. supr. de pact. l. solent. ff. de verb. obl.* tamen sic ex omni pacto agi potest, nisi sit pactum contra leges, aut bonos mores. *l. iurisgentium. §. ait. ff. de pact. l. pacta, quæ contra. supra de pact.* At tale est hoc pactum, quod id agitur, vt mandator amplius præstet creditori, quam creditor numerauerit. Nam aut creditor id superfluum esse vult tanquam sortem, aut tanquam vsuras pecuniæ creditæ. Si tanquam sortem; ideo iniustum pactum; quia est contra legem & rationem naturæ, vt sit quicquam in sorte, quod numeratum non est. Et hoc est, quod dicitur *in l. si tibi decem. ff. de pact.* vltra quam datum est, obligationem re contrahi non posse. Si tanquam vsuras; primum recte negabitur hic vllũ pactum esse, vt id superfluũ pro vsuris cederet. Deinde vt id conueneriti; tamẽ ẽt hoc pactum

iure

iure inutile est; quoniam vsuræ stipulatione tantum, non etiam pacto deberi possunt. *l.3.supr. de vsur.* Postremo etsi vsuræ pacto à reo principali deberi possent; tamen à mandatore in proposito deberi non possunt; vbi constat debitricem principalem eas non debere. Nam neque fideiussor, neque mandator, neque eorum quisquam, qui alieno nomine intercedunt, in duriorem caussam obligari possunt. *l. Græce. §. illud. ff. eod.* Bene igitur rescriptum hãc rationem reddidit, cur vltra id, quod numeratum est, nihil à mãdatore exigi possit; quia quod vltra petitur, numeratum non est, idque secundum mandatum mandatoris, qui decem tantum mandauit credi.

L. Reos. 23.

Iidem AA. & CC. Antipatro.

Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte conuenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reuerti (cum nullus de his electione liberetur) licet. S. Non. Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Vno ex pluribus reis debendi; aut fideiussoribus conuento, nihilo magis liberari ceteros quin vt ante conueniri possint. & cur.*

2 L. 2. ff. de duobus reis, *exposita.*

3 *Sententiam Labeonis relatam in* leg si per imprudentiam. §. vlt. ff. de euict. *non probari.*

4 *Vnum ex pluribus fideiussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte conuentum non ideo in reliquam partem liberari: ac ne tunc quidem, cum partem, pro qua conuentus erat, soluit.*

5 *Vnum ex duobus reis debendi parte simpliciter soluta, nihilominus in reliquam partem statim conuenire posse, etsi ceteri soluendo sint: in fideiussoribus contra.*

6 *Vnum ex pluribus reis debendi partem pro sua persona, vel suo nomine soluentem in reliquam partem liberari: fideiussorem contra: & differentiæ ratio.*

7 *Inter plures fideiussores diuisa per litis contestationẽ actione, non posse deinceps pro vno, etiam qui soluendo non sit, ceteros conueniri: & diuisa actio inter eos quando intelligatur.*

L. liberum. supra hoc tit. *explicatur ibidem.*

8 *Diuisa actione inter fideiussores, non iam amplius teneri singulos, quã pro parte, etiamsi qui fideiussores tempore ipso litis contestatæ soluendo non fuerint.*

9 *Id effici non creditoris conuentione, sed sententia epistolæ D. Hadriani.*

CVm plures fideiussores dati sunt, constat ita in solidum iure teneri omnes, vt & singuli in solidum conueniri possint à creditore, si ceteri minus sint idonei. *l. 3. in fi. l. liberum. in pr. sup. hoc tit.* Sed & pro parte vnumquemq; conueniri posse multo minus dubitatur. Vtraq; res dubitationes has peperit. Quid, si creditor vnum ex pluribus conuenerit in solidum, dum ceteros non putat idoneos? an ea res nocet creditori aduersus ceteros: id est, an ceteri ea conuentione liberantur; an vero eo, qui conuentus est, non satisfaciente, etiã ceteri in solidum cõueniri possunt? Quid item, si creditor pro parte cum vno egerit? an etiam hæc conuẽtio proderit conuento, vt in reliquam partem non possit amplius conueniri, si forte alter ex fideiussoribus soluendo non sit? De his ius constitutum est partim hac lege, *& l. vlt. inf.* partim *leg. liberum. supr. hoc tit.* De singulis dicam ordine.

1 Sit † igitur prima hæc quæstio, *vno ex pluribus fideiussoribus, aut etiam debendi reis conuento, an ceteri liberentur.* Dicemus non liberari, nec prohiberi creditorem, si is, cum quo primo egerat, non satisfaciat, quo minus possit cum ceteris in solidum agere, si sunt plures debendi rei, aut si sunt plures fideiussores, & is, qui primo conuentus est, non sit soluendo. Sed etsi soluẽdo erit, ne sic quidem prohiberi creditorem, quominus conueniat pro parte nondum soluta ceteros, vt ius ei facere concedit. § *si plures. Institut. eodem.* Hæc sententia est huius *l. reos. & l. vlt. hoc tit.* Habet autem hanc rationem iuris certi, quod cum semel deberi quid cœperit, solutione quisque eius rei, non conuentione, aut litis contestatione liberatur. *l. 4. Dig. de his, qui deie. vel effu. leg. 1. § si apud duos, Digest. dep. leg. semper. §. si in sepulchro. in fin. Dig. quod vi, aut clam.* Ratio autem sumta est ex constitutione notissima iuris. Nam quamdiu res debita eodem statu manet, & manent personæ debitoris & creditoris, nunquam debitor liberatur, nisi aut soluendo, aut creditori satisfaciendo. *l. si rem. §. omnis. ff. de pign. act. l. item. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* At cum vnus ex pluribus fideiussoribus aut reis cõuenitur, non ideo soluunt ceteri, aut satisfaciunt creditori. Proinde hac conuentione non magis liberantur, quam si creditor cũ vno non egisset. Huic parti duo loci opponuntur. Primum † *l. 2. ff. de duob. reis.* vbi definitione de duobus reis promittendi & stipulandi simul concepta, vt diceretur, ipso iure & singulis in solidum deberi, & singulos debere: subiicitur, quod videatur necesse esse in cõe ad vtrosque reos, de quibus propositum erat, pertinere: ideoque petitione, acceptilatione neque vnius tota soluitur obligatio. Quæ verba si, vt dixi, ad vtrosque pertinent, nempe illa, *petitione vnius*, sic erunt accipienda, vt sit sensus *siue vnus ex reis stipulandi petat, siue ab vno ex reis promittendi petatur.* Hoc autem posterius contrarium huic loco. Sed sciamus petitionem vnius, quę in superiore definitione nominatur, non posse referri, nisi ad petitionem vnius ex reis stipulãdi. Petitio creditoris est, nullo modo debitoris. Eius enim petitio esse dicitur, qui petit, atque is est creditor. A quo autem petitur, qui idem debitor est, non dicitur eius petitio esse, sed ab eo esse petitio; quia scilicet alius ab eo petit. *l. viæ. ff. de seruit.* Sic ergo dicitur vnius ex duobus reis petitione totam solui obligationem, vt intelligatur, vno ex duobus reis stipulandi petente debitorem huic vni incipere debere, simul ab altero liberari. quod & verum est, *l. ex duobus. 16. ff. de duob. reis.* quasi scilicet vnus agendo, atque ita iudicio contrahendo, nouam in se obligationem transtulerit iudicati. *l. 3. §. idem scribit. ff. de pec.* Quod certe non contra idem valet, cum ab vno ex duobus reis promittendi petitur. Neque enim litis contestatio deteriorem agentis conditionem facit, sed meliorem. *l. non solet. l. nemo enim. ff. de reg. iur.* Faceret autem hic deteriorem, si vno conuento desineret alter teneri actori, cui prius tenebatur. Et vero vno ex duobus reis debendi conuento alterum non liberari, diserte scriptum est *in d. l. 1. §. si apud. ff. dep.* Sed de hac re scripsi plura supra tit. *de duobus reis stip. & prom. c.* VIII. Obstat præterea huic parti *l. si per imprudentiam. §. vlt. ff. de euict.* vbi hæc verba sunt: *Si plures mihi in solidum pro euictione teneantur* (qui plures sunt ex hac caussa debendi rei) *deinde post euictionem cum vno fuero expertus, si agam cum ceteris, exceptione me esse repellendum, Labeo ait.* Dicendum † est referri illic Labeonis sententiam, sed non probari. idque intelligi ex *l. 3. & l. seq. ff. de his, qui deie. vel eff.* Nam cum *in l. 3.* ex Vlpiano scriptum esset, vnum ex duobus reis debendi conueniri in solidum posse, & eo conuento ceteros liberari; subiecta est correctio ex Paulo his verbis, perceptione, non litis contestatione. Idem ergo & sententiæ Labeonis superiori subiiciendum est. Idque eo magis facere debemus, quod Iustinianus noua constitutione hoc temperamentum confirmauit *in l. vlt. inf. hoc tit.* 3

Altera † quæstio est, *si creditor cum vno ex fideiussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte tantum egerit, an ea res prosit conuento, vt in reliquam partem liberetur; an etiam pro reliqua parte conueniri possit, vt ante petitionem.* Et generaliter probandum est, quemadmodum vno conuento ea conuentio non prodest ceteris ad liberationẽ: sic nec prodesse ipsi conuento, vt in eam partem, quæ ab eo petita non est, liberetur. idque efficitur eadem illa ratione, qua supra vsi sumus. Nam is, qui conuenitur pro parte, solidum debuit. *l. 3 supr. hoc. tit.* Non potuit igitur liberari ea obligatione, nisi aut creditori soluendo, aut satisfaciendo. Qui pro parte tantũ conuentus est, is non ideo reliquam partem soluit, aut eo nomine satisfecit creditori. Non est igitur in eam partem liberatus, nõ magis, quã ante. Hæc sententia de vno ex duobus reis pro parte conuento posita est *in l. si ex toto. § 1. ff. de leg. 1.* De vno autem ex pluribus fideiussoribus conuento colligitur ex *l. inter eos. §. 1. ff. eo.* Id adeo verum est, vt quamuis creditor ab vno partẽ petierit, & partẽ ẽt sit cõsecutus, nihilominus ab eodem possit reliquã petere eadẽ cõditione, vt ante potuit, vt superioribus duob. locis diserte comprehensum est. Sed in hac parte aliquid inter plures debendi reos, & plures fideiussores interest. Nã cũ vnus ex plurib. reis partẽ soluit interdũ grauius tenetur, q̃ vnus ex fideiussorib. qui itidẽ partẽ soluit; interdum tenetur leuius. Grauius † in eo, q̃ cũ is partẽ creditori simpliciter soluit, nihilominus creditor alterã partẽ ab eo statim põt petere. neq; distinguitur, vtrũ alter ex correis soluẽdo sit, an nõ sit; quoniã singuli in solidũ tenentur, neq; diuiditur actio inter eos, nisi si id actũ est, *d. l. si ex toto §. ff. de leg.* 4 5

A< si

At si fideiussor, qui partē soluit simpliciter, ita demū in reliquam partē conueniri pōt, si ceteri fideiussores soluēdo nō sunt. Nā cū alter soluendo est, diuiditur actio inter eos, qui soluendo sunt ex
6 epistola D. Hadriani. hoc *in d. l. inter eos.* §. 1. *ff. eod.* E † conuerso ē, vbi vnus ex plurib. debēdi reis teneatur leuius. Nā si partem creditori soluit nō simpliciter, sed nominatim pro sua persona, vel suo nomine, & creditor ita solutionē admisit, deinceps ex alterius rei persona in reliquam partem cōueniri non pōt. idq; ē, quod cōprehensum est *in l. si creditores. sup. de pact.* Fideiussor cōtra quātumuis suo nomine se dicat partē soluere, & creditor ita accipiat, nihilominus in reliquā partē cōueniri pōt, si alter ex fideiussoribus soluendo non sit, vt est *in d. l. inter eos §. 1. ff. eo.* De duob. autem reis debendi, non de duob. fideiussorib. agi *in l. si creditores. supr. de pact.* intelligitur ex verbo *admisisse*, quo rescriptum vtitur. Proponuntur creditores admisisse vnū pro sua persona soluentem. Nō additur vnū ex reis, aut fideiussoribus, sed nihilominus reos intelligimus, non fideiussores; quia eum solum soluentem admittere dicimur, quem volentes admitt mus, & à quo partem oblatam si vellemus, accipere non cogebamur. quod tunc solū fit, cū sunt plures debendi rei. Nā ab vno ex fideiussorib. partē accipere creditor cogitur, si oēs sint soluendo. §. *si plures Inst. eo.* Quæritur differentiæ ratio. Est in promtu. nā cū vnus ex plurib. debēdi reis dicit se pro sua persona soluere, hoc dicit, se nolle amplius personā suam teneri soluta parte. Quem ita soluente cum creditor admittit, nempe consentit, vt is amplius non teneatur. Hic cōsensus pactum habet de reliqua parte non petenda. Hoc pacto debitor, qui partem soluit, liberatur. Cum autem fideiussor partē soluit pro sua persona, tametsi idem dicere intelligitur, quod supra, nimirum velle se suam personam obligatione eximi; tamen creditor vt eam partem tantum ab eo accipiat, non consentit: quippe quam ideo accepit; quia accipere cogebatur; non quia vellet quidquam remissum. Ne quod quis facere necesse habet non intelligitur in eo voluisse esse liberalis. *l. rē legatam. ff. de ad. leg.* In quā sententiam totam disserui pluribus, vt in loco ad *d. l. si creditores.*

7 Interim † hoc hactenus reorum & fideiussorum plurium manet commune, vt si creditor ab vno partem petierit tantum, non prosit ea res cōuento, quo minus idem ipse in reliquam partem conueniri possit, vti ante petitionem partis poterat. Veruntamen hoc si accipiendum erit, si creditor cum vno tantum ex fideiussoribus egerit pro parte. Diuersum est, si cum omnibus fideiussoribus simul egerit, cum singulis autem pro parte, atque ita inter fideiussores actionem suam diuiserit. Hoc enim cum fecit, amplius post litis contestationem vnum vltra partem, quam ab eo semel petiit, conuenire non potest, etiamsi reliqui soluendo non sint. hæc sententia est *l. liberum. supr. hoc tit.* Illic enim ita scriptum est, post litis contestationem diuisam actionem instaurari iuris ratio non patitur. Diuiditur actio creditoris, cum aduersus omnes fideiussores pro parte agitur, & ita actio tota in iudicium deducitur diuisim, vt colligere licet ex *l. inter eos. §. 1. & §. penul. l. amissi. §. 1. ff. eo. & l. fideiussor. supr.* Instaurari actio dicitur, cum ab eo, qui pro parte cōuentus erat, solidum petitur ex persona eorum, qui soluendo non sunt. Hoc fieri ius vetat, vt est *in dict. leg. liberum.* Proinde hoc vetare intelligitur, ne quisquam eorum, qui pro parte initio conuenti sunt, vltra eam partem postea conueniantur. Hæc sententia dubitationem non habet, cum fideiussores, inter quos actio diuisa est, tempore litis contestatæ fuerunt soluendo. Nam ex epistola D. Hadriani inter eos, qui tempore litis contestatæ soluendo sunt, actio & obligatio diuiditur. *l. 3. in fin. supr. hoc tit. dicto §. si plures. Instit. eodem.* Beneficium iuris hoc modo fideiussoribus singulis quæsitum nullo euentu his auferri potest. Idcirco si inter fideiussores, qui soluendo erant, diuisa actione quidam postea soluendo esse desinant, ea res ad onus eorum, qui soluendo sunt, non pertinet, vt est Papiniani responsum *in dict. leg. inter eos. §. pen. ff. eod.* Sed res non caret dubitatione iusta, si creditor diuiserit actionem inter eos fideiussores, qui tempore litis contestatæ soluendo non fuerunt. Nam inter eos ex epistola D. Hadriani actio non diuiditur, vt videtur: cum iubeatur inter eos tātum diuidi, qui soluendo sunt. Rursum creditor partem petendo à singulis, non ideo pacisci intelligitur, ne à singulis reliquam partem petat. quo fit, vt nō videatur prohiberi partem reliquam à singulis petere, etiam post litem cum singulis pro parte contestatam.

8 Sed † nihilominus & hoc verum est, diuisa inter fideiussores actione, id est, omnibus conuentis, & singulis pro parte, sic inter eos actionem diuidi, vt non magis ab vno reliqua pars peti possit, quam peti posset, si omnes soluendo fuissent tempore litis contestatæ. Id non obscure colligitur ex *l. amissi. §. 1. ff. eodem.* Illic ita Papiniani responsum est; si ex persona pupilli tutoribus auctoribus cum pluribus fideiussoribus, qui pupillo obligati erant actum sit iudicio, & diuisa inter eos actio, cum quidam ex illis soluendo non essent tempore litis contestatæ: posse minorem in integrum restitui aduersus eum, qui soluendo erit, vt in eam partem conueniatur, in quam reliqui soluendo non sunt. Cum Papinianus dicit pupillum in integrum restitui posse, satis significat eum iure communi aduersus eum, qui soluendo est, agere non potuisse. Quoties enim minor iure communi, & auxilio ordinario munitus est, cessat in integrum restitutio, *l. in caussa. 2. ff. de minor.* Ergo maior creditor si idem fecisset, nullum remedium iure haberet aduersus eum, qui esset soluendo. Id etiam satis aperte colligitur ex *dict. leg. liberum.* Nam quæstio illic initio posita est de pluribus fideiussoribus, quorum quidam minus idonei fuerunt tempore litis contestatæ, & ante. Et rescriptum est, vnū ex his conueniri posse in solidum ab initio: sed semel actione inter eos diuisa, non licere post litis contestationem actionem instaurare. Refertur hoc igitur ad eos, de quibus quæstio posita erat, id est, ad eos, qui tempore litis contestatæ soluendo non fuerunt. quibus dicimus superiorem diuisionem prodesse.

Sed aduersus hanc sententiam multa disputari possunt, quæ breuiter diluemus. Ac primum in eam rem hoc argumentum est. Si vnus ex pluribus fideiussoribus pro parte conuentus in reliquam partem liberatur, vt deinceps de ea conueniri non possit; necesse est aut iure liberetur, aut creditoris conuentione. Neutrum esse reperietur. Non liberatur iure ciuili. nam singuli hoc iure solidum debent. *leg. 3. supr. eodem.* Non ex epistola D. Hadriani. nam ex hac epistola diuiditur actio tantum inter eos, qui soluendo sunt. *d. l. 3. supr. §. si plures. Institut. eodem.* Nos autem agimus de his, quorum quidam soluendo non fuerunt tempore litis contestatæ. Rursum non liberatur fideiussor pro parte tantū conuentus creditoris conuentione. Non enim si creditor partem petiit à singulis, ideo cum singulis pacisci intelligitur, ne reliquam petat, vt iam dixi. argumento est, quod si creditor ab vno solo petierit partem, non ideo is in reliquam partem liberatus intelligitur, vt supra docuimus. Quapropter ne tunc quidem liberabitur, cum creditor non cum vno tantum egit, sed egit pro parte cum omnibus.

Respondeo; † cum creditor partem petit eodem tempore à 9
singulis fideiussoribus, fateor, singulos consensu creditoris in alteras partes non liberari, certe de eo consensu nihil probare. Sed liberantur ex epistola D. Hadriani, quoties creditor inter fideiussores diuisit actionem: non quidem verbis epistolæ, sed sentētia. Nam epistolæ verba cogūt solum diuidi actionem, cum fideiussores soluendo sunt, non autem cum soluendo non sunt. Sed si nihilominus creditor sua spōte actionem inter eos diuiserit sententia epistolæ est, vt omnes pro parte tantum deinceps teneantur, quamuis ab initio non omnes soluendo fuerint, quia creditor actionem inter fideiussores diuidendo solidi petitioni renuntiarit. Colligitur hæc sententia hoc argumento. Nam si creditor coactus diuiserit actionem inter eos, qui soluendo erant, non potest postea ex epistola vnum ex his in solidum conuenire, quamuis alter desinat esse soluendo. Ergo multo minus poterit vnum conuenire in solidum, vbi sua sponte non coactus diuisit actionem inter eos, qui iam tum soluendo non erant. Nec in eo fit creditori iniuria, atque adeo nullum damnum eius esse videtur, si sua culpa damnū sentit, vt est regula iuris. *l. quod quis ex culpa. ff. de regulis iuris.* Nunc autem certa culpa eius id accidit. Nam si scribat aliquos soluendo non esse, cur non cōuenit in solidum eum, qui soluendo erat? si ignorabat aliquos soluendo non esse; tamen fuit in potestatem eius vnum quemlibet in solidum conuenire. nec cogitur ceteros cōuenire pro parte, nisi is fideiussor, qui in solidum conuenitur, id postulet, vt fiat periculo suo. *leg. si dubitet. 10. in pr. ff. eo.* Id si non fecit creditor, de se queri debet. Cōfirmatur hæc sententia verbis *leg. liberum supra.* Nam cum illic diceretur diuisam actionem instaurari non posse, ratio hæc addita est; non quia creditor consenserit; sed quia iuris ratio id non patiatur.

Secundum argumentum aduersus superiorem sententiam hoc est. Cum sunt duo fideiussores, puta. Primus & secundum, ac secundus soluendo non est, si creditor cum vtroque parte agat, & volumus. Primum non posse cōueniri ex persona Secundi, qui soluendo non necesse est Primum pro ea parte liberari,

aut ex

aut ex persona sua; quia ipse pro parte conuentus sit: aut ex persona Secundi; quia Secundus pro parte fuerit conuentus. Atqui non liberatur Primus; quia sit tantum conuentus pro parte. Nam si solus conuentus esset pro parte, non ideo in reliquam partem liberaretur, vt supra docuimus ex *l. inter eos. §. 1. D. eo.* Non debet etiam liberari pro altera parte; quia Secundus pro ea parte conuentus sit. Quuippe electione Secundi Primus non liberatur, & generaliter vnius electione non liberantur ceteri, si is qui electus est, non satisfaciat, vt in hac *l. reos.* diserte constitutum est. Quare primus in proposito nullo modo pro reliqua parte Secundi liberatur. Respondeo, sic res habet: neq; Primus ideo liberatur; quia cum ipso pro parte actum sit, neque ideo; quia Secundus in reliquam partem sit electus, deniq; neque consensu creditoris liberatur, neque Secundi fideiussoris electione. Sed liberatur propter diuisam à creditore actionem; quia hanc diuisionem ius ratam habet, quasi actione diuisa solidi petitionem ille remiserit, vt dixit.

Tertium & postremum in eandem sententiam argumentum hoc est, creditor antequam litem cum omnibus fideiussoribus cõtestaretur pro parte, potuit vnumquemlibet ex his in solidum conuenire, si ceteri idonei non essent. *l. liberum in pr. sup.* Ergo & post litem contestatã poterit, quamuis inter eos dimiserit actionem litem contestando; quoniam nemo litem contestando deteriorem suam conditionem facit, sed meliorem. *l. non solet. l. nemo enim. ff. de reg. iur.* Respondeo: quod creditor post diuisam inter fideiussores actionem non potest amplius vnum in solidum conuenire non fit propter litis cõtestationem; quæ reuera nunquam nocere solet, sed fit, vt iam dixi, propter diuisionem actionis; quæ tamen diuidi non potest, nisi litem cum singulis creditoribus pro parte contestando. Ita rata erit hæc sententia, diuisa inter plures fideiussores actione, id est. omnibus pro parte virili conuentis, non posse deinceps vnum ex fideiussoribus insolidum conueniri ex persona eorum, qui soluendo non sunt, siue tempore litis contestatæ omnes soluendo fuerint, siue iam tum quidam ex his soluendo non fuerint.

L. Fideiussoris. 24.

Iidem AA. & CC. Pergamio.

Fideiussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem vtrisq; succedat, intercessionis obligatione finita, velut principalis tantum debitoris heres conueniri potest. S. 11. Kal. Ian. CC. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Cum fideiussor debitori, aut debitor fideiussori, aut vnus & idem vtrique succedit; toties vnam tolli obligationem, & eam fideiussoriam, non principalem & cur ita vtrumque.*

FIdeiussore mortuo etiam heres ex causa fideiussionis obligatur. *§. fideiussor non tantum. Inst. eod.* Hoc ita est, nisi hic heres sit heres debitoris eius, qui fideiussori suo prius successerat, Nam & hic heres vt debitori, ita per interpositam personam debitoris fideiussori quoque heres est. *leg. 2. l. 3. ff. de her. pet. l. vlt. supr. de Instit.*

1 Nunc † autem quoties aut fideiussor debitori principali, aut debitor fideiussori, aut quod idem valet, vnus idemq; fideiussori & debitori succedit; toties altera obligatio tollitur; quoniam necesse est natura diuersos esse, eum, qui fideiubet pro aliquo, & eum, pro quo fideiubetur. *l. heres. §. seruo. ff. h. t.* Vtra igitur obligatio tollitur, fideiussoria, an principalis? Placet fideiussoriam obligationem perimi, principalem manere. *d. l. heres. §. seruo. l. Stichũ. §. quod vulgo. D. de sol. & hoc loco.* Et recte: nam si principalem perimi vellemus, eadem opera accideret, vt tolleretur & accessoria. *l. in omnib. speciebus. ff. de solut.* Itaq; vtraque perimeretur cum summa iniuria creditoris. Nos autem vnam saltem manere volumus.

L. Pignoribus. 25.

Iidem AA. & CC. Philippo.

Pignoribus datis à reo principali distractis, nec post longi temporis interuallum residuum à fideiussore creditor petere prohibetur. S. 6. Kal. Ian. CC. Coss.

CReditor parte debiti soluta, res, quas pignori obligauerat, vendidit, non consentiente debitore. Deinde res ab emtoribus possessæ longo tempore aduersus creditorem vsucapræ sunt, iuxta *l. 1. & leg. 2. sup. si aduer. cred. præs. oppo.* Pignore liberato quæritur, an liberentur quoque fideiussores pro eo, quod reliquum debetur. Rescriptum est, vno genere cautionis soluto, non ideo fideiussores liberari, de qua re diximus ad *l. etiamsi. sup. hoc tit.*

L. Sancimus. 26.

Imp. Iustinianus A. Iuliano præfecto Prætorio.

Sancimus, si quis pro alio spoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, vel certam quantitatem pecuniarum pro eo inferat, & tempore statuto iam effluente nõ poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas, inferre, sed competere quidem post temporis lapsum omnimodo, pœnalem actionem: non autem statim summam, pro qui fideiussor admissus est, profligari. Sed siquidem vsque ad sex mensium spatium tempus statutum sit, aliud tantum ei indulgeri sancimus, intra quod si possit personam exhibere, & eam tradere, pœna sit liberatus, &c.

SVMMARIA.

1 *Summa constitutionis.*
2 *Singularia constituta hac lege, & constituendi ratio.*

PRomisit † aliquis se alium iudicio stituum intra certum tempus; & nisi stitisset, promisit pœnam, vt est species *leg. quoties quis. 81. ff. de ver. obl.* Intra tempus stipulatione constitutum pœnam peti non posse semper constitit, siue is, de quo agitur, sisti adhuc possit, siue non possit, & quidem culpa promissoris. *leg. si eum. §. 1. ff. si quis caut.* Tempore constituto transacto, an pœna statim peti possit, quæsitum est. Olim potuit, nisi quod liberari potuit promissor, si post tres pluresve dies sisteret iudicio eum, quem oportebat, & non fecisset actoris ius deterius. *l. etsi post tres. ff. si quis caut.* Hic constitutum est, non statim pœnam peti posse. Estque totius constitutionis hæc definitio. Nam si is, de quo sistendo agitur, viuit, Iustinianus post tempus conuentione comprehensum etiam aliud adiecit legitimum, intra quod adhuc promissori hominem sistere & exhibere liceret. Id tempus est sex mẽsium, si stipulatione sex item mẽses dati erant, aut longius tempus, quam sex mensium. Quod si infra sex menses tempus conuentione cõstitutum sit, Iustin. nihil expressit, quod tempus hic insuper vellet adiici. Sed bene Accursius colligit ex sententia legis tempus conduplicari. Præterea intra hoc legitimũ tempus, quod à Iustiniano adiici diximus, non solum is promissori ad liberationem hominem sistere, seu exhibere; sed etiam fecit ei potestatem eius nomine defensionem suspiciendi; vt siue eum exhiberet, siue eum defenderet, pœnam non deberet: dummodo non conuenisset nominatim ab initio, nec eum, de quo agitur, defendere liceret. In hac defensione hoc adiecit, vt si promissor absentis defensionem suscipit, sciat sibi postea liberum non esse eum hominem exhibere, sed debere ipsum in ea defensione ad extremũ perseuerare. Hæc, vt dixi, si is, qui sisti debuit, adhuc viuit. Quod si mortuus est, siquidem intra tempus stipulatione constitutum, promissor liberatur: sin post id tempus, statim pœna committitur, & statim à promissore exigi potest. Hæc † summa constitutionis, in qua duo singularia notanda sunt. Primum illud quod Iustinianus nouum spatium promissori dedit ad hominem exhibendum, & pœnam euitandam. Nam ante vbicunque intra certum tempus quid fieri promittitur, & nisi factum sit, promittitur pœna, sic ius fuit perpetum, vt si factum non esset, quod debet, ita pœna committeretur, vt eam postea purgare non liceret ad pœnam euitandam. *leg. traiectitia. ff. de oblig. & act. leg. magnam sup. de cont. stip.* contra quam Iustinianus in hac specie constituit. Constitutionis ratio & æquitas hæc videri potest, quod difficile sit homines sistere, & multæ causæ incidant, propter quas sisti non possint, etiam cum maxime promissor voluerit, & dederit operam, vt sisteret. Itaque hanc difficultatem lenijt Iustinianus longiore tempore ad exhibẽdum constituto. Alterum illud singulare, quod intra tempus legitimum à se constitutum fecit potestatem promissori suscipiendæ

defension's absentis. Nam alioqui ita ius est, vt qui promisit se aliquem stituturum, eum sistendo, id est, faciendo, quod promisit, liberetur: aliud autem faciendo, & generaliter aliud pro alio soluendo promissor inuito creditore liberari non possit. *leg. 2. §. 1. ff. si cert. pet.* Cur ergo Iustinianus hic contra constituit aduersus creditorem? quia hoc constituto, non ideo videtur creditori fieri iniuria, sed potius id præstari, quod promissum est, si spectamus id, quod actum fuit, id est, mentem, & propositum contrahentium. Nam ideo promittitur quis sisti, vt sit creditori eius conueniendi, & cum eo iudicio agendi copia, satis autem conueniri videtur, qui aut per se defenditur, aut per alium, qui condemnatus iudicatum facit. *leg. 2. ff. quib. ex caus. in poss. eat.*

Quod Iustinianus constituit, vt homine, de quo agitur, intra tempus cõuentionale defuncto liberetur promissor; & hoc item ius vetus est. *l. si decesserit. ff. qui satis. cog.* cuius ratio redditur *in l. si homo. ff. de verb. obl.* Quod constituit, vt homine post id tempus defuncto statim pœna peti possit, habere potest dubitationem ex præcedentibus partibus huius constitutionis. Quæritur enim, quare & in hac causa Iustinianus non conduplicauerit tempus, vt fecit, cum is homo, de quo agitur, adhuc viuit. Sed ratio non est obscura. Quippe nequidquam in hac specie tempus nouum daretur. Nam prius dabatur tempus nouum eius hominis exhibendi, aut defendendi gratia. Inepte daretur hoc tempus eo homine iam mortuo: cum mortuus neque exhiberi, neque defendi possit.

L. Si fideiussor. pen.

Iidem August. Ioanni præfecto Prætorio.

Si fideissor nullam quidem cautionem faciat, ostendens se fideiussorem exstitisse, præsentibus autem tabularijs hoc confessus est, quod in fide sua, eum suscepit: Dubitabaiur à Palæstina aduocatione, vtrum ve post duos menses liberetur, quasi sine scriptis fideiussione facta, secundum generalia edicta sublimissimæ prætorianæ sedis: an, vtpote scriptura interueniente, teneatur. Et diuisio alto introducebatur, si idem iuris esse debeat tam in publicis causis, quam in priuatis, &c.

IN præfectura Ioannis præfecti Prætorio hæc lex seruabatur, vt si fideiussor promisisset aliquem iudicio sisti, siquidem & scriptis interuenientibus, perpetuo teneretur; sine scripto autem liberaretur post duos menses. Hoc iure posito, ex facto quæsitum est. Fideiussor promisit alium iudicio sisti sine scriptis. Postea apud tabellarium confessus est se id promisisse, & eius confessionis instrumentum factum est. Quæstio, *an hic videatur in scriptis promisisse, an sine scriptis?* vt sic intelligamus, *an is ad legem suprascriptam pertineat, an non pertineat.* De ea re hic ita constitutum est; siquidem de causa ciuili agatur, videri fideiusionem sine scripto factam, vt scilicet initium spectemus. ideo fideiussorem secundum legem suprascriptam post duos menses non teneri. Sin in causa criminali idem factum sit, videri contra fideiusionem in scriptis factam, vt sic fideiussor perpetuo teneatur; quia res pendi debeat ex contestatione sequente, non ex eo, quod ab initio factum sit. Cur hæc tam varie, cum vtrobique factum sit idem? Ait Iustinianus, id se propter vtilitatem publicam in causa criminali constituere. Quænam ergo ista est necessitas, & vtilitas publica, quam intelligit? Ea est, quam dicimus in persecutione delictorum versari. Reipublicæ enim interest delicta non manere impunita. Pertinet id ad vigorem disciplinæ publicæ, propter quam vtilitatem multa iure ciuili contra regulas communes iuris recepta esse constat. *l. ita vulneratus. vers. quod si quis. ff. ad leg. Aquil. l. locatio. §. quod illicite. ff. de public.*

L. Generaliter. vlt.

Hæc lex exposita est ad *l. reos. sup. hoc tit.*

LIBERATIONVM DIVISIO, HARum Genera, & sequentium duorum titulorum argumentum, ac sedem in hoc genere indicans.

SVMMARIA.

1 *Ipso iure tolli obligationem quid.*
2 *Liberationum, quæ ipso iure contingunt. genera.*
3 *Solutio.*
4 *Compensatio.*
5 *Obsignatio.*
6 *Nudo consensu quæ tollantur obligationes.*
7 *Nouatio.*
8 *Acceptilatio.*
9 *Mutatione prioris status obligationis quibus modis tollatur obligatio.*
10 *Confusio.*
11 *Interitus rei debitæ.*
12 *Duarum causarum lucratiuarum concursus.*
13 *Tempore quæ, & quomodo finiantur, obligationes.*
14 *Pacto obligationem ad tempus constitui non posse ipso iure.*

DIximus ad titulum *de exceptionibus, supra*, liberationum genera summa esse duo: aut enim ipso iure liberari debitores, aut per exceptionem. Quibus modis liberetur quis per exceptionem, illic indicauimus. Sequuntur liberationes eæ, quæ ipso iure contingunt, quo ex genere sunt hæ, de quibus proximis tribus titulis agitur, sed paucæ ex innumeris. Plures Iustinianus *in Instit. tit. quib. mo. tol. obl.* hoc argumentum ex professo tractans complexus est. Non plures tamen, quam quæ ex voluntate reorum contingunt: ac ne eas quidem omnes. Quas vt esset complexus; non tamen haberemus omnes species huius generis, sunt enim non paucæ, quæ & sine voluntate reorum eueniunt. Quare cum de liberationibus sint hi tituli, qui sequũtur; ne quis iam ab initio eo numero deceptus in his generibus versari omnes liberationes existimet; simul vt monitus longe plura genera esse, hæc ipsa, quæ sunt, iam ante animo perspicere posit, & videre, istæ, quæ sequuntur, ad quod ex his genus referri debeant; recte fecerimus, si initio liberationum omnium istarum, quæ iure ipso obligationem tollunt, genera, eorumque generum species breuiter complectamur. Id ita commodissime consequi posse videmur.

Ipso † iure liberatio est, cum qua obligatione prius tenebatur 1
debitor, ea ita tollitur verbis ipsius legis, vt nulla amplius supersit. Tollitur † hoc modo iure communi omnis obligatio dupli- 2
citer. Aut enim soluitur eorum facto, ad quos ea res pertinet: aut his etiam inuitis sua sponte exstinguitur. Prioris generis sunt eæ liberationes, quæ sequentibus titulis exponuntur. Posterius genus, vt dixi, totum & hoc loco, & in Institutionibus in hoc argumento prætermissum est. Facto reorum obligatio partim solutione tollitur, partim dissoluitur consensu.

Solutio † est præstatio rei debitæ. *l. solutam. D. de solut.* Hac præ- 3
statione maxime naturaliter tollitur omnis obligatio. *Instit. quib. mo: tol. ob. in pr.* Nam obligatio omnis huc spectat, vt aliquid præstetur, vt declarat obligationis definitio, *Instit. de obl. in princ.* Ita hoc præstito obligationi satisfactum est. Solutionem cum dicimus, etiam eas species volumus intelligi, quo solutionis vicem habent. Hæ duæ sunt: Compensatio, & Obsignatio pecuniæ debitæ. Compensatio † est crediti & debiti inuicem contributio. *l.* 4
1. ff. de compens. Hæc ita fit, cum ex duobus, quorum vterque & debitor est creditor, vnus debitum cum credito contribuit. Hoc modo iure ipso tollitur obligatio: non alia de causa, quam quod compensatio pro soluto habetur, vt est *in leg. 4. sup. de compensatio.* Et recte habetur, sic enim debitor compensare intelligitur, cum quod à creditore suo sibi debitum exigere poterat, id apud eum esse vult pro soluto, quod perinde est, ac si id à creditore exegisset, & acceptum illi soluisset. Hic ordo naturalis futurus erat: ed celeritate actionum coniungendarum hic circuitus vitatur, iuxta *l. 3. §. vlt. ff. de don. int. vir. & vx.*

De † obsignatione est *in l. obsignatione. inf. de sol.* vbi dicetur. Si- 5
ne solutione consensu dissoluitur obligatio, cum id agitur, vt ab obligatione discedatur: siue vt qui tenebatur, amplius non teneatur. Id contingit alias nudo consensu; alias cum legitimus aliquis actus ad cõsensum accesserit. Nudo † seu solo cõsensu obligatio- 6
nes dissoluuntur, quæ consensu contractæ erant, cum id agitur rebus adhuc integris, vt ab obligatione recedatur. Huiusmodi contractus sunt, emtio venditio locatio cõductio, societas, mandatum. De hoc genere est *in §. vlt. Instit. quib. mo. tol. obl. l. ab emtione. D. de pact.* Hoc modo ceteræ obligationes non tolluntur. Vetat regula iuris, quæ dictat, secundum naturam esse vnum quodque dissolui eo modo, quo colligatum est *l. nihil tam naturale. l. fere.*

quibus-

quibuscumque.ff. de reg. iur. Sed tolluntur tamen & ceteræ obligationes consensu, cum ad consensum idoneum aliquid, quod valeat ad liberationem, accesserit. Quam ad rem recepta sunt genera duo, Nouatio & Acceptilatio. In quibus præter consensum licet obseruare hæc, quæ confirment liberationem; partim obligationem nouam, partim verba, partim litis contestationem, de quibus postea suis locis.

7 Nouatio † est prioris obligationis in aliam transfusio. *l. 1. De nouat.* Vel hinc intelligitur sic nouatione nasci nouam obligationem, vt simul tollatur prior translata in posteriorem. *d.l.1. l.2.ff.de nouat.* De hoc genere est *in §.præterea.Inst. quib.mod.tol.obl.* De eo dicemus amplius ad titulum proximum *De nouat.* Acceptilatio

8 est † verborum conceptio, quibus creditor à debitore interrogatus, an quod sibi debetur, acceptum habeat, acceptum ferat, respondet se acceptum habere, acceptum ferre. Hoc modo non omnes obligationes tolluntur, sed quæ verbis, id est, stipulatione contractæ erant, idque efficit eadem illa regula iuris, quam ante dixi. *d.l.nihil tam naturale.D.de reg.iur.* De hoc genere est *in §. item per acceptilationem.Inst.quib.mod.tol.obl.* Et de eo nonnihil amplius attingemus ad tit. *De accept.infr.*

Non solum à consensu tollitur obligatio; quod fit superioribus modis: sed etiam inuitis & ignorantibus iis, ad quos ea res pertinet: quod erat alterum genus iustæ liberationis. Hoc modo exstinguitur obligatio dupliciter. Nam aut mutatione prioris status intercidit, aut finitur tempore. Licet enim nobis hoc loco breuitatis causa amissionem rei, quæ saluo corpore contingit, ad mutationem prioris status referre, vt interitu rei contineatur: etsi in iure quoque harum rerum nonnihil intersit. Neque enim nunc omnia genera liberationum exacte persequimur: sed tantum genera summa leuiter indicamus, plenius alias de his & sub-

9 tilius suo loco per opportunitatem dicturi. Mutatione † prioris status intercidit, quoties res redit in eum casum, à quo incipere nõ potest, quæ perpetua iuris definitio est in obligatione ex contractu. *l.pro parte.D.de seruit.l.existimo.D.de verb.obl.* Nulla ab initio contrahi obligatio, aut consistere potest sine personis debitoris & creditoris, inter quas contrahatur: nulla sine re, quæ deducatur in obligationem: nulla sine eo, vt quid inde creditori acquiratur. Proinde siue personæ istæ postea esse desinant; siue desinat esse res, quæ possit deberi; siue iam inde creditori nihil acquiri possit, obligatio sua sponte ex euentu intercidit, rediens in eum casum, à quo incipere non poterat. Hinc hæc genera liberationum nata, vt exstinguatur obligatio, à personis, confusione; à rebus, interitu rei debitæ, à potestate acquirendi, dominio rei debitæ creditori quæsito.

10 Confusio † est, cum creditor debitori, aut debitor creditori suo succedit. *l debitori.sup.de pact.l.Stichum. §. aditio.ff.de solut.* Hic confundi obligatio dicitur; quia concurrunt in vnam personam obligatio & actio, in qua persona & hæc confunduntur, cum scilicet idem creditor esse incipit, & simul debitor, quod natura non patitur. Ex quo euenit, vt obligatio hoc modo exstinguatur.

11 Interitu † rei debitæ, qui sine culpa & mora debitoris contigerit, omnis debitor liberatur. *l. ex legati. D de verb. obl.l. quod te.D. si cert.pet.* Hoc ex eo, quod sine re ab initio consistere non potuit obligatio, quo fit, vt ea re sublata res redeat in eum casum, à quo incipere non poterat, ac proinde tollatur. *§.item contra. Inst.de inutil.stipulat.* Si culpa debitoris res pereat, vel quia rem debitam occidit, vel quia mora eo facta est, quominus eam recte daret: perinde tenetur quasi res exstaret. *d. l.si ex legati. & l. seq. l.nemo. §.1.ff.de ver.obl* Interitum rei cum dico, non tantum intelligo naturalem interitum; sed & ciuilem, cum res debita ex hominum commerciis eximitur. *d.§.item contra. Instit. de inut.stip.l.inter. §. sacram.ff.de verb.obl.*

12 Dominio † rei debitæ creditori quæsito eadem de causa obligatio exstinguitur; quia ab initio res nostra nobis deberi non potest. *Inst.de inut. stip.in pr.* Sed hoc ita temperatum est à veteribus, vt ita demum dominio rei debitæ creditori quæsito, debitor liberetur, si res deberatur ex lucratiua causa, eademque ad eum peruenerit ex alia causa lucratiua. Vt, si res aliena ei legata sit testamento alicuius; deinde sit donata à domino: heres is à quo legata erat, ipso iure liberatur. *l.omnes debitores.ff.de obl. & act. §. si res aliena. Inst. de legat.* Quod si res ex causa lucratiua debita, peruenerit ad creditorem ex alia causa onerosa; puta quia prius legatam, aut donationis causa promissam ab eo, qui dominus non erat, postea vel ex permutationis causa, aut in dotem à domino accepit; debitor prior non liberatur. *l.ex promissione.ff.de obl.& act.* Idemque è conuerso dicendum est, si res creditori emta sit; deinde ad eum peruenerit ex causa lucratiua. Verum hic occurritur veteribus: nam quocunque modo res debita facta sit creditoris, semper verum est, rem illi amplius dari non posse, atque ita rem rediisse in eum casum, à quo incipere non poterat. Cui consequens erat, etiam hoc modo tolli obligationem, secundum constitutionem illam iuris supra à nobis positam, & ab his ipsis veteribus receptam, quod illi in hoc temperamento mutant. Imo illi hic omnia secum admodum consentienter. Cum enim res ex causa onerosa peruenit ad creditorem, perinde habetur, quasi non peruenisset: propterea quod creditori pro ea re aut pretium abest, aut alia res pro pretio. Sic autem definierunt iidem illi veteres, & recte, ei rem abesse videri, cui pro re tantumdem abest. *l. Labeo & Sabinus.D.de verb.sig.* Tempore † finitur obligatio ipso iure, cum lege obliga- 13
tio & actio ad certum tempus constituta est, exemplo est redhibitoria, & actio quanto minoris res valuit, quam emta est; quarum illa intra sex menses: hæc intra annum datur ed. cto ædilium. *l.sciendum.§. vlt.D.de ed.ed.* nempe prior post sex menses nulla erit, posterior post annum. Idem accidit in omnibus honorariis actionibus ex maleficio, quæ intra annum constitutæ anno finiuntur, *l.in honorariis.ff.de obl.& act.* Si ab initio simpliciter actio constituatur lege; deinde aliis legibus caueatur, vt actio duret tantum ad triginta, aut quadraginta annos: sic hæc derogatio accepta est, vt posteriore lege non tollatur obligatio ipso iure post triginta, aut quadraginta annos, sed tantum per exceptionem, quæ dicitur præscriptio temporis. *l.omnes.l. sicut.supr. de præsc.trig.vel quad.ann.* Scilicet quia ab initio sine præfinitione temporis obligatio constituta erat, quæ cum sit vna ex legibus prioribus, non recte videntur leges priores in ea obligatione pro parte temporis iuberi manere, & pro parte abrogari. Ita manent in omne tempus ipso iure; sed post tempus posterioribus, legibus constitutum exceptione opposita oblique abrogantur. Illud † monendi sumus, so- 14
lum hoc lege effici posse, vt constituatur obligatio ad tempus ita, vt transacto eo tempore finiatur. Ceterum pacto ad tempus obligatio constitui non potest, quin post tempus iure ciuili obligatio maneat. Sed post tempus petenti obstabit pacti, seu doli exceptio. *l.obligationum fere.ff.de obl.& act.*

AD TIT. XLII. DE NOVATIONIBVS ET DELEGATIONIBVS.

SVMMARIA.

1 *Nouatio quid.*
2 *Nouatio fit solum per stipulationem, & litis contestationem, non nudo consensu.*
3 *Naturalem pupilli obligationem posteriorem verbis inductam ad nouationem sufficere: seruii non item: & cur.*
4 *Nouationem nullam sine animo nouandi, & eo verbis nuncupato.*
5 *Nouatio voluntaria & necessaria.*
6 *Voluntaria qua; & quomodo fiat tum cum debitore, tum cum extraneo.*
7 *Delegatio, quid.*
8 *Voluntariæ nouationis effectus.*
9 *Necessariam nouationem fieri lite cum vero debitore contestata.*
10 *Litis contestationem nouationem habere, & hoc quam verum sit, & quatenus.*
11 *Nouatio necessaria per litis contestationem quibus in rebus spectetur pro commodo creditoris.*

NOuatio, vt supra attigimus, est † prioris debiti in aliam obli- 1
gationem, vel ciuilem, vel naturalem transfusio, atq; translatio, sic Vlpianus *in l.1.ff.eod.* Fit hæc translatio duabus his rebus interuenientibus: noua eiusdem debiti obligatione contractus; & interposita nouandi voluntate. *d.l.1.ff.eo.& l.3.in fin.inf hic.* Noua † obligatio ad eam rem vtilis contrahitur aut stipulatione, aut 2
iudicio de eadem re suscepto, seu per litis contestationem. Vnde & totidem modis dicitur fieri delegatio species nouationis *in l. delegare.D.eod.* Quippe ex stipulatione nascitur actio de iure ciuili. *§.de constituta. Instit. de actio.* Iudicio autem recepto contrahitur, sicut stipulatione. *l.3.§. idem scribit. D.de pec.* Solus consensus, seu nudum pactum ad nouationem nihil prodest, quamuis animus nouandi accesserit; non tam ideo, quod ex pacto non nascitur actio (quid enim, si quis hinc naturalem nasci obiiciat, quæ ad nouationem sufficit?) quam quod pacto non tollitur obligatio ciuilis nudo consensu non contracta. *l.si vnus.§.pactus.ff.de pact.*

Nouatione autem priorem obligationem tolli volumus. At potest obligatio prior tolli verbis, id est, stipulatione; quia in stipulationibus ius versatur, vt est *in d.l.si vnus.§.pactus.* Potest & iudicio propter rerum iudicatarum auctoritatem: quam seruari publice interesse putatur. *l.seruo §.cum prætor.D.ad Trebell.* Vnde hæc inter se comparantur *in d.l.3.§.idem scribit.de pec.* Hinc extra iudicium vbique ad nouationem verba & verborum obligationem exigi, ac per hæc nouationem fieri dici videmus, vt *l.1.l.2. D.eo.l.3.in fin.inf.eo.*

3 Sed † notandum, dum superiorum alteruttrum interuenerit, stipulationem dico, aut iudicium: nihil referre ad nouationem, quæ obligatio noua inde contracta sit; ciuilis, an naturalis. Etiam naturalis ad eam rem sufficit, vt, si pupillus sine tutoris auctoritate nouadi animo promiserit, fiet nouatio. *l.1.ff.eo.* atq; hoc modo res amittetur videlicet: vbi & liberabitur prior debitor nouatione, & posterior obligatio, quæ tantum est naturalis, nulla futura est, vt hoc explicatur *in §.præterea.Inst.quibus mod.toll.obl.* Additur tamen ibidem non idem iuris esse, si à seruo quis fuerit stipulatus nouandi causa. nam tunc priorem perinde obligatum manere, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Et tamen obligantur serui naturaliter. *l.serui.ff.de obl.& act.* Sed hoc ita est in ceteris causis. Exceptæ sunt ceteræ, quare adeo seruus capax non est, vt in his nihil putetur agere, eoque nec ex his obliget dominum etiam de peculio. Hæ causæ sunt, iudicium, compromissum, iusiurandum, intercessio. *l.3.§.si filius familias.§.si seruus.ff.de pec.* Est autem species intercessionis pro alio obligationem in se suscipere nouandi ani-

4 mo, *l.2.§.vlt.D.ad.Vell.l.1.C.eod.* Nihil † agit ad nouationem noua obligatio de eadem re suscepta ne ciuilis quidem, nisi animus nouandi accesserit. Sine hoc nulla fit nouatio; sed posteriore obligatione secuta pro vna duæ constituuntur obligationes, vetus, & noua. *l.3.in fin.infr. hoc tit. l.2.ff.eo.* Hunc animum magna ex parte placebat veteribus satis probari coniectura voluntatis, si in posteriore stipulatione, aut noua persona intercederet, aut aliquid rei nouæ: puta si dies, aut conditio obligationi adiiceretur. Denique hunc animum coniecturis inquirebant: ex quo magnæ controuersiæ nascebantur. Quæ res præbuit occasionem constitutioni Iustiniani, quæ est *l.vlt.inf.hic.* qua omnem ansam superioribus controuersiis præcidens cauit, ne aliter posteriore obligatione interposita nouatio fieri intelligeretur, quam si nominatim dictum esset ideo adhiberi, vt nouatio fieret, qui locus explicatur pluribus *in §.præterea.Inst.quib.mod.tol.obl.*

Sed neque hæc istius animi probatio ad omnem nouationem pertinet, neque omnis nouatio ad tollendam obligationem eandem vim habet. Genera hic nobis distinguenda sunt: ex quibus

5 quid sit proprium singulorum intelligetur. Nouatio † omnis aut voluntaria est, aut necessaria. Voluntariam quamdã esse, & hanc potissimum dici nouationem, inter omnes conuenit, an vlla sit necessaria, ambigitur. Ego esse puto, & indicari genus vtrumque

6 *in l.aliam.ff.eo* de quo dicam amplius suo ordine. Volũtaria † est, quæ fit libera voluntate & consensu eorum, inter quos res agitur, non vlla iudicij necessitate. Hæc aut cum debitore ipso vetere interponitur, aut cum alio debitoris obligationem in se suscipiente. Cum debitore ita, vt creditor à debitore suo idem, quod prius debuit, aut aliud pro eo stipuletur nouandi animo. Iudicio, cum eo suscepto nulla fit eiusmodi nouatio; quoniam debitor à creditore suo conuentus necesse habet iudicium suscipere, vt potè illi iure obligatus, & propter obligationem obstrictus actione, idque est, quod dicitur iudicium reddi in inuitum, *l.inter.§.1.ff.de verb.obl.* Cum alio interponitur nouatio, cum debitoris obligationem extraneus in se suscipit nouationis causa. Id vero facere quiuis extraneus potest superioribus illis duobus modis, quibus nouationem fieri posse dixi; stipulatione, & iudicio, seu litis cõtestatione. Stipulatione, cum stipulanti creditori promittit nouandi animo idem, quod reus debuit, aut aliud pro eo, *d.§. præterea. Inst.quib.mo.toll.obl.* Iudicio, seu per litis contestationem, cum pro debitore se offert liti, & pro eo iudicium suscipit eodem animo nouandi. Hoc modo eum obligari, qui iudicium suscipit, iam dixi: cum iudicio contrahatur, *d.l.3.§.idem scribit.ff.de pecul.* Sed & debitorem eo facto etiam inuitum & ignorantẽ liberari certi iuris est. *l.solutione.23.ff.de sol.* Quo iure? Nõ dubium, quin nouatione, cum ex præcedente causa ita constituatur noua obligatio, vt prior perimatur: quod est nouationis. *l.1.ff.eod.* Et si quidem hic extraneus non mandante debitore vltro obligationem ita in se suscipit, nihil amplius in eo exsistere dicitur, quam nouatio.

7 Quod † si iubente, & hunc reum creditori dante debitore is suscipit debitoris obligationem, fit ea species nouationis, quæ proprie dicitur delegatio. Est enim delegare vice sua alium reum dare creditori. *l.delegare.ff.eo.* inquam, cum effectu, vt & qui datur, volens reus fiat, & creditor volens volentem admittat. Nam neque delegatur quisquam inuitus, nec nisi consentiente, & stipulanti promittente, aut agenti respondente debitore, de quo dicetur *ad l.1.inf.* Nouationis † huius voluntariæ vis prope iam in- 8
tellecta est. Nempe obligationem nouam constituit, & tollit priorem. *l.1.ff.eo.* Nouæ, si ciuilis est, vis ea, quæ foret sine nouatione, vt sit nimirum actio noua creditoris aduersus eum, qui nouauit, siue is debitor est, siue extraneus, si naturalis, totum amittitur creditori: Vetus autem & prior actio ita tollitur, vt nulla supersit aduersus veterem debitorem, qui ita liberatur, vt si forte delegatio facta sit, nec soluendo sit debitor delegatus, nihilominus liberetur debitor, qui delegauit, vt hic quoque pereat res creditori, bonum enim nomen fecit creditor, qui admisit debitorem delegatum, hoc *in l.inter.§.abesse.D.mand.*

Necessaria † nouatio est, quæ fit per litis contestationẽ tunc, 9
cum iudicio agitur cum ipso debitore. Nouationem hic fieri dicimus ex definitione: siquidem hic omnia congruunt, quæ conueniunt nouationi. In nouatione nouam obligationem quærimus, in quam deducatur prior. Et hæc noua iudicio contrahitur de ea ipsa re, quæ prius debebatur, quæ & ipsa deducitur in iudicium. *l.3.§.idem scribit.ff.de pecul.* Nouatione sic noua constituitur obligatio, vt prior perimatur. Hoc & in litis contestatione cum debitore interposita accidit. Fit autem & hoc à creditore animo nouandi, vt paulo post vtrumque ostendemus. Nihil igitur hic deest ad nouationem. Quod si hic nouatio est, non potest, quin sit necessaria; quoniam, vt ante dixi, iudicium cum vero debitore institutũ tale est, quod reddatur in inuitum: proinde tale, quod debitor inuitus suscipere necesse habeat. *l.inter.§.1.ff.de verb.oblig.* Recte igitur necessaria nouatio dicta, quæ ex ea necessitate iudicij suscipiendi nascitur. Sed & voluntariæ, quæ recte opponatur, nulla est, nisi necessaria. *l.alienationes.ff.fam.erc.* Sed † prius est, vt 10
constet ista litis contestatione, seu iudicio accepto fieri nouationem: de quo inter omnes non conuenit. Et vero magna causa est, cur hic negetur vlla inesse, quod & probat Accursius *ad l.vlt. in pr.sup.de vs.rei iud.* Nam *in l.aliam.ff.eod.* vnde hæc diuisio potissimum sumitur, de necessaria ista nouatione nihil exprimitur. Sic enim tantum verba sunt, aliam cauam esse nouationis voluntariæ, aliam iudicij accepti, multa exempla ostẽdunt: nec deinceps iudicium acceptum, seu litis contestatio dicitur esse, aut nominatur nouatio. Quod si de re quæritur, deque veterum hac de re responsis, omnia videntur hic nouationẽ repudiare. Agitur hic de litis contestatione cum debitore interposita. Constat neminem ita iudicio agere cum debitore, vt quidquam amittat, sed vt ius suum retineat potius, & si fieri potest, augeat. Absurdum igitur dici litis contestatione priorem obligationem tolli creditori. quod tamen futurum est, si hic vllam nouationem intelligimus: cum nulla sit nouatio, nisi noua obligatione contracta simul etiã prior tollatur. Idque ipsum regulæ iuris aperte confirmant, quib. declaratur, neminem pertiquendo, & litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerumq; meliorem. *l.non solet.l.nemo enim.ff.de reg.iur.dict. leg.aliam.ff.de novat.* Congruunt responsa veterum, qui cum faterentur nouatione pignus tolli, iidem tamen iidem in locis scribunt lite cum debitore de debito contestata non item hac contestatione pignus tolli, sed nihilominus, vt prius obligatum manere, vt *l.solutum.in pr.ff.de pig.act. l.greg.§.etiam.ff.de pig.* Sed verius est inesse quoque & in litis contestatione suam nouationem, eamque necessariam: nõ sane semper, sed quibus in rebus commodum actoris id exigere videbitur. Primum ex verbis *d.l.aliam.* satis hæc nouatio colligitur. Nominatur enim nouatio quædam voluntaria. Ex quo intelligitur aliquam esse non voluntariam. Nam si nulla est, nisi voluntaria, sufficiebat ita dicere, aliam esse cauam nouationis, aliam iudicij accepti. Deinde iudicium acceptum opponitur nouationi voluntariæ: quorsum, nisi vt intelligamus in iudicio inesse nouationem necessariam, cui soli voluntaria recte opponitur? Sed & ibidem aliqua in re tantum distinguitur nouatio voluntaria à iudicio accepto. Ex quo rursum colligitur istas res aliqua in re esse similes: in eo autem similes, quod vtraque nouationem habet, de qua illic disserit Paulus; verum effectu dissimili; quem effectum eo loco idem Paulus ostendit. Sed & sublata est dubitatio ex *l.vlt. §.& ideo, sup.de vsu.rei iud.* vbi Iustiniani sententia est in hæc verba, actione iudicati priorem cõtractum nouari. Actione iudicati ille

dixit,

dixit, non litis contestatione; quia etsi dicamus per litis contestationem, seu iudicio accepto nouationem fieri; sic tamen intelligimus, vt fiat sub conditione, si secundum actorem iudicatum erit, & ideo effectu nõ fit nouatio, nisi post rem iudicatam. Ne illa nos hic impediant, quæ supra obiicie bamus. Non enim dicimus litis contestatione passim fieri nouationem, dum ita inducitur noua obligatio, vt tollatur prior: sed tantum pro commodo creditoris, & vt eius persecutio id exigere videbitur. Itaque quod dicitur litis contestatione non fieri deterionem conditionem actoris, admittimus, neq; volumus hic nouationem inesse, nisi quæ prosit. Quã ratione, & illud concedimus, lite contestata de sorte nihilominus pignus manere; quia isto modo noceret nouatio actori, non prodesset, quod non recipimus. Sed est, cum expediat actori sic induci iudicio accepto nouam obligationem, vt prior in hanc transferatur. Quatenus id fit, sciamus & hactenus nouationem fieri pro commodo creditoris. Quã & ipsam veteres hic receperunt. Nam de animo nouandi cur tum dubitetur in actore, nihil est: qui agendo nihil aliud spectat, quam vt sibi quam optime consulat. In eo autem cõsensum exigere eius, cum quo agitur, absurdum sit: cum aduersus eum inuitum iudicium reddatur. Licet † autem hanc nouationem pro commodo creditoris in his tribus agnoscere; in petitione vnius ex reis credendi; in vsuris rei iudicatæ; in pœnalibus actionib. iudicio inclusis. Vnus ex reis stipulandi, si cum promissore agat, traditur *in l. 2. ff. de duo. reis.* ea petitione totam solui obligationem. An iudicati? sed hæc potius petitione & litis contestatione constituitur, *d. l. 3 §. idem scribit. D. de pec.* Tollitur ergo prior. Quo iure? non potest aliud hic intelligi, quam nouationis: dum ita constituitur noua iudicati obligatio, vt in hanc deducatur prior, deducta perimatur. Atque hinc nouatio, quod vnus ex reis stipulandi agendo hoc animo est, vt totam actionem propriam suam efficiat, quod non aliter fit, quam si alteri stipulãdi reo actio adimatur. Et vero ei adimitur. Vnde placet amplius ei promissorẽ soluere non posse. *l. si ex duobus. 16. ff. de duo. reis.* In quo licet manifestius hanc nouationem animaduertere: quæ quia agenti expedit, ideo pro commodo eius æstimatur. Eandem istam nouationem in domino & procuratore litis tanquam duobus eiusdem pecuniæ creditæ reis euidenter agnoscas. Nam cum dominus procuratorem ad agendum dedit, incipiunt duo eiusdem rei nomine directam actionem habere: dominus propriã, procurator mandatam. Quod si procurator iudicio agere cœperit, ipse agendo sic priorem actionem transfert in actionem iudicati, vt hanc sibi acquirens simul & veterem perimat, atque hoc modo auferat priori domino: vt in vno ex duobus reis stipulandi agente fieri modo diximus. Vnde procurator post litem à se contestatam dominus litis fieri dicitur: prior autem, qui dominus fuerat, dominus esse desinere, ita, vt nec suo nomine litem possit persequi. *l. procuratoribus. sup. de procur.* Quod certe non alia de causa fit, quã quod lite à procuratore contestata priori domino actio sublata est translata in procuratorem, neque est sublata, nisi ista, quam dicimus, litis contestationis nouatione. In vsuris rei iudicatæ eandem nouationem prioris actionis necessariam esse creditori visum est, quo eas centesimas consequatur, vt explicatur *in d. l. vlt. in princ. supr. de vsur. rei iud.* In pœnalibus actionibus aduersus heredes transmittendis hanc ipsam nouationem agnoscas. Lite contestata pœnæ persecutio transit aduersus heredes, *l. constitutionibus. l. sciendum. ff. de obl. & act.* An ita, vt vetus actio transferatur, an noua tantum iudicati, quę litis contestatione contracta est? Noua omnino, non vetus, quæ morte delinquentis exstincta est. Ius certum est heredes pœna non teneri, heredes in pœnam non succedere. *l. pen. ff. de op. no. nunt. d. l. constitutionibus. de obl. & act.* Quod si ita est, nouationem prioris factam oportuit litis contestatione, dum priore sublata constituitur noua, quæ in heredes trãsferatur. Et tamen quia prior deducta est in posteriorem; quasi adhuc insit in posteriore ideo dicitur prior per litis contestationem transmitti, & eadem perpetuari. *l. omnes. D. de obl. & act. l. vlt. in fin. D. de fid. tut.* Ex quibus iam intelligi potest, quid distent hæ nouationes inter se, voluntaria & necessaria: siue causas & rationem vtriusq; inducendæ spectemus, siue vim & potestatem. Sed Iustiniani constitutio, quæ est de nouatione, *l. vlt. inf. hoc t.* exigit ad nouationem, vt nominatim dictum sit, secundam obligationẽ interponi nouationis causa. An ergo & post eam constitutionem etiam isti nouationi necessariæ locus erit: vt scilicet sola litis contestatione superiora cõmoda actori tribuantur? Et cum sint illa commoda, atq; illa nouatio ex iure vetere certo, etiam nunc manere oportet, si non sunt sublata. Neque vero abrogantur Iustiniani constitutione: quæ de voluntaria nouatione scripta, sine dubio ad necessariam non pertinet. Exigit enim constitutio, vt contrahentes de animo nouandi exprimant; loquitur præterea de iis, quæ in secunda obligatione adiiciuntur ex consensu, quod apertius declaratur *in §. præterea. Inst. quibus mod. tol. obl.* omnia eorum tantum propria, qui ex consensu ad secundam obligationem veniunt. Nihil ad iudicium, quod redditur in inuitum debitorem, & nullam petitionem admittit, nisi eius, quod ante debebatur, & vti debebatur. Et certe in qua nouatione non exigimus consensum à reo; multo minus, vt aperte consentiat, ab eo exigere debemus.

L. 1. & L. Si delegatio. 3.

Imp. Alexand. A. Timotheo.

Delegatio debiti, nisi consentiente & stipulanti promittente debitore, iure perfici non potest. Nominis autẽ venditio & ignorante, vel inuito eo, aduersus quem actiones mandantur, contrahi solet. PP. 5. Id. Febr. Max. II. & Ælian. Coss. 224.

Idem A. Mutiano.

Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt: quamuis creditori tuo aduersus eum solutionis causa mandaueris actiones; tamen antequã hic contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, & eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta, iure nouationis tu liberatus es frustra veteris, ne eo, quod quasi à cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate nouationis interposita à debito liberatus sis. PP. 5. Id. Iun. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIA.

1 *Neminem posse quemquam inuitum delegare creditori suo, ne debitorem quidem suum.*
2 *Neminem posse debitorem debitoris sui conuenire personali actione, non prius translatis actionibus, & cur.*
3 *Creditorem actiones suas aduersus debitorem etiam inuitum vtiliter in alium transferre posse, & quibus modis transferantur.*
4 *Mandatis translatisve actionibus semper directas retineri ab eo, qui mandauit & cur.*
5 *Mandare actiones, quid.*
6 *Mandatis cessisve actionibus semper vtiles actiones suo nomine habere eum, cui cessæ sunt.*
7 *Mandatas directas actiones exerceri ex persona mandantis: vtiles ex persona eius, cui cessæ sunt: & quid interfit, vtrum fiat.*
8 *Cessæ actionis effectus.*
9 *Concurrente eo, qui cessit actiones, & eo, cui cessæ sunt, hunc præferri.*
10 *Mandatum actionum reuocari non posse, & quare.*
11 *Denuntiatione eius, cui cessæ sunt actiones, inhiberi debitorem, quominus creditori, qui cessit, possit soluere: & qualem hic denuntiationem esse oporteat.*
12 *Debitorem scientem mandatas esse aduersus se actiones sine alia denuntiatione creditori mandanti soluendo non liberari.*
13 *Mandatis actionibus, quando directas vtiliter exercere possit, qui mandauit.*
14 *Lite ab eo, qui actiones mandarat, contestata, debitorem nouationis quodam iure liberari vtilibus actionibus, quas habuit is, cum mandata erant.*

Circa † delegationem, de qua supra diximus, incidit ex re ipsa quæstio huiusmodi. Diximus neminem posse alium vice sua reum dare inuitum; & quod idem est, neminem posse inuitum quemquam delegare, quod & traditur *in leg. 1. hic.* Inde hæc quæsita sunt: *Quid si creditor creditori suo delegat debitorem suum; an non hunc saltem potest inuitum delegare.* Et placet ne hoc quidem eum posse. *l. nec creditoris. inf. eo.* Recte; non est enim delegatio, nisi delegato promittẽte: nemo autem promittit per stipulationem inuitus. Sed † an non etiam sine vlla delegatione, & aliena opera potest creditor debitoris sui debitorem conuenire? Hoc vero multo minus potest, *l. penult. hic.* Et generaliter ita ius constitu- 1 2

tum est, neminem creditorem posse actione personali debitorem debitoris sui conuenire non translatis prius actionibus à debitore in creditorem. *l. vlt. & tot. tit. sup. si fiscus, vel priu.* Hoc efficiunt regulæ iuris: non enim est actio in personam, nisi aduersus eum, qui nobis obligatus est. *l. actionis. D. de obl. & act.* Debitores autem debitoris mei non sunt mihi obligati; quoniam nihil mecum gesserunt eorum, ex quibus obligatio nascitur.

3 Quid † ergo, an nullo modo sine delegatione creditor aduersus debitorem debitoris sui inuitum experiri potest? Imo potest, si ex iusta causa debitor in creditorem actiones transtulerit: quod facere potest etiam inuito debitore suo. Et hæc est sententia *l. 1. hic.* Quomodo autem debitor actiones, quas habet aduersus debitorem suum, in creditorem suum transferre potest? His modis omnibus, quibus ceteræ res transferri solent: puta vendendo actiones, de quo modo in hac *l. 1. postquam. l. emto. sup. de hered. vel act. vend.* item legando, *l. ex legato. sup. de legat.* item in solutum dando, & similibus. *l. vlt. sup. si fiscus vel priu.*

Hoc posito quæsitum deinde est, quis sit huius venditionis, & translationis effectus: de quo est *in l. 3. hoc tit.* Qui locus vt commode explicetur, sciendum est hic duo quæri. Primum, *an debitor venditis creditori suo actionibus, aut ex alia causa translatis, desinat veteres actiones habere, quas exercere possit.* Alterum, *quid ex ea translatione actionis in creditorem transferatur.* De quibus sic breuiter haben-
4 dum est. Qui † actionem vendidit, legauit, aut in solutum dedit, etiamsi creditori suo mandet actiones suas, nihilominus iure omnes veteres actiones retinet; quia eas non transfert, neq; adeo ius paritur transferri, vt traditur *in l. hic. l. 3. in princ. ff. pro soc.* Sed cur actio non potest transferri, cum possint res omnes ceteræ? Id natura actionis facit. Sic enim lege omnis actio in personam constituta est, vt non sit, nisi aduersus eum, cum quod contraximus, aut quasi contraximus, aut qui nobis nocuit. *l. actionum ff. de oblig. & act. §. 1. Instit. de act.* Nemo autem actiones suas nobis cedendo efficere potest, vt cum eius debitore contraxerimus, aut ab eo nobis nocitum sit, vbi reuera neque contraximus, neque ab eo nocitum est. Necesse est igitur, vt apud veterem creditorem actio maneat, quæ non est translata. Nihil ne igitur venditis, aut ex alia causa datis actionibus, in emtorem, & eum, cui dantur, transfertur? Imo transfertur. Nam is, qui actiones vendidit, cogitur emtori, in quem actiones translatas voluit, actiones suas mandare: quo verbo vtitur *l. 3.* & est in hac re vsitatum.

5 Est † autem mandare alicui actiones, committere ei actiones suas exercendas: quod fit cum procuratorem in rem suam faciendo, vt hoc verbum explicatur in *l. ex nominis. supra, de hered. vel act. vend.* Quid si creditor, qui actiones vendidit, aut ex alia causa da-
6 tas voluit, actiones suas non mandet emtori? Nihilominus † emtor, & quisquis est, cui actiones ex alia causa datæ sunt, vtiles actiones habet suo nomine. *l. postquam. supra, de her. vel act. vend. l. ex legato. sup. de legat. l. vlt. sup. si fisc. vel priuat.* Si hoc ita est, quid opus est creditori, cui actiones creduntur, exspectare, vt sibi mandentur actiones à venditore actionum; cum ipse vtilibus actionibus experiundo; quas habet, non minus idem consecuturus sit quam directis? nam vtramque actionem eiusdem potestatis esse, eundemque habere effectum, scriptum est *in l. actio. ante p. ff. de neg. gest.* Et sane si vtraque idem petat, eandem vim habet ad id obtinendum. Sed non semper vtraque idem persequitur.

7 Idque † ex ea re accidit, quod emtor mandatas actiones exercet ex persona creditoris mandantis, dum procuratorio nomine experitur, vtiles autem vti suo nomine habet, ita & exercet suo nomine, vt est *in d. l. vlt. si fisc. vel priuat.* Vtrum autem fiat, multum refert. Nam qui mandatis actionibus experitur; quia experitur ex persona mandantis, etiam eius vice vti potest, & debet. *l. emtor sup. de her. vel act. vend.* Et ideo priuilegio etiam ex persona mandantis vti potest, vt, si fingas pupillum debitorem meum mandasse mihi creditori suo actiones aduersus debitorem suum; in his actionibus exercendis vtar priuilegio pupilli, quo in bonis eius debitoris ego præferar omnibus aliis creditoribus chirographariis: scilicet quia ex persona eius experior tanquã eius procurator. Diuersum est, si non mandatis ab illo actionib. tantum experiar vtilibus aduersus eius debitorem. Hoc tamen ita, si cessio sit voluntaria. In necessaria cessione nihil amplius transferri placet, quã quod fuit proprium actionis, etiam si quis ipsis directis mandatis actionib. experiatur: qualis cessio est pupilli vni ex tutoribus mandantis actiones suas aduersus alios contutores. In qua specie responsum est illud, quod modo dixi, tutorem in his actionibus aduersus contutores priuilegio pupilli nõ vsurum. *l. ex plurib. ff. de adm. tut.* & hoc optima ratione; quia nemo in necessitatibus liberalis esse soleat. *l. rem legatam. ff. de ad leg.*

Hæ † actiones in emtorem, eundemque creditorem credito- 8
ris translatæ id efficiunt, vt is, qui mandatas, aut vtiles actiones habet, possit & ab inuito exigere, quod is debet, aduersus quem actiones cessæ sunt, *d. l. vlt. sup. si fis. vel priu. l. 3. sup. de her. vel act. vend.* & volens volentem à vetere creditore quouis modo liberare: puta solutum à debitore accipiendo, de quo in hac *l. 3.* aut cum eo transigendo, paciscendove, ne ab eo petatur. *l. si cum emtore. ff. de pact.* At † quid, si creditor, qui actionem mandauit, aut aliter ces- 9
sit, inhibeat petitionem? Puta, si is eodem tempore petat à debitore suo, & simul is, cui mandatæ sunt actiones, atque ita ambo concurrant? vter alteri præferetur? nam ambos actionem aduersus debitorem habere diximus. Placet eum veteri creditori præferri, qui suo nomine actiones habet. *l. procuratore in rem suã dato. ff. de procurat.* Atqui constat mandatum reuocari posse, quandocumque mandator velit. *§. recte. Instit. mand.* Sed † mandatum rei 10
nostræ reuocare possumus, cum libet: rei alienæ non possumus. Actiones autem mandatæ subtilitate iuris sunt adhuc mandantis: reuera autem sunt mandatarij, id est, eius, cui mandatæ sunt. Is enim factus est quidem procurator, sed in rem suam, vt supra diximus. Tum autem vtiles actiones in eum translatæ sunt: quæ ideo vere illius sunt, quasque exercet suo nomine. Adeo † autem 11
verum est, eum, cui mandatæ sunt actiones, aut qui actionibus venditis vtiles habet, veteri creditori præferri, vt si tantum denuntiauerit ei debitori, aduersus quem cessæ sunt actiones, vt sibi soluerit, postea debitor soli ei teneatur, & si creditori suo soluat, frustra soluat, id quod hac *l. 3. in pr.* comprehensum est. Illic enim traditur, veterem creditorem posse actionẽ inhibere, quam mandauit, si experiatur aduersus debitorem suum, priusquam is, cui actiones mandatæ sunt, denuntiauerit debitori, vt sibi solueret. Postquam ergo denuntiatum ei erit, si veteri creditori soluat, non inhibentur cessæ actiones. Denuntiatum tamen accipere debemus, cum effectu: vt scilicet ita denuntietur debitori, ne veteri creditori soluat, vt certior fiat denuntianti mandatas esse actiones, & hanc illi causam esse ad inhibendam solutionem. *l. nomen. sup. quæ res pig. obl.* Fiet autem certior exhibito instrumento cessionis, aut vltro confitente creditore, qui mandauit. Idque ita bene accepit Bartolus ad *l. 1. in pr. nu. 20. D. de op. no. nunt.* Ego † pu- 12
to etsi ei denuntiatum non sit ab eo, cui cessæ sunt actiones, sed aliter sciuerit actiones ei esse mãdatas, non magis eum veteri creditori soluendo liberari, denique vt liberetur ei soluendo postea, solum ignorantia defendi, vt indicatur *in l. vlt. ff. de transact.* Nam quomodo actione vtili, qua teneri cœpit, facto suo liberetur? *l. si seruum §. nunc videamus. D. de verb. obl.* Ergo † dixerit aliquis, directę 13
actiones, quæ apud veterem creditorem manserunt, erunt illi inutiles, & ita frustra apud eum mansisse dixerimus. Et declaratur in *ead. l. 3.* non esse inutiles; sed tamen tunc solum vtiles fore, cum vetus creditor aduersus debitorem suum cessionis ignarum iudicio expertus, nec vlla exceptione à debitore summouus litẽ cum eo contestatus fuerit; quod eum pro veteris actionis iure facere posse constat, certe si veteres actiones apud eum manserunt, recte eas exercet.

Quid † tamen, si lite à vetere creditore contestata exsistat, is, 14
cui mandatæ sunt actiones & suo nomine aduersus eundem debitorem experiri velit vel mandatis actionibus, vel vtilibus? Hic satis significatur eum audiendum non esse; cum ita dicatur creditorem veterem aduersus debitorem agendo inhibere actionem mandatam. At hoc quam recte, cum dixerimus eum, cui mandatæ sunt actiones, habere actiones vtiles suo nomine, & earum actionum eam vim esse, vt in illis debeat veteri creditori præferri? Efficitur id nouæ obligationis iure, non veteris. Nam vetus creditor iudicio agendo cum debitore suo nouam obligationẽ contraxit iudicati. *l. 3. §. idem scribit. D. pec.* hanc nemo alius illi inuito potest adimere. *l. vlt. ff. de pact.* Itaque eadem hic nouatio animaduerti potest prioris obligationis, quam in duobus reis stipulandi fieri initio diximus, cum vnus iudicio agendo cum promissore, consequitur tanquam vetere actione sublata, ne possit iam solui alteri, neue is possit amplius petere. *l. ex duobus. 16. D. de duo reis.* Et certe mandatis actionibus incipiunt fieri duo rei credendi eiusdem pecuniæ: qui mandauit, dum is directas actiones ad-
huc retinet: & cui mandatæ sunt actiones, qui vtiles
habet suo nomine.

AD

AD TIT. XLIII. DE SOLVTIONIBVS ET LIBERATIONIBVS.

SVMMARIA.

1 *Soluere quid.*
2 *Solutionis verbum omnem liberationem continere quod sensu dictum.*
3 *Satisfactio quid, & quid distet à solutione.*
4 *Creditores cur dicantur accipi, quibus etiam sine consensu quid debetur.*
5 *Solutionis verbo contineri solum pecuniæ numerationem, non ceteras liberationes, vbi solutionis & satisfactionis verba coniunguntur, vt in edicto & pignoratitia actione: & quare. & num. 6. in fin.*
6 *Sententia* l. Solutam. Digest. de solut. *vbi &* satisfactionis, *pro* satisdictionis *legendum esse probatur.*
7 *Inscriptionis de solutionibus & liberationibus sententia.*
8 *Solutio quid, & cur dicta naturalis præstatio.*
9 *Etiam facti præstationem solutionem esse.*
10 *De solutionibus duas esse quæstiones, in singulis quæ spectanda. tituli argumentum & summa.*

1 SOluere † aliquid cum dicimus, proprie intelligimus id præstare, quod solui dicimus. Et si apertius dicēdum est soluta res, seu pecunia ex significatione verbi non alia intelligitur, nisi quæ naturaliter soluta est, id est, numerata reuera & præstita creditori: vt etiam ex significatione verbi id rectissime dictum sit à Marciano *in l. solut. ff. de sol.* Id declarat regula iuris, Solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. vbi solutionis verbum non potest accipi, nisi pro pecuniæ præstatione. Nā acceptilatione, nouatione, contrario consensu, quibus modis etiam tolluntur obligationes, non omnis obligatio tollitur, sed certæ dumtaxat. Id etiam declaratur edicto de pignoratitia actione in quo hæc verba sunt: *Si pecunia soluta erit, vel eo nomine satisfactum*; quibus verbis aperte satisfactio, id est, omnis alius modus debitoris liberandi ex voluntate & consensu creditoris, distinguitur à pecuniæ solutione, id est, præstatione, *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act.*

2 Et † tamen definitur in *l. solutionis. ff. hoc tit.* solutionis verbum omnem liberationem continere, magisque ad substantiam obligationis referri, quam ad pecuniæ præstationem. Sensus est, magis solutionis verbo contineri eos modos, quibus substantia obligationis, id est, obligatio ipsa tollitur, quam pecuniæ naturalem numerationem, vel cuiuscūq; alterius rei præstationem. Recte hoc quoq; scriptum est; verum non ex significatione verbi, de qua supra diximus, sed ex legis sententia, vbi lex pecuniæ solutionem exigit, neque quidquam addit amplius. Vt, exempli gratia, edicto de re iudicata, ita exigebat prætor, vt condemnatus pecuniam solueret. *l. 4. aut præt. sup. de re iud.* His verbis si proprietatem verbi sequimur, nihil aliud exigitur omnino, nisi vt debitor pecuniam numeret, in quam condemnatus est. Sed ex edicti sententia contineri intelligemus omnē liberationem; id est, intelligemus debitorē huic edicto satisfecisse, non tantum, si ipse pecuniā numerauerit, sed etiam si acceptilatione liberatus erit, aut nouatione, aut alio quo modo, quo obligatio tollitur. non ex significatione verbi, inquā, sed ex sententia edicti; quia ceteræ liberationes eandē vim habeant, quam solutio pecuniæ. Effectus igitur hic spectatur, non verbi proprietas; vt solutionis verbo contineri intelligantur, non tantum, quæ vere solutiones sunt, sed etiam quæ solutionis vim habent. Et hoc est, quod alia regula dicitur, satisfactionem pro solutione esse, *l. satisfactio. ff. de solut.*

3 Satisfacere † est creditorem pro eo, quod ei debetur, contentum reddere, vt sic ille discedat ab obligatione, vel acceptum ferendo, vel nouando, vel paciscendo, ne petat. *leg. 1. Digest. qui satis. cog. dict. leg. si rem. §. omnes. Digest. de pig. act.* Vtrum creditori pecunia numerata sit vt sic reuera ei satisfieret, an vero voluntate eius discessum sit ab omni obligatione, dum ei quouis alio modo satisfiat, ad voluntatem eius & debitoris liberationem nihil interest. Ita recte dicitur, hanc satisfactionem pro solutione esse. Hoc autem pro solutione esse, valet effectu satisfactionem solutionem esse; &, quod supra diximus, omnem hanc liberationem aliam solutionis verbo contineri.

4 Quod † in solutionis verbo consimiliter dictum est, vti in verbo creditorum, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes quibus ex quacumque causa debetur; id est, quibus non tantum ex contractu debetur, sed etiam ex quasi contractu, aut ex maleficio. *l. creditores. ff. de ver. sig.* Atqui scimus creditores dictos esse à credendo: tunc autem solum dici vnumquemque credere, cum contrahit cum alio; quoniam tum fidem ab illo accepit, & eam fidem sequitur: vt solum proprie creditores sint, quibus ex contractu debetur. *l. 1. ff si cer. pet.* Sed & hoc ita est, cum verbi significationem spectamus. Ex sententia autem legis etiam creditores dicuntur, quibus debetur ex alia causa; quoniam & hi omnes creditorum loco habentur. Vnde alibi dicuntur non creditores esse, sed creditorum loco haberi. *l. creditorum. ff. de ver. sig.* Hoc autem ideo ex legis sententia ita dicitur; quia in quibus eadem ratio est, in his idem ius statui oportet. *l. illud. Digest. ad leg. Aqui.* Porro tam iis debetur, quibus ex maleficio debetur aut ex alijs causis, quam quibus debetur ex contractu. Hoc ipsum ergo fieri dicimus in verbo solutionis.

Sed † videtur Marcianus *l. solutam. ff. de solut.* non tantū dicere 5
solutam pecuniam intelligi, quæ numerata est; sed etiam negare; si debitor sit alio modo liberatus, pecuniam solutam videri, aut eam liberationem solutionis verbo contineri. Illic enim scriptum est in extremo his verbis: *Si debitori accepto latum sit, solutionis quidem verbum non proficit; sed satisfactionis sufficit.* Dicendum est recte id dici à Marciano; sed in eo loco, quem interpretabatur. Obseruandum est enim Marcianum scripsisse ad formulam, id est, actionem hypothecariā; vt inscriptio capitis indicat. Illic interpretabatur eam partem edicti, qua cautum est, vt pignus, vel hypotheca soluatur, seu quod idem est, vt pignoratitia agi possit, pecuniā solutā esse debere, vel eo nomine satisfactum, vt constat hæc verba edicti fuisse ex *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. item. ff. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* His verbis, quibus distinguitur nominatim satisfactio à solutione, non est obscurum solutionis verbo ceteras omnes liberationes non contineri, sed solum pecuniæ naturalem numerationem; propterea quod ceteræ liberationes à prætore comprehensæ sunt verbo proprio satisfactionis.

Hoc † est igitur, quod Marcianus dicit: si debitori accepto latū 6
sit, non liberatur is in hypotheca ex edicto, quasi soluerit; quoniam reuera ex verbis & sententia edicti nō soluit, sed liberatur ex eodem edicto verbo satisfactionis; quia is satisfecit, cui accepto latū est. Illud animaduertendū est, corrupte legi in Pandectis Florentinis *in d. l. solut.* in extremo, *sed satisdationis sufficit.* satisfactionis legendum, vt & alias suo tempore legi Accursius monet. Nam verbum satisdationis non fuit in edicto de pignorib. aut de pignoratitia actione, sed verbum satisfaciendi. *d. leg. si rem. §. omnis. Digest. de pig. act. dicta leg. item. Dig. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Deinde aperte falsum est acceptilationem contineri verbo satisdationis. Acceptilario est liberatio. Satisdatio est obligatio, qua quis quid promittit fideiussorib. datis. *l. 1. ff. qui satisd. cog.* Vt ad rem redeam, cum coniungūtur ista in lege aliqua, aut edicto, solutio & satisfactio, recte dicitur solutionis verbo non contineri eas liberationes, quæ satisfactionem habent, vbi apparet tam aperte satisfactionem à solutione separari. Quod si verbum soluendi solum in lege positum erit, tenendum est, quod supra diximus, ex sententia legis solutionis verbo omnem liberationem contineri; id est, quocumque modo præter naturalem numerationem liberatus erit debitor, legi satisfactum esse.

Illud semper tenendum erit, ex sententia legis hoc dici. ceterū proprie solutionis verbo significari tantum naturalem præstationem. Ex quo sensu regula illa concepta est, vt dixi, solutione tollitur omnis obligatio. Sic † hoc titulo verbum solutionis accipien- 7
dum est. Liquet enim ex proximis titulis solutionem hic positam esse pro specie liberationis, quæ sit distincta à nouationibus, & acceptilationibus. Ita inscriptionis erit hæc sententia: *De solutionibus*, id est, de rei debitæ præstationibus, & liberationibus, quæ inde nascuntur; vt solutio sit causa, liberatio effectus solutionis, vt patet ex tot tit. *Inst. quib. mo. tol. obl.*

Ex † hoc sensu sic solutio definiretur, vt sit naturalis rei debitæ 8
præstatio. Naturalis dicitur *in l. solutam. ff. eo.* id est, vera. positum, vt distinguatur solutio ab acceptilatione, quæ & ipsa solutio dicitur: sed imaginaria, vbi quis dicit se accepisse, quod non accepit. *l. item per acceptilationem. Inst. quib. mo. tol. obl.* Præstationem dixi, non numerationem, etsi numeratio nominetur. *in d. l. solutam. ff. eo.* vt complecterer omnes species rerum debitarum. Nam in obligatione aut res sunt, aut facta, vt est *in §. vlt. Inst. de obl.* id est, omnis obligatio aut in eo est, vt quid detur, aut in eo, vt quid fiat, *l. 2. in pr. ff. de ver. obl.*

Siue † fiat, quod fieri debet. siue detur, quod dari oportuit; quia 9
præstatur id, quod debetur, soluitur. Nam & qui facit, quod promisit,

misit, soluit. *l. quires 98. §. mihi. in fi. ff. de sol.* certe ea præstatione liberatur, *inter. D. eod.* proinde solutione, si non aliter, quam solutione inuito creditore tollitur omnis obligatio. Qui autem rem, quam dare debuit, præstat, idem soluit, si præstat, vt debetur, id est, si dat; quod valet, si dominium transfert. *§. sic itaque. Instit. de act.* Vnde toties legimus non liberari debitorem, qui ita rem præstat, vt non faciat omnimodo accipientis, quia nec soluat. *l. cum qui. §. 1. & §. qui hominem. ff. eo.*

10 De † solutionibus duę sunt quæstiones, quibus hic titulus cõtinetur. Prior est, quæ sit iusta solutio, qua obligatio aliqua tollatur, cum dicimus solutione omnem obligationẽ tolli. Altera, cũ iustam solutionem esse constabit, quæ obligatio ea solutione tollatur. Huic quæstioni tunc locus est, cum quis ex plurib. causis diuersas summas debet, & vnũ debitum soluit, ita, vt dubium relinquatur, in quã causam solutũ esse debeat. An sit iusta solutio, spectatur ex his rebus; ex soluẽdi modo; ex soluendi fine. In personis quæritur, vt is soluat, qui potest: de quo dicetur *in l. 5. inf.* & vt ei soluatur, cui solui potest, de quo *in l. 3. & 4. & l. inuito. inf.* In re est, vt soluatur ea quam oportuit: de quo *in l. manifesti inf.* In soluendi modo, vt opportuno loco, & tẽpore soluatur: de quo *in l. obsignatione.* Finis soluendi est, quem definitione supra complexi sumus; vt creditor consequatur præstatione, quod debetur, id est, vt si quid fieri promissum est, fiat; si quid dari debet, detur, id est, eius rei dominium perfecte transferatur. Posterior quęstio explicatur *in l. 1.*

L. In potestate. 1.

Imp. Antoninus A. Aristeneto.

In potestate eius est, qui ex plurib. contractib. pecuniam debet, tẽpore solutionis exprimere, in quã causam reddat. Quod si debitor id non fecit, cõuertitur electio ad eum, qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit: prius in vsuras id, quod soluitur: deinde in sortem accepto feretur. PP. 2. Non. Nouemb. Duobus & Aspris Coss. 213.

SVMMARIA.

1 *Debitore in soluendo constituente, in quam causam solutum velit, in eam causam, quod soluitur, solutum haberi, & hoc quam conueniat cum* l. 2. Dig. de sol.

2 *Libetum creditori in eam causam non accipere, quomodo intelligendum in* l. 2. D. de sol. *& quatenus verum sit.*

3 *Debitore in certam causam nominatim non soluente, posse creditorem constituere in re præsenti, in quam causam acceptum ferat, etiam leuiorem & hoc rursum, quam conueniat cum* leg. 2. Digest. de sol.

4 *Lectio* l. 1. D. de sol. *emendata.*

5 *Creditore constituente, in quam causam solutum accipiat, posse debitorem in re gerenda obsistere, ne in eam causam habeatur; id eum consequi non dando.*

6 *Quod expluribus causis principalibus debitum simpliciter solutum est, non posse id postea creditorem constituere solutum, nisi in duriorem & grauiorem debitoris causam.*

7 *Causa debitori grauior, quæ, & quo progressu deprehendatur.*

8 *Causam non grauem debitori esse, ex qua debitum exigi non potest, aut nondum in hanc solutum non imputari: & quæ sint huius generis.*

9 *In illis verbis.* l. 1. D. de sol. aut illud, in quod; *aut pro* non *accipiendum.*

10 *In quibus causis dilatio periculum, aut molestiam allatura est, causam famosam esse grauissimam; proximam pœnalem; tertio ordine eam, quæ sub pignore contracta est; quarto eam, ex quo quid debetur satisdato.*

11 *Extra periculum dilationis grauiorem esse causam propriam, quam fideiussoriam: & cur.*

12 *Si superiora desint, grauiorem esse causam, quæ est antiquior; & cur.*

13 L. in liberto. 77 ff. de sol. *exposita.*

14 *Ampliore summa soluta, quam quæ in vnam causam grauiorem debeatur, superfluum reliqui causis suo cuique ordine tribuendum.*

15 *In pari dierum & contractuum causa, ex omnibus causis pro portione solutum videri.*

16 *Cum ex pluribus causis principalibus debetur, cur simpliciter solutum imputetur in causam debitori onerosiorem: cum autem debentur sors & vsuræ: solutum imputetur prius in vsuras, id est, in causam debitori leuiorem.*

17 *Creditorem quamuis cauentem se, quod soluitur, accipere in sortem & vsuras; non tamen cogi solutum acceptum ferre, nisi prius in vsuras; deinde si quid superest, in sortem: & cur hoc præter ordinem verborum.*

18 *Solutum an possit prius imputari in vsuras pacto tantum debitas, quando, & quatenus.*

CVm † debitor ex pluribus causis debet diuersas summas, & vnum debitũ soluit, definit Antoninus esse in potestate debitoris tempore solutionis exprimere, in quam causam soluat; vt intelligamus in eam causam solutum futurum, quam dixit. idem *in l. 1. in prin. D. eodem.* Cui contraria videri potest *l. 2. D. eod.* vbi scriptum est liberum esse creditori, pecuniam, quæ ita soluitur, non accipere, si alio nomine solutum velit. Recte, vt videtur, hæc contraria dixeris, cum si liceat creditori repudiare hanc solutionem, non sit in potestate debitoris ita soluere. Et essent contraria omnino, si quod dicitur, id, quod solutum est, in eam causam solutum videri, quam initio debitor dixit, simpliciter diceretur. Sed ita intelligendum est, si creditor accipiat. tantum enim illi tribuitur hoc, vt possit non accipere *in dict. leg.* 2. Ex quo intelligitur, si acceperit, in eam tantum causam solutum haberi debere, quam debitor expressit. Quid, si creditor pecuniam accipiat, & protestetur se in aliam causam accipere, quam in quam debitor soluit? nihil agit, si pecuniam retinet *in d. l. 2.* non tribuitur ei, vt possit protestari in aliam causam, sed vt possit non accipere in eam causam, in quam soluitur. 1

Rursum † hic dicet aliquis, isto modo falsum videri, quod dicitur *in d. l.* 2. liberum esse creditori pecuniã, quæ in certam causam à debitoe soluitur, non accipere. Nã vt intelligatur non esse creditori liberum hoc facere potest debitor pecuniam obsignare, & ea obsignatione lib. rabitur. *l. obsignatione. inf.* Præterea cũ creditor sine iusta causa recusat accipere, moram facit, & si ea pecunia postea pereat debitori sine culpa eius detrimẽtum erit creditoris. *l. qui decem. in prin. ff. eod.* Sed quod dicitur *in d. l. 2.* liberum esse creditori pecuniam non accipere, si alio nomine exsolutum velit, ex quæstione proposita intelligendum est, nempe hactenus, vt ea pecunia intelligatur non esse soluta, quã creditor non accepit. Et reuera soluta non est. Sed hoc non facit, quin creditor non iure eã pecuniam recuset. Quamobrem & pecunia illi obsignari potest, & quamuis non sit obsignata; tamen moram facit & periculo eius pecuniæ alligatur. Interim si neq; ea pecunia perierit, neque obsignata erit, semper verum est, eam non esse solutam, quam ipse non accepit. Et semper hoc modo in eius potestate est non accipere. Subjcit Antoninus: *Quod si debitor id non fecit, conuertitur electio ad eum, qui accepit.* Id est, si debitor initio non dixerit, in quam causam solutum vellet, conuertitur electio ad creditorem, qui accepit, vt sit in eius potestate, tum cum pecunia soluitur, constituere; in quam causam acceptam ferat, & in eam causam pro soluta habebitur.

Et diligenter verba huius loci expendenda sunt: dicitur enim electio hoc casu esse creditoris. quo verbo aperte significatur licere creditori cõstituere, pro suo arbitratu, in quã causam pecuniam acceptam velit, etiam leuiorem, ac non tantum grauiorem, id est, etiam in eam causam, quæ sit illi commodior, etsi leuior sit debitori. Nam si cogeretur constituere tantum in grauiorem causam, nulla hic eius electio esset. Nihil enim tam pugnat cũ electione, quã necessitas alicuius causæ suscipiendæ. Sed hæc contrariũ scriptum videtur *in d. l. 1. verf. quoties. ff. eod.* Verba hæc sunt: *quoties vero non dicimus, id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus.* Quæ verba significant, dummodo constituat in grauiorem & durionem causam, vt & explicatur *in leg. 3. ff. eo.* Male vero vulgo hæc Vlpiani verba accepta sunt de eo creditore, qui in re præsenti id est, tempore solutionis, diceret, in quã causam acceptum ferret, quod soluitur. Loquitur Vlpianus de eo, qui post perfectam solutionem id constituit. Quod colligitur aperte & ex verbis superioribus, & ex verbis postremis eius *leg. 1.* Sed omnium euidentissime ex *leg. 3.* quæ est eiusdem auctoris Vlpiani. *eodem titul. de solutio.* Ex verbis superioribus ideo, quod Vlpianus non dicit; quoties vero debitor non dicit, sed, quoties vero non dicimus. quod valet, quoties ambo, id est, debitor

bitor & ego creditor, non dicimus. Sed & in extremis verbis *dictæ leg. 1.* Vlpianus nominatim & distincte de eo creditore loquitur, qui in re præsenti constituit, quid velit. Ex quo intelligitur Vlpianũ de eo prius locutum nõ esse. Alioquin stulta & inepta esset inculcatio; præsertim eius rei, quã prius diligentissime exposuisset. Sed omnẽ dubitationẽ tollit *d. l. 3. eo.* Ibi. n. subijcit Vlpianus, post perfectam solutionẽ non permitti creditori constituere, in quam causam acceptum ferat, nisi in grauiorẽ, & duriorem. Quo aperte declaratur ante ei licere, in quam velit causam, etiam leuiorem
4 constituere, dum in re præsenti id faciat. Et † obiter hoc loco animaduertenda est lectio, *d. l. 1. in fi.* quæ manifeste vitiosa est. In Pãd. Florentinis, & fere in omnibus alijs exemplaribus ita legitur: *permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutum; dummodo sic constituat, vt in re sua cõstitueret*, hactenus recte aliud vitiose, quod sequitur. subijcitur enim continenter. *sed constituere in re præsenti, hoc est, statim, æque solutum est.* neque quidquam additur præterea. Sed verbum deesse perspicuum est. Itaque veteres quidam addiderunt, *debet*; non recte. Nam creditor constituere potest, in quam causam acceptum ferat; sed potest, si velit non cogitur. Nõ est difficile intelligere, pro illis verbis, hoc legendum esse, *potest* aspiratione in *p* mutata, & *c* in *t*. quarum literarum tantam affinitatem esse constat, vt sæpius quam frequenter aliæ in alias mutẽtur. Verbo autem, *potest*, restituto optime constat sententia. Summa hæc erit: *vbi debitor in re præsenti non dixit, in quam causam soluerit, est in arbitrio creditoris in re præsenti constituere, in quam causam acceptam ferat, etiam leuiorem.*

5 Quod † tamen rursum sic accipiendum est ex *leg. 2. D. eod.* si debitor aut non contradicat, aut contradicens pecuniam apud creditorem manere patiatur. Ceterum si alio nomine pecuniam ei solutam velit, est in eius potestate id consequi; sed pecuniam non dando non præstando.

Ait deinde Antoninus: *Si neuter voluntatem suam expressit, prius in vsuras id, quod soluitur: deinde in sortem accepto feretur.* His verbis multa desunt ad quęstionem propositam. Quid enim, si de pluribus diuersis cõtractib. agatur? deniq; si de pluribus summis principalibus; de quibus propositio huius rescripti concepta est? Deinde etiam hæc sententia de vsuris notissimis locis de hac imputatione scriptis aduersari videtur. Nam *in l. 3. & l. 5. D. eo.* constãter definitur, creditorem post perfectam solutionem non posse id quod soluitur, acceptum ferre, nisi in grauiorem causam. quod contra fit, si pecuniam solutam acceptam ferat prius in vsuras, deinde in sortem. Nam aperte grauius est debitori debitum sortis, quam vsurarum, de quo postea. Quare vt hic locus pateat. de re tota semel dicendum videtur: quæ ita partes inter se coniunctas habet, vt vna sine altera intelligi non possit. Ergo cũ neuter ex reis volũtatem expressit (intellige tẽpore solutionis, quæ verba initio posita, ad reliquas partes distinctionis propositæ referenda sunt) cum ergo neuter ex reis voluntatem expressit tempore solutionis, & quæritur, in quam causam id, quod ex multis debitis solutum est, acceptum ferre possit creditor; multum refert, vtrum de pluribus summis principalibus agatur, an vero de sorte & vsuris.
6 Si † de pluribus summis principalibus, siue de pluribus sortibus; hæc definitio certi iuris tenenda est, non posse creditorem postea constituere, in quam summam acceptum ferat, quod solutũ est nisi in duriorem & grauiorem. *d. l. 3. & l. 5. ff. eo.* Grauiorem intelligere debemus, quæ debitori grauior est, id est, quæ magis eum onerat, ac proinde qua verisimile est eum ante omnia se exoneraturum fuisse; vt aperte colligitur ex *l. illic quoque debito. ff. eo.*

7 Hinc † quæstium, *quænam esset causa debitori grauior.* In quo hic rectus est & naturalis progressus, vt ante omnia cõstituamus causam aliquam, quæ sit grauis, sic deinde graui inuenta quæramus, inter plures graues quæ sit grauior, & vt quęq; erit grauissima, ita primo loco amoueatur debitori. quẽ & progressum reperiemus veteres reipsa seruasse magis, quam verbis expressisse. Illud ergo primum in hac re, vt constituamus in his causis plurib. quænam
8 sit grauis causa, quæ non grauis. Et † recte definiemus eam debitori causam & obligationem grauem esse, ex qua agi potest ad soluendum, quod debet: illam autem non grauem, ex qua quod debetur, exigi nõ potest. Propemodum enim pro non debito est, quod dare nisi velis, cogi non possis. *leg. sub hac. Digest. de obl. & act.* Hinc nata illa definitio Iuliani, quæ ex hoc progressu primum locum obtinet; cum ex pluribus causis debitor pecuniam soluit, ex ea causa eum soluisse videri debere, ex qua tunc cum soluebat, cõpelli poterat ad soluendum. *l. cum ex plurib. 63. ff. eo.* nempe quia hæc sola grauis debitori, quam nunc quærimus; ceteræ autem non graues. Causæ, ex quibus debitor cogi ad soluendum non potest, sunt tres: obligatio naturalis, obligatio ciuilis puta, sed quę fit in cõtrouersia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoq; nulla necessitas præstãdi. *l. naturales. ff. de obl. & act.* Quod in diẽ, aut sub conditione debetur, interim peti non potest. *l. cedere ff. de verb. sig.* Sed & quod controuersum est, non prius cõstat ex eo petitionem esse quã reus eo nomine iudicio victus & condẽnatus fuerit. Hinc totidem causæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutum acceptum feratur. quod & de singulis alibi nominatim traditũ legimus à veterib: Et si quid naturaliter debetur, vt vsuræ, pacto, exstat etiã de his constitutio Antonini, ne quod solutum est, in eam causam acceptum feratur: vt quamuis vsuræ ex pacti conuentione nominatim solutæ retineri à creditore possint; tamen proprio titulo non numeratæ pro solutis ex arbitrio percipientis non habeantur: id est, quod simpliciter solutum est, non possit retineri à creditore in eas vsuras, tanquã in eas pro æstimatione percipientis solutum esset. exstat *in l. 5. §. Imper. in fi. ff. eo.* Similiter & si quid in diem, aut sub conditione debetur, diserte scribit. Vlpianus *in l. 3. eo.* id videri solutum, cuius dies venit. Atenim ex eodem Vlpiano prius scriptum legimus *in l. 1. ff. eo.* in hęc verba: *creditorem in id constituere posse solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus*; id est, id debitum, quod non est in controuersia, aut in illud, in quod pro alio quis fideiusserat. aut cuius dies nondum venerat. quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro, *vel*, accipimus. Erit enim hæc sententia; creditorem id, quod soluitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in cõtrouersia, vel in illud, in quod pro alio fideiusserat, vel in id cuius dies nondum venerat. quorum posterius Vlpianus idem diserte negat *in dict. leg. 3.* prius autem diserte Pomponius *in leg. 4. eod.*

Et † vero ex ea definitione, quã supra posuimus, prior illa sen- 9
tẽtia aperte falsa est: vt dubitandũ non sit, quin aut superior locus *leg. 1.* mẽdosus sit, & pro priore particula, *aut*, legendum, sit, *haud*, quod valet, *non*; aut eadem particula retẽta interpretandũ *aut* pro *non*. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: *vel dic haud pro non.* Idẽ & se legisse in vno vetere exemplari testatur. Russardus. Sed & posteriore & vulgari scriptura retenta; tamen nihil prohibet, quominus hoc idem, *aut*, pro *haud*, id est, *non* positum accipiamus. Non enim nouum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, vbi ex vsu communi addi solet. vt *in leg. illud. circa fin. Dig. de per. & com. rei ven.* legitur *occasu*, pro *hoc casu*: & *in l. 5. §. vlt. D. de res. vend.* legitur *omo pereat*, pro *homo pereat*: item *in leg. 4. in fi. princip. Dig. de in diem. add.* anc speciem, pro *hanc speciem.* Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur. nam plerique non inhmæ notæ Grammatici auctores sunt *haud* pro *non* scribendum per *t*, non per *d*, vt sit *haut*, non *haud*. Quod cum ita sit, postquam accedit certi iuris ratio ex alijs locis cognita, quæ sententiam negatiuam exigat, non hærebimus in hac re, quin alterutro modo ex his locum aut emendemus, aut interpretemur. In eadem causa cum superioribus est ea, quæ est in controuersia, vt ante ostendi. In quam idcirco ex superiore interpretatione *l. 1.* placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

Hoc intellecto, quæ sit grauis debitori causa, in quam primo loco solutum constitui oporteat: proximum est, vt si quæ plures huius generis occurrent, ex quib. debitor diuersas sũmas debeat, quæratur, quę sit ex duab. grauior, ex multis, quæ grauissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animaduerto tres à veteribus obseruatos esse summos & principales gradus, & in his seruatum hunc ordinem, vt à grauissimis causis progressus fieret ad minus graues.

Primus † ergo gradus est in eo, si quã sit causa eiusmodi, in qua 10
dilatio damnum aliquod, aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ à pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in ijs actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis: vt furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi. *l. 1. D. de his qui not. inf.* Periculum pecuniæ est in ijs, quæ si quid non præstetur, aut pœnã, vel pecuniæ vsuram continent, aut inficiatione crescunt; aut hypothecam adiunctã habent: vbi scilicet pecunia non soluta debitor pignoris distractionem patitur, in qua sæpe magnum debitoris damnũ est. Atq; hoc ex genere maxime est actio iudicati; ex qua bona debitoris capiuntur pignori, & distrahuntur vnde iudicatis satisfiat. Accedunt etiã vsuræ centesimæ, quib. ex causa iudicati subijcitur condemnatus Iustiniani constitutione. *l. vlt. Cod. de vsur. rei iud.*

Pericu-

Periculum molestiæ à pluribus creditorib. imminet, cum debitor aliquid debet satisdato, id est, fideiussoribus datis. *l.1.ff.qui sat.cog.* Hic enim habet duorum generum creditores; creditorem principalem, & fideiussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec soluat. Placet igitur, vt quæq; harum causarum primo occurrerit, ita in eam causam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia alijs sunt grauiora, ideo etiam in hoc genere hic ordo seruatus est à veteribus, vt primo loco potior habeatur ea causa, quæ famosa est, vt in qua de æstimatione agatur, re omnium grauissima. *l.cum ex plurib.97.l.si quid.7.ff.eo.* Secundo loco ea, quæ pœnam continet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut vsurarum adiunctam; qualis, quæ crescit per inficiationem; qualis obligatio & actio iudicati. *à.l.cum ex pluribus,97.l.4.l.7.ff.eod.* Tertio ea causa, quæ sub hypotheca, vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum. *d.l.cum ex pluribus.97.* Postremo ea ex qua quid debetur satisdato *d.l.4.eod.*

11 Si † in causis, ex quibus debitor ad soluendum compelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus; proximus grauitatis gradus est in eo, si qua sit causa propria debitoris, non aliena: seu si quid is suo, non pro alio fideiussorio nomine debeat. Ideo & post superiorem ordinem placet potiorem haberi causam propriam, quam fideiussoriam. *dict.leg. cum ex pluribus 97.l.4.eod.* Quæ sententia apud veteres iustam dubitationem habere potuit: cum iure vetere tam tenetur quiuis ex causa fideiussoria, quam ex sua. nam eo iure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fideiussores. *l.5.sup.de fid.* Vnde & Papinianus *in d.l.cum ex pluribus.97.* huius sententiæ rationem reddere studuit præter ceteras, & ait id veteres ideo definiisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gestorum fuisse. Ratio sumta ex more & ingenio hominum; qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad vtilitatem, sed etiam officium suum pertinere putant, sua potius curare, quam aliena. ex quo & illud tritum sermone prouerbium apud Terentium in Andria; *Proximus sum egomet mihi.* Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Iustiniani fideiussor propemodum in dicm debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis absit, aut præsens non sit soluendo, *auth.præsente.sup.de fid.*

12 Si † nihil eorum interueniet, sed omnia nomina erunt & in cõmodo, & proprietate similia: etiã his tertius grauitatis gradus admissus est à veterib. vt ex omnibus habeatur causa grauior, quæ antiquior. Ideo placet, cum cetera concurrent, q̃ indistincte soluitur, in antiquiorem & vetustiorem causam solutum videri, *d.l. cum ex plurib.97.l.5.in pr.l.vbi.24.l.creditor.92.§. Valerius.ff.eo.* Quod tamen prima fronte videtur à veteribus contra statui debuisse. Nam quo quæq; causa recentior est, eo est & debitori grauior: vt quæ longius distans à præscriptione lõgi temporis tollatur difficilius, eoq; & magis debitorem oneret. Illa contra leuior debitori, quæ est antiquior propter hãc ipsam præscriptione temporis, à qua quo minus distat obligatio, eo ,pprior est liberationi, eoq; & minus debitorẽ onerat. Et ita res habet, si vtilitatem spectamus debitoris, leuior illa causa est, quæ est antiquior: in qua non soluẽda citius peruenia ad lõgi temporis præscriptionẽ. Sed hanc exspectare, atq; ideo non soluere non est honestum. Turpe est diu debere aliquid, & in eo frustratorem videri. Turpius exceptionẽ temporis quærere, vt creditorem fraudes. Inde quæsitum interdum, quis sit antiquior contractus.

13 Vt † in liberto de contractu operarum dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata *in l.in liberto 77.ff.eo.* Finge libertum debere patrono operas. eumdem post manumissionem pleraque contraxisse cum patrono, aut ex alijs causis ei debere cœpisse ita, vt extra causam temporis nulla ex his causis alia esset grauior. deinde summam aliquam patrono soluere sine designatione eius summæ, in quã solutum vellet. Quia hoc casu dicimus id, q̃ soluitur, in antiquiorem causam cedere, quæsitũ est, an operarum cõtractus ceteris esset antiquior, an ceteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante ceteros contractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse; quia cum postea operæ indictæ essent eas non præstitisset? Et res definita est *in dict.leg.in liberto.eod.* his verbis; *in liberto antiquior contractus operarum esse nõ potest, sine quo libertas ei data non esset.* Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem ceteris, quos libertus cum patrono constitutos habet; & ideo ceteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc; contractum vllum antiquiorem esse non posse operarum contractu, vt hic verbum *contractu* repetamus ex proximo, significeturq; cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare, vt sit antiquior ceteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subiecta efficit, quod cum dicitur, sine contractu operarũ futurũ fuisse, vt nec libertas data esset, significatur hunc contractum iam à principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum. quod & verum est. non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. *l.1.sup.de oper.lib.l.vlt.ff.de statul.* Quod si ita est, perspicuũ est hoc colligi, quicumq; contractus post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu. eoque & hunc contractum ceteris esse antiquiorem. Hoc & Accursius recte intelligens eodẽ modo locum accepit. nisi quod ante verbum *operarum* putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset; *in liberto antiquior contractus, quam operarum esse non potest.* Hoc quidem ad contextum orationis parum tolerabile, cum nusquam prius sit hoc, *quam*, vnde in reliqua oratione id repetatur, sed tamen ad sententiam idem efficit.

Sunt † ergo hæ causæ ordine, in quas quod solutum est, ante 14
alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationẽ habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in vnam aliquam queat imputari. Quid fiet, si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis causis suo cuiq; ordine tribuetur. quod his verbis expressit Papinianus *in d. l.cum ex plurib.97.eo.* nihilominus primo contractu, inquit, soluto, qui potior erit superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum.

Quod † si par dierum, & contractuum causa sit; dierum vt nul- 15
la causa alia alijs sit antiquior: contractuum, vt alij alijs non sint debitori onerosiores: hic Pomponij recepta definitio est, ex omnibus summis pro portione videri solutum. *l.illud.8.ff.eo.* Recte ex omnibus, non ex vna aliqua præter ceteras; cum omnes causæ pares sint. Recte pro portione, non æqualiter; vt in paribus causis tantum vni tribuatur, quantum alij pro portione, quod proportio arithmetica exigit.

Hæc † dicta sunt de pluribus summis principalib. ex quibus i- 16
tidem diuersæ summæ debẽtur. In quib. de solutione vnius summæ hoc placere in summa animaduertimus, quod sine demõstratione debitoris creditorisue initio solutum est, in grauiorẽ debitori causam solutum videri. proinde in eam, quã tolli debitori expediat. Diuersa causa est, vt proposui, cũ agitur de sorte & vsuris, ex quib. sortis obligatio principalis est, vsurarum accessoria. Hic si quid solutum sit, quod ad vtramq; causam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente seruatur id, quod scriptum est in hac *l.1.* vt prius in vsuras id, quod soluitur, deinde in sortem accepto feratur. Ergo in eam causam, in quam accepto ferri creditori expedit, non debitori. Est enim, vt initio dixi, creditori vtilius ante acceptum ferri in vsuras, quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in vsuras. Nam sublata obligatione vsurarum præteritarũ, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, & simul obligatio futurarum vsurarum. cum si sors prius soluatur, vna cum sorte etiam tollatur obligatio vsurarum accessoria *l.eos.in prin.sup.de vsur.* quod creditori incommodum est; vtile debitori. Cur ergo nõ hic quoq; sequimur id, quod debitori vtilius cõmodiusq; est, vti & in pluribus causis principalibus? Quia in principalibus id fieri licet sine creditoris damno & iniuria: in sorte & vsuris non licet. Nam cum in principalibus causis, quod soluitur, acceptum fertur in causam debitori grauiorẽ pro commodo eius; quamcunq; eam causam esse placet, semper ea vna obligatio creditori tollitur, ceteræ vt æquè principales integræ ei manent. Est æquissimum, quod debitori prodest, & creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuiuis in rebus alijs denegaretur. *leg.2.§.quamquam.Digest.de aq.plu.arg.* Et hactenus verum est, quod Vlpianus in hac specie *in leg.1. Digest.eodem*, æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, vt suam ageret. nempe in his causis principalibus, in quib. id constituit solutum, quod debitori expedit; quia nihil propter ea ei in ceteris causis decedit. Id cõtra fit in sorte & vsuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim euenit, quod iam dixi, vt vna cum sorte soluta tollatur etiam obligatio vsurarum, quæ tanquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno & iniuria creditoris. Ideo recte placuit non esse admittendum.

Quod

Quod dicitur, in proposito id quod soluitur, prius in vsuras accepto ferri; sic accipiendum est, si creditor ita cõstituat. Potest enim in vsuras acceptũ ferre, si velit: potest & si velit, in sortẽ. Sed hoc posterius facere nõ cogitur. Totum enim hoc pro commo-
17 do eius constitutum est. Quid † tamẽ si creditor dum pecuniam accipit, ita cauerit debitori, vt diceret se in sortem & vsuras accipere? An prius in sortem acceptum ferre debebit, deinde quod superest in vsuras, vt est ordo verborum superioris cautionis; an quia coniunctim dictum est, in sortem & vsuras, debet quod solutum est, simul sorti & vsuris decedere pro rata? Nam superior ratio vtramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed ius superius in hac quoque cautione seruandum, vt solutum prius acceptum feratur in vsuras; tum deinde si quid superfuit, in sortem cedat: hoc *in l. 5. §. vlt. D. eo.* At enim in re dubia à verbis cautionis discedendum nõ est. *l. non aliter. Dig. de leg. 3. l. 1. §. licet. vers. in re igitur dubia. Digest. de exerc.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quæ dixi? Immo illis verbis intelligi potest & istud tertium, vt quod solutum est, imputetur prius in vsuras, tum si quid superest, in sortem. Nam & cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortem & vsuras, etsi verborum ordine ista conuertuntur. Esto, contineatur superiorib. verbis & hoc tertium. At certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertiũ potius sumitur? Et huius obiectionis occupandæ causa ratio redditur *in l. 1. 6 seq. Dig. eod.* nec enim, inquit Paulus, ordo scripturæ spectatur; sed potius ex iure sumitur id, quod agi videtur. Recte Paulus significat enim, vt sunt superiores sententiæ, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. In ambigua oratione ex perpetuis præceptis iuris sequendum esse id, quod actum est. *l. vbi ff. de reb. dub. l. semper in stipulationibus. D. de reg. iur.* Id quod si in hac cautione quæritur, recte id sumi ex constituto iure. Verisimile est enim contrahentes id, quod agunt, attemperare velle ad id, quod in more est, & iure publico, & id sequi, nisi quid appareat aliter eos sibi cauisse.

18 Vsuras † hic quas accipere debeamus, videndum est. Nã quædam per stipulationem ciuiliter deberi possunt: quædam pacto tantum naturaliter. De ijs quę debentur ciuiliter, quas easdẽ debitor cogitur exsoluere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quæ pacto naturaliter tantũ debentur, vt possit creditor, quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere; id vero est q̃ in hac parte dubitationem recipit. Nam & hæ vsuræ sunt, eædemque creditori debitæ. Rursum iure ciuili ita indebitæ, vt ab inuito exigi non possint. Et quo d alia constitutione effectum est, placuit ad eas vsuras constitutionem superiorem nõ pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datum solutumue sit. *d. l. 5. §. pen.* illic *quod generaliter. eo.* Plane si in eas quoque pignus datum erit, quemadmodũ per retentionem pignoris vsuræ seruari possunt: *l. per retentionem. l. pignorib. sup. de vsur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretium acceptum referre in eandem quantitatem, etsi natura tantum debeatur. *l. Paulus. 10. 1 ff. eod.*

Nam quod manentib. adhuc pignorib. tribuitur creditori ad pecuniam de bitam seruandã; multo magis pignoribus pro commodo eius distractis illi tribui debet in ea pecunia, quæ inde redacta est. Quod tamen sic seruari placuit, si vsuræ debeantur solum naturaliter, vt pacto. Quod si quædã earum ex stipulatione quędã ex pacto naturaliter debeantur; constitutum hic est, cũ creditor pignore distracto pecuniã redigit, non posse eum, quod soluitur, in vsuras, id est, quod sic accipit, vt imputet in vsuras, non posse, inquam, eum id retinere pro arbitrio in eas vsuras, quæ naturaliter debeantur, sed ad vtramque causam vsurarum, tam debitarum pertinere; & quidem æqualiter, etsi summa vtrarumque non sit eadem, *d. l. 5. §. penult. D. eod.* vt si proponas vsuras ciuiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, & viginti à debitore soluta, detrahentur de singulis vsuris decem ex æquo, non autem pro rata cuiusque vsuræ portione, *dicta leg. 5. §. penult.*

L. Liberari. 2.

Imp. Alexander. A. Bassæ.

Liberari fideiussores, quoties fiscus tam debitori, quam creditori (licet diuersis stationibus) succedit, ius certum est. Quod & in tua persona procuratores mei custodient. PP. Cal. Iul. Lupo & Maximo Coss. 233.

SVMMARIA.

1 *Confusione fideiussores, etiam cum fiscus debitori simul & creditori succedit, licet non vna, sed diuersis rationibus.*
2 *Vna ratione aut diuersis fiscũ succedere debitori & creditori quid sit.*
3 *Vtro modo ex his fiscus succedat, fideiussores liberari. & cur.*
4 *Diuersis rationibus hic legendum, vt vulgo, non diuersis stationibus: & cur hoc posterius conuenire non possit.*
5 *De confusione cur sub titulo de solutionibus.*

QVoties † creditor debitori suo succedit, vel contra toties cõfusione tollitur obligatio. *l. debitori sup de pact.* Obligatione sublata hoc euenit, vt & fideiussores liberẽtur. *l. in omnib. speciebus. ff. eod.* Hoc ius in priuatis certum est. Idem in persona fisci, qui debitori simul & creditori successerit, seruandum esse hoc rescripto declaratur. Sed additur, quod nnõullam difficultatem habet; nempe euenire hic quoque, vt fisci fideiussores liberentur, licet debitori & creditori successerit fiscus, non vna ratione, sed diuersa. His verbis quid significetur, ambigitur. 1

Et † dicitur fiscus succedere ambob. vna ratione, cum succedit ex vna causa ambob. Diuersis autem rationib. tunc, cum ambobus succedit ex diuersis causis, vt hic ratio significet causam. Vtrumq; autem cõgit hoc modo. Fiscus ambob. succedit vna ratione, cum creditor priuatus prius heres institutus à debitore suo ei heres exstitit, vel tanquã proximus agnatus intestato successit, ac deinde creditore damnato ex pub. crimine, bona eius ea damnatione ad fiscum peruenerunt. Hoc modo primum fiscus creditori dãnato succedere intelligitur. His n. fiscus successor est, quorum ille bona occupat. *l. cum tabulis. in fin. ff. de his quib. vt ind. l. 2. inf. ad l. Iul. de vi.* Post deinde idem fiscus per hunc creditorem heres fit etiam debitori, cui creditor prius heres exstiterat. *l. 3. D. de pet. her. l. vlt. sup. de her. inst.* Sic autem dicitur fiscus succedere vtrique vna tantum ratione, quia succedit ex vna tãtum causa, nempe ex vno delicto creditoris. Contra fiscus vtriq; succedit diuersis rationibus, cum primum damnato debitore fiscus eius bona ex ea damnatione occupat, deinde etiam damnatur creditor ex alio crimine. sic enim fit, vt ambobus succedat separatim, & ex diuersis causis, id est, diuersis criminibus, & diuersis damnationibus. 2

Ergo † cum fiscus priore modo succedit vtriq; & creditori & debitori ex solius creditoris dãnatione, pro confesso hic sumitur fideiussores liberatos fisco nõ teneri. Et recte. nã viuo adhuc creditore suo liberati erant, cũ is debitori successisset. Semel liberati nõ reuocantur amplius in obligationem, in perpetuum enim exstincta obligatio non resuscitatur, *l. quires ff. eodem.* Huc accedit, quod fiscus creditoris successor est. Quoties autem fiscus priuato succedit, toties iure priuati vtitur pro anterioribus suæ successionis debitis & creditis. *l. fiscus. 6. ff. de iur. fisci.* At cum fiscus succedit vtrique diuersis rationibus, puta debitori damnato primum, post deinde & creditori ex alio crimine, iusta dubitatio est, num fideiussores liberentur. Et vero non liberari quis dixerit. Cũ enim primum fiscus succedit debitori, manet adhuc obligatio principalis, qua tenetur fiscus creditori, cui ob id & fideiussores adhuc obligantur. *l. supra. de fideiss.* Ita cum postea idem fiscus creditori huic succedit, nẽpe ei succedit, cui fideiussores adhuc tenebantur: vt consentaneum videri possit, fiscum, qui in eius locum succedit, eodem iure vti posse aduersus fideiussores. Huc accedit priuilegium, & fauor fisci, de quo *tot. tit. sup. de priuileg. fisc. & dict. l. 6. D. de iur. fisc.* Et ad minuẽdam hanc dubitationẽ hoc rescriptum relatum est; quo declaratur etiam hoc casu, cum fiscus succedit creditori, cui fideiussores tenebantur, nihilominus fideiussores liberari, si prius idem fiscus debitori successisset, quamuis separatim & diuersa ratione. Hoc ideo; quia hic quoque confunditur obligatio non minus, quam priore casu. Nihil ad rem pertinet priuilegium, & fauor fisci. Vtrumque enim in fisco seruatur, quoad potest. Nunc autem natura non patitur, vt idem creditor sit & debitor. Eademque natura efficit, vt principali obligatione sublata, non sit accessionibus locus. *l. cum principalis. D. de regul. iuris. l. in omnibus specieb. D. de sol.* Fideiussores porro accessio sunt principalis obligationis, *§. fideiussores. Inst. de fideiuss.* 3

Accursius † legit, *diuersis stationib.* quam lectionem etiam quidam retinendam putant, interpretanturque *stationes*, officinas, 4

seu

seu tabernas & mensas varias fisci; vt sit sensus, aliquem accepisse pecuniam ex vna taberna à fisco, eumdem in alia taberna pecuniam fisco credidisse, & ita eumdem esse debitorem & creditorem fisci ex diuersis stationibus, id est, officinis & tabernis. Quod nullo modo huic loco conuenire potest. Primum sententiæ orationis aduersatur. Hæc enim oratio, *licet diuersis siue stationibus, siue rationibus*, quocunque modo ex his legamus aduersatiua est, posita augendæ dubitationis causa; quam tamen remouet. At si legimus, *diuersis stationibus*, vt efficiatur ea sententia, quam dixi nullam habet, ea ratio probabilem causam dubitationis, cur fideiussores tunc non liberentur, cum fiscus idem creditori & debitori suo succedit, sitque idem debitor & creditor. Immo vero tantum abest, vt faciat ad augendam dubitationem, vt magis dubitationem tollat. Nam hoc modo bis confunditur obligatio in persona fisci. Tum autem verbis conuenire non potest vllo modo. Ex hac enim interpretatione fingitur fiscus esse debitor primus, & creditor. Nunc autem hic agitur de fisco, qui tam debitori, quam creditori succedit. Deinde ex hac interpretatione verba hæc, *licet diuersis stationibus*, necesse erit referri ad verba, *debitoris & creditoris*, vt intelligamus eum, qui sit debitor & creditor ex diuersis stationibus, quod contextus non patitur: in quo illa adiectio non potest referri, nisi ad verbum, *succedit*, quod solum est in vniuersa facti propositione. Est enim adiectio motum eiusque progressum à causis obligationis indicans. Motus autem tantum cadit in nomen, quod neq; actionem, neque passionem significat. Vnde necesse erit hunc sensum esse, vt dicatur fiscus succedere debitori, & creditori ex diuersis officinis, quod apparet non tantum falso, sed etiam ineptissime dici. Vt enim debitor ex vna officina debere cœperit, creditor ex alia officina crediderit fisco, non potest tamen fiscus his succedens dici succedere ex his officinis, succedit enim ex crimine & damnatione, non ex loco, aut causis
5 contractuum præcedentium. Non † omnino autem abs re est, quod hic locus de confusione in hunc titulum relatus est. Nam confusio interdum pro solutione est, *l. Stichum. §. additio. ff. eo.*

L. Si cum 3. L. Nihil. 4.

L. Cum maritum, 11. L. Inuito. 12.

Imp. Gordianus A. Apollonio.

Si cum seruus liberam peculii administrationem haberet, mutuam ab eo accepisti pecuniam, eiusq; ante ademtum peculium, vel priusquam ademtum cognoscens eam exsoluisti: ea solutione liberatus es. PP. S. Cal. Octob. Pio & Pontiano. Coss. 293.

SVMMARIA.

1 *Creditori maiori & sanæ mentis recte solui.*
2 *Alii, quam creditori recte solui voluntate creditoris.*
3 *Voluntate creditoris solui, siue mandet, siue ratum habeat.*
4 *Procuratori recte solui.*
5 *Seruo, qui peculium habet, recte solui; quando.*
6 *Mandato reuocato non recte solui procuratori: & peculio ademto non recte solui seruo, si debitor hæc facta sciat: diuersum, si ignoret.*
7 *Minoribus quomodo recte soluatur.*

HIs rescriptis quatuor † exponitur ille locus, cui recte soluatur ad liberationem debitoris. De eo ita statuendum. Alia in eo causa est creditoris minoris, & eius, qui auxilio tutoris, aut curatoris regitur, alia maioris viginti quinque annis, qui curato-
1 rem non habet. Creditori † ipsi, dum maiori & sanæ mentis, citra controuersiam recte soluitur. *l. 4. in pr. l. inuito. in fin. hic.* Est enim is, cui debetur, id est, is, cui ex obligatione præstandum est: vt dum ei soluitur, plane eo modo satisfiat obligationi. Vnde & liberationem exsistere necesse est.

2 Contraria † de causa alij frustra soluitur inuito, aut ignorante creditore. *d. l. inuito. in pr.* Quippe hoc modo non fit, quod debuit ex obligatione. Sed hoc, inquam, ita, si inuito, aut ignorante creditore soluitur. Voluntate eius, qui alij soluit, non minus liberatur, quam si ipsi creditori soluisset. *dict. leg. inuito. dict. l. 4. hic.* Vo-
3 luntate † creditoris alij solui intelligitur, siue mandet creditor debitori, vt alij soluat; siue cum ignorante eo solutum esset postea ratum habeat. *dicta. leg. inuito.* Idem est etsi debitori creditor nihil mandauerit; sed mandauit alij, vt pecuniam à debitore acciperet. *leg. 3. hic.* De mandante creditore nulla dubitatio est. De eo, qui ratam habet, desiit dubitari, postquam obtinuit ratihabitionem mandato comparari. *l. vero. in fi. D. eodem.* Quod autem diximus idem esse, etsi creditor non debitori, sed alij mandauit, vt pecuniam vel exigeret, vel oblatam acciperet; declaratur ea re maxime, quod etsi tacitum mandatum creditoris interuenerit de pecunia exigenda, recipiendaue; tamen ei, cui ita mandatum sit, placet recte solui. Argumento sunt procurator vniuersorum bonorum, & seruus, cui dominus liberam peculij administrationem dedit. Vero † procuratori recte solui placet, non tantum si ei 4
mandatum est specialiter, vt pecuniam exigeret, vel acciperet oblatam: sed etiam si ei omnium negotiorum administratio mandata *fi l. vero. in pr. ff. eo.* Nẽpe quia administrationis verbo tacite etiam exactio huius pecuniæ concessa est. † Hac de causa & ei seruo 5
recte soluitur, qui liberam peculij administrationem habet, si ei soluatur, priusquam debitor ademtum ei peculium cognosceret, vt est *in l. hic.* Imo adeo si seruo dominus peculium habere permisit, hoc ipso & eum peculiares nummos recte mutuo dare, & cũ dederit recte ei solui placuit. *l. 2. §. vlt. D. si cer. pet. l. si seruus. l. quod seruus. D. eod.* Non alia de causa, quam quod peculium est, quod seruus habet permissu domini separatum à rationibus dominicis. *l. quum Tuberonis. D. de pec.* Hoc autem permittere, est permittere, vt id omne seruus habeat tanquam proprium patrimonium: sic enim *peculium* definitur, quasi pusillum patrimonium seruorum filiorumq; familias. *§. actiones autem, Inst. de act.* Hactenus ergo seruo saltem hoc concessum, vt peculium tanquam patrimonium suum exercere, si non per omnia vt dominus, at saltem vt tanquam bonus paterfamilias possit peculiares nummos recte collocare, & cum deberi cœperit, recte accipere ne nummi apud eum vacent, vt scripsi *ad l. 2. vlt. si cer. pet.* Quid est igitur, quod hic *in l. 3.* adijcitur, liberari debitorem, si pecuniam mutuã à seruo, qui liberam peculij administrationem habet, acceperit, eiq; ante ademtum peculium, vel priusquam ademtum cognosceret, eam soluerit? Non sane; quia pecunia à seruo, qui peculium habet, mutuo dari non possit, aut ab eo data non possit ei solui, nisi liberam peculij administrationem habeat; sed vt significetur, quamuis libera ista administratio ei concessa sit; tamen ne sic quidem ei recte solui, si soluatur post ademtum peculium. quod debitor ademtum non ignoraret, atque hoc modo declaretur, quod seruo recte soluitur, totum id neq; ex peculij iure, neq; ex liberę administrationis concessione, sed ex voluntate domini eiusdemque creditoris pendere.

Mandante † & volente creditore pecunia alicui solui intelligitur, si mandatum & voluntas perseueret. Ceterum mandatum 6
reuocatum, mandatum esse desinit. Quo fit, vt reuocato mandato si debitor, quamuis illi ipsi, cui prius mandatum erat, soluat, non liberetur. si tamen sciat reuocatum mandatum. Si ignoret, vtilitatis causa receptum est, vt nihilominus liberetur. *l. vero. D. eo. §. recte. Inst. de mand.* Inde & peculio finito, & libera peculij administratione reuocata, potestatem seruo soluendi finiri placet, *d. l. 3. hic.* Sed hic monendi sumus tunc solum creditorem posse voluntatem suam de pecunia alij soluenda reuocare, cum potestas alij soluendi ex stipulatione, aut conuentione debitori tributa non est.

Diuersum est, si debitor ab initio in re contrahenda hanc potestatem acceperit voluntate creditoris, vt puta, promisit quis centum tibi, aut Titio. Huic Titio recte soluet quandocumque volet, etiam inuito & prohibente creditore; quia stipulatio ab initio certam conditionem accepit, quam debitori inuito creditor auferre non potest. *d. l. vero. D. eodem.*

Hæc de maioribus creditoribus dicta sunt. In minoribus au- 7
tem contra euenit, vt his solui non possit sine tutorum, aut curatorum auctoritate. *l. cum maritum. hic. §. at ex contrario. Inst. quib. al. lic. vel non. l. pupillo. D. eod.* Ex horum autem auctoritate minoribus recte soluitur, *d. §. at ex contrario.* Quinimo & tutoribus & curatoribus, *l. quod si forte. §. 1. Dig. eo.* quia scilicet tutores & curatores dominorum loco sunt, cum tutelam administrant. *l. tutor, qui tutelam. D. de admin. tut.* Sed quam non sit tuta hæc liberatio in omnibus causis, & quid ad plenam cautionem debitoris in ea solutione requiratur, alibi admonemur, petendum ex constitutione Iustiniani, quæ de hac re scripta est, *l. sancimus. C. de adm. tut.* & refertur *in d. §. at ex contrar.*

* * *

L. Nul-

L. Nulla. 5.

Idem A. Celso.

Nulla tibi aduersus creditorem alienum actio superest, eo, quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras; cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris, euanescere soleat obligatio. PP. 5. Kalend. Nouemb. Pio & Pontiano Coss. 239.

SVMMARIA.

1 *Extraneum solutionem offerentem frustra petere ab inuito creditore, vt sibi cedat actiones aduersus debitorem, & hoc quam recte.*
2 *Soluendo quemq; pro debitore eum inuitum & ignorantem liberare: & quam recte hic liberatio inuito acquiratur.*
3 *Soluere quemq; posse non solum pro debitore inuito, sed etiam inuito creditori; vt nisi pecuniam accipiat, liceat oblatam resignare, & ea obsignatione debitorem liberare.*

QVia ita ius erat, vt liceret vnicuique pro debitore soluere, de quo paulo post: quærebatur, an extraneus, qui pro debitore soluere paratus esset, posset etiam iure petere à creditore, vt sibi crederet aduersus debitorem actiones suas; quasi hoc priori illi iuri consequens foret. Mouet exemplum fideiussoris; qui cum pro debitore soluit, potest desiderare à debitore, vt sibi credat actiones aduersus debitorem, itemque actiones hypothecarias. *l. 2. l. cum alter. l. mandati. sup. de fideiuss. l. Modestinus. D. eod.* Hoc accedit, quod ea res soluenti prodest, creditori nihil nocet, vt videatur non iniquum id à creditore petere, *argum. in l. 2. §. quamquam. D. de aq. & aq. plu. arc.*

1 Rescriptum † est hoc loco, frustra extraneum id ab inuito creditore petere, quamuis solutionem pro debitore offerat: hac ratione, quod nulla ei ad eam rem superest actio. Compositum pro simplici positum. Nulla superest actio, pro nulla est actio. Nam nec ante vlla tibi soluturo competebat. Nihil ad rem pertinet exemplum fideiussoris. Nam hic soluit creditori suo, non alieno, & de alieno hic agitur. Mandator, itemque fideiussor aduersus creditorem actionem habere possunt. *d. leg. Modestinus.* Atque vt nullam actionem haberent: tamen exceptionem habent, qua se aduersus creditorem tueatur, nisi paratus sit actiones cedere, vt docuimus *ad l. 2. sup. de. fideiuss.* Nihil horum est in solutore extraneo, qui creditori alieno soluit. Nã nulla potest exceptio ei esse aduersus creditorẽ, qui nihil petit. *tot. tit. de excep.* Nullam ei actionem esse constat; quia cum alieno creditore non contraxit. Et quod dicitur hanc cessionem non nocere creditori, vere dicitur. Sed & illud verum est, eam solutori nihil prodesse; quia is soluere non cogitur, & melius est, eum ab initio non soluere, quam pecunia soluta ad eam repetendam remedium quærere.

2 Quod † reliquum est, statuitur hoc loco ad extremum generalis sententia illa, vnde superiore quæstio nascebatur, solutione ab alio facta nomine debitoris, euanescere obligationem. Quod sic interpretandum est, vt liceat cuiuis extraneo pro debito soluere non solum ita, vt ea solutione debitorem volentem liberet, sed etiam vt liberet ignorantem & inuitum. *l. solutione. l. si pro me. l. soluere. D. eo. Inst. quib. mo. tol. ob. in pr.* Ne quem moueant ea, quæ cõtra disseri solent. Pro inuito creditore pecuniam alij exigere non licet, vt debitor eo facto liberetur. *l. inuito. infr.* Cur igitur magis pro inuito debitore liceat soluere? In promtu ratio est, quæ compluribus locis est tradita. Pro creditore quis exigens creditori nocet, si debitorem liberat. At pro inuito si soluit, debitori prodest simul & creditori. Est autem secundum naturæ & omnis iuris regulam, licere vnicuique alterius conditionem meliorem facere, non licere autem facere deteriorem, hoc *in l. soluendo D. de neg. gest. & l. soluere. D. eod.* Est præterea regula iuris, Inuito beneficium non dari, seu non acquiri. *l. inuito. D. de reg. iur. l. hoc iure. §. non potest. D. de don.* An non igitur eadem opera negatur inuito acquiri liberationem, in qua est beneficium? Non negatur. Illud enim, *inuito beneficium non adquiri*, sic accipiendum est, vt inuito principaliter & recta nunquam adquiratur, per consequentiam autem quominus possit acquiri, nihil prohibet, si prius acquisitio in re aliqua, aut in aliqua persona constiterit, ex qua re, aut persona necessario beneficium ad nos deriuetur, vt in specie proposita accidit. Nam cum extraneus soluit creditori, quod debetur, facit, vt nõ sit res amplius, quæ debeatur. Re debita sublata, consistit in ea re obligationis solutio. Nam sine re, quæ debetur, nulla obligatio esse potest. Vnde etiam debitores omnes interitu rei debitæ liberantur *leg. si ex legati. D. de verb. obl.* Porro obligatione rei quouis modo sublata, necessaria consequentia efficitur, vt debitor, qui prius fuerat, liberetur, qui sine obligatione teneri non potuit. Idem dicendum est de personis aliis, in quibus prius acquisitio constitit, à quibus deinde ad nos necessaria consequentia iuris ea acquisitio transfertur, vt, cum ij, qui sunt in potestate nostra, aut aliquid acquirunt, aut in re aliqua liberantur. Quia enim acquisitio primum in eorum persona cõsistit, & iuris ratio facit, vt quidquid per eos acquiritur, statim nobis acquiratur. *l. placet. D. de acq. her. §. item nobis. Inst. per quas pers. nob. acq.* fit hic quoque per consequentiam, vt beneficium ad nos transeat, quod prius in alis constitit, quam in nobis. Huc pertinet *l. seruus vetante. D. de verb. obl.*

Non † tantum autem cuiuis extraneo licet soluere pro inuito 3
debitore, sed etiam licet soluere inuito creditori, tametsi hoc loco nihil aliud dicatur, quam solutione facta, id est, à creditore admissa, debitorem liberari: vt scilicet quemadmodum debitor ipse, si pecuniam offerat creditori, & illo recusante pecuniam obsignatam solemniter deponat, se omni obligatione liberat. *l. obsignatione. infr.* ita & quiuis, qui creditori nihil debeat, eadem obsignatione debitori idem præstet. *l. Paulus. §. 1. D. quib. mo. pign. vel hy. sol. l. 1. sup. qui pot. in pign. hab.* Merito, nihil enim interest ad liberationem debitoris, vtrum ipse soluat, an vero alius pro eo. *Instit. quib. mod. tol. obl. in princ.*

L. Si inter. 6.

Idem A. Alexandro.

Si inter patrem tuum, eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo, recuperata, vniuersum se recepisse cauit, nec de superfluo eos, quos verbis obligauit, per acceptilationem liberauit, nec donationis causa id factum est, ex superantis debiti integra ei repetitio competit. PP. Idus Febr. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIVM.

1 *Falsa confessio debiti accepti quatenus non noceat creditori.*

FAlsa confessio & professio omnis, vt substantiam rei non mutat, ita veritati non nocet. *l. Imperatores, D. de prob. l. non nudu. supr. de prob. l. 2 sup. de non num. pec.* Proinde si quis in instrumento confessus sit, se pecuniam à debitore accepisse, quam non accepit, non nocebit confessio creditori, quo minus illi integra maneat actio: nisi de eo, quod non accepit, debitorem liberarit, aut per acceptilationem, aut pacto transactionis, donationisve causa interposito, vt hic traditur, & *l. interest. l. si literarum. infr. eod.* Sed diligenter animaduertendum est, his rescriptis hoc solum constanter dici, post hanc confessionem integram actionem manere. Non dicitur simpliciter, hanc confessionem non nocere creditori, & recte. Reuera enim nocet in re dubia, in qua oportet vnumquemque confessioni suæ stare, quamdiu nihil contra probetur. *leg. generaliter. supr. de non num. pec. l. cum de indebito. in fin. D. de prob.*

Sed si creditor, qui confessus est, paratus sit probare, se confessum esse accepisse, quod non accepisset, veritati, vt dixi, locus supererit, & recte debitum repetet, vt hic dicitur. Id autem ita probare potest confessus, si doceat, se confessum esse deceptum errore falsæ causæ præteritæ, aut futuræ, quæ secuta non est. Præteritæ, vt si sibi persuaserit eam pecuniam, de qua confitebatur, recte solutam esse, cum debitor diceret, se eam soluisse eius institori, aut procuratori, aut filio peregrea nti. Errore falsæ causæ futuræ, si quis spe futuræ numerationis confessus sit in præsentia se accepisse. *d. l. interest. & l. si literarum. infr. eod.*

L. Eius. 7.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Antiocho.

Eius quantitatem, cuius petitionem ratio compensationis excludit, vsuras non posse repetere manifestum est. PP. V. Kal. Aug. Perechrino & Aemyliano Coss. 245.

SVMMARIVM.

1 *Compensationem pro solutione esse, eandemq; vim habere.*

COmpensatio pro solutione est. *l. si constat. sup. de comp.* Proinde & eosdem habet effectus: inter quos est liberatio vsurarum. Vt pecunia soluta, aut creditore non accipiente obsignata & deposita, debitor periculo omni vsurarum & aliarum rerum liberatur. *l. acceptam. supr. de vsur.* ita admissa compensatione, cuius ratio ipso iure habetur, non ex eo tempore, quo debitor iudicio conueniri cœpit, & exceptione compensationis vsus est, liberatur, sed ex quo à debitore & creditore eadem summa vtique deberi cœpit, quod eleganter comprehensum est *in d. l. si constat. & l. seq. sup. de compens.* idem hoc loco.

L. Vsuras. 8.

Idem A. & C. Rufino.

Vsuras, quæ quotannis in vrbe numerandæ sunt, promittere alio loco dependi, nisi ex iusta causa, exempli ratio minime finit. PP. V. Idus Maij. Philippo A. & Titiano Coss. 246.

SVMMARIA.

1 Permittere, & dependi *hic legendum, & loci sententiam eamdem esse, quæ expressa est in* l. pen. D. de eo quod cer. loco.
2 *Exempli rationem non finere hoc loco, quid sit.*
3 *Certo loco promissum alio loco etiam inuito creditore solui posse ex causa: & quæ hic causa.*

LEctio huius loci variat, à qua quon'am pendet sententia huius rescripti, ideo initio nobis animaduertenda est. In quibusdam exemplaribus legitur, *promittere alio loco*: in alijs, *permittere alio loco*, quam varietatem Accursius agnouit, & cum eo vulgo interpretes vtramq; lectionem retinent, parum intelligenter.

1 Aperte † enim legendum est, *permittere*, non, *promittere*. Nam quod certo loco dari promissum est, licet debitori alio quouis loco promittere; quoniam non promittit nisi volenti, non enim perficitur stipulatio, nisi ex duorum consensu, *l. inter. §. 1. l. cõtinuus. §. D. de verb. obl.* Licet autem cuiuis citra cõtrouersiam volenti alio loco promittere, quemadmodum & volenti soluere licet. *arg. l. pen. D. de eo, quod cer. loc.* Permittere autem alio loco solui, quam quo loco ex stipulatione dari debuit, hoc est, quod iuris ratio non finit; idem, quod hoc rescripto permitti prohibetur. Itaq; rescripti ea sententia est, quæ expressa est *in l. pen. D. de eo, quod cer. loc.* id, quod quis certo loco promisit, alio loco inuito creditore solui non posse. Quo eodem ex loco intelligimus, in hoc rescripto non *deferri* legendum esse, sed *dependi*, vt est in veterib. exemplaribus. Dependere præstare est, & soluere. *l. 3. §. 1. D. de vsur.* Adiicitur hoc loco causa, cur id non permittatur.

2 Ratio † exempli, aiunt Imperatores, id non finit, id est, quia id, nempe permittere alio loco solui pecuniã, si non per se iniquum est, at iniquum est propter exemplum, &, vt alibi dicitur, exemplo pernitiosum est. *l. exemplo, sup. de prob.* Id hanc sententiam habet: fieri potest, vt in ea causa, quæ nunc proponitur, debitor sic alio loco pecuniam offerat creditori suo, vt reuera nullum sit incommodum creditori eo loco accipere, eoque in ea causa non sit iniquum per se eum cogere. Sed si in hac causa admiserimus, in omnibus aliis causis & debitoribus admittendum erit propter exemplum; iura enim non in singulas personas, sed generaliter constituuntur *l. iura. D. de leg.* Hoc autem exemplum admittere, iniuriosum, &, vt supra diximus, perniciosum, id est, tale, quod alijs in re pari perniciem publice adferat, multis enim modis accidere potest, vt non expediat creditori pecuniam accipere.

3 Adiicitur † hoc rescripto exceptio, nisi ex causa iusta, quam exceptionem intelligimus adiiciendam esse. *d. l. pen. D. de eo quod cer. loc.* Duplex autem iusta causa est, cur alio loco pecunia offerri possit: vel quod solui pecunia constituto loco non possit, puta sublato loco chasmate, aut occupato à mari, vel ab hostibus, aut itineribus vi externa interclusis. Vel quod alio loco soluere euidenter expediat & creditori & debitori. Veluti, si creditor eo loco pecuniam debeat alij, quam & necesse habeat soluere, debitor autem eãm pecuniam offerat pro creditore, vbi is aliam non habeat. Hic manifestum est, si creditor hanc solutionem recuset, non ob aliam causam recusare, quam vt molestiam exhibeat debitori suo nullum aliud commodum inde laturus, malitiis non est indulgendum. *l. in fundo. D. de rei vind. l. si cui simplici. D. de seruit.* de quo plura scripsi *ad d. l. pen. D. de eo, quod cer. loco.*

L. Obsignatione. 9.

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. Cassio.

Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata. PP. V. Id. Maij. Maximo 2. & Aquilino Coss. 286.

SVMMARIA.

1 *Obsignatione pecuniæ debitorem liberari: & quali.*
2 *Obsignatio solemnis, quæ.*
3 *Oblatio pecuniæ ad obsignationem solemnem, qualis esse debeat.*
4 *Testatio in oblatione quid, & cur adhibenda.*
5 *Obsignare quid.*
6 *Obsignationis finis.*
7 *Depositio pecuniæ ad solemnem obsignationem qualis, & cur requiratur.*
8 *Totam pecuniam offerri debere: partem oblatam iuste creditorem recusare, siue debitor totum se debere fateatur, siue partem tantum.*
9 *Opportunus locus dandi & offerendi quis.*
10 *Opportunum soluendi & offerendi tempus.*
11 *Obsignationis effectus ad liberationem.*
12 *Debitorem, si pecuniam obsignatam ad se receperit, incipere vtili actione ex vetere causa teneri.*
13 L. debitor. D. de vsuris. *explicatur.*
14 *Oblatione sola nemnem à principio liberari vel per exceptionem, nisi ex causa publicarum pensitationum.*
15 *Oblationis effectus quatuor.*
16 *Oblata pecunia amissa sine culpa debitoris liberari debitorem, in strictis iudiciis per exceptionem, in bonæ fidei ipso iure, cur, & quid interfit.*
17 *Pecunia ad solutionem destinata amissa non liberari debitorem, nisi prius pecunia oblata: specie debita amissa sine culpa debitoris continuo nasci liberationem, & differentia ratio.*

OBsignatione pecuniæ † debitor liberatur; sed iis conditionibus, quæ hoc rescripto præstituuntur; si solemniter obsignatio fiat; & si iusta sit oblatio. Solemnis † obsignatio est, in qua hæc tria ordine concurrunt, oblatio pecuniæ debitæ, obsignatio oblatæ, & oblatæ in locum publicum depositio, quæ comprehensa sunt maxime *in l. acceptam. sup. de vsur.* sed & aliis locis similibus prope innumeris, vt *l. si creditrici. eo. tit. l. creditor. supr. de pign. l. vlt. sup. deb. vend. pig. imp. non pos. l. vlt. supr. de luit. pig. l. tutor pro pupillo. in fin. D. de adm. tut.* 1 2

Oblatio † id continet, vt pecunia offeratur creditori. Hac oblatione non præcedente nihil prodest debitori ad solutionem, pecuniam obsignatam apud se habere. *l. 2. sup. de vsur.* In † oblatione pecuniæ ius exigit testationem, siue contestationem. *d. l. acceptam. sup. de vsur.* Id significat, pecuniam offerri debere testibus præsentibus, vt explicatur *in l. si creditrici. sup. de vsur.* Vsus testationis hic est, vt si neget creditor pecuniam totam sibi offerri, aut neget esse probam, debitor, vtrumque possit ostendere testibus præsentibus. Item si creditor recuset omnem numerationẽ, testari possunt testes, pecuniam illi recte oblatam, ipsum autem recusasse accipere. Oblationem sequi debet obsignatio. Hoc autem continet, vt creditore oblatam pecuniã recusante debitor obsignet. *d. l. si creditrici. & l. acceptam.* Obtulisse non est satis, nisi obsignetur. *l. tutor pro pupillo. in fin. D. de adm. tut.* Obsignare † pecuniam est in sacculum, aut aliam materiam immissam includere, & sacculo ita sigillum imponere, vt nisi amoto sigillo sacculus aperiri non possit. *l. 1. § si pecunia. D. depos.* 3 4 5

Obsignationis † finis hic est, partim vt debitoris existimationi consulatur, partim vt creditoris vtilitati. Nam si pecunia à creditore recipietur manente sigillo, intelligetur ex eo, debitorem rem ab initio bona fide gessisse, dum apparebit, congruere summam, quam ille dixit, cum postea in sacculum nihil adiectum sit, vt integrum sigillum declarat. Quod si sacculus resignatus erit, 6

quod

quod ex signo amoto facile apparebit, causa erit creditori, cur aduersus depositarium agat, & quo probet, sacculum dolo resi-
7 gnatum esse. Ne † hoc quidem satis, pecuniam obsignasse, nisi debitor obsignatam deponat in tuto loco, vt est *in d. l. tutor pro pupillo. in fin. D. de admi. tut.* Tutus autem locus is habetur; qui est publicus, vt hoc explicatur *in d. l. acceptã. sup. de vsur.* Sed ne quemuis publicum hic tutum & idoneum putemus, adiicitur ibidem, in hoc casu publicum intelligi oportere vel ædem sacrã, vt olim, cum pecuniæ apud ædituos deponebantur, vel vt nunc & olim, eum locum, vbi competens iudex super ea re aditus deponi constituerit. Hanc depositionem perspicuum est, creditoris causa exigi, ne pecunia in medio relicta ab obuiis quibusque auferatur. Sed & debitoris: vt scilicet cum superiora tria præcesserint, si pecunia postea pereat, habeat creditor, quod de se solum queratur, nõ de debitore. Sciendum est tria ista exigi, cum creditor præsens est, cui pecunia offerri possit. Quod si creditor aberit, magistratus interpellandus est. *l. si creditrici. sup. de vsur.* Nempe vt eo præsente pecunia offeratur, deinde obsignata eius auctoritate deponatur. tum id pro iusta oblatione cedet.

Non est satis obsignationem solemniter fieri, oblationẽ præterea iustam esse oportet, vt nulla sit creditori recusandi causa. Vt oblatio iusta sit, in eo tres sunt conditiones; quas sigillatim exse-
8 quar. Prima † est, vt tota pecunia debita offeratur, vt hic constitutum est, *& d. l. acceptam. sup. de vsur.* vbi hoc amplius additur, pecuniam cum vsuris offerendam esse. Idem *in l. vlt. sup. deb. vend. pig. imp.* Hinc intelligimus esse verissimum, quod communi sententia interpretum constituitur, solutionem partium iuste creditorem recusare. Et hic locus diligenter in eam sententiam notandus est aduersus cauillationes Alciati, qui in omnibus locis, in quibus legitur, particulatim pecuniam creditori offerri non licere, ait ideo fieri, quia in illis de cõditione implenda agitur: conditio autem pro parte impleri non potest. *l. cui fundus. D. de cond. & dem.* Etsi hoc nonnullam probabilitatis speciem habet in aliis locis; tamen cauillatio hoc vno loco aperte retunditur, vbi de pecunia principali debita agitur, & nihilominus exigitur; vt obsignetur tota. Adeoque verum est, non cogi creditorem per partes accipere, vt putem, ne tunc quidem cogendum esse partem accipere, cum debitor partem tantum fatetur, & partem negat. Nam si creditori ab initio ius constitutum est partem oblatam recusandi, hoc ius vlla confessione, aut negatione debitoris illi extorqueri non potest. *arg. in l. vltim. D. de pact. l. habere. in fin. D. de euict.* nec ad rem pertinet *l. quidam. D. si cert. pet.* cuius argumento vulgo in contrariam sententiam vtuntur. Nam quod illic dicitur, cum debitor fatetur, partem se debere, creditorem cogendum esse partem accipere, non absolute dicitur, sed cum conditione, si creditor, id quod petit, velit cõsequi. Prius enim responsum erat, creditorem eam partem, quam debitor fatetur, iudicio consequi non posse. Vnde subiici intelligendum est, siquidem eam consequi velit, cogi eum accipere extra iudicium. Sed hac conditione, inquam, si velit partem oblatam consequi. Quod si eam oblatam accipere neque in iudicio, neq; extra iudicium volet, ita accipere vtiq; non cogitur. Optima ratione, quæ & vulgo redditur; quia non est cogendus creditor eam solutionẽ accipere, ex qua aliquod damnum metuat. *l. debitorem. 99. D. eo.* Partium autem solutio non minima incommoda habet. *l. 3. D. fam. hercis.* Sed de hac quæstione scripsi pluribus & ex professo ad *d. l. quidam.*

9 Altera † conditio est, vt pecunia idoneo loco offeratur; quæ hic traditur, *& l. qui Romæ. in pr. D. de ver. obl.* Proinde quod non offertur opportuno loco, iuste à creditore recusatur. Quod sine loci adiectione dari promissum est, siquidem species certa, ibi recte offertur, vbi est: nisi inde, vbi erat tempore contractæ obligationis, alio translata sit à debitore dolo malo. Si genus, puta decem, ibi dari debet, vbi & recte petitur. Exstat hæc distinctio *in l. quod legatur. D. de iud.* de re legata quidẽ, quæ vt debita petitur: sed quæ ob eam causam ad res alias debitas transferenda est. Duobus autem locis pecunia debita peti potest; vel vbi reus domicilium habet, vel vbi obligatio contracta est. Quare & totidem locis agenti actori dari debet; totidem & recte offertur: alibi oblatam recte creditor recusabit. Sane in pecunia mutuo data, quoniã id agitur, vt reddatur sine incommodo creditoris, *l. 3. D. si cert. pet. l. creditorem. 99. D. de sol.* id quoque agi videtur, vt reddatur ibi, vbi accepta est; quia sine incommodo creditoris aliter non fit. Ideo placuit desiderante creditore etiam ibi pecuniam reddi debere, quamuis alibi de pecunia actum sit, & reus ibi cõdemnatus. *l. argentarium. §. 1. D. de iudic.* Vnde intelligimus nec inuito creditore eam pecuniam alibi solui, aut recte offerri posse. Quod si quid aperte certo loco dari promissum est, id demum certo constat alio loco dari, aut offerri non posse, vtpote aperte non opportuno. *l. vsuras. supr. eo. l. pen. D. de eo, quod cer. loc.*

Tertia † conditio est superiori proxima, vt offeratur pecunia 10
opportuno tempore. *l. si soluturus. D. eod.* Opportunum soluendi tempus debitori regulariter, est omne tempus, si quid pure, aut in diem debeatur. Nam & quod in diem debetur, ante diem recte solui potest *l. quod certa. D. eo. l. eum, qui Calendis. §. vlt. D. de verb. obl.* Sed hoc regulariter, inquã, vt proposui, nõ enim est perpetuum. Tunc ante diem pecunia inuito offerri non potest, cum apparet diem creditoris causa adiectũ esse. *l. 3. §. pen. D. de vsur.* Sed & in iis, quæ præsenti die debentur, dici potest non esse idoneum soluendi tempus, si quis offerat ei, qui vxorem ducit, eiue, quæ nubit, aut ei, qui funus familiare ducit; quoniã in his occupationes sunt iustissimæ & ad officiũ cuiusque propemodum necessarium pertinentes. *arg. in l. 2. in fin. & l. 3. D. de in ius voc.* Hæc strictim, ac velut obiter de hac parte, quam ideo non persequor hoc loco plurib. quia à me copiose tractata est alibi ad *l. eum, qui Calendis. §. vltim. de verb. obl.* vnde licet petere certiorem eius cum cognitionem, tum confirmationem. His in oblatione † & obsignatione pecuniæ 11
constitutis, vis hæc est obsignationis, vt debitor liberetur, vt hic scriptum est. Hoc modo debitorem liberari cum dicimus, intelligimus id, quod verbum significat liberari ipso iure, ac non per exceptionem tantum. Id autem magis intelligitur ex eo, quod dicitur debitor post obsignationem solemnẽ omni actione etiam vtili liberari. *l. acceptam. in fin. sup. de vsur. l. 1. §. si pecunia. in fin. D. depos.* Hinc huius obsignationis eadem effecta, quæ & ceterarum liberationum. In quibus hæc sunt: periculi omnis amotio, interpellatio vsurarum, & accessionum liberatio, comprehẽsa & ipsa simul omnia *in d. l. acceptam. sup. de vsur.* Et hoc est, obsignata & deposita rite pecunia, debitor omni periculo amissæ postea pecuniæ deinceps liberatur, vt est *in d. l. acceptam.* Idem ex eo tempore præstare vsuras non debet. *l. si creditrici. supr. de vsur. l. tutor. §. 1. D. de vsur. l. tutor pro pupillo. §. vlt. C. de adm. tut.* Exinde & liberantur pignora, quæ sola oblatione non liberantur. *l. creditor. supra de pig. l. vlt. supra debit. vend. pign. imp. non pos. l. vlt. supr. de luit. pig.* Nam quod dicitur *in l. item. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* eum pignus liberare, qui soluere paratus est: sic accipiendum est, qui soluere paratus est cum effectu, id est, ita soluere, vt creditor accipiat, aut creditore recusante pecuniam obsignet, & deponat. Sic enim obsignatio pro solutione erit, non oblatio sola. Quod de pignoribus dicitur, idem intelligendum est de fideiussoribus, vt & hi post obsignationem pecuniæ liberentur. *l. in omnibus speciebus. D. eod.*

Sed quod dicimus obsignatione pecuniæ debitorem ad istum modum ipso iure liberari, hic duo loci aduersari videntur. Primum eadem ipsa *l. acceptam. in fin. supr. de vsur.* vbi traditur post obsignationem pecuniæ, si debitor pecuniam ad se receperit, eum vtili actione creditori teneri. Quo effici videtur, eum prius liberatum non fuisse, qui si esset liberatus, nunquam posset teneri postea, semel enim exstincta actio, postea reuocari non potest. *leg. Mæuius. §. duorum. D. de leg. 2. l. qui res. §. aream. D. de solut.* Dicendum est † debitorem, qui pecuniam obsignauit, statim ipso iure omni 12
actione vetere esse liberatum & directa & vtili, idque ius perpetuum esse, quamdiu pecuniam ad se non recipit. Quod si obsignatam ad se recipere cœperit, ne sic quidem restituetur vetus actio, quæ semel exstincta suscitari non potest. Sed hoc de directa, quæ prius fuit, accipiendum est, ceterum restituetur vtilis ex ea causa ipsa, ex qua prius reus tenebatur. Hæc enim liberationis superioris causa fuit, quod reus pecuniam recte obsignatam à se remouisset: qua causa facto eius sublata, ratio non patitur, vt locus sit liberationi. *arg. in l. in omnibus caus. id. D. de reg. iur.* At pecunia à debitore recepta, eo res redit, vt nec videatur obsignata, atque hoc modo deficiat causa liberationis. Æquum igitur debitorem tum eadem actione, qua prius, teneri. Non potest teneri directa, quia ius superius prohibet. Restat, vt teneatur vtili: quæ tamen priorem illam obsignationis liberationem non tollit, quam dicimus. Obstat † præterea *l. debitor. D. de vsur.* vbi scriptum est, si post 13
obsignationem rite factã debitor conuentus moram faciat, numquam ex eo tempore steriles non futuros, id est, debitorem ex eo vsuras debiturum. Non potuit debitor moram facere, nisi pecuniam obsignatam debuit. Nulla est enim mora aduersus eum, à quo peti non potest. *l. nulla D. de reg. iur.* Sed nec vsuræ deberi possunt, nisi eius sortis, quam quis debeat, *l. eius. supra hoc tit.* Quæ omnia aperte euincunt etiam post obsignationem pecuniæ, de-

bitorem pecuniam obsignatam debere posse. Quod & ipsum verum est, & fatemur. Sed quæritur, quando, qua ex causa, quaue actione debere possit. Et cum de eo comprehensum sit in *d. l. acceptam. supra de vsur.* inde sumendum est, quod hic sequamur. Qui ergo debitam à se pecuniam obsignauit, eamdem & post obsignationem debere potest: sed tum reperiatur eam ad se recepisse, atq; hoc modo pro obsignata & deposita habere desiisse. Nō quidem vt teneatur vetere actione directa: sed vt teneatur tamen; nempe vtili. Post quod tempus vt eamdem pecuniam cœpit debere, qui prius debebat; ita & moram eum facere posse verum est, & faciet tum, cum exinde interpellatus non soluerit.

14 Hæc † de obsignatione dicta sunt, quæ cum non frustra exigatur ad liberationem debitoris, ex eo intelligimus id, quod de oblatione sola quæsitum est, nunquam oblationem rei debitæ debitorem liberare vel ipso iure, vel per exceptionem: præterquam in vna specie, de qua postea. De quo ne dubitetur, argumenta hæc sunto. Primum, quod creditor post oblationem rei debitæ potest adhuc eamdem rē suo iure à debitore petere, & quidem ita, vt si debitor non præstet, moram faciat: quæ illi nocet non aliter, quā si prius rem nunquam obtulisset. *l. illud. Dig. de per. & com. rei vend. l. sed si postea. 24. Digest. de rec. arb.* Deinde quod post eamdem oblationem placet non eo minus vsuras deberi. *d. l. acceptam supr. de vsur. l. tutor pro pupillo. §. vlt. Digest. de admini. st. tut.* Hoc amplius nec pignora liberari sola oblatione. *leg. vlt. supr. deb. vend. pig. imp. non posse. l. creditor supr. de pig.* Et quod dicitur *in l. item. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* eum pignus videri liberasse, qui paratus est soluere: quomodo accipiendum sit, paulo ante ostendi. Nec dubium est, quin idem probandum sit in fideiussoribus: qui & ipsi accessio sunt principalis obligationis, vti & pignora. *l. in omnib. specieb. D. eo.* Vna tamen in specie constitutum est, vt sola oblatio pecuniæ pro solutione cedat, cum scilicet pecunia tributorum & publicarum pensitationum nomine debita susceptoribus oblata est, quam illi accipere recusant. *l. 1. inf. de susc. lib. 10.*

15 Sed quamuis sola oblatio pecuniæ † debitores non liberet; nō tamen per omnia debitori est inutilis. Habet autem hæc fere cōmoda quatuor. Oblatio custodiæ periculo liberat debitorem, cū prius ex potestate obligationis custodiam rei præstare deberet. *l. illud. D. de peric. & com. rei vend.* Oblatio facit, ne aduersus debitorem vsuræ, aut pœnæ stipulatio committatur, cum vtrumq; deberetur ea conditione, si pecunia soluta nō esset, & ea pecunia non soluta quidem; sed tamen à debitore creditori oblata est. *l. si pro te. supr. de vsur. l. Celsus. §. 1. D. de recep.* Ita obligatio debitorem quidem obligatione contracta non liberat, at ne in obligationem incidat, facit. Differentiæ ratio est, quod obligationes contractæ certis tantum modis soluuntur, inter quos non est oblatio sola. sub conditione vero contractæ non prius vere contrahuntur, quam conditio impleta sit. Talis est autem omnis vsurarum, aut pœnæ promissio: quorum vtrumque promittitur sub conditione, si sors soluta non sit. Vnde hoc quoque sub contraria conditione dici intelligitur, ne quid horū debeatur, si sors soluta erit. *l. quibus. §. 7. D. de cond. & dem.* Hæc autem conditio exsistere intelligitur, pecunia oblata. Etsi enim oblata non ideo soluta: tamen quia per creditorem stat: quo minus soluatur, atq; ita quominus impleatur conditio, iure pecunia pro soluta, & conditio pro impleta habetur. *l. iure. D. de cond. & dem.* Demus hanc conditionem, si pecunia soluta, sit, exstitisse. consequens est contrariam defecisse, si pecunia soluta non sit. Qua conditione non impleta, apparet pœnæ & vsurarum stipulationem non posse committi. Eadem oblatio facit, vt si creditor postea fructus percipiat ex rebus sibi pignori obligatis, eos fructus non possit imputare in vsuras, quæ ipsi debentur, sed cogatur imputare in sortem: quæ sententia est. *l. ex prædiis. supr. de vsur.* Quæ res vt eatenus debitorem à sorte, sic à præstatione vsurarum futurarum in posterum liberat.

Sed si quæ vsuræ antea debebantur, non desinent deberi, & præterea ea summa sortis, in quam fructus non sufficiunt, ita debebitur, vt simul eiusdē summæ vsuræ currant. Ita non minus verum erit, quod supra diximus, nunquam contracta & manente sortis obligatione oblationem solam liberare debitorem à præ-
16 statione vsurarum vel præteritarum, vel futurarum. Postremo † oblatio debitorem non liberat, quam diu summa oblata salua est. At ea amissa. si sine culpa debitoris amissa sit, debitor liberatur, ne frustratio creditoris debitori noceat. hoc *in l. qui decem. in pr. D. de solut.* Videtur tamen is locus contraria de hac specie constituere. Nam initio responsi dicitur debitor in hac specie liberari per exceptionem, in extremo liberari ipso iure. Sed nihil hic contrarium. Obseruandū est enim in fine eius respōsi agi de marito, qui pecuniam ex causa dotis deberet, quam vxori, aut heredibus obtulit. Hoc iudicium bonę fidei est, *§. actiones autem. Inst. de act.* Vnde sub hac specie generaliter hoc dici intelligitur, eum, qui ex iudicio bonæ fidei pecuniam debet, si obtulit eam creditori, ea deinde amissa ipso iure liberari. Quod ergo dicitur in principio debitorem pecunia oblata ac postea amissa liberari per exceptionem, de eo debitore dictum intelligendum est, qui ex alio genere actionum, id est, stricti iuris, pecuniam debeat, veluti ex stipulatu, aut ex testamento. *leg. alias Digest. de in lit. iur.* Ex his causis, inquam, si debitor pecuniam debitam obtulerit creditori, quæ deinde illo recusante sine culpa debitoris perierit, recte dicitur debitor liberari, sed per exceptionē. Hoc ideo dissimiliter in his iudicijs, quod cum ex oblatione pecuniæ quæ postea amissa est, nascatur pariter in omnibus iudicijs exceptio debitori: tamen inter ista iudicia in exceptione vsurpāda hoc interest, vt pluribus supra suis locis ostendimus, & maxime ad *§. actionum. Inst. de act.* quod in strictis iudicijs exceptio initio contestanda, atque ita in iudicium deducenda est. *l. præscriptionem. l. si quidem, supr. de excep.* bonæ fidei autem iudicijs exceptiones quamuis non contestatę ipso iure insunt, vt possint sine vlla contestatione quandoque ante sententiam allegari. *l. 3. Digest. de resc. vend. l. huiusmodi. §. qui seruum. Dig. de leg. 1.*

Illud monendi sumus, quod de debitore post oblationem per 17
exceptionem, aut ipso iure liberando dictum est, consulto dictum esse de eo, qui pecuniam debuit, & obtulit. Nam si species debeatur, & ea sine culpa debitoris perierit, debitor statim, & sine vlla eius speciei oblatione liberatur. *l. si ex legati. D. de verb. oblig.* Vtrumque rectē, & ei regulæ, quæ est de interitu rei debitæ conueniēter. Placet enim, si prius quam per debitorem factum sit, quominus daret, perierit, quod debebatur, eo interitu debitorē liberari. *d. l. si ex legati. de verb. obl. l. quod te. D. si cer. pet.* Iam vero specie certa in obligationem deducta, si ea perierit, verum est perijsse, quod debebatur, itaque & hic interitus ad regulam pertinet. Non idem dici potest, si quis pecuniam debuit in genere, deinde certam offerat. Vt enim maxime hæc oblata postea pereat: tamen semper constabit non perijsse eam, quæ debebatur: quoniam debitor neque illam, quam obtulit, neq; vllam aliam certam debuit. *l. in ratione. §. incertæ. D. ad l. Fal.* Ita fit eadem ista constitutione iuris, vt summo iure debitor liberari nō possit, cum semper pecunia maneat in rerum natura, quam is possit præstare. Sed nihilominus eum liberari æquum est. Non enim æquum est teneri eum pecuniaoblata amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. ratio Marcelli, atque hinc doli exceptio *in d. l. qui decem. Digest eo.* quæ exceptio est, qua in proposito debitorem liberari, supra diximus.

L. Successores. 10.

Idem AA. & CC. Ambrosio.

Successores eius, qui maior viginti quinque annis in solutum pro debito iure mancipia dedit, hæc reuocare non posse constat. S. V. Id. April. Bizantii, AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Aliud volenti solutum parere liberationem, nec posse reuocari ab eo, qui soluit, si maior est, aut ab eius heredibus.*

2 *Minoribus aliud pro alio soluentibus, quamuis tutorum curatorumue auctoritate, aut decreto magistratus, paratam esse in integrum restitutionem ad repetendum solutum, si lasi sint, inde & eius heredibus.*

PRo † pecunia, quæ debetur, volenti creditori recte aliud sol- 1
uitur, vt fundus, mancipia, & res ceteræ. *l. manifesti. infr.* Semel recte solutum debitor reuocare non potest. Quippe datum est creditori ob causam, vt debitor liberaretur. Hæc causa post solutionem secura est. quo fit, vt cesset repetitio. *l. 1. Digest. de con. cau. dat. cau. no. sec.* Quod debitor ipse reuocare non potuit, si viueret; multo minus reuocare poterunt eius heredes, de quo hoc rescripto cautum est. Hi enim succedunt in ius defuncti & per

omnia

omnia eodem iure tenentur. *l. qui in ius. ff. de reg. iur. §. vlt. Inst. de locat.* Adeoque id verum est, vt quamuis debitor soluisset rem heredis sui; tamen heres factum decessoris sui infirmare non posset. *l. si à matre. sup. de rei vind. l. venditrici, sup. de reb. al. non. al.* Sed hæc ad eos pertinent, qui sunt maiores viginti quinque annis, & ad eorum successores, quod est temperamentum huius rescripti.
2 Quod † si debitor minor aliud pro debito soluerit, aut nihil alienat, si res immobilis soluta est: *toto. tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* aut si quid ex decreto magistratus, vel auctoritate tutorum curatorumue soluit nihilominus si læsus est, potest consequi in integrum restitutionem beneficio ætatis. *l. non omnia. ff. de min.* & quæ restiturio ipsi debitori viuo competeret, eadem competit eius heredibus. *l. non solum. ff. de in int. rest. l. minor autem. 18. vlt. ff. de minor.*

L. Cùm Maritum. 11.

Exemplum hic est legis sequentis.

L. Iunio. 12.

Expoſui hunc locum ad *l. 3. & l. 4. supra.*

L. Si obligatum. 13.

SPecies prope eadem, certe eadem plane sententia, quæ *l. si inter. supra hoc tit.* In verbis mendose legitur, *post acceptilationem liberasti.* legendum, *post acceptilatione liberasti.* Agitur enim hic de eo, qui falso scripsit se accepisse, quod non accepit, neque debitorem nouatione interposita, neque post nouationem interposita acceptilatione liberauit.

L. Pecuniæ. 14.

L. Quod debitori. 15.

Iidem AA. & CC. Cohortæ.

Pecuniæ solutæ professio collata instrumento, maiorem rei gestæ probationem continet, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum. S. V. Id. Iul. AA. Coss.

Iidem AA. & CC. Quartino.

Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseueras, nihil de iure tuo deminutum est. Quibuscunq; itaque argumentis iure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro huiusmodi facto liberationem minime consecutum, iudex ad solutionem debiti iure compellet. S. V. Cal. Sept. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Chirographum quamuis debitori non redditum fieri soluta pecunia inane, vt iam nec creditori prosit, nec debitori noceat.*
2 *Chirographum quamuis inane soluta pecunia recipere cur vtile, & quæ in eam rem actio.*
3 *Quæ solutionis probationes. Apocha quid.*
4 *Confessum creditorem sibi pecuniam esse solutam quamuis sine scripto, confessioni suæ stare debere.*
5 *Sed post triginta dies ex constitutione Iustiniani.*
6 *Chirographum debitori redditum liberationis fidem facit, si modo redditum sit à creditore, non aliter: debitoris in eo esse probationē.*

HÆc regula certi iuris initio huius tituli posita est, solutione eius, quod debetur, tolli obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.* Et si quidem de solutione constat, tollitur controuersia.
1 Adeoque † verum est debitorem liberari, vt liberetur, etiamsi chirographum suum à creditore non receperit, planeq; id chirographum fit inane, vt amplius nec creditori prosit, nec debitori noceat. *l. 4. supra hoc tit. l. si actore. infr. eo l. qui tabulas. ff. de fur.* Recte inane: quandoquidem chirographum nihil amplius continebat, quam obligationem debitoris. Hanc autem constat sublatam esse solutione. Quo fit, vt obligatione sublata, nihil relinquatur in chirographo proprium chirographi. Quod si chirographum, quamuis apud creditorem integrum manēs, debitori, qui soluit, nihil nocet, multo minus nocebit, si erit inductum. Vnde recte dicitur *in leg. inductum. inf. eo.* debitoribus solutionem probantibus nihil eorum interesse, vtrum chirographum inductum fuerit, an nō fuerit. Quia † tamen vtile est chirographum à debitore recipi, ne postea aut ipse, aut heredes eius ignari ex eo chirographo conueniri possint, consultum est, vt debitor chirographum repetat. in quam rem est condictio sine causa. *l. 2. supra. de cond. ex lege. l. vlt. infra. eod.* Hæc, vt dixi, si constet de solutione. Quod si de eo ipso controuersia, an debitor soluerit; quia debitor dicat se soluisse, creditor neget, hic de probatione quæritur. Ac primum vtri incumbat probatio, debitorine, vt probet se soluisse, an creditori, vt probet sibi solutum non esse. Et placet debitorem, qui se soluisse dicit, solutionem probare debere. *l. vlt. hic; leg. 1. supra de probat.* Quod regulis iuris de onere probandi conuenit. quibus efficitur & ei, qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui negat. *l. 2. ff. de probat.* & factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem. *l. actor. supra de prob.* Hoc posito quæritur, quomodo recte & facile debitor solutionem probet, de quo sunt hæc rescripta duo.

Et † extra testes, quibus maxime res probari solent; *leg. vlt. supra, de prob.* duo pecuniæ solutæ probationem continent, professio acceptæ pecuniæ instrumento collata, quæ vno verbo à nostris auctoribus dicitur apocha, *leg. qui tabulas. §. vlt. supra de furt.* & præterea chirographum à creditore debitori redditum. Professio creditoris aduersus ipsum probationem habet, quia æquissimum putatur vnumquemq; confessioni suæ stare, & quod idem est, fidem vnicuique aduersus se haberi debere. *leg. generaliter. supra de non num. pec. l. de ætate. §. 1. ff. de interro. in iur. fac.*

Sed † cur additur hoc loco collata instrumento? Nō sane quia creditori sine scripto extra iudicium profitenti sibi pecuniam solutam esse, ea confessio aduersus eum fidem non faciat. Nam si debitor extra iudiciū se debere verbis professus, confessioni suæ stare cogitur. *l. generaliter. in fin. sup. de non num. pec. auth. rogati. supra de testib.* vbi tamen confessio spectat ad eum obligandum: quanto magis creditor extra iudicium sibi solutum esse verbis professus, confessioni suæ stare cogendus est, vbi professio confertur ad reum liberandum? Scimus enim proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de oblig. & act. l. fauorabiliores. ff. de reg. iur.* Cur additum igitur de instrumento? Non ad excludendam professionem verbis tantum testatam; sed ad discrimen indicandum, quod esset inter apocham creditoris debitori datam, & chirographum ipsius debitoris illi redditum: de quo discrimine debitrix laborabat. Constabat debitorem liberari tacito pacto, si creditor ei chirographum suum reddidisset. *l. 2. ff. de pact.* Forte id non fecerat creditor, sed instrumento liberationis, id est apocha, professus erat sibi pecuniam esse solutam. Huic instrumento non satis fidens debitrix laborabat, vt etiam chiropraphum suum sibi redderetur. quærebatque, num satis superiore instrumento esset sibi cautum ad liberationem. Et rescriptum est non modo id eamdem probationem habere, atque chirographum redditum, sed etiam maiorem, vt hoc instrumento accepto de probatione liberationis suæ laborare nō debeat. Hactenus † tamen professio pecuniæ solutæ quamuis instrumento testata fidem facit ex constitutione Iustiniani, dum triginta dies excesserint. Alioqui intra eos dies datus creditori exceptio non numeratæ pecuniæ. *l. in contractibus. §. super. supra de non num. pec.* Quod † attinet ad chirographum à debitore receptum, id eamdem fidem liberationis facit: sed hac conditione, si à creditore sit redditum *d. leg. 2. ff. de pact.* Quod si ab alio redditum erit, aut aliter receptum, quam voluntate creditoris, nihil possessio chirographi prodest debitori ad liberationem, aut soluti probationem, vt significatur *in l. quod debitori. sequen.* Sed vter probare debebit? Intelligimus ex eodem rescripto, debitorem probare debere chirographum sibi à creditore redditum. Alioqui satis esse cerditori ad vincēdum, si dicat sua voluntate redditum non esse, quoniam illic scribitur creditorem vincere debere, si obligationem probauerit: & præterea debitorem pro huiusmodi facto (intellige redditi chirographi) liberationem minime consecutum.

***

L. Eum à quo 16. Auth. Hoc nisi.

&

L. Manfesti. 17.

Idem AA. & CC. Charidemo.

Eum, à quo mutuam sumsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli iuris ratio non permittit.

Auth. Hoc nisi.

Hoc, nisi debitor in pecunia, vel alia re mobili soluere nequeat. tunc enim res immobilis, quã debitor habet meliorem, solui potest. facta per iudicem subtili eius causæ æstimatione: vt rem prædictam & debitori soluere, & creditori liceat, petere præstanda creditori cautela de euictione, quæ debitori possibilis sit. quod est in omni actione. At si creditor paratus sit emtorem rei præstare, oportet debitorem cautela iudicis arbitrio creditori præbita, rem tunc distrahere, vt satisfiat creditori.

Idem AA. & CC. Cassio.

Manifesti iuris est, tam alio pro debitore soluente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. S. Calend. Dec. Sirmii. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Aliud volenti solutum ita debitorem liberare, vt creditor nec quod accepit, possit reddere, nec si plus debebatur, quod amplius est, possit petere.*
2 *Aliud pro alio semel solutum, amplius reuocari non posse.*
3 *Lucrum ex ea re factum multo minus creditori auocari.*
4 *Aliud pro alio inuito creditore solui posse, si quod debetur, solui à debitore non potest; & quibus in causis non posse existimetur.*
5 *Aliud pro alio solui posse, si debitor huius rei potestatem, vnde oportet, acceperit, & vnde hæc potestas.*
6 *A lege potestas, quando.*
7 *A testatore, quando.*
8 *A conuentione, quando.*

HIs locis explicatur locus ille, quid soluendo debitor liberetur. Statuuntur autem hic sententiæ duæ † Vna est, aliud pro alio volente creditore recte solui. *l. manifesti. hic.* Cui hæc sunt consequentia. Primum illud, liberari debitorem non secus, quam si id, quod debetur, solutum esset. *l. si quis aliam. ff. eo.* Quæ res facit, vt quamuis postea creditorem pœniteat, quamuis res pereat; aut exstet quidem. sed minoris sit; quam debeatur: tamen nec si quid amplius est, à debitore possit petere Id enim fieret, si debitor ni-
1 nihil debuisset, cœpit autem nihil debere, posteaquam liberatus est.

2 Deinde † & hoc consequens in creditore, sic ea solutione dominium rei solutæ in eum transferri, vt nunquam possit debitor postea ex pœnitentia eam rem auocare, *l. successf. sup. hoc tit.* scilicet quia quod nostrum esse cœpit, id nobis inuitis ad alium transfer-
3 ri nõ potest. *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* Efficitur † & illud, si creditor rem multo meliorem fecerit, siue etiam vendiderit multo pluris, quam illi debebatur, hanc industriam, atq; hunc euentum ipsi prodesse debere, non debitori *l. pen. hic.* Optima ratione; quia si res soluta periret, creditori eidemque domino suo periret. *l. pignus. supra de pig. act.* Hoc autem secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *leg. secundum. ff. de reg. iur.*

Altera sententia est superiori contraria, aliud pro alio inuito creditori solui non posse, *l. eum à quo hic.* Sententia diserta expressa *in l. 2. §. 1. ff. si cert. pet.* Sed hæc duas has exceptiones habet summas, vnam, nisi id, quod debetur, in ea causa sit, vt à debitore præstari non possit; alteram, nisi debitor potestatem aliud soluendi aliunde acceperit, de quibus videamus.

4 Si † quod debetur, solui non potest, necessitas eo rẽ deducit, vt aliud solui debeat, si creditori satisfactũ volumus. Sed an nõ possit debitor præstare, varie æstimatur. variæ enim causæ sunt, cur præstare non possit, ex quib. omnibus placet eum auoiendum esse, si aliud offerat. Interdum res debita perijt. Hic nulla dubitatio est, quin aut nihil à debitore præstari debeat, aut si quid debet, debeat æstimationem. Id vero ita fieri traditur *in leg. in re furtiua. Dig. de cond. fur. & l. qui restituere. Dig. de rei vind.* Interdum res debita per rerum naturam præstari potest, sed non potest debitor præstare propter inopiam; quia soluendo non est. Hic permissum est inopi debitori speciem vnam aliquam ex rebus suis creditori pro debito offerre, dummodo offerat optimam. hoc in *auth. hoc nisi.* quę sequitur. Interdum res à debitore præstari potest; quoniam & exstat & est in potestate debitoris, sed eam debitor honeste præstare non potest, vt accidit, si ab herede legatus sit eius pater, aut mater, aut filij naturales. Hos heres si in potestate habet potius pro officio manumittere debeat, si non manumittat, aut etiamsi det in alterius potestatem, non tam inhumane, quam contra officium pietatis faciat. proinde nec facere id posse existimandus est. *l. si filius. Dig. de cond. inst.* Merito igitur placuit in hac specie audiendum esse heredem debitorem, si pro his æstimationem legatario offerat. *l. si dominus. §. qui confitetur. ff. de leg. 1.* Interdum etiam honeste res à debitore potest præstari; sed non sine magno eius incõmodo, veluti si res aliena debeatur, quam dominus aut non vẽdat, aut magno vendat. Hic quoq; visum est iustam esse causam, cur audiatur debitor æstimationem offerendo, quasi nec possit præstare quod sine magno incommodo & iniuria sua nõ potest, vbi ex ea re nihil commodi ad creditorem redeat. Et hoc quoque scriptum est *in d. l. si domus. §. qui confitetur.* Quod si res erit in potestate debitoris, quam & ipse præstare possit non inhoneste, nunquam audiendus est, si aliud pro alio, quod debet, offerat. Sed † & 5
hic altera exceptio est, nisi huius rei potestatem inde accipiat, vnde ei potestas hæc tribui potest. Tribuitur autem potestas aliud soluendi interdum à testatore in re legata, nonnunquam etiam contrahentium conuentione.

A lege † hæc potestas tribuitur in noxali actione, quæ aduer- 6
sus dominos competit ex maleficio seruorum. Nam ex hac causa nihil amplius à dominis debetur, quam damni & maleficij æstimatio; & tamẽ dominus seruum noxę dedendo, si velit, liberatur. *l. si seruus. 7. ff. de nox. act. Inst. eo. tit.* Sed ideo; quia hæc potestas à lege accipitur; vt scriptum est *in l. miles. §. 1. D. de re iud.* Quod eo pertinet, vt intelligatur definitionem superiorem iuris nihil obesse, cum dicimus aliud pro alio solui non posse inuito creditore. A † 7
testatore hæc eadẽ potestas accipitur in huiusmodi legatis. Heres meus penum dato; si penũ non dederit, decem dato. Placet in hac specie, simul atq; heres penum dare potuit, neq; dedit, sola decem incipere deberi, non penum; & tamen in eadem specie placet, quamuis heres penum non debeat, penum in solutione esse, id est, heredem si penum offerat, liberari. *l. 1. Digest. de penu. leg. l. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falcid. leg. cum sine. D. quand. di. legat. ced.* Ex quo apparet hic pro eo, quod debetur, recte aliud solui, quod non debebatur, idque etiam inuito creditori. Sed hoc eo fit; quia hanc potestatem heres à testatore accepit. Cum enim penus ab initio legata est, simul potestas data est heredi penum dandi: hæc potestas semel data heredi ante litem contestatam non adimitur, quamuis penum debere desinat.

Idem † existimandum est fieri contrahentiũ conuentione, cũ 8
similiter penus promissa est, & nisi promissor penum daret, promisit decem ita, vt hæc sola deberentur *l. stipulatus. in fin. ff. de ver. obl.* Idem etiam probandum est in faciendi obligationibus: veluti, si quis promiserit se insulam ædificaturum, vbi receptum est, posteaquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuit, non iam factum deberi, sed pecuniam, id est, quanti stipulatoris interest insulam suo tẽpore ædificatam esse. *l. stipulationes non diuiduntur. ver. Celsus. ff. de verbor. obligat.* Et tamen in hoc genere placet promissorem ante litem contestatam insulam ædificantem liberari. *l. si insulam. ff. de verbor. obligat.* Ergo liberari placet præstantem aliud, quam debebat, pecuniam enim debere cœperat. Quomodo igitur, quæret aliquis, liberatur aliud pro alio inuito creditori soluens contra, aut certe præter superiorem regulam iuris? Intelligemus hanc esse causam, quod promissor insulæ ædificandæ potestatem ab initio ex conditione stipulationis acceperit. licuit enim ei ab initio insulam ædificare. Hanc potestatem nulla cessatione sua amittit. Simile est, quod dicitur, alij, quam creditori inuito creditore solui non posse *. leg. inuito. supra.* Nam & hoc nihilominus sic accipimus, nisi debitor potestatem alij soluendi ex conditione stipulationis ab initio acceperit: vt fit, cum promisit se stipulatori aut Titio daturum. Nam Titio reuera nihil debetur, & tamen Titio inuito stipulatore recte soluit, nimirum ex conditione stipulationis,

l. vero. ff. hoc tit.

L. Inquisitio. 18.

Iidem AA. & CC. Domitio.

Inquisitio veritatis tolli non potuit, quod cirographa, quæ fecerat procurator tuus, recepta, tibique restituta ab ipsius herede proponas cum subscriptione procuratoris significante, quod nihil creditoribus debeatur: cum nihil prohibeat, & creditoribus satisfactum esse, & non vestræ pecuniæ, sed ipsius, cui negotium gerendum mandaueras, processisse solutionem. S. Idus Febr. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Chirographum à creditore redditum procuratori, & rursum à procuratore debitori, nihil aliud arguere, quam liberatum debitorem à creditore, non procuratore.*
2 *Subscriptum à procuratore chirographo reddito, creditoribus nihil deberi, ad procuratorem ipsum non pertinere, si soluerit de suo, & ita creditor debitoris, pro quo soluit, esse cœperit, & cur.*
3 *Falsum esse vulgare illud, oratione generali instrumenti non contineri eum, qui scribit.*

HOc dicit: *cum procurator debitoris soluit creditoribus, & ab his chirographa recepit, receptis subscripsit creditoribus nihil deberi; deinde aut ipse, aut heres eius ea debitori restituit, non idcirco hæc argumento sunt, satisfactum esse creditori de pecunia procuratoris. Quapropter si heres procuratoris pecuniam à debitore repetet tanquam à procuratore eodemque decessore suo solutam, non ideo tolletur veritatis inquisitio, vt hic scriptum est.* Quæ verba hanc significationem habent, in re dubia non statim fides habebitur heredi procuratoris dicenti procuratorem de sua pecunia soluisse creditori. Sed tamen si paratus sit id probare, audiendus est, & veritati locus supererit. Duo hic faciebant, cur videretur à debitore hæc pecunia repeti non posse, vnde controuersia. Primum quod illic chirographa reddita essent, chirographum autem à creditore redditum debitori probationem continet debitoris liberati. *leg. pecuniæ. supr. leg. 2. D. de. pact.* deinde quod procurator ipse de liberato debitore vltro professus esset. Quibus moueri non oportet. Chirographum
1 debitori † redditum debitorem liberatum arguere verum est; sed liberatum à creditore, cui pecuniam chirographo comprehensam debuit, non item à procuratore, qui chirographum reddidit. Videndum est enim, qua mente isti chirographum reddant: quorum propositum liberationem distinguit. Creditor reddit, vt declaret debitorem à se liberatum, alioqui inutiliter redditurus. Procurator à creditore acceptum reddit debitori hac ipsa de causa, vt declaret à creditore liberatum, non etiam à se; cum eo chirographo nihil tanquam procuratori debitum caueretur, quod chirographi redditione remitti ab illo oporteret. Quare nihil inde pro procuratore colligi potest, quasi eo facto debitorem à se vlla ex causa priuata liberarit: cum nihil prohibet eum reddere hoc chirographum, vt debitori consultum sit aduersus creditorē, & nihilominus suas actiones proprias manere velle. *leg. neque. supra de probat.* Neque vero factum cuiusquam, præterquam quod ei propositum fuit, debet alio produci, & vt vulgo dicitur, actus agentium non debent vtra eorum intentionem operari. *leg. non omnis. D. si cert. pet.*

2 Quod † autem procurator chirographo subscripsit nihil creditoribus deberi; probabilius dici potest, hanc subscriptionem procuratori nocere debere. Nam aut inter creditores debitoris hic procurator erat, aut non erat. Si non erat, nihil est, quod à debitore repetat. Sin erat, verba confessionis eius eum excludunt. Professus est enim creditoribus nihil deberi, & ipse creditor est: ac ius facit, vt quisque confessioni stare debeat. *leg. generaliter, supra de non num. pec.* Sed negandum est his verbis, *creditoribus nihil deberi*, contineri procuratorem. Esto enim, generalis sit hæc oratio, *creditoribus nihil deberi*: nunquam tamen generalis oratio intelligitur ad alia pertinere, quam ad ea, de quibus prius specialiter actum est. *leg. si de certa. supra de transact.* In chirographis autem, in quibus erat hæc subscriptio, non agabatur de procuratore, sed de ipsis creditoribus, ad quos chirographa pertinebant. Proinde & cum creditores illic nominantur, eius loci creditores intelligen-
3 di sunt. Est † autem ineptum, quod ad explicandam huius loci difficultatem vulgo hic affertur, in quam sententiam etiam vulgo hic locus allegari solet, nempe oratione generali non contineri eum, qui scribit. Cur quæso, si verbis orationis scriptor continetur, & nihil aliunde adfertur de scribentis sententia? Et certe contra probatur *in l. fideiussor. §. 1. D. de pig.*

L. Si Actore. 19.

Eadem sententia, quæ *l. 4. supra.*

L. Si operas. 20.

Iidem AA. & CC. Eucrati.

Si operas certi serui pro pecunia sumta sibi in debitum compensare placuit creditori: his secundum conuentionis fidem præstitis de mancipio restituendo pacti tenor seruari debet. S. V. Cal. Nou. Hadrianop. CC. Coss.

DEbitor pro eo, quod debebat, creditori seruū dedit, vt eius operis vteretur, quoad tātum percepisse operarum, quantum sufficeret ad id efficiendum, quod debebatur: conuenitque, vt eo percepto seruus restitueretur. Placet, vbi tantum perceperit creditor, quantum debebatur, primum liberatum esse debitorem, *iuxta l. manifesti, sup.* deinde seruū ex pacto repeti posse. Nam id pactum esse seruandum, *l. legem. sup. de pact.* Est autem in eam rem actio in factum, seu præscriptis verbis; quoniam pactio nuda non est, sed debitor fecit, vt creditor faceret; dedit seruum fruendum, vt cum creditor fructum percepisset certi temporis, seruum redderet. *d. l. legem. l. solent. D. de præs. ver.*

L. Interest. 21.

Vide, quæ diximus ad *l. si inter. 6. sup.*

L. Inductum. 22.

Vide *l. pecuniæ. 14. supra.*

L. Si literarum. 23.

Et hic locus expositus est ad *l. si inter. 6. sup.*

L. Penult. & Vlt.

Hi loci expositi sunt *ad l. eum. 16. sup.*

AD TIT. XLIV. C. DE ACCEPTILATIONIBVS.

1 *Acceptilatio quid.*
2 *Acceptilatione tolli obligationes ipso iure, sed solum verbis contractas.*
3 *Aquiliana stipulatio quid, & eius vsus ad acceptilationem.*
4 *Acceptilationem inutilem pactum habere, nisi aliud actum probetur.*

ACceptilatio † est verborum conceptio, quibus creditor à 1
debitore interrogatus, an quod promissum est, acceptum habeat, acceptum ferat: respondet, se habere acceptū, acceptum ferre, hæc illa sunt solemnia verba, quæ nominantur *in leg. 1. hic.* Definitio declaratur *in §. item per acceptilationem. Instit. quib. mo. tol. oblig.* Acceptilatione † liberatur debitor, & quidem ipso iure, ita 2
vt nulla amplius agendi via superstit creditori, vt declaratur *l. pen. vlt. hic.* Sed hoc modo tolluntur duntaxat obligationes verbis contractæ: ceteræ nullo modo. *d. §. item. vers. quod genus.* Quod conueniens est regulæ iuris, qua efficitur quibus quidquid modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolui. *l. nihil tam. & l. fere. D. de reg. iur.*

Enimuero † quod recta non possumus in ceteris obligationibus, id obliqua via consequimur. Nam inuenta est stipulatio, in 3
quam deducātur veteres obligationes & actiones ceteræ, tam in rem, quā in personam: quæ stipulatio dicitur ab auctore Aquiliana. Exstat formula *in d. §. item.* Hæc autem stipulatio interponitur nouandi animo: vt scilicet nouatione priores obligationes tollan-

tur, & sola maneat noua obligatio stipulatione Aquiliana contracta, quæ deinde acceptilatione secuta perimatur. Hinc est, quod nouationis fit mentio in hac stipulatione interponenda *in l.2. hic.* Hinc etiam, quod cum de acceptilatione agitur, tam multis locis coniunguntur hæc, Aquiliana stipulatio, & acceptilatio secuta. *l.vlt.hic.l.vt responsum.l.vbi.sup.de transact.l.2.l.cum Aquiliana. D.de transact.*

Ex his apparet duas res acceptilationi obstare, si desint; solemnitatem verborum, & obligationem præcedentem, si ea aliter contracta sit, quam verbis, ad quam dissoluendam subiecta sit ac-
4 ceptilatio. Sed † quæcunque acceptilatio ex his causis iure summo est inutilis, eam hactenus vtilem esse placet, vt debitor pacto liberetur; quia inutilis stipulatio pactum habeat. *l.si vnus.§.vlt.D. de pact.l.an inutilis.D.hoc tit.* Sed & hoc ita, nisi aperte constet non fuisse creditorem hoc animo, vt paciscereturvt est *in d.l.an inutilis.* Vtrum debitor acceptilatione liberetur, an pacto, hoc interest, quod acceptilatione vetus obligatio & actio penitus tollitur: pacto non tollitur, sed infirmatur per acceptilationem. *§.praterea. Inst. de excep.* Quem id effectum habeat, & quam conueniat ista distingui, refrangante, vt videtur, regula iuris, *l.nihil interest.D. de reg.iur.* require ex *l.creditori.5.sup.de pact.* vbi pluribus quale hoc ius esset, exposui.

L. 1.

Imp. Antoninus A. Apronio.

Iam tibi scripsi, posse apud iudicem quæri, an solemnibus verbis tutoris auctoritate interueniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberauerit, quare si in repetenda pecunia, quam exsoluit, diuersa parte perseuerauerit, vteris defensionibus competentib. PP.3.Id.Feb.Duob. & Aspris Coss.213.

PVpilla à debitore suo pecuniam accepit ea lege, vt debitorem per acceptilationem liberaret: quem deinde liberauit auctoritate tutoris interposita. Ea decessit fratre herede relicto, qui nunc consulit Imperatorem. Ab eo fratre debitor pecuniam à se solutam repetebat tanquam ob causam datam causa non secuta, quod diceret se dedisse, vt liberaretur per acceptilationem: se autem liberatum non esse, cum minor possit in integrum restitui: nemo autem videatur vetere actione exclusus, quem prætor integrum restituturum se pollicetur. *l.nemo. D. de in integ.restitut.* Consultus Antoninus rescripsit, debitorem pecuniam repetere non posse, si modo sit liberatus solemnibus verbis, & accesserit auctoritas tutoris. Et recte, hæc enim sufficiunt ad debitorem liberandum. Nec debet in proposito metuere debitor restitutionem; quia, vt minor, aut heres eius restituatur, non est satis minorem esse, sed etiam læsum esse oportet. Hic autem minor læsa non est, quæ pecuniam debitam accepit. Atque hæ sunt defensiones competentes, quæ hic commemorantur, & quibus dicitur fratrem pupillæ heredem vsurum esse.

L.2. & L.vlt.

Exposui initio huius tituli.

AD TIT. XLV. DE EVICTIONIBVS.

SVMMARIA.

1 *Venditorem ob euictionem rei venditæ teneri iudicio emti.*
2 *Euincere quid.*
Non euinci rem, quæ emtori non auferitur, quamuis constet alienam, aut pignori obligatam. ibidem.
3 *Non euinci rem, nisi quæ auferitur iudicio.*
4 *Nõ euinci rem, quæ auferitur iudicio emtoris culpa, aut iniuria iudicis.*
5 *Euictio in summa quibus rebus contineatur.*
6 *Euictionis nomine quæ actio, cui, in quem, cuius rei gratia.*

1 QVæstio de euictionibus hinc nascitur. Sic † ius est de obligatione venditoris, venditorem rem venditam tradere debere, & insuper euictionis nomine obligari, id est, si res vendita euicta erit, teneri eum emtori, vt euictionem, id est, euictionis periculum & damnum præstet. Hoc ius traditur in *l.ex emto.in pr. D.de act.emt.* item, *in l.6. inf.hic.* Vt vel hinc liquido appareat, hanc obligationem partem esse obligationis emti & venditi, & ad eam partem iuris debere referri. Hoc iure posito quæritur de euictione, ac primum quando res euicta intelligatur. Quæstio in eo est, quid sit euincere, & quibus rebus euictio contineatur.

Euincere † est rem iure iudicioque possessori auferre. Est au- 2
ferre, vt intelligamus, quantumuis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, idque constet: tamen emtorem aduersus venditorem regressum non habere rei venditæ nomine, quamdiu res illi ablata non erit, seu quamdiu illi rem venditam habere licebit sine cuiusquam interpellatione, scilicet quia non est euicta, quæ ablata non est. *l.habere.D.eo.leg.3.hic.* Hoc autem indicat particula è in verbo *euincere.* Hæc enim particula motum significat, vt sit euincere ita vincere, vt ea victoria aliquid à victo in aduersarium transferatur. Est † auferre iudicio, vt intelligamus, si quomodo res 3
perierit emtori, aut etiam ablata sit aliter, quam iudicio, euictam non videri: ac proinde eius rei periculum à venditore non præstari. *l. si seruus. 21. in princ.* illic, *quamuis.D.eod.l.atqui.§.omne.D.de neg. gest.* Hæc quoque sententia verbo vincendi efficitur. Nam victoria certamen præcedens significat. Duplex autem certatio est inter aliquos, vna, quæ fit vi, altera quæ iudicio. Prior omni iure prohibita: posterior iusta & legitima. *l.exstat.D.quod met.caus.* Iure autem vincere cum dicimus, verbo iuris legitimam certationem
& legitimam victoriam intelligimus. Est † auferre iudicio & iure: 4
quod & ipsum vincendi verbum significat. Is enim vincit, qui ratione vincit. Hoc eo pertinet, vt intelligatur re vendita iudicio euicta, sic euictionem præstari à veditore; si ob id res euicta sit; quia esset actoris, aut esset ei pignori obligata: ceterum si res aut culpa emtoris euicta sit, aut euicta iniuria iudicis, his rebus effici, vt vẽditor euictionis nomine non teneatur. De culpa emtoris est *in l.emtor.infr.* de iniuria iudicis est *in l.si non iniuria.infr. & d.l.emtor. in fin.eod.* Quæ † si ita sunt, apparet euictionem tribus his rebus 5
contineri. Primum, vt res vendita emtori ablata sit. Tum, vt iudicio ablata, & controuersia mota. Postremo vt ablata neque culpa emtoris, neque iudicis iniuria, sed tantum ob id, quod res esset petitoris aut illi pignori obligata. Quorum aliquid si deest, emtor aduersus venditorem de euictione regressum nõ habet, omnibus his concurrentibus habet. Quo † constituto, quæritur de- 6
inceps, quæ in eam rem sit emtori actio, cui detur, in quem, & cuius rei gratia, de quo multis rescriptis hoc titulo agitur: sed summa indicatur *in l.si tibi.26.infr.*

L. 1.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Munitio.

Emtor hereditatis rem à possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet. Euictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes conuenit. PP.6.Cal.Martij.Seuero A.3. & Victorino Coss.201.

SVMMARIA.

1 *Venditorem hereditatis res hereditarias, quæ ab aliis possidentur: nec persequi debere, & multo minus suo sumtu. & cur.*
2 *Solum in hoc teneri, vt cedat actiones suas periculo emtoris.*
3 *Rebus hereditariis singulis euictis venditorem ob euictionem non teneri, & cur.*
4 *Probandum idem, etsi res omnes hereditariæ sint euictæ.*
5 *Vniuersitate qualibet vendita, vt grege, armento, peculio, idem ius esse rebus singulis ex ea vniuersitate euictis.*
6 *Qui affirmauit res aliquas esse hereditarias, eum de euictione earum rerum teneri, quasi ita conuenisset.*

VEnditor hereditatis † res hereditarias, quæ ab aliis possesso- 1
ribus tenentur, suo sumtu persequi non debet, siue eas nondum tradiderit, siue tradiderit, & exciderit emtor earum possessione, & quidem sine culpa sua. Quod hic satis aperte significatur initio, dum statuitur, emtorem hereditatis id ipsum sumtu & periculo suo facere debere. Hic statim occurritur ex eo iure, quod de rebus venditis constitutum est, quo efficitur venditorem rem venditam tradere debere, ac nisi tradat, in id, quod interest emtoris, teneri. *l.1.in pr.l.ex emto.in pr.D.de act.emt.* Dicendum est, vendita hereditate id ius ad res hereditarias non pertinere.

Nam

Nam res hereditariæ non sunt hereditas. *Inst. de reb. corp. & incorp.* idque est, quod pro ratione subiicitur in rescripto, cum hereditatem iure venisse constet. Hereditatem dictum, vt ex conditione rei incorporalis intelligeremus, hereditatem venditam esse, non res singulas, vt dixi. proinde & hereditatem præstari necesse esse, non etiam oportere res singulas. Imo & res singulas hereditarias tradere venditorem debere diserte scriptum est *in l. qui filiusfam. D. de her. vel act. ven.* Quod si debet, etiam debet persequi suo sumtu. Nam nisi prius eas consecutus erit; tradere emtori non potest. Sed quod illic dicitur, sic interpretandum est, si modo venditor res hereditarias habeat in sua potestate, aut dolo fecerit, quominus haberet. Nam is locus, & similes referri debent ad eam definitionem, quæ est *in l. 2. §. non tantum. D. de her. vel act. vend.* ex qua etiam pendet huius rescripti ratio, nempe venditorem hereditatis emtori præstare debere id, quod ad ipsum peruenit ex hereditate, aut dolo fecit, quo minus peruenirent. Cui congruit, vt si ipse habeat res hereditarias, eas & tradere debeat.

2 Sin † neque habeat, neque habere potuerit, nihil amplius debeat præstare emtori, quam actiones suas, vt significatur *in d. l. qui filiusfamilias. in pr. de her. vel act. vend.* Quod si verum est, venditor actionibus suis emtori cessis liberatur, sic enim præstat, quod debuit, *l. 51. D. de pec.* Et quia liberatur, idcirco res amplius persequi non debet, quod si non debet simpliciter persequi, multo minus debet suo sumtu. Ita fit, quod hic dicitur initio, vt emtor hereditaris res singulas à possessorib. sumto suo persequi debeat, siquidem velit eas habere. Additur eum persequi debere, & periculo suo. Quod hanc significationem habet, quamuis ea res non consequatur à possessoribus; tamen eo nomine aduersus venditorem hereditatis actionem non habeat, neque de pretio earum rerum,

3 neque de sumtibus in litem factis. Vt † autem venditor hereditatis res singulas hereditarias emtori tradere non debet: ita nõ dissimili ratione efficitur, quod subiicitur, vt euictio quoque non præstetur ab eo in rebus singulis, id est, vt rebus emtori traditis, quæ erant, aut putabantur hereditariæ, si hæ emtori euincantur, venditor euictionis periculum non præstet. Sic enim ius esse diximus de euictinne, vt venditor teneatur ob euictionem; sed his conditionibus, si euicta sit res vendita, & euicta non iniuria iudicis. Atqui res singulæ hereditariæ non sunt venditæ, sed hereditas, quæ ratio hoc quoq; loco in hanc partem redditur: cum constet, ait rescriptum, hereditatem iure venisse. Sed finge venisse res singulas. Tamen illud constabit non venisse, nisi hereditarias. Atque hac ratione nunquam præstabit venditor euictionẽ rei euictæ. Vis enim non esse hereditariam? non debetur eius euictio; quia non est vendita. Vis hereditariam esse? tamen ideo non debebitur; quia necesse est hoc modo euictam esse iniuria iudicis; quo casu negamus euictionem præstari. Hic autem emtorem iniuriam à iudice passum esse sic facile intelligetur. Nam si hereditaria fuit, heres eius rei dominus factus est. *l. cum heredes. D. de acq. poss.* Si dominus, re emtori tradita simul in eum dominium transtulit. *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Emtori domino res sine iniuria auocari non potest. *leg. id, quod nostrum. D. de reg. iur.* Adeoque

4 verum † est, euictionem rerum singularum à venditore hereditatis non præstari, vt probandum sit, quod Ioannes vetus interpres putauit, ne sic quidem ab eo præstari debere, quamuis res omnes hereditariæ, aut quæ hereditariæ putabantur, sint euictæ. Nam & singulis rebus hereditariis omnibus euictis, nihilominus manet hereditas, quæ & vendita est, & præstatur: hereditas enim sine vllo corpore iuris intellectum habet. *leg. hereditas. D. de petit. her.* id est, intelligitur ius esse etiam sine vllo corpore. Porro here-

5 ditas solum vendita est, non res singulæ. Hæc † sententia generalis est, pertinens ad omnes vniuersitates venditas. Veluti, si peculium venditum sit, si grex, si armentum, & quid ex rebus singulis, quæ eius vniuersitatis esse putabantur, euictum fuerit, quod declaratur exemplo peculij *in l. 5. D. eo. tit.*

In his semper conuentio excipienda est, vt hic fit. Si conuenit, vt venditor rerum singularum euictionem præstaret, conuentio præstanda est, idque vel maxime ex iudicij emti & venditi natura, quod cum sit bonæ fidei, maxime conuentorum veritatem desi-

6 derat. *Lex emto. D. de act. emt.* Conuentionis † species est, si venditor de substantia hereditatis affirmauit. *l. nisi D. hered. vel. act. vend.* id est, si venditor dixit nominatim has & illas res esse hereditarias. Quare si postea hæ res euincantur, euictionem præstabit; quia ita affirmauit, vt præstaret, quippe propter eam affirmationem pluris vendidit. *leg. sciendum §. 1. D. de ædil. ed. l. ea, quæ. in princ. D. de cont. emt. & vend.*

L. Quoniam. 2.

Idem AA. Quartæ.

Quoniam auus tuus, cum prædia tibi donaret, de euictione eorum cauit, potes aduersus cohæredes tuos ex causa stipulationis consistere ob euictionem prædiorum, proportione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interueniente, minime donatorem hac actione teneri certum est. PP. 2. Calend. Mart. Antonino A. 2. & Geta. II. Coss. 206.

SVMMARIA.

1 *Donata re euicta donatorem euictionis nomine non teneri, & generaliter, quæ de præstationibus emti & venditi constituta sunt, ad res donatas non pertinere, & hoc quam recte.*

2 *Donatorem, qui sciens rem alienam donauit, re euicta teneri de dolo, sed solum de sumtibus, quos donatarius in eam rem fecerit.*

3 *Actio de dolo, quæ aduersus donatorem fraudulentum competit, quantum distet ab actione, quæ competit ob eius rei euictionem.*

4 *Donatorem euictionem rei donatæ præstare, si stipulatione cauerit, se præstiturum, non si nudo pacto tantum conuenerit.*

5 *Cum sine stipulatione paciscitur donator, se euictionem præstiturum, quamuis in donando id fecerit, nihilominus nudum pactum esse, quo non tenetur.*

6 *Non mutari hanc sententiam* in l. si quis argentum. §. penult. inf. de donat. *quia nec simile pactum fit de re pacto donata tradenda, vel si simile esset, lex ius vetus emendans producenda sit ad consequentias.*

CONstitutio iuris certi est † diserte confirmata hoc loco: re 1 donata donatario euicta, quod aliena donata esset, donatorem ei extra conuentionem euictionis nomine nõ teneri. Ex quo intelligimus, quod de euictione præstanda cõstitutum est in venditione, id ad res donatas non pertinere, vti placet, nec cetera, quæ à venditore exiguntur. *l. ad res donatas. D. de ad. ed.* Ius æquissime cõstitutum. Nam aut donatarius rei euictæ pretium repetere volet à donatore, aut sumtus à se in eam rem factos, quos facturus non esset, si sciuisset rem esse alienam. Pretium repetere non potest: quandoquidem hoc ei non abest, qui propter rem nihil in donatorem contulit, quod secus est in emtore, qui pro re vendita dedit pretium. Sumtus à se factos iustius videbatur repetere posse; quia alia causa est damni, alia aduentitij lucri, *l. non debet actori. §. 1. D. de reg. iur.* Sed & hos à donatore, qui nihil dolo fecit, repeti iniquum est. Neque enim donator liberalitatis suæ pœnam pati debet, vt est *in d. l. ad res donatas.* ductum ex hac æquitate naturæ, qua placet nulli officium suum debere esse damnosum. *l. sed si quis. D. testam. quem. ap. l. si seruum. §. quod vero. in fin. D. de fur.* Nihil tale dici potest de venditore, qui in re vendita præstanda non confert beneficium in emtorem, sed id præstat, quod iure obligationis præstare necesse habuit.

Sane † si quis sciens, rem alienam esse ignoranti donauerit, & 2 sic res euincatur, habet deceptus de dolo actionem aduersus donatorem, si quos sumtus in eam rem fecerit. *l. Aristo. §. vlt. D. de donat.* Sed ne sic quidem efficitur, vt vel hoc casu donatario præstetur euictio. Quia enim de dolo actio est, non potest ei competere, nisi quatenus deceptus est à donatore. At non est deceptus in pretio & æstimatione rei donatæ. Non enim propter dolum æstimationem rei amisit; sed ideo; quia res aliena erat; idem passurus, etsi donator ignorans rem alienam donasset. Quare ne hoc quidem casu re euicta donatarius de æstimatione rei recte aget, cui in eam rem ne actio quidem de dolo competit. In eo fraudatur donatarius, si quos sumtus fecit in rem donatam, quos si rem alienam esse scisset, non esset facturus. Et hactenus erit ei de dolo actio, vt hos sumtus, & quidquid eo nomine illi abest, à donatore recuperet. *dict. leg. Arist. §. vlt. D. de don.*

Sed † & hic vide, quantum distet hæc actio ad sumtus re- 3 cipiendos ab ea actione, quæ ob euictionem competit in id, quod actoris interest. Quia hic de dolo actio est, hinc intelligimus, si donatarius dum res ab eo vindicatur, eos sumtus à petitore retinere potuit doli mali exceptione opposita, de his postea aduersus donatorem agere non posse. Potest autem eos sumtus, si vtiles fuerint, & si rem possidebat, seruare à petitore, *l. sumtus, D. de rei vind.* Id si non fecit, doli actionem aduersus donatorem non habebit.

Quis-

Quisquis enim rem saluam habere potest vllo alio remedio, quam actione de dolo, placet eum actionem de dolo nõ habere, quamuis ad seruandam exceptionem tantum habuerit, *l.1.§ait prætor.D.de dol.* Nec interest, vtrum donatarius exceptionem adhuc habeat ad sumtus seruandos, quos fecit, an vero eam amiserit sua culpa, vt hic contigit, *d.l.1.§.pen.D.de dol.*

4 Vna est ergo† cõuentio, quę donatario re donata euicta actionem ob euictionem possit præstare. Sed hoc præstat non omnis. qua in re est distinctio huius rescripti, vt si quidem donator de euictione cauit donatario, teneatur eo nomine. Si tantum conuenit, vt præstaret, idq; nudo pacto, non teneatur. Si cauit, sic interpretandum est ex significatione verbi vsitata, si per stipulationem cauit, siue si stipulanti promisit se euictionem præstiturum. *l.sancimus, sup.de verb.sign.* Distinctio ex iure certo sumta. Nam ex stipulatione iure ciuili actio nascitur, *§.de constituta, Inst.de act.* Ex pacto autem nudo non nascitur, *l.iure gentium, §.sed cum nulla.§.quinimo, l.diuisionis, D.de pact.l.legem.supr. de pact.* Tale est autem pactum, cum circa stipulationem donatarius pactus est sibi à donatore euictionem præstari. Id enim pactum non nudum dicitur, cum quis dedit, aut fecit quid ea lege & pacto interposito, vt vicissim sibi quid daretur, aut fieret. Contra vbi pactus est sibi quid dari, aut fieri, neque prius quidquam dedit, aut fecit ea lege, vt illud, de quo pactus est, sibi præstaretur, id pactum nudum dicitur, *d.l.legem, supr.de pact.* nudum, id est, solum, quod nihil habet ad obliga-
5 tionem contrahendam præter conuentionem. Huiusmodi,† inquã, pactum est, cum donatarius paciscitur sibi euictionem præstari, quamuis id paciscitur tunc, cum res ei donatur. Nam is nihil prius donauit, aut fecit donatori ea lege, vt sibi ea euictio præstaretur, sed contra à donatore accepit. Pactum igitur nudum est ex superiore definitione: ex quo genere iure ciuili non nascitur actio.

6 Hoc loco † quæsitum est, num hoc ius mutatum sit constitutione Iustiniani, *l.si quis argentum, §.pen.inf. de don.* quoniam illic constitutum est noue à Iustiniano vt ex solo pacto de donando obligetur donator in hoc vt rem tradat, quam se donare dixit, idque ad exemplum venditionis. Vulgo placet ea constitutione ab hoc rescripto recessum esse, & ex pacto solo vel de donando, vel de euictione rei donatæ præstanda donatorem æque teneri, atque si stipulatione cauisset. Mihi falsum videtur. Et constat huius sententiæ ratio. Necesse est enim, quod hic constitutum est, ex iure publico manere, nisi aperte & specialiter sublatum sit. *l.præcipimus.in fi.supr.de appel.* Non mutatur autem hoc ius superiore constitutione Iustiniani. Nam sic ille vult ex pacto de donãdo obligari donatorem, vt vbiq; nominatim adiiciat se velle ad hoc, vt donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem tradere oporteret. Ex quo colligitur, si donator rem, de qua donanda pactus est, tradiderit donatario, legi Iustin. satisfactum esse, eoq; & donatorẽ liberari. Cui rursus consequens est, si postea res tradita euincatur, euictionem à donatore non debere præstari, quia nihil de eo cautum sit lege Iustiniani; & quia prius donator liberatus sit tradendo, vt diximus. Sed & hoc euidenter efficitur ex sententia eius constitutionis. Apparet enim Iustinianũ voluisse, eum, qui pactus est de donando, ex hoc pacto teneri, vt ita rem tradat, vti traderet, si vltro donasset. Denique non vult ex hoc pacto donatorem amplius teneri, quam vt faciat: quod faceret, si sua sponte rem tradidisset. At omnib. interpretib. cõsentientib. si donator vltro sine pacto rem donauerit, & tradiderit, ea euicta non tenetur. Quare nec tunc tenebitur, cum ex pacto tradiderit. Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus voluit hoc pactum actionem parere, atq; hoc modo pactum stipulationi comparari. Sane enim hic cõparat: sed videndum est, quatenus. ne vltra, quam voluit, eius constitutionẽ producamus ad ius vetus emendandum. Dedit ex hoc pacto actionẽ tantum, vt res traderetur, non etiam vt ea re euicta præstaretur euictio. Quapropter & intra hos fines cõsistere debemus: nec de re euicta ex pacto actionẽ dabimus, de quo ille nihil cauit, At enim vtrumq; pactum alteri simile est; est enim vtrumq; de re donata: prius de tradenda; posterius de retinenda, & perpetuo habenda. Proinde & in hoc posteriore, dicet aliquis, ius idem statuendum, *leg. illud, Digest.ad leg. Aquil.* Sed non est in vtroque par ratio eius tuendi. Vt rem tradat donator ex pacto, nulla eius iniuria est, certe nulla pœna, siue res eius est, siue est aliena, cum tradere possit, quam apud se habet. At re aliena forte donata si euicta sit, id agi pacto, vt id periculum donator præstet: hic vero eius damnum & pœna versatur. & iniquum est eo casu quemquam liberalitatis suæ pœnam pati. hoc Modestinus de huiusmodi præstatione scribit *in dict. leg.ad res donatas. Digest.de ad.ed.* Sed demus & pact. de re donata tradenda, & pacti de eius euictione præstanda eandem rationem & æquitatem esse. Non tamen istis concedendum est, quod de priore constitutum est, vt valeat, idem quoque admittẽdum in posteriore. Prius enim admissum est à Iustiniano contra iuris communis de pactis rationem. Proinde certo iure vtimur, vt non sit producendum ad cõsequentias, etiam in quibus videatur eadem ratio, *l.quod vero.D.de legib.* Postremo illud tenendum est, quod supra dixi, cum quid immutatur ex priore iure, si quid specialiter immutatum non sit, id veterum legum constitutionum regulis relinqui oportere, vt differte cautum est in *d.l.præcipimus.in fin.supr.de app.*

Ad L. Qui rem.3.

Idem AA. Aureliano.

Qui rem emit, & post possidet: quamdiu euicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata dicatur, conuenire non potest. PP. 8. Cal. Aug. Faustino & Rufino. Coss. 211.

SVMMARIA.

1 *Quamdiu res vendita tradita emtori euicta non est, tamdiu cum venditore nullam actionem esse, quamuis constet rem alienatam, aut pignore obligatam esse, idque esse perpetuum.*

2 *Quam varie consistere possit emtor aduersus venditorem etiam re nondum euicta: sed quam hoc nihil superiori sententiæ, qua huius loci est, aduersetur.*

3 *Venditorem rem venditam tradendo quamuis alienam liberari: ceteros debitores, qui rem debuerunt, nullo modo, & differentiæ ratio.*

CErti iuris est, re vendita † emtori euicta emtorem aduersus 1
venditorem euictionis nomine actionem habere, *leg.5.infr.* Quid si res nondũ euicta sit; constet tamen aut alienã esse, aut pignori obligatam, aut hominem, qui venditus est, liberum esse, & in libertatem proclamare posse? deniq; rem venditam in ea causa esse, vt emtori auocari possit? An emtor venditorem suum possit eo nomine conuenire vel in id, quod sua interest rem perfecte suam factam esse, vel vt sibi pretium restituatur, quæritur. Constituitur hoc loco, non posse, idque est, quod in *l.ex emto, in prin. ff.de actio. emt.* traditur, venditorem rem solum tradere debere. si tradiderit, quamuis alienam, ita liberari, vt tantum euictionis nomine obligetur. Nihil est hac sententia verius, neque rotundius. Multa colligit Accursius in glossa: quæ ipse pro contrarijs citat. ad quę explicanda hac ratione vtitur, vt dicat ea certam rationem diuersitatis habere. Non recte, non quod emtor aduersus venditorem suum non possit multis de causis consistere etiam re nondum euicta, sed quod nihil eæ causæ aduersentur huic loco, vtpote quæ omnes verbis huius rescripti satis remoueantur. Nam in eo nihil otiose scriptum est. Id vt intelligatur, sic habendum est.

Emtor † venditorem suum etiam re nondum euicta conue- 2
nire potest, sed ob alias causas, quam quod res aliena, aut pignori obligata sit. Rursum ob hanc ipsam causam, quod res aliena est, aut pignori obligata, potest emtor consistere aduersus venditorẽ suum: sed non vt petat sibi ab illo aliquid dari, vel restitui, sed ne ipse cogatur postea quid dare ei, aut ab eo accipere: quod excipiendo consequitur, non conueniendo. Conuenire debitorem suum potest, sed re non tradita, vt sibi tradatur, *l.1.in pr. Dig.de act. emt.* Quod si venditor alienam offerat, aut pignore obligatam, est in potestate emtoris non accipere; quod fit recusando non venditorem conueniendo. *l.5.l.si post perfectam.infr. eo.* Nunc autẽ hoc rescriptum vetat, ne emtor conueniat vẽditorem. Item re tradita potest emtor petere à venditore, vt repromittat sibi rem habere licere. *l.ex emto in pr. & §.venditorem etiam.D.de act. emt.* Hoc amplius potest petere, vt venditor eo nomine duplam, aut simplam repromittat pro ea distinctione, quæ legitur *in l.emtori.D. de euict.* Sed nihil hæc ad hunc locũ. Non enim petitur hæc repromissio, quod res aliena sit, sed quod sine his non videatur tradita. Nam etsi res esset venditoris, tamen promittere cogeretur. Præterea si venditor sciens rem alienã ignoranti emtori vendidit & tradidit,

placet

placet statim emtorem agere posse aduersus venditorem in id, quod sua interest. *l. 4. in pr. leg. seruus, quem. §. vlt. D. de act. emt.* Sed hoc non eo fit tantum; quia res aliena vendita est; sed quia emtor deceptus est: non acturus alioquin, si deceptus non esset quantumuis res aliena esset vẽdita. Nihil est igitur verius, quam quod hic dicitur, re vendita tradita emtorem non posse agere aduersus venditorem suum, non simpliciter, sed ob eam causam, quod res aliena est, aut pignori obligata. In quo cum lex inhibeat tantum actionem aduersus venditorem & eam ex superiore causa, apparet, si emtori licet consistere aduersus venditorem alio modo, quam agendo, & ob aliam causam, quam supra scriptam, nihil his contrarium dici in hoc rescripto. Sane si conuenerit inter emtorem & venditorem, & simulatque controuersia mota erit de re vendita, liceat emtori aduersus venditorem eo nomine agere, conuentio seruanda est, *l. siue in libertatem. 12. hic.* Sed ne hoc quidem huic loco aduersatur, in quo respondetur de ijs, quæ secundum naturam emti & venditi præstanda sunt, aut non sunt. Ea autem natura conuentione mutari potest. nam contractus ex conuentione legem accipiunt, *l. 1. §. si conuenit, D. depos. l. contractus. D. de reg. iur.*

3 Illud † animaduertendum est, quod placet, re quamuis aliena aut pignori obligata tradita, non eo magis venditorem ab emtore conueniri posse, in venditore recte dici, ad ceteros debitores, qui rem aliquam præstare debeant, non pertinere. Liberatur venditor, quamuis rem alienam dando, propterea quod in hoc solum obligatur emtori, vt ei rem tradat, & ei habere licere præstet. quod fieri intelligitur, quamdiu res vere emtori euicta non sit. *dict. leg. ex emto in prin. & l. seruus quem. 30. §. vlt. Digest. de actio. emt.* Ceteri debitores, qui rem aliquam debuerunt, id est, qui debuerunt dare creditori suo vel ex stipulatu vel ex legati causa, vel dotis, & similib. in ea causa sunt, vt si rem alienam, aut pignori obligatam creditori suo soluerint, deniq; eam, quæ perfecte non fiat accipientis, placeat nullo modo eos liberari, sed creditori pristinam actionem manere, qua statim agere possit, vt sibi ea res, quę debebatur, præstetur, *leg. cum quis. §. qui hominem. Digest. de solut.* nimirum quia & hoc conditio obligationis facit. Nam dare est dominium transferre. *§. sic itaque. Institut. de act.* Vnde qui promisit se fundum daturum, dicitur in id obligari vt omnimodo rem faciat accipientis, *l. vbi autem, §. vlt. D. de verb. oblig.* Non dat autem rem; aut dominium eius transfert, qui eam rem dat, quæ iure potest creditori auocari. Proinde debitor ita dando non præstat, quod debuit. ex quo etiam efficitur, vt non liberetur; quoniam tollitur quidem solutione obligatio, sed solutione eius, quod debetur. *Instit. quib. mod. tol. obl. in prin.*

Ad L. Si prædium.

Imper. Antoninus A. Georgio.

Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit euictum, vtilis tibi actio contra debitorem competit. Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. PP. 11. Cal. August. Duobus & Aspris Coss. 213.

SVMMARIA.

1 *Extra emtionem, aut si qui sunt contractus emtioni similes, actionem ob euictionem non esse.*

2 *Pignore in solutum dato cur non videatur contrahi emtio.*

3 *Re in solutum data emtionem contrahi videri, & vnde, hinc eare euicta creditori esse actionem vtilem ex emto ob euictionem.*

4 *Emtor ab eo, qui in solutum accepit, cur distinguatur.*

5 *Re in solutum data euicta veterem actionem creditori manere: sed nihilominus ei actionem vtilem ex emto competere: & quid interfit, hac, an illa creditor experiatur.*

QVi centum debebat, prædium volenti creditori in solutum dedit. Id prædium cum alijs creditorib. obligatum esset, ab ijs postea ei creditori, cui datum erat, iudicio euictum est. Quæsitum est, *an u creditor prædio euicto actionem habeat aduersus debitorem ob euictionem in id, quod sua interest?* Sed hanc quæstionem præcedit illa necessario, *an cum debitor prædium creditori in solutum dedit, sublatum sit eo prædio pignus aliorum creditorum, an vero manserit?*

Nam si mansit, iure ab illis euinci potest, & ita locus fieri actioni ob euictionem. Quod si sublatum est pignus ea alienatione, non potuerunt creditores, quib. obligatum erat, id prædium iure euincere. Quo fiet, vt si euincant, id contingat iniuria iudicis, non actorũ iure. Iniuriam autem iudicis actor non præstat ei, cui rem tradidit, etiamsi tradiderit ex causa emtionis. *l. si per imprudentiam. ff. eo. l. emtor. inf. hic.* Quamobrem & de eo respondetur hic primo loco, vt sic deinde recto ordine perueniatur ad quæstionẽ de euictione. Placet ergo prædio in solutum dato, nihilominus causam pignoris alijs creditoribus constituti integram manere, quod rescriptum est ex iure certo, quod est in *l. debitorem, l. distractis. supr. de pig. l. si debitor, supr. de distract. pign.* Ex quo intelligitur, si creditores postea prædium euincant, iure ab illis euictum videri, ac proinde nihil esse in alienatione debitoris, quod impediat actionem de euictione. Hoc posito; tamen adhuc dubitabitur, an creditor, cui prædium euictum est, possit agere ob eam euictionem aduersus debitorem: nec abs re dubitatur. Nam si in proposito emtio contracta non est, creditor nullam actionem habet euictionis nomine. Primum; quia de eo nihil conuenit inter debitorem & creditorem, cum prædium in solutum daretur. Deinde; quia etsi conuenisset; tamen creditor ex ea conuentione actionem non haberet. Est enim pactum nudum; quia nihil dedit, aut fecit creditor ea lege, vt sibi id prædium præstaretur, aut eius prædij euictio, ex pacto autem nudo actio non nascitur, *l. legem supr. de pact.* Nihil eum dedisse debitori certum est. Nam debitor rem, quam debebat, prius vt suam habuit. neque aliam à creditore accepit, aut si accepit, accepit sine vllo pacto & constitutione.

Quibus † de causis generalitet probatum est, extra emtionem, & si qui sunt contractus emtioni similes, actionem ob euictionem non esse, vt hoc rescripto satis declaratur, & *l. 1. iuncta l. 2. supr. de rer. per.* quibus in locis de re in solutum data, aut permutata datur ob euictionem actio, solum hac ratione, quod hic negotia gerantur, quę vicem emtionis obtinent. Atqui † pignore in solutum dato creditori, de qua specie nunc agitur, non videtur dici posse emtionem esse contractam. Non modo enim nihil dictum est de emtione, sed etiã aperte prædium in solutum datum est. Sed etsi rem & mentem contrahentium spectemus, idem dicemus. Nam qui dat in solutũ creditori suo, id agit, vt negotium & obligationem præcedentem distrahat. Contraria sunt autem velle negotium distrahere, & velle contrahere. Quare qui in solutum dedit, non intelligitur contrahere voluisse, ac proinde nõ contraxit: collectio est *§. ut quoq; in fin. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Hæc dubitatio est, quæ mouit æstimationem huius loci.

Et respondetur, † nihilominus creditori vtilem actionem aduersus debitorem competere: Sed non adijcitur, quæ actio, neq; ad quid competat. Et actionem vtilem intelligere debemus ex emto, quæ in hoc genere solet competere, cum res in solutum data euicta est, vt diserte traditur *in l. eleganter. in pr. D. de pig. act.* Sed & hoc ex ratione huius rescripti satis colligitur, quæ ad aliã sententiam confirmandam referri non potest. Est enim hæc: nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. Primum Alexander contractum nominat, deinde ait, *eum vicem venditionis obtinere*, vt hic quasi venditionem contractam intelligamus, vnde sit illa actio vtilis; quam nominat. Sed quomodo hic potest esse emtio, vbi & verba repugnant, & finis soluentis, vt diximus? Emtio esse intelligitur ex ijs rebus, quæ interueniunt. Nam quoties pecunia pro re datur, toties emtio contrahi intelligitur, *l. naturalis, in princ. illic, & si quidem. Digest. de præs. verb.* Id autem fit in proposito. Non obstat, quod aperte pretium hic non dicitur: de quo tamen in emtione contrahenda conuenire oportet *§. pretium. Inst. de contr. emt.* Satis enim pretium dicitur rei solutæ, cum ea datur pro pecunia, quæ debetur. Apparet namque rem tanti æstimari, quanta est summa, quæ debetur: Sed tamen quia verbis aperte nõ contrahitur emtio, eo fit, vt nõ proprie emtio esse existimetur. Vnde non datur directa actio ex emto, sed tantum vtilis; quia scilicet contrahatur id negotium, quod obtinet vicem emtionis: vtpote omnia habens, quæ sunt emtionis propria. Nam quod supra diximus, *debitorem prædium in solutum dando non id agere, vt contrahat, sed vt distrahat potius*: vtrumque verum est, debitorem prædium hoc in solutum dare & contrahendæ emtionis causa, & nihilominus præcedentis obligationis dissoluendæ. Præcipuus quidem eius finis est, vt liberetur obligatione; nam nisi solutum voluisset, non vendidisset prædium.

Sed

Sed vt ad hunc finem perueniat, prius hoc ei propositum est, vt vendat, cum enim pecuniam non haberet, vnde solueret, idcirco vendidit prædium creditori, vt pretium inde debitum cederet in eam pecuniam, quam debet, atque ita compensatione liberaretur. Recte ergo dicimus euicto eo prædio emti actionem
4 vtilem creditori competere ob eam euictionem. Quid † est igitur, quod in *l. libera. in fin. supr. de sent. & inter.* aperte distinguitur emtor ab eo, qui in solutum accepit? Nempe hoc significat, hunc posteriorem non esse emtorem, vt est is, qui aperte emit. Quod & nos fatemur. Ideo enim non emtorem, sed quasi emtorem es-
5 se dic mus. Et † quo illic dicitur, *cum ancilla in solutum data est, posse ea euicta debitum repeti*, sane hoc significat. & verum est, euicta re in solutum data, veterem actionem de debito manere. Sed ea res non facit, quo minus etiam creditori competat vti is emti actio, vt est *in d. l. eleganter, D. de pign. act.* Vtramque hanc creditori competere non est otiosum. Re euicta expedit ei emti actionem potius habere. Est enim hac multo, quam illa, plenior: quippe quæ detur in id, quod creditoris interest, prædium euictum non fuisse, *l. si tibi, infr. hic.* Quod sæpe pretium excedit, vt est *in l. 1. in pr. D. de act. emt.* In eo enim continetur, & quanto pluris res valuit & præterea, quę in rem emtam, vt melior fieret, erogata sunt, *l. si controuersia. 9 l. cum successores. 23. infr. eod.* Rursum re nondum euicta, vtile est actionem de eo, quod debebatur, adhuc saluam habere. Nam tum actio ex emto creditori nulla est, quæ tunc solum competit, cum res, quæ tradita erat euicta fuerat: non ante, quamuis constet rem alij pignori obligatam esse, vt superiore rescripto diximus. Actione autem vetere integra manente, cum res aliena, aut pignori obligata in solutum data est, vt certe manet, *l. cum quis. §. qui hominem, D. de sol.* eueniet, vt ea agi possit etiam antequam res euincatur, si modo constet rem alienam, aut pignori obligatam datam esse. Et certe, etiam tum manere veterem actionem necesse est, si nouatione non est sublata. Nullam enim hic solutionem esse conuenit. Atqui nec nouationem hic interuenisse vllam apparet.

Ad L. Ex his. 5.

Idem A. Petroniæ.

Ex his prædiis, quæ mercata es, si aliqua à venditore obligata, & nec dum tibi tradita sunt: ex emto actione cõsequeris, vt ea à creditore liberentur. Idem etiam fiet, si aduersus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. PP. 15. Cal. Octob. Duobus & Aspris Coss. 213.

SVMMARIA.

1 *Re pignori obligata vendita posse emtorem aduersus venditorem ignorantem agere, vt pignus liberet re nondum tradita, semel autem ea tradita non posse: & cur hæc dissimiliter.*

2 *Re obligata marito æstimata data in dotem, posse maritum etiam re tradita agere, vt qui dedit, pignus luat aliter, atque in ceteris emtionibus: & differentiæ ratio.*

CVm res pignori obligata † vendita est, potest emtor aduersus
1 venditorem ex emto agere, vt pignus luat, sed hoc re vendita nondum tradita, vt hic nominatim adiectum est. Et recte. nam re tradita si deceptus emtor non esset, nullam aduersus venditorem actionem eo nomine haberet, quoniam satis est emtori præstari rem habere licere, *l. seruus, quem. §. vlt. D. de actio. emt.* Nec est, quod quisquam putet, ideo deteriorem conditionem emtoris fieri re tradita, quam nondum tradita. Nam re nondum tradita ideo agit; quia res ex emto ei tradi debuit, neque tradita est, *l. 1. in prin. & l. ex emto. D. de actio. emt.* Re autem semel tradita habet, quod ex emto ille debebatur Solum enim hoc, vt dixi, præstari debuit, vt ei habere liceret. Adde, quod re emtori tradita non potest emtor consequi à venditore, vt pignus liberet, nisi agendo. At re nondum tradita, id consequitur à venditore rem recusando. agit namque in hoc, vt sibi res tradatur: quod potest, quia hæc erat obligatio emti. Quod si res liberata à pignore ei traditur, bene est. Sin obligata adhuc traditur, licet ei impune dicere, non accipiam, priusquam liberes, & ad hoc obtinendum defenditur doli mali exceptione.

2 Sed † in hac re controuersiam facit *l. creditor. §. prædium D. de act. emt.* vbi re vendita tradita nihilominus datur emtori actio aduersus venditorem, vt pignus luat. Proponitur eo loco pater filiæ nomine prædium æstimatum marito eius dedisse in dotem. In quo etsi videtur datio in dotem esse, non emtio, de qua nunc agimus; tamen reuera emtio est. quotiescunque enim res alicui æstimata datur, æstimatio emtionem facit: & qui rem accipit, emtor est, qui tradit. venditor, vt qui pro re pretium rei traditæ accipiat. *l. plerumque §. pen. D. de iur. dot.* Et tamen in ea specie respondetur, si prædium æstimatum deprehẽdatur obligatum esse, posse maritum statim aduersus heredem patris, qui prædium dederat, agere, vt pignus luat, id est, liberet, contra quam significatur hoc loco, & rescriptum est *in d. l. 3. sup. eod.*

Hic respondendum est, quod est *in l. quoties, D. de iur. dot.* non simplicem hic emtionem esse, sed dotis causa. Ea res facit, vt quoniam mulieri soluto matrimonio pretium prædij in dotem dati restituendum est, maritus statim agere possit, vt à pignore liberum prædium habeat. Nõ enim æquũ est, eum soluto matrimonio pretium restituere, nisi prædiũ interim habeat pro pretio. At nisi iam nunc agat, vt pignus luatur, futurum, est, vt prędium non habeat; & tamen pretium debeat restituere. Sed aduersus eum, qui prædium dedit, aut heredem eius non licet agere, fieri potest, vt is desinat esse soluendo. Quod si fit, prædio quandoque euicto prædium illi perierit; quia eius æstimationem consequi non possit. Non ab eo, qui dedit, cuius inopia inanem fecit actionem, *l. 6. D. de dolo.* non à muliere, quæ prædium non dedit. Et tamen nihilominus pretium soluto matrimonio restituere debeat. Dote enim ab extraneo data, aut promissa, si qua marito aduersus eum de dote seruanda fuit actio, & hic forte defectus sit facultatibus, imputatur marito, cur eum non conuenerit, *l. si extraneus, Dig. de iur. dot.* Et in superiore *l. creditor.* aduersus extraneum agitur. Pater enim, à quo dos erat, iam decesserat, & filia hereditate patris se abstinuerat dote contenta. Cetera rescripti exposita sunt *ad leg. 3. supr.*

Ad L. Non dubitatur. 6.

Imper. Alexander A. Octauio.

Non dubitatur, & si specialiter venditor euictionem non promiserit, re euicta ex emto competere actionem. PP. 8. Id Martii. Alexandro A. Coss. 223.

SVMMARIA.

1 *Euicta re venditorem præstare debere euictionem emtori, quamuis de eo nihil aperte conuenerit.*

2 *Scienti rem alienam, aut pignori obligatam vendi, euictionem non præstari.*

3 *De euictione præstanda si conuenit, hanc emtori etiam scienti conditionem rei præstari.*

4 *Venditorem paciscentem de euictione non præstanda non teneri, si ignorans conditionem rei vendiderit: si sciens, conuentionem nihil ei prodesse.*

5 *Etsi ignorans quis rem alienam vendidit, & conuenit, ne euictionem præstaret; hactenus tamen eum re euicta teneri, vt saltem pretium restituat, dummodo & ignoranti vendiderit, & cur non obstet conuentio.*

L. ex emto. §. vlt. D. de act. emt. *explicatur ibid.*

DE euictione præstanda hic ius constituitur. De quo in vniuersum ita puto, recte statuetur, si dixerimus, primum quid de ea iuris sit, cum de ea nihil omnino conuenit deinde quid, cũ aliquid conuenit in alteram partem, vel vt præstetur, vel vt ne
1 præstetur. de quibus ita dicam breuiter ordine. Si † de euictione nihil aperte conuenit, placet nihilominus re euicta venditorem hanc præstare debere emtori, vt hic definitum est, *& l. ex emto, D.*
2 *de act. emt.* Sed † cum hac exceptione, nisi emtor sciens rem alienam, aut pignori obligatam emerit. Scienti euictio non præstatur. Vsque adeo, vt ne pretium quidem venditor restituere debeat hoc casu, *leg. si fundum, infr. hic.* Et recte. Nam hoc conuenit inter omnes, si venditor moneat rem alienam à se vendi, & pro tali vendat, eum teneri ob euictionem non debere; quia appareat nihil eum amplius vendere, quam quod habet. Et hinc est, cur placeat creditorem, pignore ab eo vendito, euictionis nomine non teneri, si res tanquam aliena euicta sit, dummodo tanquam

quam pignus, siue iure creditoris vendiderit, & reuera fuerit res illi pignori oblata, *l. ex emto. §. sententiam, D. de act. emt.* Quod si verum est, par est, etsi nihil tale dixerit venditor, si tamen emtor id ita esse non ignorarit, non magis ei præstari debere euictionem. Non enim debuit certiorari, qui non ignorauit, *leg. 1. in fi. ff. de act. emt.*

3 Quod † si de inuictione aliquid conuenit, quæri solet, vtrum, & quatenus conuentio seruanda sit. Et multum interest, conueneritne, vt euictio præstaretur emtori, an ne præstaretur. Si vt præstaretur, conuentio omnimodo seruanda est, quæ quidem in re gerenda interposita fuerit. & seruanda etiam emtori conditionem rei non ignoranti. Nam cum *in l. si fundum. inf. eo.* dicatur ei, qui fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit, euictionem non præstari hac conditione, si de euictione non conuenit: vi ipsa satis hoc dici intelligitur, si conuenerit in re vendenda, vt huic ipsi scienti euictio præstaretur, ei esse præstandam. Idq; per se satis efficitur generali edicto de pactis, quo prætor pollicetur se pacta seruaturum, quæ neq; dolo malo facta sint, neq; contra leges *l. iurisgentium, §. ait. D. de pact.* Nihil hic dolo malo facit emtor, qui sibi cauet: nec decipitur venditor, qui scit, quid promittat & consentit, *l. nemo videtur. D. de reg. iur.* Non est contra leges id pactum, quod est de re familiari & priuata: in qua licet vnicuique pacto deteriorem suam conditionem facere. *d. l. iurisgentium. §. si paciscar. l. pactum, D. de pact.*

4 Non eadem † causa est contrariæ conuentionis, si forte conuenerit, ne vēditor re euicta euictionis nomine teneretur. Nam neq; semper prodest venditori, neq; in totum: & in summa tunc solum propter hanc conuentionem tutus est venditor, ne quid re euicta præstet emtori, cum ille ignorauit rem alienam esse, hic sciuit alienam. Hoc quidem casu non teneri venditorem constat. Nam si emtori scienti non prestatur euictio, quamuis de ea nihil cōuenerit: *d. l. si fundum, inf.* multo minus ei prestandā esse dixerimus, si nominatim conuenit, ne præstaretur. Sed hoc ita est, inquam, si venditor rem alienam ignorans vēdiderit scienti. Quod si sciens vendidit ignoranti, nihil ei profuerit conuentio, quominus re euicta ex emto teneatur, *l. ex emto. in fi. D. de actio. emt.* Quippe venditor celādo emtorem decepit. Sic enim silentio suo consecutus est, vt is facilius remitteret euictionē, dum existimat venditorem agere bona fide. Hunc dolum vbiq; iudicio emti præstat venditor. *l. 1. §. 1. l. ex emto. §. sententiam, & §. vlt. in fin. D. de act. emt. l. ea, quæ. D. de cont. emt. & vend.* In quo nihil iuuat eum, sed oppugnat potius edictum prętoris de pactis quoniam ea non seruat prętor

5 quæ dolo malo facta sunt. Sed † etsi venditor & emtor ignorauerint rem alienam esse, tamen hactenus solum proderit supra scripta cōuentio venditori, ne re euicta teneatur in id, quod emtoris interest, quominus autem pretium saltem restituere debeat, non proderit: quæ sententia est Iuliani *in d. l. ex emto § vlt. D. de act. emt.* quam & Vlpianus confirmat eo loco repudians exemplum earū specierum, in quibus alea emitur: veluti cum emitur iactus retis, aut captus auium, vel missilium. quo in genere quamuis nihil captum sit, aut quod captū erat, sit euictum, nulla tamen eo nomine ex emto obligatio cōtrahitur, *l. nec emtio. D. de cont. emt.* Et recte exemplū repudiat. Hic enim nihil certi venditur, sed tantū quod capietur casu. quamobrem & hoc agi intelligitur, vt quamuis nihil incideret, tamen si emtio, & pretium apud venditorē maneat, quia spei emtio est, vt est *in d. l. nec emtio. de cont. emt.* Longe diuersum est, vbi res certa, & quæ in rerum natura est, venditur. de qua hoc agi constat, vt ipsa sit emta, ac sine ea nulla sit emtio. Sed hic obiicitur edictū de pactis, quo efficitur, vt pacta de re priuata seruanda sint, etiamsi sint cum incōmodo emtoris paciscentis coniuncta, *d. l. pactum, D. de pact.* Nihil id huic sententiæ aduersatur. Fatemur enim conuentionem hanc seruandam ita, vt nec venditor pretium restituere debeat re euicta, si nominatim id conuenisset. Nunc autem cum ita cōuenit, ne quid venditor euictionis nomine præstet, conuentionem sic interpretamur, ne præstet id, quod proprium est euictionis. Est autem hoc propriū, vt præstetur id, quod interest, *l. si tibi, inf. hic.* Id vero venditor propter conuentionem superiorem non præstabit. Sed non ideo efficiet conuentio, ne venditor pretium reddat, quia hæc interpretatio neq; verbis satis conuenit, neq; vllo modo congruit bonæ fidei iudicij naturæ, & præsertim naturæ emtionis: in qua negotium geritur mutuum, vbi venditor pretium accipit, sed vicissim rem tradit pro pretio. Et ideo bene dictum est à Iuliano, vt Vlpianus ibidem refert, bonæ fidei iudicium non pati hanc conuentionem, vt emtor rem amitteret, venditor pretium lucraretur. Hoc sic accipe, in re dubia. Nam si aperte conuenisset, ne venditor etiam pretium restitueret, dubitari non debet, quin conuentio seruanda sit ex edicto de pactis. Argumento erit creditor, qui pignus iure pignoris vendidit: quem placet re euicta non teneri, ne ad pretium quidem. *d. l. ex emto. §. sententiam. D. de act. emt.*

Ad L. Auctore. 7.

Idem A. Hilariano.

Auctore laudato, si euicta res est, fideiussorem (etiamsi agi caussam ignorauerit) cōuenirī euictionis nomine posse non ambigitur PP. 3. Non. April. Alexandro A. Cos. 223.

VEnditor euictionis nomine fideiussorem emtori dedit, non quia cogebatur, sed quia ita placuit, *l. emtori. D. eo.* Si emtori controuersia de re vendita moueri cœperit, satis est emtorem id denuntiare venditori, fideiussori denūtiare non est necesse. Itaq; post denuntiationem venditori factam re euicta, emtor actionē ob euictionem habebit, non tantum aduersus venditionem heredesue eius, sed etiam aduersus fideiussorem, vt hic cōstitutum est. Atenim venditori denuntiandum est, qui euictionis nomine tenetur. Cur non videatur etiam denuntiandum esse fideiussori, qui & ipse euictionis nomine obligatur? Sed hæc paria non sunt. Nam in obligatione fideiussoria nihil est propriū fideiussoris, sed totum pendet ex obligatione principalis rei. Est enim fideiussio accessio principalis obligationis, *§. fideiussores, Inst. de fideiuss.* Itaque vēditore liberato, vna etiam liberantur fideiussores sine vllo suo facto, *l. in omnib. speciebus, D. de solut.* E conuerso quoq; si venditor euictionis nomine tenebitur, vt hic teneri constat, cum ei denūtiatum est, necesse est & fideiussorem in eam caussam teneri, quia in hanc ipsam caussam conuentione se obligauit. huc facit *l. mora 88. D. de verb. obl.* Hoc autem denuntiare venditori, vt ad agendum caussam emtori adsit, hoc loco dicitur auctorem laudare, quod quia ad quæstionem sequentis rescripti pertinet, ibi dicetur.

Ad L. Emtor. 8.

Idem A. Clementino.

Emtor fundi, nisi auctori, aut heredi eius denuntiauerit, euicto prædio, neq; ex stipulatu, neq; ex dupla, neq; ex emto actionem contra venditorem, vel fideiussorem eius habet. Sed & si iudicio emtor non adfuit, aut præsens per iniuriam iudicu victus est absente auctore, vel fideiussore: regressum aduersus eum non habet. PP. 8. Id. Decemb. Alex. A. Cos. 223.

SVMMARIA.

1 *Iure rem euinci oportere? & hoc quid sit.*
2 *Euicta re vel culpa emtoris, vel iniuria iudicū, venditorem ob euictionem non teneri.*

Culpa emtoris euictam rem intelligi his modis:
- 3 *Si de possessore petitor factus ob id victus est.*
- 4 *Si cum posset faciliore iudicio rem persequi, maluit difficiliore experiri exempla.*
- 5 *Si emtor aliqua exceptione ex persona sua remotus est.*
- 6 *Si caussam non defendit, vt debuit, dum aut non adfuit caussæ agendæ, aut exceptiones aliquas prætermisit.*
- 7 *Si venditori non denuntiauit in tempore litem sibi moueri: & cur.*

8 *Denuntiandum venditori, heredi ue eius, non autem necesse esse denuntiare fideiussori.*
9 *Denuntiationem omissam emtori non nocere, siue venditor absit: siue fecerit, ne sibi denuntiaretur: siue iuste ignoret emtor, vbi sit.*
10 *Denuntiandum pupillo venditoris heredi, quamuis tutor absit.*
11 *Denuntiandum venditori, quamuis litem moueri emtori non ignoret.*
12 *Quo tempore denuntiandum sit, vt agendam caussam adsit: quo tempore heredi, sive aliena soluta moueatur de ea re controuersia legatario.*
13 *Auctor proprie venditor ab augendo: & cur.*

14 *Auctor per metaphoram omnis, qui alicuius rei habenda alteri caussam probet: vnde translatum.*
15 *Laudare auctorem quid.*
16 *Venditore caussam negligente emtorē nihilominus caussam agere debere. hac deserta si vincitur, actionem de euictione non habere.*
17 *Iniuria iudicis victo emtori euictionem non præstari.*
18 *Fideiussorem iniuria iudicis victum nihilominus actionem habere aduersus reum, pro quo soluit: & cur dissimiliter in emtore iniuria iudicis victo, cum agitur aduersus venditorem.*
20 *Emtorem à venditore de proprietate rei victum, licet culpa emtoris sit, qui agentem exceptione non remouit, aut iniuria iudicis, nihilominus actionem habere ob euictionem: & cur.*

HOc rescriptum continet de euictione eam sententiā, quam
1 initio huius tituli posuimus: non esse † satis videlicet ad euictionem, rem venditam emtori iudicio ablatam esse, sed & iure oportere esse euictam, quod verbum positū est *in l. 4. sup.* Eo verbo continetur, vt non aliter euictionis nomine teneatur venditor, quam si condemnatus sit, cum malam caussam haberet, puta quia res in caussa esset, vt iure ei euinci posset, vel tanquam aliena
2 vel tanquam pignori obligata. Quapropter † duabus de caussis efficitur, vt quamuis res euincatur iudicio: tamen venditor ob eā euictionem nō teneatur. Vna caussa est si res euicta sit culpa emtoris: altera, si euicta sit iniuria iudicis. Prior caussa hic vno & altero exemplo declaratur: posterior etiam expressa est, vtraq; diserte comprehensa in *l. 1. supr. de rer. perm.* de vtraq; cognoscendum est. Culpa emtoris est, cum ea prætermisit, quæ ad retentionem, aut defensionem rei pertinebant, & ob id victus est. Id autē
3 quinq; modis accidit. Primus est, † cum emtor sua culpa possessionem rei venditæ amisit, qua ex re de possessore petitor factus victus est, nō quia possessor probaret se dominum esse, sed quia emtor se dominum esse probare non potuit, vnde & possessor absolutus est, iuxta *l. qui accusare sup. de eden.* Species posita *in l. si rem, §. 1. D. eo.* Hoc facto negari nō potest, quin emtor victus sit sua culpa: cum si possessionem retinuisset, aduersarius eius rem non euicisset. Etenim si egisset aduersus emtorē, neq; de iure suo probare potuisset, vt nunc probare non potuit, emtor idemq; possessor esset absolutus, & in suo loco mansisset possessio, *d. l. qui accu-*
4 *sare. §. retinendæ, vers. commodum. Inst. de interd.* Secundus † modus est, cum emtor quamuis casu & sine culpa possessione amissa, cū faciliore iudicio & expeditiore rem persequi posset, maluit difficiliore experiri. Veluti, si cum posset Publiciana agere, aut actione, quæ competit de agro vectigali, rei vindicatione vti maluerit, cum esset à venditore admonitus, *l. si cum venditor, D. eod.* Publiciana actione is vincit, qui probat solum se ex iusta caussa ab aliquo accepisse: quod facile probatu est. Actione de agro vectigali is vincit, qui actorem suum non dominum, sed vectigalis prædij possessorem solum fuisse probat. At in rei vindicatione nō est satis probare se rem ex iusta caussa accepisse, sed probandum est etiam, eum à quo acceperis, dominum fuisse: quod est probatu difficilimum. Intelliguntur hæc ex *§. namq; Inst. de act. l. in rem. D. de rei*
5 *vind. & l. 1. D. si ager. vectig. vel emph. pet.* Tertius modus est, † cū idoneo & expedito iudicio vsus emtor aliqua exceptione remotus est, quæ ei obiecta sit à possessore ex persona eius, *l. hoc iure. & seq. D. eod.* Veluti, si cum excidisset emtor possessione rei, & mota cōtrouersia inter eum & possessorem pactus esset, se fundum illum amplius non petiturum, aut iusiurandum possessori detulisset, & ille iurasset suum fundum esse: post deinde ipse iudicio de ea re instituto summotus sit à possessore exceptione pacti superioris, aut exceptione iurisiurandi, quantum vtraq; ex persona & facto
6 emtoris aduersus illum nata est. Quartus † modus est, cum emtor possessionem rei adhuc retinet: sed dum res ab eo vindicatur, caussam non defendit, vti oportet, & debuit, quod dupliciter cōtingit. Vno modo, si non adfuit, quæ caussa hoc rescripto addita est in illis verbis, *sed & iudicio*, & clarius posita est in *l. si ideo, in prin. D. eod.* Altero modo, si emtor cum exceptiones aliquas haberet, eas prætermisit exemplo fideiussoris, qui idem fecit, de quo in *l.*
7 idemq;, *§. generaliter, Dig. mandat.* Postremo † hoc in præcipua culpa emtoris numeratur, cur vincatur, si venditori suo non denuntiet litem sibi moueri de re vendita. Nam venditor vt auctor & rei dominus, scire potuit ius suum, & quibus rebus id ius instrueretur. Itaq; & ipse caussam proprietatis & emtoris instruere potuit admotus: quod si non fecit, quia denūtiatum ei non est, perspicuum est ideo emtorem victum esse, quia culpa sua instructus nō fuerit ad caussæ defensionem. *l. si fundo. §. vlt. ff. eod.* Hac de caussa etiamsi emtor in caussa agenda & deferenda præstet officia omnia, tamen hoc inprimis ab eo exigitur, vt lite sibi mota id denuntiet venditori, vt is, si videtur, ad caussam agendam adsit, vt hoc rescripto cautum est, & *l. seq.* item *l. si parentes. in fi. l. cum successores. inf. eo. d. l. si fundo. §. vlt. ff. eo.*

In † hac denuntiatione hæc cognoscenda sunt: cui hoc denun- 8
tiandum sit litem moueri emtori, an semper denuntiādum: postremo quo tempore denuntiandum. Et auctori, id est, venditori denuntiandum est, aut eo mortuo heredi eius, vt hoc rescripto comprehensum est, & seq. Fideiussori denuntiare non est necesse, si superioribus denūtiatum fuerit: tametsi verum sit, non minus teneri fideiussorem euictionis nomine, quam venditorem. *l. auctore sup.* vbi ratio exposita est. Neq; † tamen his semper denū- 9
tiare necesse est. Sunt in eo hæ conditiones, vt venditori denuntiandum sit, si & præsens sit, & sui copiam faciat. Absente venditore omissa denuntiatio nihil nocet. *l. si ideo. §. vlt. ff. eo.* Absens qui definitur *in l. absentem. ff. de ver. sig.* Sed & si venditor præsens sit: si tamen aut dolo fecerit, ne sibi denuntiaretur, aut nesciat emtor, vbi sit, impune denuntiatio omittitur. *l. si dictum. §. si præsente ff. eo.*

Quod † si hæc concurrent, vt & præsens sit emtor, & sui copiā 10
faciat omnimodo ei denūtiandum est, adeo vt placeat etiam pupillo, qui patri venditori successerit, denuntiandum esse, quamuis eius tutor absit. *d. l. si dictum. §. vlt. ff. eo.* Non obstat quod tutoris auctoritas in hac denuntiatione non interuenit, alioqui ceteris in rebus ad pupillum obligandum necessaria. *Instit. de auct. tut.* Nam etsi neq; pupillus, neq; tutor præsentes essent, tamen impune & sine vtriusq; voluntate omitteretur denuntiatio, vt in omnium venditorum absentiam persona ius esse supra dicimus.
Quæsitum est hoc loco, † an venditori præsenti denuntiandum 11
sit, si is litem emtori suo moueri non ignoret. Mouet dubitationem, quod dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant *l. 1. in fi. ff. de act. emt.* Et recte placuit nihilominus venditori denuntiandum, vt ad agendum adsit. Nam ea rescripta quæ hac denuntiatione citauimus, puta hoc, *& l. seq. l. si parentes. l. cum successores. inf.* denuntiationem præcise exigunt. Vbi autem lex denuntiationem exigit, hanc semper interuenire oportet, etiamsi is, cui denuntiandum ex lege est, non ignorauerit id, de quo agitur. *leg. denuntiasse in pr. ff. ad l. iul. de adult.* At enim recte dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. Rectissime dum de eo agatur, quod non ignorant. Sed id huc non pertinet. Etenim lite emtori mota de duabus rebus agitur, quarum vnam scit venditor, alterā ignorat. Lis emtori mouetur: hoc scit venditor, de ea re moueri non debuit. Sed agitur præterea de voluntate emtoris, quæriturque, vtrum sibi velit adesse vēditorem, an vero caussam periculo suo agere. Hanc voluntatem cognoscere venditor non potest, nisi emtor ei denuntiet, quid fieri velit. Recte igitur ad hanc declarationem voluntatis denuntiationem emtoris exigimus.

Quo † tempore emtor venditori denuntiet, vt ad agendum 12
adsit, nihil refert, vt traditur *in l. si rem 29. §. vlt. ff. eod.* Sed additur, dummodo ne prope ipsam cōdemnationem id fiat. Quibus verbis hoc dici intelligere debemus, posse quidem emtorem ante condemnationem denuntiare venditori suo quouis tempore, dū tamen tunc denuntiet, cum adhuc integrum erit venditori caussam instruere, ne emtor vincatur. Nam si ad rem satis temporis non erit, dolo emtoris id factum est, quam ob caussam venditor ei non tenebitur re euicta, *l. si fundo. §. vlt. ff. eo.* Hic opponitur *l. qui concubinam. §. penult. ff. de leg. 3.* vbi in persona heredis, qui homine generaliter legato certum hominem legatario dedit, scriptum est, si de eo homine controuersia fiat legatario, legatarium debere ante litem contestatam denuntiare heredi, vt homine euicto actionem aduersus heredem habeat. Dicendum est, quod & Bartolo videtur, aliam caussam esse emtoris & venditoris, aliam heredis & legatarij. Nam in emtione re tradita, incipit res & caussa emtoris esse propria. Incipit enim exinde commodum & incommodum omne rei ad eum pertinere. *§. cum autem. Institut. de emt. & vend.* Et ea dicitur propria caussa euiusque, ad quem commodum & incommodum suo nomine pertinet. *l. 1. §. in propria. ff. quand. appellan. sit.* Quocirca si in hac caussa fit emtori controuersia proprietatis, iure suo is facit, si caussam defendit & persequitur suo arbitratu: dummodo defensionem integram venditori relinquat ante sententiam. Diuersa caussa est legatarii. Nam re legata euicta, nullum in eo periculum agitur legatarij: vbi si heres euictionem præstat, solum incommodum est heredis. Si non præstat, tamen nullum est incommodum legatarij, cui pro re legata nihil abest. Quare recte visum est in ea re, cuius periculū

ad he-

ad heredem pertinet, totam caussam heredis arbitrio permitti debere, vt ipse de ea statuat, vt vult, aut sibi commodum existimat. Atque hoc ius est de hac denuntiatione.

De verbis iuris ad hanc denuntiationem significandam vsitatis monendi sumus totum hoc, denuntiare vēditori, vt ad agendum adsit, veteres vno verbo dixisse laudare auctorem suum, vt *in l. auctore. sup. l. Herennius. §. 1. ff. eo.* Quorum verborum hæc signi-
15 ficatio & ratio est. Auctor † venditorem proprie significat, quod cum ex innumeris aliis locis intelligitur, tum maxime ex hoc rescripto, & *leg. si controuersia. seq.* Ita dictus venditor ab augendo. An quod, vt quidam volunt, venditor auget emtorem re vendita? Non satis conuenienter rei hoc dicatur. Ista enim ratione etiam emtor, & is quidem maxime dici debuit auctor, quia præcipue is auget venditorem pretio, cuius dominium in venditorem transferre debet, cum venditor non amplius debeat, quam rem tradere. *l. ex emto. in pr. ff. de act. em.* Nunc autem scimus nunquam emtorem auctorem dici, sed semper auctorem ab emtore distingui. *l. hoc iure. & l. seq. ff. eo. & hac leg. emtor. & leg. seq.* Sed dicitur auctor ab augendo pretio, quia venditoris demum est, qui cum effectu emtoris pretium auget, vt puta, emtor offert viginti: venditor dicit, non esse satis, & postulat aliquid addi. Emtor addit quinque: venditor negat adhuc esse satis. Emtor addit alia quinque, vt sint triginta. Et hoc venditori placet. Hic perspicuum est, hæc omnia aucta esse emtori à venditore: vnde merito auctor di-
14 ctus, quoniam auget. Idem † venditor dominus est rei, certe rei habendæ & possidendæ ius habet: quod & ius in emtorē trāsfert venditoris iure. Inde factum, vt omnes, qui alicuius rei habendæ & obtinendæ initium ac caussam alij præstarent, hi dicerentur auctores ei rei. *l. 4. §. auctores. ff. de dol. & met. excep.*

19 Laudare † autem veteribus est nominare, & appellare, vt Agellius docet *lib. 2. cap. 6.* Macrob. *lib. 6. cap. 7.*

16 Ex † his apparet, si controuersia mota de proprietate rei venditæ emtor sibi consultum velit, recte eum facturum, si statim id denuntiet auctori suo. Si is caussæ defensionem suscipit, liberatur emtor omni molestia iudicij, & nihilominus re euicta actionem habebit de euictione. Quod si venditor defensionem negliget, sciat emtor non ideo se liberari, sed vt in caussa sua agere debere, & caussam defendere quibuscunq; modis potest. Quod nisi faciat, quia sua culpa vincitur, euictio ei non præstatur, vt hic traditum est.

17 Sed † etsi omnia faciat emtor, quæ ad defensionem rei pertinent, tamen etiam altera caussa est, quæ inhibeat actionem ob euictionem, si iniuria iudicis res euicta sit, vt hoc rescripto item comprehensum est. Neque hic quidquam interest, vtrum emtor sordibus iudicis & corruptione victus sit, an imperitia, vt est *in l. per imprudentiam. ff. eo.* Quod ideo dictum est, quia si iudex pecunia corruptus sententiam aduersus emtorem tulerit, sententia nullius momenti est. *leg. venales sup. quan. prouoc. non est nec.* vt hoc casu cum emtori sententia nihil noceat, frustra ei detur actio aduersus venditorem euictionis nomine. Sed non idem iuris est, si iudex per imperitiam iudicauit: valet enim sententia nihilominus, nisi prouocatum sit. *l. cum prolatis. ff. de re iud.* Vnde dubitatio, quæ eximitur *in d. l. si per imprudentiam.* cum adiicitur, etsi per imprudentiam iudicauerit iudex, tamen emtorem aduersus vendi-
18 torem regressum non habere, addita hac ratione, quia iniuria emtori facta venditori nocere non debeat. Sed opponitur † exemplum fideiussoris. Nam quemadmodum emtor si conueniatur de proprietate rei, caussam recte tueri debet, vt actionem ob euictionem habeat: ita & fideiussor conuentus si aliquas exceptiones habeat ex persona rei principalis, iudicio contendere, & his exceptionibus vti debet, vt mandati actionem aduersus rem nanciscatur, si postea victus soluerit. *l. idemque. §. generaliter. ff. mand.* Et tamen si fideiussor nulla sua culpa, sed iniuria iudicis victus sit, nihilominus mandati actionem habet. *leg. exceptione 67. ff. de fideiuss.* Cur non igitur & in emtore iniuria iudicis victo idem dixerimus? Sed in promtu est differentiæ ratio. Nam emtione contracta omne periculum rem ad emtorem pertinet. *leg. necessario. ff. de per. & com. rei vend. §. cum autem. Institut. de emt. & vend.* In periculo autem & casu fortuito est omnis iniuria ab alio illata, quia nulla diligentia iniuriam alienam vitare possumus. *l. ad eos. ff. com. l. sed de damno. ff. loc.* Quare & hoc periculum iniuriæ ad emtorem pertinebit. Diuersa caussa est fideiussoris: huius negotium in fideiussione non geritur, sed rei principalis: quam ob caussam & ipse, & quisquis negotium alienum gerendum suscepit vel ex mandato, vel sine mandato, culpam tantum & diligentiam vt in re aliena, non etiam casum fortuitum præstare debet. *l. contractus. ff. de reg. iur.*

Atque † hæc caussæ sunt duæ in summa, propter quas emtor 19
re euicta actionem ob euictionem aduersus venditorem non habet, emtoris culpa, & iniuria iudicis. Sed ex hoc iure excipiantur emtores victi ab iis, qui euictionem præstare debeant, puta victi aut à venditore, aut ab heredibus eius, aut à fideiussore euictionis. Propone hoc modo: venditor fundum alienum vendidit, & tradidit emtori. Idē domino fundi exstitit postea heres, atque dominus fundi successione factus est. Quo iure vsus cœpit eum fundum tanquam suum ab emtore vindicare. Hic duo sunt emtori remedia aduersus venditorem. Nam primum, si videtur, potest vindicantem exceptione doli summouere. *l. vindicantem. ff. eo. l. exceptione. inf. eod.* Quod si hoc non placet, liberum est ei pati venditorem agere, & se vinci: ea lege, vt si eo iudicio res illi à venditore euicta sit, nihilominus actionem habeat aduersus venditorem ob euictionem. *dict. leg. vindicantem. & seq. ff. eo.* Atqui si ius superius sequimur, emtor in hac caussa actionem ob euictionem habere non potest. Nam exceptionem doli mali, qua submouere emtorem poterat, si non opposuit, culpa eius est. Si opposuit & tamen victus est, iniuria illi manifesta facta est à iudice. Ita alterutra de caussa necesse est, eum actionem non habere, si in iure superiore consistimus. Sed hac in hac caussa non placuit, vt dixi, cum aut venditor euincit, aut ceteri, qui euictionis nomine obligantur. Merito. Esto enim, obiici hic possit aliqua culpa emtori. At hæc maiore venditoris culpa, atque adeo manifesto dolo in ea caussa vincitur. Quæcunque enim hic condemnatio fuit, huic caussam dedit improbitas venditoris, qui hoc iudicium mouit, & quem in ea venditione tueri debuerat, eum iudicio isto oppugnauit. Quare si agentem de euictione emtorem summouebit exceptione, quasi culpa sua victum, merito replicatione doli mali exceptio elidetur: eritque in eam rem actio ex stipulatu, intellige simplici, vel ex dupla, id est, ex stipulatione duplæ, vel ex emto, vt hoc rescripto expressum est: quæ verba quid valeant, exponetur commodius *ad l. si tibi infr.*

L. Si controuersia. 9.

QVod de denuntiatione hic dicitur, pertinet ad rescriptum superius, vbi dixi. Quod reliquum est, re euicta hic datur actio emtori aduersus venditorem, successoremue eius in id, quod emtoris interest, qui locus recte reiicietur *ad l. si tibi infr.*

L. Si fines 10.

Idem A. Largo.

Si fines agri venditor demonstrauit, & legem dixit intra eos neminem ingressurum: si quid inde euincatur, periculo fit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstraui, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet. PP. 7. Calend. Decembr. Maximo II. & Aeliano Coss. 224.

SVMMARIVM.

1 *Finibus fundi certis demonstratis, si quid ex his euincatur, an, & quando præstanda sit euictio.*

VEnditor fundum Tusculanum, † qui constabat centum iu- 1
geribus emtori vendidit, & in finibus demonstrandis dixit, *fundum continere centum quinquaginta iugera.* Ex hoc numero quinquaginta euicta sunt, vt reuera aliena erant, non fundi Tusculani. Quæsitum est, *an venditor ob euictionem eorum iugerum teneatur.* Distinguitur. Si venditor fines demonstrauit, & legem dixit, id est, demonstrauit nominatim adiecta hac lege & conuentione, ne quis in eos ingrederetur, euictionem præstabit, quod hic scriptum est in principio. Plus dicimus etsi venditor tantum fines demonstrauit, neq; quidquam adiecit nominatim de his finibus præstandis, nihilominus tamen eorum euictionem eum præstare debere: hoc *in leg. qui fundum. ff. eo.* Et recte: nam quæcunque dicuntur ita, vt præstentur emtori, præstanda sunt. *leg. sciendum. §. 1. ff. de edil. ed.* Sunt autem in hac caussa, quæcunque ita dicuntur, vt propter hæc res pluris vendatur, *leg. ea, quæ. ff. de cont. emtion.*

Nemo porro dubitat, quin quo ampliores fines fundi erunt, eo pluris fundus sit, atque ideo pluris veneat. Quod si venditor fines quidem demonstrauit, sed ita, vt nihilominus diceret se fundum vendere suis finibus, quidquid vltra veros fines eius fundi euictum erit, venditor non præstabit: quæ altera pars est distinctionis tradita hoc scripto. Hoc ideo, quia idipsum actum est. Nam qui vendit fundum suis finibus, siue intra suos fines, aperte hoc dicere intelligitur, se fundum vendere tantum, quantus est, non vltra.

Nemo autem venditor rei à se non venditæ euictionem præstat, vt diximus *ad l.1.supr.* Et quod demonstratio ampliorum finium vel præcessit, vel secuta est hanc conuentionem, ideo factum est, vt admoneretur sui iuris emtor, non autem vt venditor vltra veros fines quidquam præstaret, vt conuentio declarauit. Quod tamen de eo venditore accipiendum est; qui putauit eos fundi fines esse, quos demonstrauit. Nam qui sciuit minores fines esse, & ampliores dixit, præstabit, nec defendetur conuentione, quæ dolo malo facta est. Hoc enim ipso decepit emtorem quod cum sciret minores fines esse, non solum celauit emtorem, sed etiam mentitus est esse ampliores. *l.1.§.1.ff.de act.em.* Remoto dolo si quis fundum vendiderit suis finibus, quoscunque prius dixerit sibi videri, verum est, quod hic scribitur, litem finalem ad eum non pertinere. Ideo autem non pertinet, non quia fines isti euincantur finium regundorum iudicio & perperam in glossa scriptum est, cum nihil interfit, quo iudicio res vendita emtori euincatur. *l.si mancipium.§.1.ff.eo.* sed quia qui postea euincentur fines, hi fines fundi non fuerunt. Nunc autem proponitur venditor fundum vendidisse finibus suis, quæ adiectio conuentionem habet apertam, alios fines, quam qui veri fines sunt, præstari non debere.

L.Exceptione.11.

Idem A. Clementi.

Exceptione doli recte eum submouebis, quam ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine cõtrouersiam refert, quasi per vxorem suam, antequam tu emeres, comparauerit: qui vẽditioni adeo consensum dedit, vt se etiam pro euictione obligauerit. PP. Non. Feb. Pompeiano & Peligno Coss. 232.

SVMMARIA.

1 *Qui re euicta tenetur ob euictionem, eum de re vendita controuersiam emtori mouere non posse: agentem exceptione doli mali summoueri, quisquis est, siue venditor, heresve eius, siue fideiussor, heresve eius.*

2 *De herede fideiussoris vindicante: vbi &* l.vlt.hoc tit. *explicatur.*

3 *Suprascripti iuris ratio.*

HIc illa definitio in vniuersum statuenda est, quæ declaratur cum hoc rescripto, tum apertius. *l.si ob caussam. & l.siue possessio.seq.inf.eo.tit.* † quisquis re euicta ab alio, ob euictionem obligatur emtori, eum de re vendita controuersiam mouere non posse: quod istorum obligatorum genera declarabunt. Euictionis nomine obligantur hi quatuor, venditor, itemq; venditoris heres, *l.si controuersia.sup.fideiuss.* qui idem secundus actor, id est, venditor appellatur, *l.4.ff.eo.* & itẽ heres fideiussoris, *l.vlt.inf.hic.* Hos omnes dicimus, si rem vendicent ab emtore, etiãsi ex noua caussa, quæ euictionem secuta sit, tamen frustra controuersiam mouere, quia exceptione doli mali ab emtore summoueri possint. De venditore vindicante traditur *in l.vindicantem. ff.eo. & in l.si ob caussam inf.* De herede vẽditoris *in l.siue possessio.inf.* De fideiussore hic scriptum est. De herede † fideiussoris dubitari potest propter *l.vlt.inf.hic.* vbi scriptum est, heredem fideiussoris posse rem suam ab emtore vindicare, si non iure hereditario, sed ex persona sua dominium vindicet, id est, si non ideo rem vendicet, quia res fuerit fideiussoris, eiusdemq; decessoris eius, in cuius dominiũ postea heres successit, sed ideo, quia res eius fuerit propria, peruenerit; ad eum ex alia caussa, quam hereditaria. Sed hoc priorem sententiam non mutat. Ita enim verum est, heredem fideiussoris, qui rem ex persona sua ita vindicat, iure vindicare, vti certe verũ est, *l.in rem ff. de rei vindicat.* vt nihilominus vindicans exceptione doli mali possit summoueri. Nam & de herede venditoris idem scriptum est *in l. Seia. ff. eod.* quod de herede fideiussoris *in d. l. vlt. inf.* Et tamen nihilominus adiicitur *in d.l.Seia.* heredem iure alioqui vindicantem exceptione summoueri posse. Idque etiam satis defenditur eadem *l.vlt.inf.* Nam illic etsi tribuatur heredi fideiussoris, vt iure rem vindicare possit: tamen hoc additur, eum re inuicta ob euictionem teneri: certo argumento, si rebus integris controuersiam facit emtori, posse eum exceptione summoueri. Hoc ex priore colligitur & *in l.si ob caussam* & *in l.siue possessio. inf. hoc tit.*

Et recte hoc † ita constituitur, vt quisquis ob euictionem rei obligatur, is de ea re controuersiam mouere non possit, duabus de caussis. Primum, quia quod de euictione obligatur, indicio est eum emtorem in re vendita defendere debere. Qui defendere emtorem debet perspicuum est ei emtorem oppugnare non licere: sunt enim hæc contraria. Deinde pro certo definitur, omnem dolo facere, qui petit id, quod restituturus est: ex quo etiam aduersus eum, qui ita petit, comparata est doli mali exceptio *l.dolo.ff.de doli mali & metus except.* At qui tenetur ob euictionem rei venditæ, is de ea re restituenda tenetur, aut quod tantundem valet, tenetur in id, quod emtoris interest, eã rem præstari. Quare si eam rem petat, ad superiorem definitionem pertinet.

L.Siue.12.

Imperator Gordianus Augustus Philino.

Siue in libertatem euictus est seruus, quem mercatus es, siue comparares, conuenit, vt si quæstio nomine eius relata esset, & si necdum euictus esset, in pretium recuperares: præses prouinciæ, quod tibi præstandum animaduerterit, restitui iubebit. PP. 7. Idib. Mart. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIVM.

1 *Euictio quibus ex caussis præstanda.*

EVictione † rei venditæ iure secuta constat venditorem ob euictionem teneri. *leg. 6. supra.* In eo nihil interest, qua de caussa iure res euincatur, & auferatur emtori vtrum ideo, quia aliena, aut pignori obligata erat, *leg.3.supr.* an vero quia tanquam seruus, aut ancilla vendita, quia venditi liberi erant, & in libertatem euicti sunt, de quo hoc loco. Nondum re euicta venditorem emtori non teneri scriptum est *in dict. leg.3.supr.* Hæc exceptio est, extra quam si contra conuenerit, quæ conuentio dicitur hoc loco seruanda esse.

L.Si ob caussam.13.

Idem A. Zoilo.

Si ob caussam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui præcipiendi ius fuit, eaque, de quibus complecteris, tu mercatus es: frustra ab ea, quæ condemnata est, vel quæ in eius locum successit, eorum refertur quæstio: quandoquidem & si euictio eorum ab alio subsecuta fuisset, aduersus eos debuisse dari actionem, à quibus pretij solutio proficit, rectissime responsum est PP. 16. Calend. Iun. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIA.

1 *Pignoribus ex caussa iudicati distracta euictis, debitorem tanquam venditorem de euictione teneri, non magistratum, non apparitores, non creditorem.*

2 *Actionem ex hac caussa esse non in id, quod emtoris interest, sed dumtaxat de pretio.*

PIgnoribus debitoris in caussam iudicati captis, & auctoritate magistratus, cui de ea caussa iurisdictio fuit, per apparitores distractis, tam res in emtores transferuntur, quam si à debitore ipso eodemque possessore venditæ essent. *leg.1.leg.2.sup.si in cau.iud.pig.cap.sit.*

Hic

1 Hic † quæritur ad cautionem emtorum aduersus futuros casus euictionis, quis in hac venditione venditor haberi debeat, vt cum eo agi possit de euictione, vtrum magistratus, qui iussit vendi, an apparitores, qui vendiderunt, an creditor, cuius opera factum est, vt pignora venderentur, an debitor, cuius res fuerunt. Et placuit in hac specie, eum vere venditorem videri, proinde & aduersus eum dari debere actionem re euicta, cui pretij solutio proficit, seu qui pretio liberatus est, vt hic traditur *in fin. & l. si plus. antep. in pr. ff. eo.* Is autem est debitor, cuius pignora capta distracta sunt. Superiores, vt magistratus, apparitores, item creditor, videri possunt in hac specie vendidisse, quia de re & pretio conuenerunt cum emtoribus: apparitores aperte, magistratus & creditor, quia res vendi mandarunt. Vendit autem, quisquis per alium vendit. Sed reuera nemo horum venditor est. Quidquid enim hi agunt, non suo nomine agunt, sed debitoris, cuius res est, neque id agitur, vt pretium ad eos redeat. Solus est debitor, ad quem emolumentum huius venditionis pertinet: quam ob caussam & merito existimetur vendidisse. Hinc scilicet illa consequentia, de quibus hoc rescripto comprehensum est, vt & is re euicta teneatur euictionis nomine, idque actione ex emto, vt est *in dict. l. antepenult. ff. eod.* & præterea debitor, qui ob euictionem ita obligatur, controuersiam de re vendita emtori mouere non possit, qui præcipuus scopus est huius rescripti, de quo *in l. exceptione. sup.*

2 Hactenus † tamen debitorem euictionis huius nomine teneri placet, vt sit actio aduersus eum, non quanti interest emtorum, sed de pretio dumtaxat, eiusque vsuris, habita ratione fructuum, vt est *in dict. leg. antep. ff. eod.* Nec abs re: quod enim illo inuito & ab alio gestum est, non proprie ab illo venditum dixeris: vt vltra, quam ad eum peruenit, non sit ex bona fide eum teneri.

L. Siue possessio. 14.

Idem A. Secundino.

Siue possessio venditoris fuit, filius eiusdemque patris heres frustra quæstionem mouet: siue non patris, sed filij ius possessio fuit, de qua iure hereditario auctor laudari potest: controuersiam mouere non potest. PP. 14. Calend. August. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.

SVMMARIVM.

1 *Heredem venditoris de re à defuncto vendita, quamuis sua, controuersiam actori mouere non posse: & cur.*

1 HEres venditoris † si rem venditam vindicet ab emtore, negat hoc rescriptum id eum iure facere posse, quocunque iure & cuiuscunque ex persona id faciat, quod diuisione ostendit. Aut enim heres vindicabit vt hereditariam, quæ olim defuncti fuerit, aut vt suam & proprio iure. Si vt hereditariam, id est, ob id, quod venditoris fuerit, & ipse venditori successerit, frustra vindicat: sic enim vindicat alienam. Nam si venditor dominus fuit, rem tradendo dominium transtulit ad emtorem, eoque & dominus esse desiit. §. *per traditionem. Institut. de rer. diuis.*

Quæ defuncti non fuit, ea nec successione fiet heredis, cum hereditas non sit, nisi successio in id, quod fuit defuncti. *leg. hereditas. ff. de regul. iur.* Sic fit, vt heres rem defuncto venditam nullo iure vindicet vt hereditariam: cum in rem actio soli domino competat. *leg. in rem. ff. de rei vind.* Quod si res fuit heredis, quam olim defunctus vendidit ignorante herede, quam ideo & vt suam & ex persona sua vindicet, plus ea res habeat dubitationis, numnam hanc saltem possit vindicare: ac videatur etiam non prohiberi id facere, neque ex persona defuncti, neque ex sua. Non ex persona defuncti, quia is rem alienam tradendo eius dominium transferre non potuit. *leg. traditio. ff. de acquir. rer. do. l. nemo plus iuris. ff. de reg. iur.* Non ex persona sua, quia heres neque rem vendidit, neque venditioni consensit, quę in quo domino sunt, ei venditio aliena non nocet. *leg. quidam ff. eodem.* Et omnino ita res habet, vt si ius summum spectemus, is heres iure eam rem ab emtore vindicet. *leg. Seia. ff. eodem.* Sed nihilominus exceptione summoueri potest, vt ita effectu frustra vindicet. *dict. leg. Seia. in fin.* Ad quem effectum referri debet, quod absolute dicitur hoc rescripto, heredem de re sua à defuncto vendita emtori controuersiam mouere non posse. Non potest propter exceptionem: cum nihil intersit, vtrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* Exceptio aduersus heredem ex eo, quod etsi venditor non transtulerit dominium rei venditæ, qui dominus non fuit: tamen vendendo euictionis nomine se obligauit. *l. ex emto. ff. de act. emt.* In hanc obligationem heres succedit. *leg. qui in ius. ff. de regul. iuris.* §. *vlt. Institut. de loc.* Quare si vindicet heres, patietur & ipse eandem exceptionem, pertinetque omnino ad eam definitionem iuris, quæ & hic comprehensa est, & *in leg. si ob caussam. supra:* de qua diximus *ad leg. exceptione.*

L. Si non iniuria. 15.

Impp. Philippus A. & Philippus Cæsar. Menandro.

Si non iniuria iudicantis, sed iuris ratione superatus es pignus ob euictionem acceptum solemniter persequi potes. PP. Calend. August.

SVperato iuris ratione emtore, vt hic scriptum est, id est, euictione secuta neq; culpa emtoris, neque iniuria iudicis (nam horum vtrumque nisi interueniat, non videtur emtor superatus, quia ius eum deficeret, de quibus diximus *ad l. emt. sup.*) quemadmodum de euictione actio est aduersus venditorem, heredemve eius. *d. l. emt. & l. seq.* ita & incipiunt teneri ex ea caussa venditionis accessiones, id est, fideiussores, & pignora: de fideiussoribus est *in l. si status. inf. eo.* de pignoribus hoc rescripto traditur.

L. Super. 16.

Impp. Diocl. & Maxim. AA. Alexandro & Diogeni.

Super emti agri quæstione disceptabit præses prouinciæ: & si portionem diuersæ partis esse cognouerit, impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit. Nam super pretio euictæ portionis non cum qui dominium euicerit, sed auctricem conueniri consequensst. PP. 10. Cal. Iul. ipsis 4. & 3. AA. Coss. 290.

SVMMARIA.

1 *Bona fidei emtorem sumtus vtiles in rem possessam factos à domino rem vindicante consequi posse non actione, sed per retentionem rei opposita doli mali exceptione.*

2 *Dominum rem suam recte vindicare, & auferre etiam non oblato pretio.*

3 *Euicta re emtori actionem esse ob euictionem de pretio, non de sumtibus ab eo in eam rem factis, si rem possidens his non receptis rem restituit.*

4 *Vxorem militis rem suam per absentiam mariti & suam vsucapiam recipere posse, sed non nisi oblato pretio: & cur.*

EMtor † rem alienam emit, in eaq; excolenda & meliore reddenda sumtus fecit. Si exsistat dominus, qui rem suam vindicet ab emtore, & emtor à domino seruare velit ea, quæ eius rei nomine sibi absunt, vt sumtus in eam rem factos, & præterea rei pretium: constituitur hoc loco, quid de his consequi ab illo possit. Et de sumtibus scriptum hic est, iudicem, qui de proprietate cognoscit, iusturum hos emtori restitui, quos quidem ad meliorandam rem erogatos esse constiterit. Nempe ideo, quia eos consequi emtor à domino rem suam vindicante debet. At quo iure, cum ei hi sumtus non debeantur? nihil enim cum domino contraxit, neque in his sumtibus faciendis negotium dominl gessit. *leg. si in area. ff. de cond. inst.* Et certum est, hos non deberi ne emtori quidem bonæ fidei: quamobrem & re restituta nulla illi de his competit actio. Sed rem adhuc possidens eos seruat per retentionem rei opposita doli mali exceptione. *l. sumtus. ff. de rei vind. l. si quis sciens. sup. de rei vind.* Doli exceptio ex eo est, quod dominus, qui petit sibi rem restitui non refusis sumtibus, quibus rem suam meliorem consecutus est, petit, vt locupletior fiat cum ia-

ctura emtoris. Hoc autem natura iniquum. *l. nam hoc natura. ff. de cond. ind.* Iam vero facit dolo, eoq; & exceptione doli mali remouetur, quisquis subtilitate iuris nixus contra æquitatem naturalem aliquid petit. *l. 1. de dol. mal. & met. exc.*

2 Quod ad † pretium rei emtæ attinet, non tantum de eo conueniri non potest actione is, qui rem euincit, quod hic scriptum est: sed nec aduersus eum id seruari vlla exceptione. Nam sumtuũ de quibus dixi, vtilitas ad dominũ redit: pretium autem ad eum non peruenit: vt sit iniquum dominum id dependere, quod non accepit, & cuius nomine multo minus se obligauit. Ideo recte generaliter definitum est, vnumquemque dominum rẽ suam recte vindicare etiam à bonæ fidei possessore, quamuis non oblato ei pretio. *l. mater. in princ. l. si mancipium supr. de rei vindicat. l. 2. supr. de fur.* Neq; hoc aliter fit vnquam, quamdiu is, qui iure dominus est, rem suam vindicat ab eo, à quo pretium non accepit. Sane si pretium in rem domini versum sit, hic eadem exceptio domino obstabit rem suam non oblato pretio vindicanti, vt fit, cum emtor emit à domino, sed pretium solutum est creditoribus iis, quibus id prædium à domino obligatũ erat. *l. emtor. ff. de rei vind.* aut cum emtor emit à vero domino, qui alienandę rei potestatem non habuit, puta prædium à minore, & pretium in rem minoris versum est, ac deinde minor rem suam vindicat. *l. vtere. sup. de præd. min.*

3 Sed † quod pretium rei euictæ emtor à domino seruare non potest, id consequi potest à venditore ita, vt de eo etiam vltro actionem habeat, qua ille recte cõueniatur, quod hic positum est in extremo. De pretio rei euictæ hoc tantum dictum est hoc loco, posse scilicet auctorem de eo conueniri. Consulto: de pretio enim rei euictæ conueniri potest: non etiam de sumtibus ab emtore in eam rem factis. *l. idque. §. 1. ff. de act. em.* Idque efficitur ex iis principiis, quæ posuimus *in l. emtor. sup. hoc tit.* Nam si emtor non consequitur sumtus à se factos opposita doli mali exceptione, necesse est aut culpa eius euenire, aut iniuria iudicis, culpa, si exceptionem doli nõ opposuit: iniuria iudicis, si opposuit, & iudex non habuit eius exceptionis rationem quod eum facere oportebat. *d. l. sumtus. ff. de rei vind.* Vtrum autem horum acciderit, venditor emtori non tenetur. *l. emt. sup.* Sed recte monemur *in d. l. idque. §. 1.* hoc tantum pertinere ad eum emtorem, qui possidebat, eoq; per retentionem rei opposita exceptione sumtus seruare à domino poterat: non pertinere ad eum, qui non possidebat: puta ad eum, qui cum non possideret, rem vindicauit, & eo iudicio victus est. Quippe hoc casu nihil est, quod imputetur emtori, si sumtus in rem vẽditam factos consequi à possessore non potuit. Vt enim supra diximus, nullam habuit actionem emtor de his sumtibus: retentionem vero multo minus, vt qui rem non teneret. Secundum quam sententiam recte vulgo accipitur *l. controuersia. sup. eo.*

4 Quod † supra dixi, quemuis dominum rem suam recte vindicare etiam non oblato pretio, dommodo vere dominus sit, ideo adiectum est, quia in vxoribus militum, quæ diu abfuerunt cum maritis, dum militiæ operam dant, ius constitutum est, vt si per eam absentiam vxores militum aliquid de rebus suis amiserint, dum res vsucapiuntur, non minus restituantur in integrum ad res vsucaptas vindicandas, quam restituerentur ipsi milites, si quid per eandem absentiam de rebus suis amisissent. *leg. 1. supr. de vxor. mil.* Sed hac lege, dum pretium refundant, *leg. vlt. sup. de vxor. mil.* Non mirum, quoniam & hic ius singulare tributum est ei, quæ vere domina non fuit iure, aduersus eum, qui dominus esse cœperat per vsucapionem: quam ob caussam visum est & beneficium ita temperari, vt sine damno possessoris eiusdemque noui domini contingeret.

L. Si cum quæstio. 17.

Iidem AA. Mutiano.

Si cum quæstio tibi super eo, quem comparaueras, mouetur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra iudicis disceptationem eum, quem emeras, tradidisti: præses prouinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit. PP. V. Id. Nouembr. ipsis 4. & 3. AA. Coss. 290.

SVMMARIVM.

1 *Euictio quibus conditionibus præstetur emtori.*

RE † vendita emtori ablata venditor eo nomine illi tenetur his conditionibus: si controuersia mota emtor venditori denuntiauerit, vt ad agendam caussam adesset, si videtur, & præterea si non sponte rem restituerit petenti, sed iudicio & sententia iudicis victus, vt sit ea, quæ dicitur euictio, de quibus diximus initio huius tituli, & summa ad istam sententiam hic comprehensa est.

L. Si status. 18.

Iidem AA. & CC. Eutychio.

Si status tibi super homine venundato mota quæstio est: solemnibus, quæ iuris admittit ratio, interpositis: si secundum libertarem fuerit lata sentẽtia, poteris de euictione eius, quem comparaueras, si nesciens eius conditionem comparasti, sine aliqua dubitatione auctorem, vel eius fideiussores, heredesve eorum conuenire. Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligis ad venditorem te reuerti non posse.

SVMMARIA.

1 *In lite euictionis re secundum emtorem iudicata, ac proinde re non euicta, nullam actionem esse emtori aduersus venditorem ne de sumtibus quidem in ea lite factis.*

2 *Bartolus in eo reprehensus.*

HOc rescriptum quatuor continet. Primum, homine vendito in libertatem euicto non minus teneri venditorem emtori ob euictionem, quam si euictus esset ob id, quod alienus esset, aut pignori obligatus: idem scriptum est *in l. siue in libertatem. sup.* Secundum, ita demum emtorem actionem ob euictionem habere, si nesciens, qualis res esset, comparauerit. Scienti euictio non præstatur. *l. si fundum. inf.* de quo *ad l. 6. sup. eo.* Tertium, ob euictionem obligari quatuor, venditorem, venditoris heredes, fideiussorem, item & heredes, fideiussoris, de quibus diximus *ad l. exceptione sup.* Quartum † singulare est, & præcipue notandum, quod est in extremis verbis rescripti, si in controuersia, quæ de re vendita mota est, secundum emtorem iudicatum sit, vel dum dominus pronũtiatur, vel dum absoluitur ideo, quod petitor de suo iure probare non potuit, toties emtorem aduersus venditorem reuerti non posse: nõ dico ob euictionem, quod stultissimum esset hic monere, cum certum sit hoc casu rem non euinci, sed ob omne aliud damnum, quod emtor propter litem motam passus est. vt puta, non potest de sumtibus in ea lite factis venditor conueniri quod recte Accursius ex his verbis censuit. Sed eius sentẽtia reprehenditur à Bartolo *in leg. 1. supr.* cuius reprehensionis ille quasdam rationes adfert, de quibus postea.

Nos autẽ statuamus nihil esse verius, quam re emtori non euicta emtorem nullam aduersus venditorem actionem habere, ne de sumtibus quidem litis, quod euidentibus locis & certissimis rationibus confirmatur. Loci in hanc sententiam hi sunt. Primũ hic vbi apparet non de actione ob euictionem respõsum esse, siquidem constabat nullam esse euictionem: sed de actione aliorũ damnorum nomine, quæ emtori ob litem motam contigissent. Præterea *l. ex emto in pr. & l. seruus, quem. §. vlt. ff. de act. em.* quibus in locis clare scriptum est, vẽditorem emtori re vendita tradita non teneri, nisi ob euictionem dumtaxat: vel quod idem est, non teneri, si emtori habere liceat. Licet autem emtori habere, quamdiu res non est euicta. *l. habere. ff. de euict.* Rationes autem in hanc sententiam multo certiores sunt hæ. Primum iniuria emtori facta venditorem contingere non debet. *l. si per imprudentiam. in pr. ff. eo.* Quod autem controuersia facta est ab eo, contra quem sententia lata est, aperte in eo facta est iniuria emtori, vt scientia declarauit. Proinde hæc iniuria venditorem non attinget, id est, si quod ex ea iniuria emtori damnum est, id venditor præstare non debet. Deinde emtione non contracta certum ius est, omne periculum in re vendita ad emtorem pertinere. *l. necessario. ff. de per. & com. rei ven. §. cum autem. Inst. de emt. & vend.* In hoc autem periculo & incommodo rei, siue in casibus fortuitis, quæ circa rem contingunt, est vis, aut iniuria, quæ emtori ab aliis infertur. *l. ad eos. ff. comm.* Quare & huius iniuriæ periculum atq; incommodum ad emtorem pertinere debet. Postremo casus futuros post emtionem contingentes certum est ad venditorem non pertinere *leg.*

Lucius

Lucius, ff. eo. Iam vero hæc controuersia, quæ incidit aduersus emtorem post emtionem contractam, non incidit ex caussa præcedente, quam constitit petitorem nullã habuisse. Non igitur hunc casum, & si quid ex eo damni est, præstat venditor. Non me mouent, quæ contra afferuntur.

2 Bartolus † ita argumentatur: venditor præstare debet emtori vt rem venditam illi habere liceat: quod & verum est, *l. ex emto. §. venditorem. ff. de act. em.* At, inquit, qui promisit emtori habere licere, is tenetur emtori ob sumtus in litem factos, si controuersia emtori mota fuerit. Hoc vero negamus: & aperte falsum est, vt quæ ante disseruimus, conuincunt. Nam indignum est relatu, quod ille adfert ad probationem: dum id scriptum esse ait *in l. stipulatio ista. in pr. in glos. magna. de verb. obl.* Nos æque Accursium in eo falsum esse dicimus, vt & Bartolum hoc loco. Plus probabilitatis habet altera ratio, qua illic vtitur. Ait, controuersia emtori mota venditorem debere emtorem defendere. Admittimus *ex l. si plus. antep. §. mora. ff. eo.* de quo constat ex his, quæ diximus *ad leg. emt. sup.* At qui defendere debet, nisi defendat, tenetur in id, quod emtoris interest. Et hoc verum est. Ergo, inquit, vẽditor ob sumtus in litem ab emtore factos tenetur. Non recte colligit. Venditor enim defendere quidem debet: sed non suis sumtibus, verum emtoris, nec difficile est intelligere ex eo, quod constat, re vendita omne commodum & incommodum rei ad emtorem transire. Retinebimus igitur definitionem huius loci, quæ dilucide non de euictione, sed de sumtibus in litem factis scripta est.

L. Si obligata. 19.

Iidem AA. & CC. Theodoro.

Si obligata prædia venundedisti, & longi temporis præscriptione solita emtores se tueri possunt: euictione periculum timere non potes. S. 2. Cal. Maij, AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Emtori exceptione temporis postea quæsita venditorem omni periculo euictionis deinceps liberari.*

PRędia, quę pignori obligata erãt, vendita sunt. Ea emtor possedit decem annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine vlla interpellatione eorum creditorum, quibus erant prædia obligata. Ea possessione emtor sibi præscriptionem longi temporis parauit qua tutus remouere possit creditores postea pignus persequentes. *l. 1. l. 2. sup. si adu. cred. præscr. opp.* Ita factum est, vt emtori, qui hac exceptione defenditur, iure rẽ habere liceat, eoq; nec possit res ei iure euinci. Hoc posito quęsitum est, si nihilominus post longũ tempus creditores aduersus emtorem hypothecaria actione agant, & emtor denuntiet venditori, vt ad agendã caussam adsit, vtrum venditor defendere debeat emtorem, & nisi defendat, vtrum re à creditoribus euicta teneatur ei ob euictio-
1 nem. Hic † rescriptum est superiore præscriptione emtori semel quæsita vẽditorem periculum euictionis timere non posse. Quo significatur neque venditorem cogi adesse ad defendendum emtorem, neq; eum re euicta emtori teneri. Hoc consequens est iis, quæ de caussis euictionis non præstandæ diximus *ad l. emt. sup hoc tit.* Nam si emtor prescriptionem lõgi temporis creditoribus opposuit, & iudex habita ratione præscriptionis emtorem absoluit, palam est eum ob euictionem actionem habere non posse, cum res non sit euicta, *l. si status sup.* Quod si emtor præscriptio e lõgi temporis vsus non est, aut cum vsus esset, nihilominus iudex præscriptionis rationem non habuit, eumque condemnauit: idcirco necesse est eum actionem ob euictionem non habere, quia culpa eius est, si præscriptionem non opposuit: iniuria iudicis, si is præscriptionis oppositæ rationem non habuit. Vtrumuis autem factum sit, venditor emtori non tenetur.

L. Si parentes. 20.

Iidem August. & CC. Solidio & aliis.

Si parentes vestri mancipia venundederunt, & quæstio dominij mota est: emtoribus adesse: ac defendere caussam non prohibemini. Quod si eis hæc etiam euicta sunt, instauratio litis ex persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra ius desideratur. Emti sane iudicio pro euictione si conuenire cæperitis, nec vobis negotium, vt defendatis, denuntiatum probetur: intelligimus quatenus vosmetipsos tueri debeatis. 6. Calendar. Iul. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Venditorem non appellatum ab emtore, vt ad agendam caussam adsit, non cogi adesse: sed nihilominus posse adesse ac defendere vel inuito emtore.*

2 *Defendente venditore si res euicta sit, emtorem de eadem re agere non posse, nec ex persona venditoris, nisi ab eo appellatio sit interposita.*

3 *Venditorem, cui denuntiatum non est, vt ad agendam caussam adsit, quamuis defensionem vltro susceperit, re postea euicta non eo magis ob euictionem teneri.*

EX *leg. emtor.* & similibus locis superioribus intelligimus, si venditori denuntiatum non sit, vt emtori ad agendam caussam adsit, venditorem non cogi emtorem defendere, neque re euicta ob euictionem teneri. Hinc tria quæsita sunt, de quibus ius constituitur ordine hoc rescripto.

Primum, † *an quamuis non cogatur venditor adesse, & caussam defendere: tamen possit, si velit, vltro id facere.* Et placet eum non prohiberi. Quod sic accipiendum est, vt possit venditor caussam defendere & absente emtore sine mandato, & præsente eo quamuis inuito. Absente emtore potest, quoniam omnibus licet iure publico absentem, sine vllo mandato defendere. *l. seruum. §. publice. D. de procur.* Etiam præsente & inuito potest duabus de caussis. Primũ, quia licet cuiuis alterius conditionẽ etiam inuiti meliorem facere. *l. soluendo. Dig. de negot. gest.* Deinde, quia caussa de proprietate rei venditæ quodammodo ad venditorem pertinet: vt videatur interesse eius, eam caussam instruere & defendere. Pertinet enim ad eius existimationem intelligi ab omnibus ipsum in ea venditione bona fide versatum esse. Ea res facit, vt quamuis emtor nolit admitti defensionem venditoris, tamen iudicis officium sit eam admittere, & nisi admiserit, iusta sit caussa ab eo prouocandi, quia reiecerit in caussa, quod ex iure recte in caussa fieri potuit. 1

Sequens † quæstio est, *si defendente vltro venditore nihilominus res euicta sit, vtrum emtor possit iterum de eadem re agere ex persona venditoris.* Mouet dubitationem, quod sententia aduersus emtorem lata est: res autem inter alios acta, aut iudicata aliis non nocet, puta venditori, eiusue heredibus. *leg. sæpe. ff. de re iud. res inter alios act. supra.* Et placet, si venditor appellarit, adhuc agi posse ex appellatione. Potest autem appellare venditor, siue in caussa adfuerit, vt defenderet, siue non adfuerit, quoniam eius interest. *leg. ab exsecutore. §. 1. D. de appel.* Ceterum non interposita appellatione, ex persona venditoris eadem lis instaurari non potest, vt hic cautum est. non quod emtori noceat sententia aduersus venditorem dicta, sed quod venditor nihil iuris in re habeat, vt proinde ex persona & iure eius agi non possit. Nam si ante venditionem nihil habuit iuris in re vendita, ne nunc quidem habeat ex antecedente caussa. Quod si habuit, id rem emtori tradendo in emtorem transtulit, transferendo amisit. *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Tertium † quæritur, *si emtor eandem litem instaurare non potest, possitne saltem agere ob euictionem aduersus venditorem, qui in lite defensionem susceperat, quasi videatur eo facto etiam euictionis periculum suscepisse.* Et significatur in extremo, venditorem propter defensionem vltro susceptam non teneri ob euictionem, si ei ab emtore denuntiatum non sit, vt adesset. adeo verum est, quod dictum *in l. emtor. & l. seq. sup* venditorem, cui denuntiatum non est, vt ad agendum caussam adsit, ob euictionem non teneri. Et recte. non enim debet ei nocere, quod vltro accessit ad defensionem caussæ, quamuis non interpellatus. nam in eo officium præstitit emtori vtile, sibi minime necessarium, posteaquam illi denuntiatum non erat. Nulli porro debet officium suum esse damnosum. *leg. si seruus. §. quod vero. ff. de fur.* 2 3

L. Emti. 21.

Iidem AA. & CC. Heliodoro.

Emti actio longi temporis præscriptione non submouetur, licet post multa spatia rem euictam emtori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet: interpellare venditorem, siue successorem eius debes, vt tibi assistant, caussamque instruant. Quem si liberum esse, vel seruum non esse, fuerit pronuntiatum: nec te conuentione remisisse periculum euictionis fuerit comprobatum: præses prouinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi prouidebit. S. 11. Cal. Aug. Serdicæ. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Actionem ob euictionem non ante cedere, quam res euicta sit, ideo nulla præscriptione præcedentis temporis, quamuis longissimi, excludi.*

2 *Emtorem non diu possidendo rem emtam, sed possessione præscriptionem acquirendo actionem de euictione amittere.*

HOmo liber pro seruo venditus est, & triginta annos possessus ab emtore, tandem cum de suo statu cognouisset, proclamauit in libertatem, & iudicio liber pronuntiatus est. Emtor seruo euicto cum omnia fecisset in lite, quæ emtores facere conuenit, & euictionis periculum non remisisset, agit aduersus venditorem ob euictionem actione ex emto, quæ in hanc rem competit. *l. si tibi infr.* Venditor se tuetur præscriptione longi temporis triginta annorum, quod dicat post triginta annos, quam venditio perfecta est, secum agi non posse. Defendi videtur in hac re iis cõstitutionibus, quibus cautum est, ne actionis in personam excedat triginta annos. *l. sicut. supr. de præsc. trig. vel quad. an. l. 1. §. ad hæc. supr. de ann. excep.* Est autem emti actio in personam. Quæstio, an emti actio ob euictionem ab superiores constitutiones pertineat, ac propterea summoueatur præscriptione longissimi temporis. Rescriptum est hoc loco non summoueri. Et re-
1 cte. nam † superiores constitutiones locum habent in iis actionibus, quæ semel natæ sunt, vt scilicet ex quo tempore competere cœperunt, exinde etiam cedere incipiat præscriptio. Sic enim verba sunt *dict. leg. 1. §. adhæc. supra, de annal. excep.* At non est in hoc numero actio ex emto ob euictionem. Cum enim non competat, nisi sub conditione, si res euicta sit: *leg. 1. leg. euicta. Dig. eodem.* priusquam hæc conditio exstiterit, neque venit, neque cessit huius actionis dies: denique nulla fuit actio. *leg. cedere. ff. de verbor. significat.* Ex quo intelligitur hanc actionem ante euictionem superioribus constitutionibus non contineri. Quapropter recte respondetur in proposita specie, quamuis post triginta aut quadraginta annos seruus in libertatem euincatur, tamen cum actio de ea euictione nunc primum nasci cœperit, emtorem præscriptione temporis non impediri, quo minus ob euictionem ex emto recte agat. Sed videtur obstare huic sententiæ *l. si obligata. sup.* vbi emtor cum proponetur prædium pignori obligatum diu possedisse, idem eodem tempore dicitur amittere actionem euictionis nomine.

2 Sed † non si in ea specie post longam possessionem emtor actionem ob euictionem amittit, ideo id contingit propter longam possessionem. Contingit ideo, quia emtor diu possidendo præscriptionem acquisiuit aduersus creditores, qua præscriptione tutus consequitur id, quod habere debet, nempe vt sibi habere rem liceat. At hic vbi proponimus hominem liberum venditum esse, etsi is homo diu possessus sit ab emtore, tamen non ideo emtor vllam præscriptionem acquisiuit aduersus eum, vt eius libertatem vsucaperet: quoniam aduersus libertatem nulla præscriptio quamuis longissimi temporis valet. *leg. vlt. supra, de long. temp. præs. quæ pro liber.* In summa emtor ob solam longam possessionẽ rei emtæ actionem ob euictionem nõ amittit, vt hic declaratur, quod secus sit acquisita emtori præscriptione ad tuẽdam rei traditæ possessionem, vt in specie *leg. si obligata. sup.* Quod in hoc rescripto adiicitur de denuntiatione, id ipsum est, de quo dictum est *ad leg. emtor. & l. si controuersia. supr.* Quod dicitur de remissione periculi euictionis, à nobis expositum est *ad leg. 6 supr.* Quod dicitur euictionis nomine actionem esse in id, quod interest, exponetur *ad leg. si tibi infra.*

L. Cum tibi. 22.

Iidem AA. & CC. Iulio.

Cum tibi liberum venundatum fundum ab actore proponas: si ex antecedente obligatione, quod debebatur, iure soluisti: stipulationem, quam subiectam emtioni de indemnitate proponis, ipsius conceptio commissam manifeste declarat. S. 7. Cal. Sept. Viminacij. AA. Coss.

FVndus venditus est liber ab omni nexu pignoris. Siue aperte dictum est, siue de eo nihil dictum est, semper hac lege fundus vendi intelligitur, vt declarat *l. ex his prædijs. supra.* Emtor casus fortuitos metuens stipulatus est à venditore, si appareret postea rem alienam aut pignori obligatam esse, & aliquid ob eam rem amisisset, se indemnem præstari, venditor stipulanti promisit. Tandem exstiterunt creditores venditoris, quibus fundus pignori obligatus erat, qui fundum ab emtore eodemque possessore peterent actione hypothecaria. Emtor iudicij euentum metuens illis soluit, quod debebatur, vt sic fundum retineret. Eam summam nunc à venditore repetit. Quæritur, an venditor eo nomine possit conueniri. Mouet quæstionem, quod emtor non exspectata sententia iudicis vltro soluit creditoribus. Supra autem effectum est, emtorem euictionem, atque adeo vllo modo actionem ex emto aduersus venditorem non habere, si rem non expectata iudicis sententia restituerit, *leg. si cum quæstio. supr. leg. vtique. D. de rei vind.* de quo etiam initio tituli diximus. Et placet hoc loco emtorem de ea summa à se soluta cum venditore agere posse: non ex emto, ne quis superiora nobis obiiciat, sed ex stipulatione, quam supra interpositam proposuimus. Hæc enim, inquiunt Imperatores, commissa est, id est, eius conditio exstitit ita, vt iam ex ea agi possit. *sub §. conditione. Institut. de verb. oblig.* Id declarat huius stipulationis conceptio, qua venditor promisit se emtorem indemnem præstiturum, si quid emtor amisisset propterea, quod res pignori obligata esset. Hæc autem pecunia, quæ soluta est ob eam caussam, illi amissa est ob id, quod fundus fuit creditoribus obligatus. Nam creditores hypothecaria agentes alterutrum à possessore consequi debent, aut quod sibi debetur, aut vt pignus restituatur. *leg. si fundus. §. in vindicatione. ff. de pig.* Recte igitur ex hac stipulatione etiam ante euictionem agitur.

L. Cum successores. 23.

Iidem AA. & CC. Eustochiæ.

Cum successores etiam venditoris pro euictione teneri possint: si velut obligata sibi respublica Thessalonicẽsium pignoris instituat iure persequi, quæ cõparasti: auctoris heredibus quocunque gradu constitutis adsistere negotio denuncia. Quod siue præsentibus his fundus, quem emisti, fuerit euictus, siue absentibus postea, quanti tua interest rem euictam non esse, teneri, non quantum pretij nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. S. 2. Cal. Ian. Sirmij. AA. Coss.

SVMMARIVM.

1 *Euicta re venditorem ob euictionem teneri, quamuis in re defendenda omnia fecerit, quæ ad iustam defensionem pertinebant.*

CVm res emtori iure euicta est, & venditori recte denuntiatum, vt ad agendam caussam adesset, venditorem ob euictionem teneri constat. traditum *in leg. 6. sup.* Hic adiicitur, quod notandum est, venditorem hoc casu teneri, siue ipso absente res euicta sit, siue præsente. Si eo absente res euincatur, nulla dubitatio, quin teneri debeat, quia manifesta eius culpa est, quod rem non defendit.

At † cum ipse caussæ agendæ adfuit, & omnia fecit, quæ ad de- 1
fensionem pertinebant, vbi apparet eum extra omnem culpã esse: merito dubitari potest, num hic etiam de euictione teneri debeat, cum nihil debeat iure præstare præter culpam. *l. 3. l. si vendita, D. de per. & com. rei vend.* Et placuit nihilominus eum teneri. optima ratione, quia præter diligentiam, quæ in re seruanda ab eo exigitur, etiam rem ipsam debet. Quæ res facit, vt cum hic omnia adhi-

adhibuerit, quæ illum à culpa vindicent, tamen necesse sit ideo cum in proposito teneri, quia id non præstet, quod debuit. Nam debuit rem idonee tradere, & præstare emtori rem habere licere. *l. ex. emto. D. de act. emt.* Non est autem tradita, quæ non perseuerat tradita esse, nec licet habere eam, quæ euincitur.

L. Si post perfectam. 24.

Iidem AA. & CC. Eutychio.

Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venundatæ mota fuerit quæstio, vel mancipia vendita proclament in libertatem: cum in ipso limine contractus imminet euictio: emtorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretij solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Vnde cum parte pretij numerata, domus quam emisti, tibi velut pignoris iure obligatæ, ne ad emtionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas: iudex tibi, quæ ex emtione veniunt præstari prouidebit. S. 6. Cal. Feb. Sirmij, CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Ante pretium solutum mota proprietatis quæstione, non cogi emtorem pretium soluere, nisi ei satis offeratur à venditore.*
2 *In limine contractus imminere euictionem, quid sit.*
3 *Euictione imminente nondum vllam actionem esse emtori aduersus venditorem non fraudulentum: sed emtorem tamen exceptione doli tutum esse, ne quid etiam venditori præstet.*
4 *Satis offerre quid sit.*
5 *Venditorem de euictione non cogi satisdare, verum & perpetuum, etsi interdum non cogitur pretium soluere sine hac satisdatione.*

TRaditur *in l. Iulianus. §. ex vendito. Dig. de act. em.* ex vendito aduersus emtorem agi posse, vt pretium soluat, idq; eum post rem traditam præstare debere. Id cum ea exceptione accipiẽdum est, quæ hoc loco traditur, nisi ante pretium solutum lis mota sit de proprietate emtori, aut nisi sit saltem ei controuersia facta. Nam alterutrum satis est, vt constat ex principio huius rescripti, & fine.

1 Ante † pretium solutum si controuersia emtori de re vendita fiat, non cogitur pretium soluere, nisi ei à venditore satis offeratur euictionis nomine, vt hic cautum est, & *leg. pen. §. 1. D. de per. & com. rei vend.* Sed hoc, inquam, si ante pretium solutum dominij
2 quæstio mota sit, vt est *in d. l. pen.* vel, † vt hoc loco modo in limine contractus immineat euictio, id est, periculum euictionis. Limẽ contractus accipere debemus, ingressum contractus. Ingressum autem totum illud tempus, quo nondum emtio ex vtraq; parte impleta est, id est, nondum res à venditore tradita, & pretium ab emtore numeratum. Proinde etsi post quinque pluresue annos ante pretium solutum lis moueatur emtori de re vendita, non cogetur venditori pretium soluere: quasi & hæc euictio imminet in ipso limine, id est, eo tempore, quo nondum omni ex parte venditio perfecta est, atque ita, quo cœpit tantum. Hoc autem, ne emtor pretium soluat hoc casu, consequitur exceptione doli mali opposita. *d. l. 5. sup. hoc tit. l. pater. §. ex quadrante. Digest. de dol. mal. & met. exc.* Dolus venditoris in eo est, quod petat ab emtore pretium, cum ipse quod debuit, recte non præstaret: quæ postulatio est contra æquitatem naturæ, qua fit, vt quod quisque in alterius persona æquum statuit, ipse in sua quoque persona valere patiatur. *l. 1. ff. quod quis. iur.*

3 Cum † dicimus emtorem hoc consequi exceptione, qua venditorem petentem summouet, apparet nihil nos contrarium dicere *l. 3. supr. hoc tit.* vbi placet, quamuis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, non ideo tamen eum, qui emit, conuenire posse auctorem suum, quamdiu res non sit euicta. Sane enim emtor venditorem conuenire non potest eo nomine. Sed si quid à se petatur, non cogitur præstare, vt hic constituitur.

Sed addita est exceptio hoc loco, *nisi emtori satis à venditore offe-*
4 *ratur.* Quod si fit, emtor pretium soluere cogitur. Satis † offerre est, offerre satisdationem. Satisdare est emtori promittere, quod eius interest, si res euincatur, & eo amplius eo nomine fideiussores dare. Et in summa satisdare est cauere de re aliqua fideiussoribus datis. *l. 1. D. qui satisd. cog.* Itaque in hac re promissione venditoris fideiussores exiguntur supra scriptis verbis, vt apertius res definitur *in dict. leg. pen. §. 1. de per. & com. rei vend.* Quod dicitur, venditorem non consequi pretium, nisi satisdet euictionis nomine, non est contrarium ei, quod traditur in *l. emtori. D. eo.* venditorem ita duplam repromittere debere euictionis nomine, vt satisdare non cogatur. Verissimum † hoc, & perpetuum, venditorem, à
5 quo cauto de euictione postulatur, non cogi satisdare, quantumuis cogatur repromittere. neq; id negamus hoc loco. Nam emtor, à quo pretium petitur, non petit à venditore, vt satisdet: sed petit, ne ille pretium petat. Et vero si satisdationem postulet emtor euictionis nomine, est in venditoris potestate non præstare, pretium non petendo. Petitione enim pretij remota, non est locus exceptioni, qua petitionem istam in hac caussa summoueri dicimus. Porro emtor solam hic exceptionem habet ad eam satisdationem obtinendam, si venditor pergat pretium petere: actionem ad eam rem nullam. Quæ si ita sunt, apparet, quamuis imminẽte periculo euictionis, non posse tamen emtorem aliud à venditore cõsequi, quam vt ne pretium soluere cogatur. Proinde si venditor pretium ab emtore non petat, non posse emtorem consequi à venditore, quod sua interest, id quod ex emtione præstari solet. *l. 1. in princ. ff. de act. emt.* Videtur tamen hoc negari in extremo huius rescripti, vbi ita verba sunt: *Si ab aliquo denuntiatum sit emtori, ne ad emtionem accederet, iudicem promisurum ei præstari, quæ ex emtione veniunt.* Sed hæc adiectio, *quæ ex emtione veniunt*, rem expedit. Non enim venit præstatio eius, quod emtoris interest re nondum euicta. *leg. 3. sup. eod.* sed nec satisdatio euictionis nomine, nisi imminente periculo euictionis venditor pretium petat, vt hic cauutum est, & *d. leg. pen. §. 1. de per. & com. rei. vend.*

L. Si tibi. 23.

Iidem AA. & CC. Saturninæ.

Si tibi liberam Saturninus conditionem eius ignorans distraxit, ac nunc eam defendit in libertatem: hac libera pronuntiata, venditorem vel ex stipulatione duplæ, quantum in hanc deductum est, vel emti actione, quanti tua interest, conuenire potes. S. Idib. Febr. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Venditori liberum hominem, à se vendituro, in libertatem asserere licere, siue ignorans vendiderit, siue sciens, hoc fauore libertatis.*
2 *Euictionis nomine duas esse actiones, ex emto, & ex stipulatione duplæ.*
3 *Ex emto actio ob euictionem cui, aduersus quem ad rem.*
4 *Id quod interest in actione ex emto quod contineat.*
5 *Sumtus in rem emtam factos emtorem à venditore ita consequi posse, si à domino eos seruare non potuerit, & rem meliorem fecerit.*
6 *Quanti emtoris intersit rem non euictam, spectandum eo tempore, quo res euincitur, non qua vendita est: & quid referat illud potius, quam hoc spectari.*
7 *Duplæ stipulatio, quæ sit, & quid dupla.*
8 *Ex stipulatione duplæ quid dupletur: tum quando dupletur pretium, quanti res vendita est, quando æstimatio pro bonitate rei, quæ euicta est.*
9 *Bonitas partis euictæ cum æstimatur, eam bonitatem spectandam, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo.*
10 *Simplæ quoque stipulationem esse, vt duplæ: quæ sit, & quibus in rebus venditis locum habeat.*
11 *Duplæ & simplæ stipulationis quis vsus, cum competat actio ex emto in id quod emtoris interest, quod interdum multo plus continet.*
12 *Duplum emtori à venditore promitti debere, in eam rem esse emtori actionem ex emto. & quo exitu.*
13 *Duplam promitti debere in rebus pretiosioribus: & quæ sint huius generis.*
14 *Duplam non exigi in illis locis, in quibus moris non est eam exigi.*
15 *Duplæ & simplæ nudam repromissionem esse, non satisdationem.*
16 *Duplæ aut simplæ stipulatione interposita, licere emtori re euicta vtra velit actione experiri, ex stipulatu, aut ex emto, prout sibi commodum esse statuet.*
17 *Ex stipulatione duplæ aut simplæ, quæ actio, cui, aduersus quem, & ad quid.*

HOc rescriptum tria cõplectitur. Primum huiusmodi: Euictionis nomine vẽditorem teneri, siue sciens rem alienam aut pignori obligatam, aut liberam vendiderit, siue ignorans. *l. ex emto. l. si seruus, quem. §. vlt. ff. de act. emt.*

1 Alterum est, † Libero homine vendito licere venditori aduersus emtorem eum hominem à se venditum in libertatem defendere. Singulare ius propter libertatem: cum alioqui placeat venditorem vindicantem eam rem, quam vendidit, exceptione doli mali summouerì posse. *l. vindicantem. ff. eod. tit.* Hic significatur vẽditorem id facere posse, si ignorans mulierem liberam vendidit. Dicimus idem eum facere posse, etsi sciens vendiderit. Nam qui ignorans vendidit, non minus dolo facit vindicando rem, quam vendidit, quam si sciens vendidisset. Vnde semper exceptione doli summouetur. *d. l. vindicantem.* Sed hoc in libero tãtum homine vẽdito receptum est: primum fauore libertatis, quæ omnibus rebus fauorabilior esse dicitur *in l. libertas omnibus D. de regul. iur.* deinde, quia cum libera defenditur in libertatem, magis ipsa agere videntur, quam venditor, qui tantum defensoris officio fungitur, non vindicantis. vindicat enim non sibi, sed liberæ.

Tertium pertinet ad eas actiones, quæ euictionis nomine competunt. de quibus breuiter dicemus. Quando re euicta actio sit emtori aduersus venditorem, initio huius tituli diximus. Hoc
2 † constituto actionem emtori eo nomine esse, quæritur, quæ sit actio. Hæ duę sunt rescripto hoc comprehensæ: actio ex emto, & actio ex stipulatu de dupla, siue ex stipulatione duplæ. adde etiam
3 ex stipulatione simplæ. Actio † ex emto re euicta semper competit ob euictionem. *l. 6. sup. hic. l. ex emto. D. de act. em.* Hæc actio emtori datur, vt hic significatur. *d. l. ex emto. D. de act. em.* Datur aduersus venditorem maxime: sed & aduersus omnes, qui euictionis nomine obligantur, in quo numero sunt fideiussores, & heredes tum venditoris, tum fideiussoris. *l. emtor. l. si controuersia. l. si status. sup. eod.* Vnde circa venditorem illa quæstio, pignoribus auctoritate magistratus ex caussa iudicati distractis quis sit venditor, vt iis rebus euictis ob euictionem conueniri possit, de qua *ad l. si ob caussam. sup.* Competit hæc actio in id, quod emtoris interest, vt hic expressum est. Addere oportet, in id, quod emtoris interest rem euictam non esse, vt est *in l. cum successores. sup.* item *in l. euicta.*
4 *70. ff. eo.* Id † quod interest ita definitur Paulo, quod nobis abest, quoque lucrari potuimus. *l. si commissa. ff. rem. rat. hab.* Vnde intelligimus venditorem emtori teneri ob euictionem actione ex emto in id quod abest emtori ob eam caussam, quod res euicta est, & quod lucrari potuisset, si res euicta ei non esset. His verbis hæc continentur: non pretium rei duntaxat, vt est *in d. l. cum successores. sup. & d. l. euicta. ff. eo.* sed æstimatio rei venditæ, quæ interdum longe pretium excedit. *leg. 1. in princ. ff. de act. emt.* accessionem rei, & quęcunq; per occasionem rei venditę obtingere potuerunt, quibus ideo caret emtor: quia rem habere ei non licet: eiusmodi sunt fructus agrorum, animalium fœtus, ancillarum partus, quæ alluuione fluminis accesserunt, vsus fructus, qui ad proprietariũ emtorem rediit, item si qua hereditas per seruum venditum obtingere potuit, qui heres erat institutus. *l. vend. ff. eo.* Adde damna impensarum, quas fecit ipse de suo in rem emtam, vt melior fieret. quæ ideo illi perierunt, quia res euicta est: de quibus *in l. si cum quæstio. l. si controuersia. sup. eodem.*

5 Sed † in his sumtibus duo præcipienda sunt: primũ non aliter eos consequi emtorem, quam si à domino, qui rem euincit, eos seruare non potuerit, vt diximus *ad l. super. sup. hoc tit.* Hoc amplius non aliter eum consequi, quam si non dico fecerit eo consilio, vt res esset melior: sed re ipsa rem meliorẽ fecerit. Meminisse enim semper oportebit, nihil amplius consequi posse emtorem, quam quod sua interest rem euictam non esse: proinde nihil nisi quod ei abest, ob id, quod res sit euicta. Iam vero si sumtibus ab emtore factis res melior facta non est, non absunt ei hi sumtus propter euictionem: cum & sine euictione iam ei periissent.

Vt autem actio ex emto competit in id, quod emtoris interest, ita semper hoc addendum est, competere ius id, quod eius inter-
6 est rem euictam non esse. *d. l. cum successores sup.* Quod † hanc sententiam habet, vt in æstimandis damnis emtoris, & æstimando eo quod ei abest, denique in æstimatione rei emtæ facienda tempus spectandum sit non illud, quo res vendita est, vt æstimemus, quanti tum res fuit, sed illud, quo res euicta est, vt tantum præstetur, quanti tum fuit. Ex quo duo sunt consequentia. Primum, vt si post venditionem perfectam valde creuit rei venditæ æstimatio, vel quia exculta est à venditore, vel quia accessionibus naturalibus aucta est, vel quia aliquid accreuit per alluuionem, & ea fuerunt tunc, cum res euicta est, sciamus horum omnium æstimationem emtori præstari debere, quia est id, quod habere posset, quod nunc ideo non habet, quod res euicta est. *dict. l. euicta. 70. ff. eod.* Alterum, vt si res post venditorem non culpa venditoris multis partibus imminuta est, debilitata, fracta, rupta, vt multo pluris fuerit, cum vendita est, quam nunc est, cum euincitur, nihil amplius præstare debeat venditor emtori, quam quod nunc est, *d. l. euicta. 70.* Et hoc postremum ideo, quia quæ ita perierunt, casu perierunt casus fortuiti periculum emtione contracta ad emtorem, non ad venditorem pertinet. *§. cum autem. Institut. de emt. & vendit.* Deinde perierunt ista, sed euicta non sunt: venditor tantum ob euictionem tenetur. Hæc de actione ex emto.

Est præterea, vt diximus, euictionis nomine actio ex stipulatione duplæ aduersus venditorem. Sed prior actio semper competit: actio ex stipulatu tunc solum, cum stipulatio interposita est. Videndum, quid sit stipulatio duplæ: tum, quæ sit necessitas huius stipulationis interponendæ, ne frustra de ea hoc loco agatur. Stipulatio † duplæ in emtione est, qua venditor emtori sti- 7
pulanti promittit rem emtori habere licere, & nisi habere liceat, duplam. *leg. habere. leg. euicta. 16. §. 1. Dig. eodem.* Dupla hic idem valet quod duplum. Duplæ stipulatio est dupli stipulatio, indicat *l. penult. inf.* vbi emtor dicitur duplum stipulari, pro duplam. item *l. vindicantem. Dig. eo.* vbi dicitur emtor ex stipulatione duplæ duplum consequi. Non consequitur autem, nisi quod in stipulationem deductum est. Erat igitur duplum deductum in stipulationem. Idem significatur, cum dicitur, nisi venditor duplam promittat emtori, condemnari eam dupli, *in leg. 2. Dig. eod.* Non condemnatur, nisi eius rei nomine, quam præstare debuit. *leg. vlt. sup. de fid. lib.* Itaque apparet duplam à veteribus ita dictam esse, vt intelligeretur verbum quantitas, siue æstimatio eius rei, quæ vendita est. Duplum nullum est natura, nisi ad rationem simpli: & quantum simplum est, tantum duplum esse oportet pro portione.

Quæritur † igitur, quid hic dupletur, vt intelligamus, quan- 8
tam duplam esse hic velimus. Et interdum duplatur pretium rei, quanto res distracta est, interdum æstimatio pro bonitate eius rei, quæ est euicta. Pretium duplatur, quoties aut res tota euicta est, aut pars quidem, sed in quam certum pretium dictum est. *l. si fundo. D. eod.* Idem est, & si pars pro indiuiso euicta sit. *l. 1. leg. ex mille. D. eo.* Ex bonitate autem rei euictæ simplum æstimandum est, cum de dupla queritur, quoties pars certa euincitur, de cuius bonitate constare potest, & in eam partem pretium separatim non est constitutum. *dict. leg. 1. ff. eo.* Differentiæ ratio est, quod cum pretium certum constitutum est in rem euictam, tum promittitur dupla æstimationis eius, quæ constituta est rei venditæ. ea autem est pretium. *d. l. si fundo. D. eod.* Sed etsi constare non possit, vtrum pars, quæ euicta est, pretiosior sit ceteris, quæ euictæ non sunt, ibi quoniam de bonitate partis euictæ quæri non potest, res eo deducitur, vt necesse sit, aut nihil, aut tantum pretium ab initio constitutum spectari pro portione. quod contingit tũc, cum pars pro indiuiso euicta est. Nam pars pro indiuiso non apparet, intelligitur tantum, quippe quæ per totum fundum fusa est. At cum pars certa euincitur, in quam nullum pretium separatim constitutum est, non possumus in ea æstimanda id pretium sequi, quod dictum non est. Ita relinquitur, vt æstimetur pars ex sua bonitate.

Bonitatem † autem hic partis euictæ longe ex alio tempore ę- 9
stimamus quam cum æstimatur bonitas actione ex emto, cum agitur ob euictionem in id, quod interest. Nam id, quod interest rem euictã non esse, ęstimatur ex eo tempore, quo res euincitur: ideo & illius temporis bonitas & æstimatio spectatur. quæ si nulla noua esse cœpit post contractam emtionem, aut si magna ex parte imminuta est, eatenus non ęstimatur. *l. euicta. 70. ff. eodem.* At in stipulatione duplæ cum de bonitate partis euictæ æstimanda agitur, eam bonitatem spectamus, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo vendito, non autem quæ est eo tempore, quo res euincitur. *l. bonitatis. & ll. 2. seqq. D. eod.* Differentiæ ratio ex iis rebus, de quibus hæ actiones constitutæ sunt, non difficile intelligitur. Actio ex emto ob euictionem competit de eo, quod euictũ est, nec aliud persequitur, quam id, quod interest rem nõ euinci: vt necesse sit in eo id tempus ipsum intelligi, quo res euicta est. At actio ex stipulatione duplæ id petit, quod in stipulationẽ deductum est, vt in hac *l. si tibi.* dicitur. Deducta est autem dupla eius temporis, id est, eius, quo stipulatio interponebatur. Proinde in ea æstimanda id tempus spectandum est.

Scien-

10 Sciendum † est autem, non tantũ ob euictionem duplam promitti, sed etiam simplam, vt in rebus venditis non pretiosis. *l. emtori.37.§.1.D.eo.* Hinc duplæ & simplæ stipulatio interdũ legitur, & hinc illa verba *l.emtor.sup.hoc tit.* neq; ex stipulatu, neq; ex simpla neq; ex emto actionem contra venditorẽ habet. Quid est illic actio ex stipulatu? aut cur tres actiones illic numerantur, cum in hac *leg.si tibi.* numerentur tantum duæ? Nempe act o ex stipulatu illic intelligenda est actio ex stipulatu simplici, quæ collata cum actione ex stipulatu de dupla, nihil aliud est simpliciter, quam actio ex stipulatu. Iam autem dixi interdum interponi duplæ stipulationem, interdum simplæ tantum. Simplum intelligimus simplam quantitatem, seu æstimationem, quemadmodum & 11 cum duplam nominamus. Hoc † loco exsistit quæstio, cum emtori re euicta constet semper actionem esse ex emto aduersus venditorem in id, quod sua interest, quod interdum non simplam tantum sed etiam duplam longe excedat, cui bono duplam, aut etiam simplam dumtaxat à venditore stipulari, vbi emtori liceat actione ex emto multo plus & facilius consequi. Et duas ad res conducit, vel potius necessaria est non dico duplæ stipulatio, sed etiam stipulatio solius simplæ. Primum hoc efficit, vt liceat emtori re euicta consequi æstimationem, quæ fuit, cum res vendita est aut certe pretium illius temporis, vt supra diximus ex *leg. bonitatis.& seqq.D.eo.* Quod interdum emtori vtile est. quid enim, si post venditionem res multis partibus sit imminuta? actione ex emto æstimationem præteriti temporis consequi non potest, vt ante dixi. Valet ad hoc præterea simplæ aut duplæ stipulatio, vt re etiam ab extraneis euicta, tamen venditor teneatur ex stipulatione rem emtori habere licere. Sciendum est enim, quemadmodum venditor præstare debet emtori, vt ei rem habere liceat: ita teneri eum ex emto, vt id emtori promittat. *l.ex emto.in prin.& §. venditorem.Dig.de act.emt.* In hac stipulatione si venditor nihil amplius promittat, quam emtori rem habare licere, non tenetur venditor, nisi re ab ipso, aut heredibus eius euicta. extranei si euincant, non tenetur, quia aut factum extraneorum non promisit, aut si quid promisit inutiliter, *leg.stipulatio ista.in pr.§.1.Digest. de verbor.oblig.l.ex emto.§.qui autem.Dig.de act.emt.* Sed hęc ita sunt, nisi pœnæ stipulatio subiecta sit. Hæc vbi promissa est, re à quouis euicta, vtiliter pœna petitur. *d.leg.stipulatio ista.§.1.de verb.oblig.* Et pœna est, simplæ & duplæ stipulatio. Nam hæ stipulationes nihil aliud continent, quam certam quantitatem, alias simplam, alias duplam, quam promittit venditor emtori, si rem emtori habere non licebit, id est, si ei euincatur.

Ergo, vt cœpi dicere, re euicta non tantum est emtori actio ex emto, sed etiam actio ex duplæ, aut simplæ stipulatione ob euictionem. sed ex stipulatione ita, si stipulatio sit interposita. Hinc de necessitate huius stipulationis interponendæ quęrendũ est. Frustra enim de ea agitur, nisi necesse habeat venditor hanc interponere: cum pro non dicto sit, quod ipse præstare, nisi velit, 12 non cogatur. *l.sub hac.Dig.de obl.& act.* Ne † igitur putemus frustra susceptam disputationem de hoc genere stipulationis, hoc constituendum est, venditorem emtori obligari, vt duplam promittat, saltem vt promittat semper simplam. *dicta leg.emtori.37. in princip.& §.1.D.eodem.* Videndum, qua actione id consequatur, tum ãn semper dupla promitti debeat: postremo quomodo debeat. Et quod ad actionem attinet, competit actori in eam rem ex emto actio. *leg. quod si nolit.§.quia assidua. Dig.de ad.ed.leg. ex emto. §.venditorem. Dig. de act.emt.* Huius iudicij exitus hic est, vt si conuentus venditor duplam non repromittat, dupli condemnetur: nempe tanti quantum petebatur. *leg.2.ff.eodem.* Duplam promitti oportet: verum neque in rebus omnibus, neque omnibus locis.

13 In † iis tantum rebus moris fuit Romanis duplã exigere, quæ pretiosiores sunt. *d.l.emtor.37.§.1.Di.eod.* In hoc genere rerum habentur, primum citra cõtrouersiam res omnes soli: proximo loco mancipia. *d.l.quod si nolit.§.quia assidua.de ad.ed.* Ex ceteris rebus nõ malevidetur definiri posse, res esse pretiosiores, quę duos aureos excedunt. argumento vti licet *l.si quis affirmauit.in fi.iuncta.ex l.seq.Dig.de dol.* vbi ea summa dicitur esse non modica, quæ excedit duos aureos. Porro non male dici posse videtur, eam rem pretiosiorem habendam esse, cuius non modica æstimatio est.

14 Sed † nec in iis locis dupla exigi potest, vbi moris est eam non promitti, sed simplicem dumtaxat. Hic enim morem & consuetudinem regionis sequimur. *l. 6. ff.eod.* Et certe duplæ stipulatio ideo tantum exigi dicitur, quia moris & consuetudinis est eam 15 præstari *d.l.quod si nolit.§.quia assidua.* Promittitur † autem dupla, aut simpla nuda repromissione tantum, non satisdato, id est, venditor duplam, aut simplam stipulanti emtori promittere cogitur sed fideiussores in eam rem dare non cogitur. *l.4.in pr.d.l.emtori.in princip.Digest.eodem.*

Hac † stipulatione interposita siue duplæ, siue simplæ, euenit, 16 quod in hac lege scriptum est, vt emtori re euicta duæ sint ob euictionem actiones emtori aduersus venditorem, ex emto, & ex stipulatione vel duplæ, vel simplæ, quarum alterutra emtor vti poterit, prout sibi expedire existimabit. *l.sed & si.18.& l.seq.ff.eod.* Actione ex emto tunc, cum res plurimi erit, cum euincitur. actione ex stipulatione, cum res pluris fuit, cum distracta est, quam nunc cum euincitur, secundum supra traditam à nobis distinctionem.

Stipulatione † constituta, quæritur de actione, quę ex ea stipu- 17 latione nascitur. Hæc vere est conditio certi ad pœnam certam in stipulatum deductam. *Inst.de ver.obl.in pr.* Hęc vt ex reliquis stipulationibus stipulanti competit aduersus promissorem, & competit in id, quantum in stipulatum deductum est, vt scriptum est in hac lege.

L.Si quis tibi.26.

Iidem AA.& CC. Neoni.

Si quis tibi seruum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est, cum euictionis periculum finitum sit, à te conuenire non potest. S.2.Cal.April.Sirmij.CC.Coss.

SVMMARIA.

1 *Re vendita casu exstincta venditorem emtori non teneri, quamuis constiterit postea rem alienam, aut pignori obligatam fuisse.*

2 *Hoc casu emtorem rem amittere, & nihilominus venditorem pretium lucrari: aliter, atque si res euictione amissa esset.*

3 *Re vendita post litem cum emtore contestatam exstincta, sententiam ferri de proprietate rei, quasi res exstaret. hinc emtori regressum esse aduersus venditorem tanquam re euicta.*

SI † venditor re vendita tradita, solum ob euictionem tenetur 1 emtori, vt solum obligatur: *leg.ex emto.in princip.Dig.de act. emt.* si non tenetur, quamdiu res euicta non est, vt non teneri scriptũ est *in l.3.sup.* consequens est, quod hoc loco cõstituitur, re vendita casu exstincta venditorem eo nomine emtori non teneri, quantumuis rem, quæ exstincta est, alienam fuisse, aut pignori obligatam postea constiterit. Quippe res casu amissa euicta non est. Nã euincere est rem iudicio auferre. *l.nonnamen.l.habere.ff.eo.* Non auferitur autem iudicio, quæ amittitur casu. Et hæc est ratio, qua Vlpianus in hac specie vtitur *in l.si seruus. Dig.eod.* ideo hoc casu venditorem emtori non teneri, quia nemo rem euicerit, sed fatum humanæ sortis. Atq; † hinc etiam euenit, vt hoc casu emtor rem 2 amittat, & nihilominus venditor pretium lucretur. Quod prima facie iniquum videri potest, pręsertim cum scriptum sit *l.ex emto. §.qui autem.Dig.de act. emt.* bonæ fidei iudicium non pati hãc conuentionem, vt emtor rem amittat, & venditor habeat pretiũ. Sed nihil est æquius. Nam emtione contracta, pro emtore hoc constitutum est, vt commoda omnia rei venditæ ad eum pertineant. Cui consequens fuit, vt & incommoda eum sequi oporteret. §. *cum autem. Instit. de emt.& vend.l.necessario.D.de peric.& com.rei vend.* Consequens dixi, quia vt est secundum naturam, commoda cuiusq; rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. secundum.D. de regul.iur.* ita contra, quem commoda cuiusq; rei sequũtur, eum quoq; sequi incommoda, *l.vnica.§.pro secundo.in fi.C.de cad.toll.* Est autem incommodis rei venditę casus omnis fortuitus, vel potius casus omnis, qui sine culpa & facto vẽditoris contingit. Et quod dicitur *in l.ex emto.§.qui autem.de act.emt.* bonæ fidei iudicium non pati hanc conuentionem, vt emtor rem amittat, & venditor pretium lucretur, nominatim dictum est de eo emtore, qui rem amittit propter euictionem. Est vero iniquum propter euictionẽ pretium ei perire, quamuis conuenerit, ne ob euictionem ageret. Nam euictio ex facto venditoris nata est, qui rem alienam vendidit, & ita euictioni caussam dedit.

Hæc † etsi simpliciter ita dicuntur in hoc rescripto, item 3 *in dicta leg. si seruus. Dig. de euict.* tamen bene monet Accursius

ficacci-

sic accipiendum esse, si res vendita interierit ante litem cum emtore contestatā. Nam si postea perierit, postulante emtore sentētia feretur de proprietate rei: & si res aliena pronuntiata sit, is aduersus venditorem regressum habebit non tantum actione ex emto id, quod sua interest rem alienā non fuisse, sed etiam actione ex stipulatione duplæ, aut simplæ in id, quantum in stipulationem deductum est, quasi re emtori vere euicta. *l. vtique. Dig de rei vind. l. vlt. sup. de assert. toll. l. cum seruus. Digest. iud. sol.* Sed huic parti videtur refragari ea principia, quæ posuimus de euictione in principio huius tituli, & ad *l. 3. & l. 6. sup.* Sunt autem hæc, venditorem quamdiu res euicta non sit, non teneri. *l. 3. sup.* item, venditorem non teneri, nisi quis rem euincat, vel nisi res amissa sit ob euictionem. Iam vero licet res vendita post litem cum emtore contestatam perierit, non tamē res euincitur, atq; adeo nec euinci potest. Nam, vt supra dixi, euincere est rem auferre. Non potest autem sententia iudicis auferri ea res, quæ non est. Et hæc omnia vera sunt, si fateamur rem, quæ post litem contestatem interiit, nō exstare, quod secus est. Non exstat illa quidem natura, sed iure exstare fingitur: vt sententia de proprietate eius rei lata perinde habeatur, quasi ea exstaret, & esset ablata. Nam si emtorem moram fecisse proponas iudicium accipiēdo, mora perpetuam facit actionem, id est, facit, vt perpetuo teneatur, quasi res exstaret, *l. item si verberatum. in fin. Dig. de rei vind. l. nemo. §. 1. Dig. de verb. oblig.* Quod si emtor moram non fecit, is quidem non tenetur ob rem petitam neq; in æstimationem eius rei: sed nihilominus aduersus venditorem res adhuc exstare intelligitur, vt emtori à venditore eam consequi liceat. *d. l. vtique. de rei vind.* Ita & hæc pars quoque posterior recte constituitur, neque priori aduersatur.

L. Si fundum. 27.

Iidem AA. & CC. Theophilo.

Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit: quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans: desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur. S. 15. Cal. Oct. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Ei, qui sciens rem alienam emit, euictionem non præstari: nisi si quis de euictione nominatim sibi cauerit.*
2 *Casus, vbi & scienti præstetur euictio, & paciscenti nihil amplius, quam rei pretium.*
L. vlt. §. pen. §. vlt. C. com. de leg. *sententia & ratio exposita. ibid.*

1 QVi † rem emit conditionis rei non ignarus, talem videtur emisse, qualis est. Proinde re ob eam conditionem euicta venditor non tenetur, extra quam si cōuenerit, vt ei euictio præstaretur. Semper enim hoc tenēdum est ex generali edicto de pactis, omnem pactionem seruandam esse, quæ non sit dolo malo interposita, si modo & de re priuata est. *l. iuris gentium. §. ait. §. si paciscar. Dig. de pact.* Et maxime si est contractus bonæ fidei, in quo interposita est conuentio. qualis est emtio & venditio, de qua hic agitur, *l. ex emto. Dig. de act. emt.* De hoc iure diximus *ad leg. 6. sup.*

2 Vtraq; † tamen in parte superioris iuris sua quædam exceptio est in ea specie, de qua cōstitutum est à Iustiniano *in l. vlt. sup. §. pen. & vlt. sup. com. de leg.* Species ea est, cum rem hereditariam sub cōditione legatam heres pendente cōditione vendit ei emtori, qui ita legatam non ignorat: deinde impleta conditione rei legatæ legatarius, qui ex euentu conditionis dominus esse cœpit rei legatæ, eam rem ab emtore eodemq; possessore vendicat, & iure suo euincit. In hac specie duo illic singularia cōstituta sunt de euictione rei. Primum, vt emtor quamuis non ignorauerit conditionem rei emtæ, tamen pretiū ab herede eodemq; auctore suo possit repetere, contra quam hic constitutum est. Alterum, vt nihil possit amplius repetere, quam pretium, etiamsi emtor nominatim sibi duplam cauerit, id est, conuenerit, vt re euicta sibi dupla præstaretur. Vtriusq; huius partis ratio fuit Iustiniano id ipsum, quod prius ibidem constituit, vt exsistente conditione rei legatę venditio, quæ præcesserat, perinde irrita fiat, ac si nulla interuenisset. Hoc iure posito, reliqua duo sunt consequentia, quæ supra diximus. Nam si emtio pro nulla habetur, caussa, quæ prius fuerat, finita est, nempe emtio. Ita incipit pretium, quod datum est, repeti posse cōditione sine caussa. *l. 1. in fin. Dig. de cond. sine caus.* Deinde si venditio nulla est, consequēs est nihil ex iis peti posse, quæ per caussam emtionis promittuntur. Proinde nec dupla ex conuentione præstabitur emtori quoniam dupla ex caussa emtionis & rei venditę euictæ promittitur. Quod autem Iustinianus in supra scripta specie constituit, vt exsistente conditione legati emtio habeatur pro nulla: id fecit, vt coerceret auaritiam heredis, qui tam turpiter contra voluntatem defuncti rem vendidit restitutioni obnoxiam, vt ibidem ipse idem significat. Sane emtor, qui sciuit rem alienam, aut pignori obligatam à se emi, interdū pretium à se numeratum seruare potest: sed hoc solum à domino, qui rem ab eo vindicat, & tunc cum pretium in rem domini versum est. *l. 1. sup. si vend. pig. ag. l. emtor. Dig. de rei vind.* de quo diximus *ad l. super. sup. hoc tit.* Nec posse eum hoc pretium consequi à venditore propter euictionem hoc loco negamus.

L. Emtori. 8.

Iidem AA. & CC. Maximiano & aliis.

Emtori etiam venditoris iura prodesse non ambigitur. Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quæstio: tam propriis, quam venditoris defensionibus vti poteritis. S. 3. Non. Oct. Scuppis CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Emtorem in lite proprietatis sibi mota & suis proprijs & venditoris defensionibus vti posse: & hæ quæ sint.*
2 *Pacti cum venditore interpositi, item rei cum venditore iudicata exceptio, quo iure ad emtorem transferatur.*

LIte de proprietate rei venditæ emtori mota, is venditore caussam non suscipiente necesse habet ex fide caussam agere, & tueri iis omnibus defensionibus vtendo, quæ ad rem pertinent, & quibus potest. de quo diximus ad *l. emtor. sup.* Quæritur, quę defensiones emtori in ea caussa competant. Hic † cōstituitur 1 emtorem in ea re non tantum propriis, sed etiam venditoris defensionibus, & iure vti posse. Defensiones vocamus exceptiones *l. 4. l. defensiones. sup. de ex.* quoniā exceptiones defendēdorum reorum caussa comparatæ sunt. *Inst. de except. in princip.* Propriæ exceptiones emtoris sunt, exceptio pacti cum ipso emtore interpositi, rei cum emtore iudicatæ, iurisiurandi emtori dilati. His omnibus emtorem vti posse constat. Hic adiicimus, etiamsi venditor ipse pactus sit, aut iudicio absolutus, aut deferente aduersario iurauerit rem suam esse, posse emtorem vti iisdem exceptionibus. Propone hoc modo: emtor fundi controuersiam de proprietate passus est à Lucio Titio, deinde lis inter eos composita, & Titius pactus, ne fundum ab emtore amplius peteret: hinc pacti exceptio emtori quæsita, quę emtoris propria est. *§. præterea. Inst. de except.* Vel iudicium inter istos processit, & tandem emtor absolutus est hinc propria exceptio nata emtori, exceptio rei iudicatæ. *§. itē si. Inst. de exc.* His exceptionibus ita emtori quæsitis, dicimus, si Titius eumdem fundum ab eodem emtore, aut eius heredibus postea petat, summoueri eū posse, illi quidem exceptione pacti, hic autem exceptione rei iudicatæ, aut iurisiurandi: quę sunt propriæ emtoris exceptiones. Dicimus idem iuris esse, si eadem Titio cum venditore intercesserint, hoc modo: vēditor fundi priusquam fundum venderet, ab eodem Lucio Titio controuersiam passus est, & tandem Titius pactus est, se à vēditore non amplius petiturum eum fundum, aut venditor eo iudicio absolutus est, aut deferente Titio iurauit fundum suum esse: vnde illi eædem exceptiones comparatæ sunt, quæ supra. Deinde fundum vendidit, & Titius idem hunc fundum ab emtore vindicat. Dicimus, inquam, in hac controuersia emtorem posse eum summouere exceptione pacti cum venditore interpositi, exceptione rei cum venditore iudicatæ, exceptione iurisiurandi à venditore præstiti. Nam hæ sunt defensiones venditoris, de quibus hic dicitur. Et de exceptione pacti conuenti hoc ius traditum est diserte *in l. si tibi §. pactum. D. de pact.* Sed † quomodo pactum cum venditore 2 interpositum, in alia persona, puta emtoris, potest nocere Titio:

cum

cum sit certi iuris regula, pacta de vna re, aut cum vna persona facta, non posse in alia re autin alia persona nocere? *l. si vnus. §. pacta. in fin. Digest. de pact.* Dicendum est, cum emtor exceptione pacti, cum venditore facti vtitur, pactum non tam prodesse emtori, quam venditori ipsi, qui pactus est: & quod idem est, pactum nõ tam nocere in persona emtoris, quam in persona venditoris. Interest enim venditoris emtorem eo pacto vti: propterea quod nisi vtatur emtor ea exceptione, habiturus sit regressum aduersus venditorem ob euictionem. Et hoc est, quod alia regula iuris traditur, pacta cum alijs personis facta omnibus prodesse, quos non teneri paciscentis interest. *l. & heredi. §. vlt. l. fideiussoris. §. vlt. ff. de pact.* Adde, quod venditor rem vendendo & tradendo emtori omnes actiones suas ad emtorem transferre intelligitur, *l. postquam. l. ex nominis. sup. de hered. vel act. vend.* Multo igitur magis existimandus est transferre exceptiones, quibus ad emtorem defendendum opus est. *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.*

Eadem dicere licet de exceptione rei cum venditore iudicatæ. Constitutum est, res inter alios iudicatas, quemadmodum alij nõ nocent, ita prodesse non posse. *l. 2. sup. quib. res. iud. non noc.* Quo effici videbatur rem iudicatam inter Titium & venditorem fundi non debere emtori prodesse, tanquam alij personæ. Sed dicemus idem, quod supra, cum emtor hac exceptione vtitur ex persona venditoris, rem iudicatam non tam ipsi prodesse, quam venditori, cum quo res iudicata est. Idem de ceteris exceptionibus licet intelligere.

L. Si permutationis. 29.
Iidem AA. CC. Rheso.

Si permutationis gratia prædia curatoribus, quondam fratris tui mater tua dedit: his, quæ in eorum vicẽ accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum eorum nõ haberet facultatem, euictis, quanti interest, eos conueniri posse, rationis est. S. Idib. Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.

SVMMARIA.

1 *Ex permutationis quoque causa actionem esse ob euictionem ei, cui res euicta est: dum omnia fecerit in lite proprietatis, quibus factis emtori eadem actio competit.*

2 *Re aliena in permutationem deducta ei, qui accepit, etiam nondum re euicta condictionem esse ob causam dati causa non secuta: aliter in emtione.*

QVod de euictione constitutum est, re videlicet alicui tradita euicta ei actionem aduersus eum esse, qui tradidit, ob euictionem: de emtione solum constitutum est, vt videre est *in l. ex emto. in prin. ff. de act. emt.* Sed hoc sic acceptum est ex sententia eius iuris, vt placeret ius pertinere ad omnes cõtractus, qui emtionis & venditionis vicem obtinent. Cuius generis est, si quid in solutum datum sit, de qua specie dictum est *in l. 4. sup.* Eiusdẽ † generis est permutatio, de qua hic agitur. Hæc quoque dicitur vicem emtionis obtinere *in l. 2 supra. de rer. perm.* Vnde in permutatione vterq; ex contrahentib. dicitur emtoris & venditoris loco esse, *l. sciendum. §. penult. ff. de ad. ed.* venditoris; quia mercem dat: emtoris quia pro merce aliud accipit. Hinc est, quod hic cõstituitur, si res ex causa permutationis vni ex permutantib. euicta sit, eum ob euictionem actionem aduersus alterum habere in id, quod sua interest, vti fieret, si res ei esset vendita: proinde & eadem lege, qua ob euictionem rei venditæ actio competit, id est, si is, cui res permutata euicta est, in controuersia euictionis omnia fecerit, quæ emtorem facere oportet, vt actionem ob euictionem habeat; puta denuntiarit alteri reo, & præterea causam defenderit, vt potest. De denuntiatione hic tãtum dicitur: sed ita, vt hic alterum quoq; sicut in emtione, ad cuius legem reuocatur permutatio, intelligi
2 oporteat, quoties ob euictionem agitur. Sed † quoniam de euictione tantum hic dicitur, traditurque eum, qui ex causa permutationis rem accipit, actionem habere in id, quod sua interest, si ea res euicta sit: quæremus, an priusquam res euicta sit, nullam actionem habeat aduersus eum, qui dedit, quamuis constet rem esse alienam. Nam si res illi vendita esset, quantumuis esset aliena aut pignori obligata; tamen nullam actionem haberet aduersus venditorem, priusquam res esset euicta *l. 3. sup.* Num ergo in permutatione, quam emtioni similem esse volumus, idem probandum est? Respondeo, non idem. Illud emtioni per omnia simile, quod is, cui ex causa permutationis res aliena data est, non potest agere in id, quod sua interest, priusquam res euincatur, vt conditio hoc rescripto addita satis indicat. Hoc interest, quod qui rem alienam accepit, potest id, quod dedit alteri, repetere tãquam ob causam datum, causa non secuta. *l. naturalis. §. 1. ff. de præs. ver.* Quod non licet facere in emtione & venditione. In qua, quamuis constet rem venditam esse alienam; tamen emtor pretium à se numeratum condicere non potest. *in arg. in l. si non donationis. sup. de cont. emt.* Hoc ideo, quod in contractibus, qui suum nomen habent, sic obligatio contrahitur inter contrahentes, vt ex pœnitentia mutare factum non liceat. *l. ab emtione. ff. de pact.* quod contra facere licet in contractibus innominatis. *l. 5. ff. de cond. cau. dat. cau. non. sec.*

L. Non ex eo. pen.
Iidem AA. & CC. Hastio.

Non ex eo, quod duplum is, qui à matre tua mancipium cõparauit, euictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientia conuincitur: nec opinio eius ex hoc læditur, vt malæ fidei emtor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes. S. Id. Decemb. AA. Coss.

SVMMARIA.

1 *Venditorem emtori obiicientem rei alienæ venditæ scientiam, hanc probare debere & cur.*

2 *Non ideo emtorem probari sciuisse rem alienam vendi, quia de euictione sibi cauit.*

QVæstio huius loci nascitur ex eo, quod traditum est *in leg. si fundum sup.* eum emtorem, qui sciens rem alienam emit, re euicta iure ob euictionem agere nõ posse. finge enim eum emtorem agere ob euictionem nihilominus, & venditorem vti hac defensione, vt dicat, emtorem sciuisse rem alienam vendi & talem, qualis euicta est, ac de eo esse controuersiam an emtor sciuerit, necne. In hac controuersia introducitur quæstio de probatione, de qua hoc rescripto. In eo duo quæruntur.

Primum † *vtri incumbat probatio, emtorine, vt probet se ignorasse rẽ* 1 *fuisse alienam; an vero venditori, vt probet emtorem sciuisse.* Et de eo significatur hoc rescripto in extremo, venditoris probationem esse. Quod recte ita constituitur. nam cum venditor dicit emtorem sciuisse, in eo exceptione doli mali vtitur, qua emtorem summouet. *l. apud. §. item Labeo. ff. de dol. mal. & met. exc.* In omni autem exceptione reus actor est, & exceptionem tanquam intentionem probare debet *l. in exceptionib. ff. de prob.* Hoc † posito, alterũ quæ- 2
ritur, an venditor idonee hoc probet, si dicat, emtorem duplam à venditore stipulatum esse, de quo hic præcipue quærebatur. Et rescriptum est, nõ ideo argui emtorem sciuisse rem esse alienam; quia sibi duplam cauit. Recte: hoc enim facere solent boni emtores, non tantum qui sciunt rem alienam esse, sed etiam ignorant. nam et si ignorant reuera; tamen sciunt fieri posse, vt aliena sit, & postea euincatur. quapropter & aduersus futuros casus sibi prospiciunt, ne cum illi inciderint, tum cogantur oratione stultorum vti, vt dicant, *non putaram.* Fieri potest, vt quis duplam stipuletur ideo; quia scit rem alienam sibi vendi. Sed hoc non semper accidit. ideo ex stipulatione duplæ non recte colligitur, iuxta vulgare dictum, *Non probat hoc esse, quod ab hoc contingit, vt absit. l. neque nataleis sup. de prob.* Sed videri potest hæc quæstio esse superuacua in specie proposita. Proponitur enim emtor sibi nominatim duplã stipulatus esse euictionis nomine. Quod qui fecit, is actionem ob euictionem habet, siue sciuerit rem alienam esse, siue ignorauerit. *l. si fundum sup. eo.* vt proinde etiam de scientia emtoris probare æque venditori sit inutile. Et fatendum est, in actione ex stipulatione duplæ quæstionem venditori esse inutilem. Sed qui duplam stipulatus est, potest idem re euicta & ex emto agere. *l. si tibi. sup. eod.* verum hac conditione, si non sciens alienam rem vel obligatam emerit. *d. leg. si fundum. sup. eo.* Atque hic demum superiori quæstioni locus est, vbi & superior probatio venditoris admittitur.

* * *

L.Vlt.

Vide *l.exceptione.sup.hoc tit.*

AD TIT. XLVI. CREDITOREM EVICTIONEM PIGNORIS non debere.

SVMMARIA.

1 *Creditorem re euicta, quam iure creditoris, seu iure pignoris vendiderat, si vt aliena euicta sit, emtori eo nomine non teneri, neque in id, quod interest, neq; ad pretium restituendum.*

2 *Extra quam, si quid contra conuenerit, aut creditor sciuerit esse alienam, emtor ignorarit.*

Creditorem pignore, quod vendidit, euicto, hactenus teneri emtori, vt cedat ei actiones suas.

4 *Pignore vendito euicto, & sine cessione vtilem esse actionem pignoratitiam emtori aduersus debitorem, quatenus debitor locupletior factus est.*

5 *Creditorem re, quam iure pignoris vendidit, euicta, si in bonis debitoris fuit, omnimodo ob euictionem teneri: & cur.*

6 *Creditorem in vendito pignore præstare debere emtori, rem sibi obligatam esse, se in pignore omnibus aliis potiorem esse, & se ius vendendi habere.*

7 *Creditorem nulla ex causa quamuis dominij postea sibi quæsiti de pignore à se distracto emtori controuersiam mouere posse.*

CONstanter traditum est, si creditor iure creditoris, vel quod idem est, iure pignoris rem sibi obligatam vendat, eum re euicta ob eam euictionem emtori non teneri: ne ad pretium quidem restituendum. Traditur hoc *in leg.ex emto. §.sententiam.ff.de act.em.leg.etsi ff.de dist.pig.* Traditur hoc idem in his duobus rescriptis, quæ sequuntur. Sed habet hæc sententia multas cautiones, multis enim modis accidit, vt creditor teneatur ob euictionem. Quare, vt id quale sit, plane intelligatur, de re tota sic habendum est. Cum quæritur, an creditor, qui iure creditoris pignus vendidit, ob euictionem pignoris teneatur; multum interest, quam ob causam res euicta sit emtori: vtrum ob id, quod res aliena esset, non debitoris; an vero ob id, quod non esset creditori obligata, siue quod creditor in ea re ius creditoris, seu ius pignoris constitutum non haberet. Si † ob id euincitur; quia in bonis debitoris non fuit, hæc demum euictio est, quam non præstat creditor, adeoque hanc non præstat, vt nec pretium ex hac causa restituere debeat. Id intelligitur ex supra scriptis quatuor locis, in quibus indistincte scriptum est, creditorem non teneri. Nusquam autem alibi hic casus exceptus est, cum res in bonis debitoris non fuit. Non aduersatur huic sententiæ, quod generaliter traditur *in l.sup. eod.* etsi specialiter venditor euictionem non promiserit, re euicta ex emto competere actionē. Hoc enim cum hac exceptione semper accipiendum est, nisi aperte aliud actum sit, vt ibi docuimus. Nunc autem cum creditor vendit rem iure creditoris, hoc agi intelligitur, vt præstet venditori creditoris ius: extra hoc ius ne teneatur. Quid est enim iure creditoris, nisi pro eo iure, quod creditor in pignore constitutum habet? Iure pignoris idem valet, vt indicatur in extremo *leg.1 hic.* Idem valet lege pignoris vendere. *l. etsi is. D.de distr. pig.* Hoc enim significatur vendere hoc pacto & conuentione interposita, vt dicatur creditor rem tanquam pignus vendere. Sed † hic duæ res receptæ sunt; conuentio creditoris, & dolus. Primum, vt maxime creditor iure creditoris rem vendat; tamen euictionem præstabit, si hanc emtori repromiserit, vt est *in l.2.hic.* Cum omnis pactio non fraudulenta in bonæ fidei contractu interposita seruanda est, & actionem parit, *l.ex emt. in pr.D.de act.em.l.in bona.sup. de pact.* tum maxime eius rei interposita stipulatio, quæ etiam per se valet iure ciuili. §. *de constituta. Institutio.de act.* Sed & extra conuentionem si creditor sciuit rem alienam esse, non debitoris, æque tenebitur ob euictionem rei: quoniam decepit emtorem. Sine exceptione definiendum est, semper emtorem venditori, & venditorem emtori dolum suum præstare debere, estque hæc exceptio *in leg. vlt. in fine.hic.* eadem *in dicta leg.ex emto.§.sententiam.ff.de act.em.* His remotis recte dixerimus, creditorem ob euictionem venditi pignoris, quod quidem vere ei datum sit, non teneri, dum tamen hoc ita temperetur, vti proposuimus, vt ne scilicet teneatur aut in id, quod interest emtoris, aut ad pretium restituendum. *dicta leg.ex emto. §.sententiam.*

Ceterum † placet cum re euicta salem ad hoc teneri ex emto, v quam habet actionem aduersus debitorem suum, qui rem alienam pignori dedit, eam præstet: id est, contrariam pignoratitiam actionem, æquissimum enim videri id saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est. Hoc *in leg.creditore.ff.de euiction.* Ita qui rem aduersus creditorem seruare non potest, potest hac actione cessa seruare aduersus debitorem. Quinimo † & nulla cessa actione placet emtori vltro vtilem actionem 4
dandam ex emto aduersus debitorem ipsum, quatenus pretio illius rei locupletior factus est. *l.rescriptum. §.1.ff. de dist.pig.* Atque hæc ita sunt, si res euicta sit ob id, quod non esset in bonis debitoris.

Quod † si res in bonis debitoris fuit, & nihilominus iure euicta est, generaliter probandum est, omnem eam euictionem sine 5
exceptione creditorem præstituurum; quoniam ideo euinci rem necesse est; quia defuit ei ius creditoris, siue ius pignoris; quo tamen iure rem vendidit, semper autem in venditione id præstare venditor debet, quod dixit, vbi propter id rem pluris vendidit. *l. ea, quæ.ff.de cont.emt & vend.* Idque aperte declaratur exemplo hereditatis venditæ: quā cum heres vendit iure heredis, semper hoc præstare debet, se heredem esse, & eam hereditatē, quam vendit, esse eam, ex qua heres exstiterit. *leg quod si nulla.ff.de her.vel act.vend.* Vt autem certius statuamus id ita esse in pignore vendito, facient ea, quæ plura in hac venditione à creditore exigi legimus, quæ ex illo principio ducta, id verissimum esse confirmant.

Hinc † ergo est, quod placuit, cum creditor iure creditoris pignus vendit, ante omnia illum præstare debere emtori, rem sibi 6
obligatam esse pignori. Id declaratur in principio *l.1. & l.2. hoc tit.* Quod enim dicitur vtroque in loco, creditorem euictionem non debere, adiecta hac conditione, si vendidit fundum obligatū: satis significat, si creditori res pignori obligata nō sit, eum ob euictionem teneri. Cur ergo teneatur hoc nomine, nisi quia dixit se creditorē esse, & pignus se vendere, quod dictum in omni venditione præstandum est? Placet præterea creditorē emtori in hac venditione præstare debere non tantum sibi rem pignori obligatam esse; sed etiam se in eo pignore omnibus aliis creditoribus esse potiorem. *leg.1.in fin.hic.* Quod quidem non alia de causa exigitur, quam quod qui posterior creditor est ex pluribus, is ius vendendi pignoris nō habet; atque ita simpliciter ius plenum pignoris non habet, vt priori creditori noceat, *leg.creditor.12.ff.qui pot.in pign.hab. leg.2.& vit.sup si antiq.creditor.* Porro creditor, qui se dicit vendere iure creditoris, hoc dicit se ius pignoris habere; proinde & ius habere vendendi pignoris. Nam proprium ius pignoris est vendere licere. *l.si cessante.sup.de dist.pig.l.4.D.de pig.act.* Cui consequens esse recte quis dixerit, si creditor fuit quidem primus, atque adeo solus; si tamen propter conuentionem nominatim interpositam cum debitore non habuit ius vendendi pignoris, atque ideo venditum ab illo pignus euictum est: euictionis nomine hic quoque eum teneri; quippe multo minus hoc casu ius habuit vendendi pignoris, quam posterior creditor.

Ad † extremum notandum est, vbicunq; euictionem creditori in pignore non nocere placet, ibi euictionem alienam intelligi 7
debere. Vt autē euincat ipse; quod vendidit, eiusq; rei ex alia causa quamuis postea sibi nata quæstionem moueat, neque ius, neque æquitatem pati. *l.etsi ff.de dist.pig.l.1.*illic; *sit tamen.hoc tit.*

AD LEG. SI VNQVAM TIT. LVI. lib. VIII. C.

Iidem AA. ad Orphitum præfectum Prætorio.

Si vnquam libertis patronus filios nō habens bona omnia, vel patrem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quicquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Dat.5.Cal.Apr.Arbitione & Lolliano Coss.355.

SVMMARIA.

1 *Reuocandæ donationis causa.*

2 *In beneficio* l. si vnquam, *quæ spectanda.*

3 *Patrono soli beneficium hic tributum, non aliis donatoribus.*

4 *Qui liberos habet, cum donat, ad eum non pertinere beneficium huius legis: & cur.*

5 *Ne sic quidem, quamuis idem alios liberos postea susceperit: & quare.*
6 *Inofficiosæ donationis reuocationem esse dissimilem, & cur.*
7 *Donanti tribui beneficium huius legis, non autem aliter contrahenti: differentiæ ratio.*
8 *Ad quascumque res donatas etiam singulas reuocationem huius donationis pertinere.*
9 *Liberis postea susceptis reuocationi donationis ex hac lege locum esse; nec conualescere donationem, quamuis ii liberi postea decesserint viuo donatore, & eo, qui viuus non repetierat donata.*
10 *Testamentum agnatis postea liberis ruptum conualescere, si liberi viuo adhuc testatore decedant: aliter atque in donatione infirmata ex hac causa: & differentiæ ratio.*
11 *Liberis post donationem susceptis, quamuis decedant postea viuo donatore, non ideo tamen cessare causam reuocatæ prius donationis.*
12 *Liberis postea susceptis donatori ipsi tribui reuocationem donationis, non liberis: vt neque liberorum consensus ad eam rem sit necessarius, nec liberorum factum patri noceat.*
13 *Totam donationem reuocari ex beneficio huius legis.*
14 *Ipso iure donationem reuocari ex causa huius legis, & num. seq.*
15 Reuertendi *verbo quid significetur.*
16 *Reuocandæ donationis causa ex beneficio huius legis donatori competere, & actionem in rem, & conditionem.*
17 *Conditionem in proposito esse tanquam ob causam dati causa non secuta, aut finita. eandem ex obligatione: obligationem ex contractu.*
18 *Beneficium reuocandæ donationis ex hac lege ad alios donatores, quam ad patronum non pertinere, & quæ in eam rem argumenta.*
19 *Demonstratur liquido ex verbis ipsius* l. si vnquam.
20 *Demonstratur ex aliis partibus iuris.*
21 *Demonstratur ex sententia Augustini translata in ius Pontificium.*
22 *Demonstratur ex sententia & ratione* l. si vnquam. *& quam distent reliqui donatores à patrono in beneficio eius legis.*
23 *Singulare hic beneficium tributum patrono: vt quamuis in aliis donatoribus eadem ratio esset, tamen non debeat beneficium ad eos produci.*
24 *Inofficiosæ donationis propter liberos reuocationem multum distare à reuocatione huius legis. distare in causa reuocationis.*
25 *Distare genere ipso reuocationis; quippe cum illa, & alius detur, & alio tempore, & de alia quantitate, & non ipso iure.*
26 *Inter reuocationem inofficiosæ donationis, & eam, quæ ex hac lege est. differentiæ ratio: cum videatur vtraq; concedi propter liberos.*
27 *Natis post testamentum liberis non ideo legata prius data reuocari, multo minus donationem inter viuos ab extraneo donatore ante perfectam.*
28 *Legatum ita datum filio, vt id restituat post mortem suam Titio, liberis ab eo relictis reuocatum intelligi.*
29 *Idem probandum in donatione inter viuos, si pater filio emancipato quid donauerit ea lege, vt id post mortem suam restitueret Titio.*
30 *Iure poli restitui debere donata, quid sit Augustino.*
31 *Natis donatori post donationem liberis, non cogi ne iure quidem diuino donatarium, vt donata reddat; excepta ecclesia Augustino: & cur putemus hanc in hac re excipi debere.*

1 REuocandæ † simplicis donationis causæ summæ duæ sunt: ingratitudo donatarij, & liberi à donatore postea susceptí. De priore genere, id est, causis ingratitudinis, propter quas donationem reuocare liceat, comprehẽsum est maxime *in l. vlt. hoc tit.* De genere posteriore ius totum propositum est *in l. si vnquam. C. de reuoc. don.* qua de hac reuocatione & causa cautũ est, nec vsquam alibi in iure ciuili nostro. Itaque eius legis explicatio, quale sit hoc genus reuocationis, ostendet. Verba legis hæc sunt: *Si vnquã liberis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Tribuit ergo hæc constitutio, vt apparet, beneficium nouum donatori ad reuocandam donationem iure ante perfectam.

2 In † eo duo spectanda, quibus & beneficium hoc continetur; primum causa beneficij, tum beneficium ipsum illius causæ effectus. In causa beneficij est illa omnis conditio, qua hoc beneficiũ tribuitur lege superiore. Beneficium est ipsa illa reuocatio donationis, in qua videndum est, qualem eam esse velimus ex verbis legis, eamne, quæ iure ipso donationem infirmet, & res donatas ad donatorem statim transferat, an vero quæ nihil amplius tribuat, quam rerum donatarum conditionem. Causa & conditio beneficij initio legis comprehensa, si obseruamus, quinq; continet; personam certam donatoris, ad quam beneficium refertur; tempus donandi, seu statum donatoris, quo ille donat; causam dati res datas; & agnationem liberorum. Quæ singula quid valeant; quia non perinde omnibus liquet, diligenter consideremus: ne aut minus faciamus beneficium, quam est, aut producamus longius, quam quo ex lege pertinet.

3 Primum † constitutio personam certam donatoris exprimit, cui reuocationem tribuit, nimirum patroni: Sic enim scribit, *si liberis patronus donauerit.* Proinde si quis non patronus donauerit extraneo, ad beneficium legis non pertinet: vt quãuis liberos nõ habens donauerit, ac postea suscipiat liberos, nihilo magis infirmetur donatio ex hac lege. Hæc enim conditio est, si patronus liberis donauerit. Certi iuris est, hanc vim esse conditionis omnis, vt quæ sub conditione cessante admittitur, & contra. *quib. §. 2. l. aliquando, ff. de cond. & dem.* valetq; hæc sententia & interpretatio non tantum in contractib. & supremis voluntatib. sed etiam in legib. sub conditione conceptis; & quidem in his maxime. exẽpla *in l. 1. ver. huius rei. ff. de off. eius, cui man. est iur. l. si procuratorem, 8. §. si ignorantes. in fi. cum §. seq. ff. mand.* Sed dissentiunt prope omnes ad vnum interpretes; exceptis admodum paucis, vt ex veterib. Azone, ex doctis viris nostræ ætatis Connano. vicitq; hæc opinio, vt existimet, ac velut pro explorato statuant, quisquis liberos non habens cuicumq; donauerit, liberis postea ei susceptis, donata ad eum redire. Itaque maiorem disceptationem res desiderat. quam idcirco in extremum reiecimus, vt separatim discutiatur. Nunc tantum sumemus id, quod dant verba constitutionis, eoque & orationem ad patronum conferemus.

Tribuitur igitur beneficiũ huius legis patrono donatori primum. sed neq; id simpliciter. Secundum † exigitur in conditione 4
huius legis, vt donet filios non habens. Ex quo intelligitur, si patronus ipse liberos habens donet libertis, donationem non infirmari propter liberos. Efficiturq; verbis eadem ratione, qua supra. Hæc enim oratio. *filios non habens*, resoluitur in hanc, *cum filios non haberet.* Hæc autem, *cum filios non haberet*, conditionem habet, *si filios non habeat, l. si Titio. ff. quan. dis leg. ced. l. quodcumque. §. pen. ff. de ver. obl.* Quo fit, vt liberos habenti, si donet, tanquam cessante conditione legis, cesset etiam donationis reuocatio. Quod tamen videri possit constitui absurde, contraque regulas iuris & naturæ. Etsi enim posthumis, & qui postea nascentur, idem tribuitur, quod liberis iam natis: nunquam tamen tantum, vt sint meliore conditione, quam nati. Quinimo id in beneficio iuris ponitur, quod qui in vtero sunt, habentur pro iam natis, cum de commodis eorum agitur. *l. qui in vtero. l. pen. ff. de statu. hom.* Quapropter videbatur conuenire, quod propter liberos postea natos tribuitur donatori, idem illi tribui propter liberos iam natos, quos habuit, cum donauit. quod contra statuatur, absurde constitui, vt hoc loco. Et cesset ita, si beneficium reuocationis in hac lege tribueretur patrono propter liberos postea susceptos. Nunc autem tribuitur ei propter voluntatem & tacitam conuentioem eius, qua id egit, vt donatio propter liberos ad se rediret. Hæc voluntas existimatur esse in eo, qui liberos non habens donauit; non item in eo, qui habuit, cum donaret, atq; hinc differentiæ ratio. Nam qui liberos non habet, si donat, videtur idcirco donare; quia liberos non habet, non donaturus vtique, vt credibile est, si haberet. Nemo enim in re dubia creditur alienas successiones proprijs, extraneos suis liberis velle anteponere. *l. cum acutissimi. supr. de fideicom.* Hæc autem cogitatio facit vt qui hoc statu donat, intelligatur donare hac lege, vt donatio maneat, si liberi postea ei non nascantur. ex contrario autem, vt si nascantur, redeat. In eo, qui liberos habens donat, apparet nullam eiusmodi mentem & cogitationem esse de reuocanda donatione propter liberos eos, quos iam habet. Qui enim liberos se habere sciens donat, hoc ipso aperte declarat, se non prohiberi liberis, quominus donet, nec velle propter eos reuocare donationem, quam illis iam natis maxime confirmat.

Et † hæc de iam natis ante donationem liberis facilius quis admiserit; quia lex nominatim exigit, vt donator liberos postea suscipiat. Quid ergo, si patronus liberos quidem habens donet, sed postea susceperit alios liberos? An non saltem propter eos, qui postea nati sunt, reuocationem donatori dabimus? Verba ostendunt nihilomagis hoc casu reuocationi locum esse. lex enim reuocationem tribuit liberis quidem postea susceptis, sed hac con- 5

ditione, si patronus donauerit, cum filios non haberet. Quare si tum habuit, manifestum est legi locum non esse, vt de vi conditionis ante diximus. Dixerit aliquis, verba legis etiam hoc casu reuocationē donationis admittere. Sic enim dat reuocationē patrono, si donauerit filios non habens, deinde postea susceperit liberos. Quod quidem in proposito videtur contigisse; donauit enim patronus, cum hos liberos non haberet, ac deinde eos postea suscepit. Sed conditio legis non est hæc, si patronus non habens liberos hos aut illos, aut qui postea suscepti erunt, donauerit; sed simpliciter, si liberos non habens donauerit: vt dicendum sit, si quos tum habuit, non esse reuocationē ex conditione huius legis. Id facit eadem illa ratio, qua ante vsi sumus. Nā qui liberos habēs donat, aperte ostendit se non esse hac mente, vt propter liberos velit donationem infirmari; quā, vt dixi, non impedientib. liberis nihilominus constanter confirmat. Quod si hac mente est aduersus liberos iam natos, vt nolit propter eos reuocari donationem; par est ex stimari, illum eadem mente esse erga eos, qui postea nascentur. Repugnat n charitas & sensus cōmunis naturæ, quominus existimetur pater velle plus tribui liberis futuris, quos non nouit, q̄ iam natis & præsentibus, nec male meritis, quos nouit. Itaq; si quis in hac specie illud obiiciat, in quibus tum causis, tum personis eadē ratio est, in his idem ius statui debere. *leg. illud. D. ad l. Aquil.* liberos autē postea natos semper in eadem causa esse, siue pater, cum donauit, liberos alios habuerit, siue nō habuerit. Proinde vtroq; casu donationem pariter reuocari, quāuis pater alios liberos habens donauerit, hoc modo, inquam, si quis argumētetur, in promtu est responsio ex iis, quæ modo posuimus; recte scil. ita colligi, siquidem reuocatio huius legis tātum propter liberos postea susceptos tribueretur. Sic enim cum in omnib. liberis postea natis eadem causa esset, nec mutaretur propter eos, qui ante nati essent; recte diceretur etiam in omnib. idem ius esse oportere. Iam autem diximus, idq; ex hac conditione, filios non habens, satis apparet reuocationis eius, quæ hic tribuitur, causam nasci ex tacita voluntate donantis id agentis, vt propter liberos donatio reuocetur, cuius voluntatis coniectura non cadit in eum, qui li-
6 beros habere se sciuit, & donauit tamen. Sed † vtriq; huic parti de liberis iam natis, & de iis qui post illos postea nati sunt, opponitur totus titulus *de inoffic. don. sup.* Omnia enim rescripta eius tituli consentiunt in hanc sentētiam; si parens omnia bona sua donauerit, vt sic immoderata & inofficiosa sit donatio, placere reuocari donationem vsq; ad debitum bonorum subsidium, id est, vsque ad legitimam portionem iure naturæ liberis debitam, olim quartam eius portionis, quæ futura esset ab intestato succedentibus: *leg. Papinianus. §. quoniam. D. de inoffic. test.* hodie trientem, aut semissem pro numero. *auth. nouissima. sup. de inof. test.* idq; indincte propter liberos quos l bet non tantum post donationem, sed etiā iam ante natos. Et omnino ita ius est de inofficiosa donatione: sed adiici debuit, tribui istā reuocationem inofficiosæ donationis nō parenti, sed liberis fraudatis donatione, proposita his inofficiosæ donationis querela, idq; mortuo parente ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti. *l. 2. l. pen. l. vlt. sup. de inoff. don.* Et quod dicitur *in l. si totas. sup. eo.* donationem inofficiosam, quatenus inofficiosa est, ad patrimonium patris donātis reuerti; sic intelligendum est, vt redeat mortuo tantum patre, & ita, si liberi id postulent, adiicitur enim ibidem, *reuerti donatum ad patrimoniū patris, sed hactenus, vt liberi debitum bonorum subsidium consequantur*, cui subsidio locus non est viuo patre, vti nec querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est in officiosæ donationis querela *d. l. vlt. sup. de inoffic. don.* Nihil hoc ius huic constitutioni aduersatur, qua tribuitur reuocatio donationis propter liberos non liberis, sed donatori ipsi viuo, & statim. Hæc vero reuocatio, siue omnium bonorum donatio fuit, siue partis tantum nulli tribuitur, nisi ei, qui donauit liberos non habens ei, qui tunc habuit, nunquam, neque propter liberos iam natos, neque propter postea susceptos.

7 Tertium † exigit conditio huius legis, vt patronus donauerit, id est, vt dandi causa sit donatio. Quod eo pertinet, vt si quid vendiderit patronus liberto, si quid cum eo permutarit, si quid denique negotij cum illo extra causam donationis gesserit liberos nō habens, sciamus hic nihilomagis infirmari, quod gestum est, quāuis patronus postea liberos susceperit. Atqui donatio in libertum collata non magis cōfirmatur ab initio voluntate patroni, quam venditio, permutatio, aut negotium quoduis aliud cum liberto interpositū. Cur igitur minus reuocentur cetera negotia, si intersit patroni, quam donatio; si proponatur patronus ea fecisse, quæ facturus non esset, si liberos haberet? veluti si latifundia quædam paterna vendiderit, quæ si liberos haberet, his seruasset, vt dignitati & nomini familiæ conueniebat. Differentiæ ratio est, quod in ceteris negotiis, ex quib. quid liberto abest, reuocari gestum non potest sine damno liberti, cui aut non reddetur, quantum abest, aut si reddetur, cogetur recipere, quod iam ei non expedit. At donatio sine damno donatarij reuocatur, hac enim reuocata dici quidem potest donatarius lucrum non facere, seu lucrum, quod prius ex donatione fecerat, non retinere, damnum autem facere dici non potest; quia hic nihil ei abest de suo, est autem damnum patrimonij nostri deminutio. *leg. 3. ff. de dam. infect.* Porro vt in re, sic & iure multum interest, amittat quis debita aut sua, an lucra non capiat, vt est *in l. vlt. vers. pen. sup de codic.*

8 Quartum † est in hac conditione, vt patronus donet omnia bona, vel partem aliquam facultatum, quod ad res vniuersim donatas pertinet. Quid ergo, si donet res aliquas singulas, vt neque donet omnia sua, neq; dicat se donare partem certam bonorum, puta dimidiam, tertiam, quartam? Nihilominus idem iuris erit, vt susceptis videlicet postea liberis res donatæ reuocentur; quia & hæ superioribus verbis continentur. Sunt enim & ipsæ pars bonorum, vtpote & ipsæ ex bonis, & eæ, quibus bona constant. *l. si quis cum totum. in pr. & §. vlt. ff. de exc. rei iud.* Vnde & illud responsum est, inter legatum partis bonorum, & legatum rerum singularum nihil interesse, nisi quod in legato partis bonorum electio datur heredi, vtrum det res singulas, an rerum æstimationem. Sed vtrumuis fecerit, semper verum est res singulas, vt bonorum partes, legato contineri. *l. non amplius. §. vlt. ff. de leg. 1.* Loquitur quidem hæc constitutio de parte non bonorum, sed facultatum. Sed facultates cuiusque, & bona idem valent. *l. nam quod. §. vlt. iunct. leg. cogi. in princ. ff ad Trebell.*

9 Quintum † & postremum exigit conditio huius legis, idque vel præcipue, vt patronus, qui donauit, liberos non habens, postea liberos susceperit. Ita liberis postea susceptis, si cetera concurrant, donationis reuocatio est ex hac lege. Quid ergo, si qui nati erant, iidem deinde viuo donatore decesserint, & eo quidem donatore, qui donatione aperte non reuocata obierit: an nihilominus manebit reuocatio; an vero donatio, quæ agnatione liberorum infirmata erat, sublatis postea liberis conualescet? Plerique putant cōualescere, cum ob alias causas, tum ob hanc maxime, quod causa huius reuocationis cessare videtur sublatis postea liberis: sic autem ius est, vt cessante causa beneficij, cesset & beneficium. Sed verius est, quod & Bartolus recte sensit aduersus illos differens *in l. Titia. §. Imperator. D. de leg. 2.* liberis semel post donationem susceptis ab eo donatore, qui liberos non habens donauit, ita donatas res redire ad donatorē ex beneficio huius legis, vt quamuis postea liberi vel statim decesserint, nihilomagis conualescat donatio, restituaturve in pristinam causam, sed donatum maneat perpetuo penes donatorem. Si verba legis spectamus, propemodum id exprimunt. Volunt enim donatum ita redire, vt in dominio donatoris deinceps maneat. Verant ergo id vllo casu auferri. Ablatum enim quouis casu non maneret. Si rationes iuris quærimus, hæ sunt comp'ures, quæ rem minime dubiam efficiunt. Primum inest in beneficio huius legis, vt dominium rerū donatarum statim ad donatorē redeat susceptis liberis, vt postea dicetur. Certi iuris est, quod cuiusque factum est, id ab inuito domino ad alium non transire. *leg. id, quod. ff. de reg. iur. leg. si procurator meus. ff. de acqu. rer. dom.* Tum autem vt nihil aliud ex hac lege acquireretur donatori, quam condictio rei donatæ, atque ita post susceptos liberos res maneret donatarij, vt ante: tamen vel hæc ipsa causa satis est, ne cōfirmetur donatio quouis casu inuito donatore. Nam & hoc iuris certi est, actionem alicui semel quæsitam inuito eo resolui, eique auferri non posse. *l. habere in fi. D. de euict.* Postremo eodem beneficio legis efficitur, vt quemadmodum res redit ad donatorem; sic prius à donatario recedat, vnaque & actio omnis, quæ illi eo nomine competierat, exstinguatur. Non minus autem & hæc iuris certi sententia est, actionem semel exstinctam euentu non reuocari. *l. Mauius. §. duorum. ff. de le. 2. leg. qui res. §. aream. ff. de sol.* Disputari tamen contra solet, in eoq; tria afferuntur, quæ opponuntur superioti sententiæ, de quibus breuiter respondebo.

Primum † opponitur exemplum testamenti ruptí, vnde hæc 10
ratio ducitur. Paria sunt, vt videtur, per omnia testamētum agnatione liberorum ruptum, & donatio agnatione liberorum irrita facta. Vtrobique enim proponuntur res similiter irritæ factæ. & ambæ irritæ ex eadem causa, puta ob liberos postea natos, ille testatori, hic donatori. At testamento natis postea liberis rupto, si iidem liberi viuo testatore deinde decesserint, quod prius subtili-

tate

tate iuris nullum erat, iure prætorio tanquam sublato impedimento, quod prius obstabat, conualescit. *l. postumus. ff. de iniust. rup.* Par est igitur, vt donatio, quæ ex hac lege irrita facta erat ob natos postea liberos, iisdem postea viuo donatore decedentibus conualescat. Sed etsi hæc prima fronte similia videri possint; multa tamen in his sunt longe dissimilia, quæ & ius istarum rerum in eo, de quo quæritur, merito distinguunt. Testamentum, in quo postumus præteritus est, agnatione postumi rumpitur iure ciuili. Et hoc iure quamuis mortuo postea postumo testamentum non restituitur; quia eo iure nullum est, quod & ipsum in donatione agnatione liberorum reuocata seruari dicimus. Sed confirmatur testamentum iure prætorio, si mortuus erit deinde, qui natus erat. Merito, quia & potest, & æquum est confirmari iis de causis, quarum nulla cernitur in donatione semel reuocata. Testamentum nato postumo, qui præteritus erat, rumpitur, sed subtilitate iuris ciuilis, ceterum re ipsa & natura nihilominus manet. Superest enim semper scriptura eadem testamenti, eædem subscriptiones, atque eadem signa testium: sed & voluntas testatoris. Quare si moriente deinde statim eodem postumo confirmetur à prætore testamentum, mirum videri non debet, est enim, quod confirmetur, quod agnatione postumi tolli non poterat. Atque hinc prætoris confirmatio, vt declaratur *in §. non tamen. Inst. quib. mod. test. infir.*

At donatio semel irrita facta ob liberos postea susceptos, in totum ita tollitur ex hac lege, vt nihil inde supersit. In totum enim recedit dominium à donatario, & eadem opera ad donatorem redit. Quo fit, vt mortuis postea iisdem liberis, non confirmetur donatio; quia nec potest, quæ nulla est. Præterrem, quæ subest in testamento, est etiam magna causa, cur sublato deinde postumo ipsum confirmetur. Manet enim eadem voluntas testatoris, quæ prius fuerat, & hanc etiam publice interest exitum habere. *l. vel negare ff. quem testam. ap.* In donatione, quæ irrita facta est, omnia contra. Sic enim res ad donatorem redeunt, vt non modo dici non possit interesse, voluntatem donatoris de confirmanda eadem donatione ratam haberi, quod certe dici non potest, etiamsi hæc vlla voluntas esset; sed ne hic quidem quidquam proponatur de eius voluntate, cur velit eas res iterum à se discedere, & donationem reuocari. Inuito autem eo donatio confimari non potest. Nulli enim debet ius suum auferri. *l. 2. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iur.* Huic accedit, quod cum testamentum sublato postumo confirmatur, vti fit hoc testatoris voluntate; ita fit & sine cuiusquam iniuria. Cum enim viuo testatore nascitur postumus, simul & moritur, si scriptis testamento heredibus tribuitur hereditas, ea prius nullis adimitur, ne postumo quidem, aut eius heredibus; quia prius nulli quæsita erat, viuentis enim nulla est hereditas. *l. 1. D. de her. vel act. vend.*

At donationem semel reuocatam ob liberos postea natos, iisdem statim mortuis confirmare sine manifesta iniuria donatoris non possumus. Huic enim per infirmationem donationis res quæsitæ erant, aut condictio, quas res illi adimimus, si donationē confirmamus. Hoc vero neq; ius, neq; æquitas patitur. Nihil igitur simile in testamento rupto cōualescente, cur huius exemplo similiter & donatio in proposito conualescere debeat mortuis iis liberis, quorum agnatione interciderat. Obiicitur etiam exemplum *leg. fœminæ. in fi. sup. de sec. nupt.* Vbi fœminæ liberos habenti, si trāsierit ad secundas nuptias, adimitur potestas omnis alienandi res à marito priore profectas. At idem liberi si decesserint, redit alienandi potestas. Dicamus igitur, inquiunt, hoc idem in donatione, vt si auferatur propter liberos, iisdem postea de medio sublatis restituatur. At quā nihil est in hoc exemplo simile? Non enim fœminæ superiori adimitur illarum rerum alienatio sub conditione, si liberos habere cœperit, aut si liberos quandoque habuerit, sed ad tēpus, quamdiu habebit liberos. Proinde iisdem verbis legis illi conceditur, si liberos habere desierit. Non sic reuocatur in proposito donatio, sed hac cōditione, si liberos postea susceperit. Quæ conditio impleta sine vlla præfinitione temporis & in perpetuum reuocat donationem. Sed præcipue mouentur quidam illa ratione, quam supra attigimus, causa beneficij cessante, cessare & beneficium, sicuti & natura in omnib. rebus accidit, vt sine causa nō sit effectus *l. in omnibus causis id obseruatur. ff. de reg. iur.* Hoc enim posito ita assumunt; at donatio in proposito reuocatur propter liberos postea susceptos, atque his postea mortuis cessat causa reuocationis. Quo efficitur & his mortuis deficere beneficium legis, eoq; & conualescere donationem, quæ prius agnatione liberorū irrita facta erat. Et puto nil verius dici in vniuersum, quam causa cessante cessare effectum. Sed † falsum est in proposito causam beneficij huius legis cessare, si liberi, qui postea suscepti erant, decedant deinde viuo donatore. Causa enim reuocationis hæc est inter cetera; quia liberi postea suscepti sunt. Hæc causa semel impleta cessare, aut deficere non potest. Quantumuis enim vel millies, si fieri posset, liberi postea decesserint, tamē semper verum erit liberos à donatore fuisse susceptos, nec quominus ita suscepti sint, vllo euentu potest fieri, facta enim infecta fieri non possunt. *l. in bello. §. fact. ff. de capt.* Desinere quidem possunt esse liberi, at susceptos eos esse, quæ huius reuocationis causa est, nunquam verum esse desinet. Stet igitur hæc sententia, *si patronus liberos non habens aliquid de bonis suis liberto donauerit, & is postea susceperit liberos, sic donationē infirmari, & donata ad donatorem redire, vt cum redierint, perpetuo maneant, quisquis erit liberorū euentus.* 11

Causam beneficij huius legis habemus, beneficium quale sit, videamus. Id continetur his verbis: *totum quidquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoru arbitrio ac ditione mansurum.* Quo indicantur hæc tria: cui tribuatur hæc reuocatio; quantum reuocetur, & quo iure, quoue effectu.

Tribuitur † ergo reuocatio donatori, ad quem donata redeūt, non item liberis postea susceptis, vt intelligamus, etsi liberi postea suscepti huic reuocationi causam præbeant, nihil tamen illorum causa constituit: certe nihil his tribui, sed tantum patri donatori, qui hac lege donauit, vt datum redderetur, si liberos postea susciperet, quæ cōditio exsistit liberis susceptis, de quo mox plura. Sequitur igitur, vt siue liberi ratam habeant donationem, siue non habeant, & siue viuant, siue moriantur, nihilominus donatori reuocatio statim competat, & semper, quorum vtrumque diuersum est in reuocatione inofficiosæ donationis: quippe quæ liberorum causa constituta est, non donatoris. 12

Eademque † ista de causa ex beneficio huius legis ob susceptos postea liberos, totum reuocatur, quod donatum est, non vt in inofficiosa donatione, tantum vsque ad debitum liberis bonorum subsidium. Sed de hac dissimilitudine dicam paulo post plenius, vbi locus incidet istas species distinguendi, ne ius de vna constitutum videatur alterius iuri aduersari. Nunc tantum indicare satis est, ne frustra videamur monere, donatori hic consuli, & simul eodem beneficio totum reuocari. 13

Reuocatur † autem hic donatio ipso iure, id est, ita vt sine facto donatarij, itemque donatoris dominium donatario recedat, & ad donatorem legis huius beneficio transeat. Id enim dicimus exsistere ipso iure, quod exsistit iure solo sine opera cuiusquam. *§. sui. Inst. de hered. quæ ab int. def.* Duo priora verbis huius legis expressa sunt, vt non egeant probatione. Tertium non est expressum, sed tantum significatur illis verbis; *donatum reuertatur in donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* 14

At † dubitari potest de verbo *reuertendi.* nam quæ à donatario redduntur donatori, nō male, opinor, dicantur reuerti, vti & quæ traduntur alij à domino, dicuntur transire. *l. id, quod nostrum. ff. de reg. iur.* Cur ergo ex his verbis dicamus donata redire ad donatorem statim & ipso iure, ex eorum verborū significatione amplius cognoscendum est. Et vero reuerti proprie id significat. Vt enim ire dicitur proprie, qui per se it: qui autē alieno facto, magis dicitur aut agi, aut duci, aut ferri, vel portari: *leg. 1. D. de ser. rust. præd. leg. ferri. ff. de verb. sig.* ita redire & reuerti dicuntur, quæ per se redeunt; quæ autem aliena traditione, magis transferri, aut restitui, reddiue. *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Atque hic fere huius verbi vsus est in iure: vt cum dicimus bona à patre in filiumfamilias profecta ad patrem reuerti; vb. significatur, hæc bona ita reuerti ad patrem, vt etiam maneant in dominio eius ipso iure. *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* item cum dicimus, ædificio sublato, quod in littore positum erat, locum in pristinam causam reuerti. *l. in tantum. in pr. ff. de rer. diuis.* vt intelligamus locum fieri publicum, vt ante, sua sponte sine cuiusquam facto. Quare ex hac significatione & hoc caueri in hac lege intelligendum est, vt totum, quod donatum est, donatarij esse desinens statim ad donatorē transeat iure ipso sine vlla donatarij restitutione, aut donatoris possessione. Didicimus enim à proprietate verborum recedendum non esse, nisi manifestū sit aliud sensisse scriptorem. *l. non aliter. in pr. D. de leg. 3.* Id amplius verba sequentia confirmant *in l. si vnquam.* addit enim lex; *reuertatur in arbitrio donatoris ac ditione mansurum.* Et dicuntur esse arbitrij & ditionis nostræ, quorum arbitri & moderatores sumus, eæ autem sunt res nostræ, seu quæ sunt dominij nostri. *leg. in re mandata. sup. de mand.* Vult ergo lex sic donata ad donatorem reuerti, vt sint in dominio viuentis, & maneant, neque 15

enim manere possunt, nisi quæ prius peruenerint. Vult igitur statim redire, nec donatarij factum, aut restitutionem desiderari. Nam si hanc exspectamus, sæpe eueniet, ne res donatæ post susceptos à donatore liberos, subiiciantur dominio donatoris, nedum in eius dominio maneant. Multis enim modis accidere potest, ne ei viuo restituantur, vel quod ante mortuus sit, quam repeteret, vel quod ante mortuus, quam repetenti redderentur. Et ita *reuertendi* verbum, & beneficium huius legis vulgo recte acceperunt. In quo ius singulare reuocationis notandum est. Nã quæ ita donantur inter viuos, vt fiant accipientis, si reuocata donatione restitui debent, ita reuocatur donatio, vt non aliter rursum fiant donatoris, quã si ei reddita sint, & tradita à donatario: iuxta regulas iuris, quæ ad transferendum dominium ac eum, qui dominus nõ erat, & voluntatem prioris domini exigunt, & traditionẽ, qua & res in possessionem noui domini veniat. *Id, quod nostrum. ff. de reg. iur. l. traditionib. C. de pact.* Beneficium est igitur, & quidẽ singulare, cõtra rationem iuris communis donatori in hac specie tributum. Cui locum fecit persona donatoris. Obseruãdum est enim id tribui patrono aduersus libertum, quod non item tribueretur in si-
16 mili reuocatione aliis donatoribus. Hoc † iure posito, cõsequens est id, quod Accursius sine probatione quidem; vere tamen scripsit ad hãc legem in fine, donatori patrono post liberos susceptos & actionem in rem cõpetere, & condictionẽ illam, qua vindicet res donatas à possessoribus; hanc, qua cõdicat rerum donatarum possessionẽ à donatario, eiusq; heredibus. Vindicationẽ esse certum est, hæc enim non omnib. dominis competit. *l. in rem. D. de rei vind.* Posuimus autẽ donatorem iam inde à liberis susceptis retro dominum factum esse ipso iure. De condictione potest dubitari, propterea quod ita traditur, neminem rem suam condicere præterquam à fure. *l. vlt. ff. vsuf. quem. cau. §. sic itaque. Inst. de act.* Et sane res ipsas donator, idemq; dominus condicere non potest, vt fiant eius, quæ iam satis eius sunt. Sed potest condicere rerum possessionem, quæ eius non est; quippe quæ ad eum nisi naturali apprehensione peruenire non potuit. *l. 1. l. 3. in pr. l. cum heredes. in pr. ff. de acq. pos.* Deque ea re ita ius est: quoties dedi tibi, quod necesse habeas iure mihi reddere, si dominium in te translatum non est, puta quia rem alienam dedi; aut translatum quidem dominium, sed quod apud te esse desiit, vt in proposito; toties mihi condictio cõpetit, saltem vt possessio reddatur: vt de re indebita soluta, quæ aliena erat, responsum est *in l. indebiti. §. 1. ff. de cond. ind.*

17 Est † tamen & hic ia dubitatio. Est enim condictio actio in personam. *l. actionum. ff. de obl. & act. §. sic itaq; Inst. de act.* Quod si in personam, etiam ex obligatione: cum non sit in personam actio, nisi aduersus eum, qui nobis obligatus est. *dicta leg. actionũ. §. 1. Inst. de act.* Quod si qua hic donatarij obligatio est ad possessionem rerum reddendam, necesse est ex vna aliqua earum causarum nasci, quas ius agnoscit, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Ex qua igitur volumus? Constat hic nullum esse maleficium, aut quasi maleficium donatarij. Ne quasi contractus quidem intelligi potest in ea re, quæ communi consensu gesta est inter aliquos, vnde & obligatio oritur: qualis est donatio, quæ proponitur. Relinquebatur igitur ad cõdictionem in proposito contractus. At nullus contractus sine consensu de ea re, de qua agitur. *l. 1. §. 1. D. de pact.* vbi autem iste consensus de re susceptis postea liberis restituenda. vbi res simpliciter & sine vlla conditione restituendi data est? Sed ne dubitemus obligationẽ hic esse ex contractu & negotio gesto: idq; ideo, quia ex conuentione & consensu. Est enim hic conuentio inter donantem patronũ, & libertum accipientem interposita: tacita illa quidem, attamen conuentio, quã hæc lex admisit. Id ita esse sic intelligere possumus. Aut enim obligatio ad reddendam possessionẽ constituta est hac lege propter liberos ipsos, aut si quid est causæ extra liberos, necesse est causam esse in voluntate donatoris, qui hac mente & lege dederit, vt si liberos postea susciperet, sibi donata restituerentur. Propter liberos solos non esse constitutam hanc reuocationem, non difficile est intelligi ex constitutione, alioqui enim aut tribueretur reuocatio liberis, non donatori; aut si donatori propter liberos, tribueretur non tantum propter liberos post donationem natos, sed etiam propter eos, qui tempore donationis nati essent, quorum vtrumq; lex non vult. Restat igitur, vt intelligamus causam reuocationis esse in tacita mente & cogitatione patroni ideo donantis, quia liberos nõ haberet, ac si haberet vel tum, vel postea, donatum nollet. Ex quo intelligitur ita donasse, vt donatum maneret velut ob causam, si liberos non susciperet, quod si susciperet postea, velut causa non secuta vellet donatum ad se reuerti. Estq; hæc coniectura voluntatis maxime probabilis, eademque recepta iure in persona patris, vt existimetur in liberali erogatione bonorum suorum nolle extraneos liberis suis anteponere. *l. cum acutissimi. in fin. sup. de fideicom.* Nondum satis ad conuentionẽ, donatorem hac mente fuisse, vt sibi donatum reddi vellet, nisi & donatarius eadem lege acciperet. Est enim conuentio non vnius voluntas, sed duorum pluriumve consensus. *l. 1. ff. de pactis.* Sed etsi conuenisset tantum, vt res redderentur, non tamen efficeret hæc cõuentio, vt causa non secuta dominium ipso iure rediret ad donatorem, sed vt obligaretur tantum donatarius ad reddendum. Hic ergo constitit beneficium huius legis, duo patrono donatori tribuens. Primum, vt eius mens & voluntas de infirmanda donatione si susceperit liberos, rata sit, perinde quasi eam legem dixerit donationi, libertus autem eãdem legem acceperit. nam hoc nisi fit, nulla est donatoris reuocatio, *leg. si repetendi. C. de cond. ob caus.* Alterum, vt videatur patonus ita legem dixisse, vt susceptis postea liberis non redderetur donatum, sed pro non donato haberetur, atque hoc modo ad donatorem rediret: libertus autẽ in hanc ipsam legem consensisse. Vtrumque recte præsumtum ex conditione personæ eius, qui accepit, liberti. Est enim, cur existimetur libertus pro officio idem sensisse, & concessisse patrono, propter honorem & affectum, quem debet cum patrono, tum liberis eius. Tacita igitur hic conuentio inter dantem & accipientẽ lege confirmata. Vnde & obligatio huius generis ex contractu; quia ex consensu. Non enim quia conuentio tacita est, eo minus valet, quam expressa. *l. 4. D. de pact.* Et quoniam donatarius obligatur hic ad reddendum; apparet eum re obligari, qui ideo obligatur; quia prius rem acceperat. *§. 1. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Ex quo condictio donati, quam hic quærimus, tanquam dati ob causam causa non secuta.

Cognita sentẽtia legis de beneficio reuocationis, quod hic propter liberos postea susceptos tribuitur donatori patrono, superest, d scutiamus diligẽtius, vtrũ ex hac lege, aut vllo alio iure idem tribuatur, aut tribuẽdum putemus donatori extraneo. Vulgo, vt dixi, inualuit hæc sententia vetus, legem hanc ad omnes donatores etiam extraneos pertinere: vt quisquis liberos non habet, si donet, & postea susceperit liberos, eodem iure donata ad eum reuertantur. Et quidem ita accepta est hæc sentẽtia iam olim etiam à Bartolo, vt ne in eam quidẽ ille inquirendũ putauerit; vbiq; videlicet eam ꝓ explorata sumens, & ad eam reliquas quæstiones & responsiones suas accõmodans, maxime *ad l. Titia. §. Imperat. ff. de leg. 2.* De qua prius, quã dico, paucis præfabor, si alicubi translata sit hæc opinio in mores, aut legẽ scriptã, non esse ius iniquũ, & vt reliqua iura seruandum esse. *leg. 2. l. de quibus. ff. de legib.* Sed etsi sint aliquæ præfecturæ, aut aliqui magistratus, qui cõtrariam sententiam omnino nõ audiant; suadendum est, non esse temere suscipiendã defensionem eius rei, quæ obtineri nõ potest: præsertim vbi amissa causa sequatur periculum famæ cum damno litis coniunctum. Sed † si nobis res sit apud eos magistratus, qui patiantur se regi iure cõmuni, & vinci rationibus, & quæritur, quid hic statuendum sit ex iure ciuili, & Pontificio, sine hæsitatione contẽdo nihil minus verum esse, quã donationem perfectam ab eo, qui liberos non habuit, reuocari liberis ab eo postea susceptis; excepto solo patrono donatore, de quo ius singulare hic constitutũ est. Id vt certius liquear, paulo pluribus demonstrabo, omnia, in quib. sit aliqua auctoritas iuris, reclamare. Primum ipsam hanc *l. si vnquam.* maxime tantũ abest, vt ex ea potuerit, aut debuerit colligi ista sentẽtia. Secundo loco ius commune in vniuersum, eiusque regulas. Tertiò optimam sententiam Augustini de hac specie diserte contra scriptam, quæ & ipsa pro iure accepta translata sit in ius Canonicum, & quodnam in eo fuerit etiam ius ciuile, dilucide ostendit. Omnia tamen hac lege, vt si forte apud aliquos hanc sententiam nõ obtinebimus, non ideo his superuacua sint ea, quæ supra de reliqua sententia legis disseruimus; sed pariter eos adiuuent, vt quæ ad omnem donatorem, cui ex hac lege reuocandæ donationis potestas est, ex æquo pertineant. Volunt autem isti ad omnes donatores sententiam huius legis potrigi: quod nunc negamus. Iam ergo ad id refellendum, vt instituit; quia minore cum damno id futurum est, libentius accedo.

Inprimis, vt proposui, refrangantur † manifeste verba & ratio 19
huius legis, quominus existimetur hoc beneficium pertinere ad donatores extraneos. Primũ, vt nihil sit aliud, lex de patrono donatore, & liberto donatario tantũ loquitur. Non enim ita scripta est, sit quis cui donauerit, sed nominatim, si patronus libertis donauerit. Hæc interpretatio in huiusmodi legibus apud omnes iu-

ris

ris auctores pro certa recepta est, quoties lex de certis personis tantum loquitur, quib. aliquid beneficij tributum voluit, legem ad alias personas non pertinere. *l. si vero. §. pen. ff. sol. mat. quem dos pet. l. quod constitut. ff. de test. mil.* Quare quod patrono tantum nominatim hic tribuitur, non potest ex hac sententia non videri denegatum ceteris donatoribus. Quę vt interpretatio à nullis veterum constituta esset; tamẽ manifesta ratio suadet legem ita accipi oportere. Est enim hæc in primis pręceptis legum omnium, semper legem ita accipiendam, ne sit superuacua, aut inepta. *l. 5. in fi. ff. de capti.* quia scilicet aliter prudentiæ legislatorum non conuenit. At si *l. si vnquam.* sic accipimus, vt pertineat beneficium legis ad omnes donatores, non tãtum superuacue, sed etiam inepte referur constitutio ad certam personam patroni. Cur. n. nominatim de patrono tantum dicitur, quod ait; ad omnes pertinet? præsertim cum vt verius, sic & facilius dici potuerit hoc modo; si quis cui donauerit, quam si patronus liberis donauerit: Sed quo magis ex his verbis id dicamus, hoc accedit, quod lex de patrono tantum non simpliciter loquitur, ei superius beneficium tribuens; sed ita, vt, tribuat ei beneficium nominatim sub conditione, si vnquam patronus liberis donauerit. Nihil est certius, quam quod supra posui, in omnibus legibus, in omnibus scriptis atque conuentionibus, quod sub conditione datur, sub contraria conditione adimi, & contra quod adimitur sub conditione, sub contraria conditione dari. *l. quib. §. 2. ff. de cond. & dem. l. 1. ver. huius. ff. de off. eius. leg. si procuratorem. 8. §. si ignorantes. in fine, iuncto §. sequent. Dig. mandati. l. pecuniam. ff. si cer. pet.*

Quare hac conditione tributa reuocatio, si patronus donauerit, non potest ex his verbis, quin sub contraria conditione denegari intelligatur, si patronus liberto non donauerit. Idque etiam, ab istis, qui dissentiunt, admitti necesse est vel ipsis auctoribus, si modo sibi constent. Cur enim vulgo volunt non infirmari donationem, si donator liberos habens donauerit? nempe quia hac lege infirmatur sub conditione, *si liberos non habens donauerit.* Ex quo intelligitur sub contraria conditione donationem statui. Item cur volũt donationẽ, permutationem à patrono initam cum libertis nõ reuocari ob liberos postea susceptos, quia reuocatio huius legis est sub cõditione, si patronus donauerit. Vnde intelligatur sub cõntraria conditione cetera excludi. Postremo cur volunt liberis ante donationẽ natis, aut liberis postea nõ susceptis donationem reuocari, cum potius conuenire videretur, vt ꝙ tribuitur natis postea liberis, idem tribuatur citius iam natis & superstitibus? nõ ob aliam causam, quam ꝙ cõditio hæc erat, si patronus postea susceperit liberos; qua conditione deficiente necesse est reuocationem denegari. quod nihil aliud est, quam denegari sub contraria conditione. Concedant igitur oportet ex eadẽ hac sententia sita, beneficium huius legis non tribui extraneis donatoribus, quia hæc quoq; cõditio huis legis pars sit, si donauerit patronus libertis, ipsi autem in reliquis partibus conditionis consentiunt, quod sub cõditione constitutum est, sub cõtraria denegari. Si tario legis quæritur, non minus & hęc aduersatur sententiæ superiori, neq; enim eadem est conditio extranei donatoris & donatarij, patroni donatoris & liberti. Sed de hac ratione dicetur opportunius infra in ijs, quæ pro ista sententia afferri solent.

20 Venio † ad alias partes iuris, de quibus pariter constabit non minus eas in vniuersum eidem sententiæ refragari: in quibus hæc sunt. Quæ ab initio recte gesta perfectaq; sunt, euentu non infirmantur, quãuis in eum casum inciderint, à quo incipere non poterant: multoq; minus, si inciderint in eum, à quo poterant incipere. *l. in ambiguis. §. 1. ff. de reg. iur. §. furiosi. Inst. quib. nõ est per. fac. test.* Donatio, quæ proponitur, iure perfecta est, nulla nominatim cõditione addita repetendi. Quocirca nullo euentu liberorum postea susceptorum infirmari potest. præsertim cum liberis susceptis extiterit ille casus, à quo donatio incipere ita poterat, vt non metueret donatarius reuocationem. nam si donator liberos habens donasset, effectum est donationẽ reuocari non posse. Item, quę consensu duorum pluriumue geruntur, ad ea gerenda, liberũ est cuique accedere, aut non accedere. Re autem consensu semel contracta, & perfecta, nulli contrahentiũ licet ab ea recedere inuito aduersario. *l. sicut. sup. de obl. & act.* Merito: est enim regula naturę, quæ dictat, nulli ius suũ detrahendum. *l. 2. ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* qua eadem efficitur, actionem alicui semel quæsitam ad res acceptas persequendas, aut exceptionem quæsitam ad res retinẽdas nulli auferri posse. *l. habere. in fi. ff. de euict. vlt. ff. de pa.* Proinde nec poterit auferri donatori in proposito, postquam res donatæ simpliciter in eum translatæ sunt. Hinc superior regula cum in alijs negotijs omnibus tum maxime in donationibus obtinet: de qua hæc nota est, & crebro vsurpata iuris certi sententia, semel perfectam donationem, cui lex ab initio dicta non sit, reuocari non posse. *l. cum ancillam. l. si repetendi. Cod. de cond. ob caus. l. 5. l. 6. sup. de reuo. don.* Vna exceptio est in donatione, nisi sit iusta aliqua causa donationis reuocandæ. Hanc. n. ob ingratitudinem donatarij reuocari posse constat. *l. vlt. & toto tit. hic.* nõ alia ex re quam quod hæc reuocationis iusta causa habita est ingratitudo donatarij. Sed tamen reuocandi iustam causam semper subesse oportet. At vbi extraneus donator liberos suscepit postea, nulla hic causa est ad donationem reuocandam. Erit enim hæc causa aut in donatario, aut in donatore aut in liberis post susceptis. Nihil horũ est. Non est vlla omnino in donatario, quia nihil admisit, quamobrẽ donatum amitteret, vt fit, cum donatarius se ingratũ prębuit. Non est in donatore, qui simpliciter donans nihil ostendit, cur vellet aliquo casu donata ad se reuerti. *l. 1. ff. de don.* Et vt forte apud se fuisset hoc animo, vt vellet aliquid sequi, quo non secuto nollet donatum manere; tamen nihil hoc ei prodest ad reuocationem, nisi nominatim eam causam & conditionem adiecerit donationi: placetque non propterea donationem reuocari posse, vt diserte traditum est *in d. l. si repetendi. sup. de cond. ob caus.*

Non est etiam causa ad reuocandum in liberis postea susceptis. Nam si nati sunt facto donatoris, vtpote ab eo procreati, nemo facto suo actionem exceptionemue alteri quæsitam potest ei auferre, aut mutare. *l. debitorem. sup. de pig.* & generaliter nemo alterius conditionem potest deteriorem facere. *l. soluendo. ff. de neg. gest. leg. non debet alteri. Dig. de regulis iuris.* Sed & propter liberos solum non reuocari donationem ex hac lege, hinc facile intelligi potest, quod lex reuocationẽ solum dat ob liberos postea susceptos, & ei, qui tunc cum donabat, liberos non habuit. Quod sane futurum non erat, si lex in eo habuisset rationem liberorum. Nam alioqui idem tribuisset & natis iam ante, quibus vt filijs non minus consuli oportuit. Fortasse etiam magis propter prærogatiuam nascendi. Adde his ex iure cõmuni exemplum legatorum, ꝙ superiorem sententiam perspicue refutat. Constat facilius reuocari legatum voluntate testatoris, quam donationem voluntate donatoris. Nam legata pẽdent ex vnius testatoris voluntate, eaq; ambulatoria vsq; ad vltimum vitæ spiritum. quamobrem & sola voluntate testatoris etiam tacita reuocantur, *l. 3. in fi. l. 4. ff. de ad. leg.* Donatio quoni duorum consensu constat, non potest donatoris voluntate reuocari inuito donatario, *d. l. sicut. sup. de obl. & act.* Atqui legatũ ipsum propter liberos postea à testatore susceptos nõ reuocatur. finge aliquid relictũ codicillis ab eo, qui liberos non habebat, deinde postumum natum. placet nihilominus legata deberi ab intestato. *l. ab intest. ff. de cod.* finge testamentum factum pręterito postumo, aut liberis iã natis, quos putabat pater mortuos. Placet ad eos liberos, qui postea exsistent, sic hereditatem pertinere infirmato testamento; vt nihilominus legata eo testamento relicta debeantur. *auth. ex causa. sup. de lib. prat. vel. exh. l. vlt. ff. de her. inst.* quo fit, vt nihil eorũ propter susceptos postea liberos reuocetur. Multo ergo minus liberis post donationẽ donatori natis, propter eos reuocabitur donatio. Siue enim quæritur facultas reuocandi in eo, qui legauit donauitue; hæc plena est & libera est in testatore legante. siue reuocãdi voluntas; multo plus tribuitur supremæ voluntati, quam viuentium. *leg. 1. supra, de fac. ecc. l. vel negare. ff. quem. test. ap.* Quare si is, qui cum vult legatum reuocare, potest, non intelligitur tamen reuocare, si ei postea liberi nati sint, qui & sint heredes: multo minus existimandus est reuocare donationem ob liberos postea susceptos, qui etiam si velit, id facere solus non potest.

Tertio † loco exstat de hac ipsa specie, quã tractamus, sententia Augustini, quã si audimus, omnis quæstio tollitur. Exstat autẽ *in c. vlt. 17. q. 4.* ibi inter alia hæc verba sunt: *Quam laudabile factum sancti Aurelii Carthaginensis episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec sperarent, res suas omnes retento sibi vsufructu donauit ecclesiæ, nati sunt ei filii nec opinanti. Agnoscimus per omnia ipsissimam speciem, de qua nunc quæritur. De iure ita subiicit: reddidit episcopus ea, quæ ille donauerat. In potestate habebat episcopus non reddere, sed iure fori, non iure poli.* Hactenus ille, quod ad hunc locum pertineat. Ait igitur in specie proposita susceptis postea à donatore liberis, non eo magis donatarium cogi reddere, eoque nec ad donatorem reuerti, id, quod volumus. At quo iure? iure fori, inquit, id est, eo iure, quo in foro vtuntur, id est, iure publico, legibus, constitutionibus, moribus. hæc enim sunt iura, quæ iubetur quiuis iudex in foro obseruare. *Institut. de off. iud in princip.* Si quæ- 21

ritur, an hæc sententia pro iure habenda sit, non potest dubium esse apud eos, qui iuri pontificio iuris publici auctoritatem tribuunt, quod faciunt ij fere, qui sententiam illã vulgarem defendunt. Nam sentẽtia Augustini superior in ius canonicum relata est. Sed tamen dicent aliter iure ciuili cautũ, nec posse in hac re ius Pontificium iuri ciuili derogare: ideo de iure ciuili hic quærendum esse. Agnosco vere dici, ac volo etiam sententiam Augustini in hac re sic accipi, vt sit tantum priuati hominis sententia, quæ ipsa per se pro iure non valeat. At certe illud tenebimus, saltem haberi eam debere pro idoneo & vero testimonio, quo ille testatur iure ciuili, & publico non reuocari donationem donatori extraneo ob liberos ab eo postea susceptos, quamuis tunc, cum donabat, nullos habuerit, nec sperarit. Nã Augustinus etiam iuris doctrina eruditus fuit, vt multa eius scripta indicant. Sed eo non moueor. Esto, non fuerit ille iurisconsultus. at quod inter omnes doctos & pios conuenit, vir fuit præter exim ã doctrinam, summa tum pietate, tum prudentia præditus. fecit pietas, vt nollet mentiri: prudẽtia, vt nollet temere affirmare quod nesciret; q̃ est summæ stultitiæ. Hinc intelligi volumus, Augustinũ, cũ superius illud scripsit, aut ipsum per se cognouisse, ita ius esse aut si ius non didicerat. Iurisconsultos sui tẽporis eruditos cõsuluisse, à quib. intelligeret, quid de ea re in foro seruaretur, atq; id ius pro certo accepisse. Quæ res declarat fuisse hanc illius temporis Iurisconsultorum receptam sententiam. Ex qua etiam intelligimus statuisse eos donationem propter liberos postea susceptos non tantum nõ reuocari iure alio quouis cõmuni; sed nec *l. si vnquã.* de qua præcipue quæritur; siquidẽ ea iam multo ante edita tum in vsu erat. Est enim lex Constantij. August. autem vixit temporibus Theodosij prioris & posterioris, qui longo post tempore secuti sunt Constantium. Quæ cum ita sit, res, mihi dubitationem habere non videtur, qui in donatore extraneo qui liberos non habens donauit, non reuocetur donatio propter liberos postea susceptos: præterquam sit inofficiosa donatio, de qua postea nonnihil dicemus.

Reliquum est, vt quæ contra afferantur ad defensionem vulgaris illius sententiæ, cognoscamus, de quib. iam dicam, & sigillatim respondebo. Et primum ac præcipuũ firmamentum eius sententiæ illis positum est in hac *l. si vnquam.* qua & id ipsum statui volunt. Atqui iam ante satis ostendimus non modo id ex verbis non colligi, sed etiam verba aperte reclamare. Et † de verbis, non negant id verbis non exprimi, quod & ipsum negari non põt. Est enim lex nominatim scripta de patrono donatore, & libertis donatarijs. Sed dicũt effici legis sententia. Sententiam enim intelligi ex ratione legis: hanc autem eamdem esse in extraneis donatorib. & donatarijs, quæ in patrono donatore & donatarijs libertis. Porro in quib. causis eadem ratio est, in his etiam ius idẽ statui debere; quia lex id senserit. *l. illud. ff. ad l. Aquil.* De hac vero ratione & collectione duo respondemus: primum verum nõ esse eamdem esse rationem legis in extraneis donatorib. & donatarijs: quæ in patrono & libertis. deinde vt esset eadem; tamen valde errari, cum q̃ patrono singulari iure hic tribuitur, transfertur & producitur ad alios casus, quamuis similes. Primum hoc fatemur communia hæc esse patrono cũ extraneo donatore in specie proposita, quod tam extranei donatores, quã patronus donare possunt liberos nõ habentes, & postea suscipere liberos. Sed hoc dissimile est, quod in donatione patroni donator est patronus, donatarij libertus in donatione extranei, vterq; extraneus, & qui donat, & qui accipit. Non est vero eadem conditio istarum personarum; ne ratio quidem in his eadem, sed longe diuersa: non dico alijs in rebus sed in ea ipsa, de qua agitur.

Extraneus quidem donator liberos non habens si donet, existimari põt hoc animo esse, vt liberis susceptis, si forte suscipiat, redeat donatum, non minus, quam patronus donator; quia ãbo sunt patres: proinde paterno, id est, eodẽ affectu erga liberos. Sed inter donatarios hoc interest, quod libertus à patrono accipiens, videtur eadẽ lege accipere, qua patronus pro affectu donare intelligebatur: nimirũ vt natis postea patrono liberis reddat donata. quod de extraneo donatario dici non potest, atq; hic constitit differentiæ ratio manifesta. Vt libertus donatarius videatur eadem mente esse, qua patronus in donatis reddendis. facit conditio personæ duab de causis. Primum libertus propter beneficiũ manumissionis omnẽ honorem debet patrono; nec tantum patrono, sed eius liberis. *l. si quis à lib. §. vtrum ff. de agn. lib.* Huic honori conuenit, vt patrono desideranti vehit libertus præstare omnia, quæ potest sine damno, suo alioqui ingratus futurus. *arg in l. ingrat. ff. de iur. pat.* At desiderante patrono donata ad se redire, potest libertus ea reddere sine damno suo; nihil enim hic de patrimonio suo deminuit, qui accepta reddit. Tum autem præter honorem etiam bona ipsa sua propria debet libertus patrono, cum res exigit. Nam patronum egentem alere debet de suo. debet & liberos patroni egentes. *d. l. si quis à liberis. §. solent. & § vtrum. de ag. lib.* Item & moriens libertus bona sua relinquere debet patrono certis conditionib. Etiam intestati bona ad patronum, eiusque liberos certis item conditionib. redeunt. *§. sed nostra. Inst. de suc. lib.* Qui sua propria patrono largiri debet, cum opus est, non mirum, si reddere debet ea, quæ sunt profecta à patrono, cum res postulat, & voluntas patroni, quod fit, cum patronus liberos non habens donauit, & postea liberos suscipit. Nihil simile in donatarijs extraneis, qui neq; honorem donatori extraneo debent, qualem libertì patrono; & multo minus illi debent bona, quem neq; egentem alere necesse habent, neq; morientes heredem facere. Perspicuum est igitur non esse in his eamdem rationem, quæ vt in liberto suadeat eos donata reddere debere donatori extraneo, quamuis liberta postea à donatore susceptis.

Sed † concedamus eandem rationem esse in omnib. qui donant liberos non habentes, & qui ab his accipiunt; tamen ratio iuris prohibet, quominus quod hic patrono tribuitur, transferatur ad alios, etiã in quib. par videri possit causa. Certi iuris regula est, quod contra iuris rationem receptum est, non esse producendum ad consequentias. *l. quod vero. ff. de legib. l. quod contra. ff. de reg. iur. c. quæ à iure ext. de reg. iur.* Cuius hæc sententia est, quæ constituta à iure communi recedunt (sic enim explicatur *in d. c. quæ à iure.*) ea non sic esse producenda ad alios casus, vt dicamus, quia proponuntur ij casus, in quib. forte eadem ratio sit, ideo consequens esse, vt in his idem admittatur. At beneficium, quod hic tribuitur patrono, est huius generis, atq; adeo bis singulare ius habet, cõstitutum aduersus manifestam rationem & formam iuris cõmunis. Illud primum, quod conceditur reuocatio donationis saltem ob id, quod donator post ea liberos susceperit. cõstitutum aduersus certas iuris sententias, quib. efficitur, quæ recte ab initio gesta sunt, & præsertim quæ duorum consensu constant, non infirmari vllo euẽtu inuito aduersario, quemcumq; in casum reciderint, vt supra ostendimus. Et maxime id receptum est in donatione, cum donationi nulla conditio repetendi adiecta est. *l. si repetendi. sup. de cond. ob. caus.* Præterea & illud singulare in hoc beneficio, quod placet donatum redire ad donatorem ipso iure. quo continetur, vt & recedat dominium rerum donatarum ab inuito donatario sine facto eius, & transeat ad donatorem sine traditione. Vtrumq; aduersus regulas certi iuris. prius aduersus *l. id, quod nostrum. ff. de reg. iur.* posterius aduersus *l. traditionibus. supra. de pact.* Quæ cum ita se habeant cum in verbis, tum in ratione ac sententia *l. si vnquam.* erepta est, ni fallor, omnibus facultas superiorem sententiam ex ea lege defendendi.

Sequitur alterum argumentum eius sententiæ sumtum ex *l. si totũ. sup. de inoff. don.* vbi proponitur pater omnia bona sua contulisse in filios emancipatos, quos iã tum habebat. cumq; illi postea nati essent alij filij, vel nepotes, placet donationem reuocari, vt qui postea nati sunt, debitum bonorum subsidium, id est, legitimam, consequantur. Sed hoc dictum est de inofficiosa donatione quod ad reuocationem *l. si vnquam.* nihil pertinet. Et ideo illic reuocatur donatio, quamuis is, qui donabat, liberos tũ habuerit, & reuocatur vsq; ad legitimam dumtaxat. Quorum vtrũq; in beneficio *l. si vnquã* contra fit. nã & hic cessat reuocatio, si quis liberos habens donauit; & cum reuocationi locus est, reuocatur totum, q̃ donatum est nõ pars tantũ. Quod eo pertinet, vt si donatio erit inofficiosa, semper reuocetur ex ea causa ad legitimã liberorum. Est autem inofficiosa, quæ nec legitimam patrimonij relinquit liberis, quod fit, cum olim excedebat dodrantem debitæ ab intestato portionis, nũc bessem, aut semissem pro numero liberorũ. Hunc modum, inquã, cum donatio excedit, quatenus excedit reuocari põt à liberis, quisquis erit, qui accepit, siue libertus, siue extraneus, nec intererit liberos habuerit donator, cũ donabat, an non habuerit: ac ne illud quidem, quinam sint liberi, an qui tempore donationis iam nati erant, an qui sunt nati postea. Quod si donatio consistet intra eum modum, eoq; inofficiosa non erit, vt iam vna sit reuocandi causa in liberis, non reuocabitur ex *l. si vnquam.* ne propter liberos quidem postea susceptos, si donator erit extraneus, siue is iam ante habuerit liberos, siue tum non habens postea susceperit. Non sunt hæc contraria.

Nam † inter reuocationem ex hac lege, & reuocationem inofficiosæ donationis multum interest in omnes partes, siue causa

causa reuocationis spectetur, siue ipsius reuocationis ius & conditio Causa reuocationis longe dissimilis, eaque dupliciter. Nam *ex l. si vnquam*, quamuis non sit inofficiosa donatio; reuocatur tamen ob liberos postea susceptos, dum is, qui donauit, nõ habuerit liberos, cum donabat. nec refert, quantam partem bonorum suorum donauerit, magnamne an minimam. Ex causa inofficiosę donationis reuocatio nulla est, vt apparet, nisi prius inofficiosam posueris. Item ex *l. si vnquam*. ita est reuocatio donati ob liberos postea susceptos, si donator tum, cũ donabat, liberos non habuerit. quod si habuit, neq; propter iã natos reuocatur, neq; propter eos, qui postea nati sunt. Inofficiosa autẽ donatio patris vt liberos omnes offendit, eorumque causa constituta est; ita reuocatur propter omnes liberos, siue qui iam tum, cum donabatur, nati erant, siue qui postea nati fuerint.

25 Reuocationes † autem ipsæ ex his causis, multo plurib. rebus inter se diffidẽt. Ex *l. si vnquam*. donator ipse reuocat donationem. Inofficiosam donationem patris soli liberi. Ex *l. si vnquam*, si donator reuocat, nempe reuocatur donatio eo viuo. nõ enim reuocat quisquam, nisi viuus. Inofficiosam donationem reuocant liberi mortuo tantum patre donatore ad exẽplum querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est querela inofficiosæ donationis. *l. vlt. sup. de inoff. don.* Ex *l. si vnquam*. totum aufertur, quod donatum est. Inofficiose donatum eatenus, quatenus in officiosa donatio collata sit, filiumne donatoris, an extraneum. Nam nec aduersus extraneum reuocatur latius, sed in hac re liberi & extranei donatarij comparantur *in l. 1. supra, eod.* Postremo ex *l. si vnquam*. reuocatur donatio ipso iure, id est, ita, vt statim post liberos susceptos donata redeant ad donatorem. Inofficiosa donatio non item donata adijcit liberis; sed duntaxat proposita querela ad exemplũ querelæ inofficiosi *l. 2. l. cum donationib. l. pen. & vlt. sup. de inofic. donat.* Huic autem renuntiare possunt. possunt & decedere ante, quam querelam moueant. quib casibus non transmittitur querela ad heredes. eoque nec reuocatio donationis, de quibus dicendum est alias pluribus. Quæ cum tam multa, tamq; dissimilia insint in his reuocationibus, & quidem ex iure certo: si qui sunt, qui eas comparent, vt quod de vna dicitur, transferant ad alteram. hi comparant inter se res dissimilimas, & manifesti iuris imperitia labuntur.

26 Quæret † ergo aliquis, vnde sit dissimilitudo istarum rerũ, quę vnam causam cõmunem habere videntur, nempe donatoris liberos. Differentiæ ratio hæc est, quod qui donat liberos non habẽs, hac mente est, vt sibi consulat, id est, vt sibi donatum reddatur, si postea liberos susceperit. Hanc cogitationem si lex confirmat, vt fit in patrono donatore, consulit lex donatori, non liberis; nisi quatenus per patrem donatorem etiam ad ipsos eadẽ res redituræ sint. Illud solum hic quod vt ille sit, & conueniat donatoris voluntati, considerandum fuit. Illud autẽ in primis exigendum, vt tunc donauerit, cum liberos nõ haberet: quo fit, vt intelligatur, si haberet, daturus no fuisset, eo q; & his susceptis donatum nolle. Inofficiosa autem donatio quæ sciente patre fraudat liberos legitima portione, fit & manet etiam secundum voluntatem patris, ac soli liberi hic iniuria afficiuntur. Quocirca non fuit hic reuocatio donatori danda, qui sibi consulere noluit sed fuit consulendum liberis fraudatis, & consulendum, quatenus sunt fraudati, nec dissimiliter, quam si testamento illis quarta relicta non esset.

Tertium argumentum vulgaris sententiæ, & quo maxime ductus videtur Accursius ad *l. si vnquam*. iam hanc rationem solam reddit, vt eamdem reuocationem tribueret extraneo donatori, quæ illic tribuitur patrono, est ita ratio, qua vsus est Iustinianus in testatore, *in l. cum acutissimi. in fi. sup. de fideic.* non videri scilicet testatorem alienas successiones propijs anteponere. Ex ea enim colligitur id, quod responsum est à Papiniano *in l. cum auus. ff. de cond. & dem.* & confirmatum ac productum longius *in d. l. cum acutissimi.* si testator filio suo herede instituto, rogauerit eum, vt post mortem suam restitueret hereditatem extraneo: videri fideicommissum relictum sub conditione, si filius sine liberis decesserit, ac liberis postea natis deficere fideicommissum. Hinc effici volunt, & si quis quid inter viuos donauerit extraneo, eadem ista ratione videri eum velle donatum manere hac conditione, si liberos non susceperit, proinde his natis postea donationem reuocari. Sed vitiose admodũ id colligitur. Primum, quia superior ratio & sententia pertinet ad successionem & hereditatem defuncti, ad legata ab eo relicta reuocanda non pertinet. Tum autem, vt pertineret etiam ad legata, & supremas omnes voluntates; tamen ad donationes transferri non debet, nec potest. Ad successionem & hereditatem à defuncto ipso relictam fateor pertinere, fitque hoc modo. Nam si testator liberos non habens instituat extraneum heredem postumo præterito, deinde liberis postea natis decedat; testamento, quod ad successionem attinet, euanescente liberi sunt heredes scripto herede excluso. *auth. ex causa. supra, de lib. prat. vel exh.* Idemque est, si testator existimans filium mortuum, quem habebat, extraneum heredem instituerit, deinde exsistat filius, qui vindicet hereditatem. *d. l. vlt. ff. de her. inst.*

At † hoc non itẽ pertinet ad legata à testatore relicta. Nam si 27
testator liberos non habens legata, aut fideicõmissa reliquerit vel testamẽto, vel codicillis, quamuis postea nati sint illi liberi; nõ eo tamen magis legata reuocantur, sed debentur ab heredibus legitimis, etiã rescisso propter liberos testamento. *dict. auth. ex causa. d. l. vlt. de her. inst. l. ab intestato. ff. de iur. cod.* Neque offendemur superiore illa sententia, non videri testatorem alienas successiones suis anteponere. Non enim hic in successione defuncti anteponuntur extranei & alieni liberis, sed liberi omnibus; cum & hic defuncti patris sint successores exclusis scriptis ijsque alienis heredib. Quod si ob liberos à testatore susceptos non reuocãtur legata ante ab eo relicta, nec quominus id dicamus, superiore ratione impedimur, multo minus ob eamdem istam rationem reuocabitur donatio liberis à donatore postea susceptis; cum vt ante dixi, legata sola voluntate testatoris constent, donatio duorum consensu, & vt non nisi horum consensu perfici potest sic nec nisi vtriusque consensu resolui. *l. sicut. sup. de obl. & act.* Sed amplius dicimus, etsi maxime ex superiore ratione & hereditates & legata à testatore relicta reuocarentur liberis postea natis testatori: tamen non recte transfertur hoc ius ad donationes inter viuos factas Quamquam enim qui donat inter viuos, eodem animo est, quo testator, vt scilicet velit, si sibi nascantur liberi postea: donatum ad se redire; non est hoc tamen satis ad reuocationem. exigitur amplius & in testatore, & in donatore, vt quod voluit, etiam potuerit iure, id est, vt in eo quod voluit, rata sit iure eius volũtas. Atqui hoc testatori concessum est: donatori nequaquã. vti quisq; legassit rei suæ, ita ius esse iubetur legibus. *l. verbis. D. de ver. sign.* vnde vt legata valent sola voluntate testatoris; ita & sola eius voluntate licet tacita reuocantur. *l. 3. §. vit. l. 4. ff. de adi. leg.* Non eadẽ potestas est donatoris in reuocandis donationibus. Non perficitur quidem donatio ab initio, nisi voluntate eius. At semel perfecta non potest ab eo ex pœnitentia reuocari; vt ante ostendimus. *leg. cum antillam. l. si repetendi. sup. de cond. ob caus. l. 5. l. 6. sup. de reuoc. don.* quippe quæ vt modo dixi, perfecta sit duorum consensu. quo fit, vt non possit, nisi vtriusque consensu ab ea recedi. *d. l. sicut. sup. de obl. & act. l. ab emtione. ff. de pact.* Vna exceptio communis hæc est, nisi quis donauerit ob causam, & causa secuta non sit. Sed hanc nominatim adijciopportet, quam si quis apud se cogitat, & sequi vult, neque aperte in donando adijcit, placet nihil ei prodesse. & quamuis nihil eiusmodi secutum fuerit, quale sperabat, nihilominus manere integram donationem, vt iam diximus diserte scriptum esse *in l. si repetendi sup. de cond. ob caus.* Nihil igitur superior illa ratio *l. cum acutissimi.* ad rem pertinet, si de legatis à testatore relictis propte liberos postea ei natos reuocandis agitur, multoque minus, si agitur de donationibus propter liberos à testatore susceptos reuocandis. Et vero nec de institutione ipsa testatoris, qua heredem sibi instituat, quæque reuocetur liberis postea illi natis, species illic proponitur: vt nihil relinquatur ex eo loco, quod pertineat ad donationem ab eo, qui donauit, reuocandam propter liberos ab ipso postea susceptos.

Plane sic potest reuocationi & legatorum & donationis locus esse, si in his ea concurrant, de quibus in fideicommisso restituendæ hereditatis comprehensum est *in dict. leg. cum acutissimi. de fideicom. & l. cum auus. ff. de cond. & dem.*

In † legatis quidem hoc modo, si proponas testatorem quid 28
legasse filio, & rogasse, eum, vt post mortẽ id restitueret Titio. Tũ enim recte dixerimus in fideicommisso, quod hic datur Titio, inesse conditionem tacitam, si filius, qui rogatus est restituere, decesserit sine liberis: Itaque nullis liberis relictis deberi fideicommissum. his relictis fideicommissum nec datum videri. sed transire ad filij liberos. Coniectura voluntatis non obscura ex eo, quod filium rogando vt tantum post mortem suam legatum restituat, perspicuum sit voluisse eum legatum nõ aliter à filio recedere, & transire ad extraneum, quam si filius esse desisset. Atqui is in filijs perpetuo viuere intelligitur, & certum est eos filios, qui testatori sunt nepotes, non minus imo magis auo dilectos & charos fuisse. *l. liberorum. ff. de ver. sig.*

Quare

Quare qui voluit legatum perpetuo apud filium manere, is vtiq; voluit manere & apud filios eius ſuos nepotes, vt ſic videatur ſemper manſiſſe apud filium in eius liberis; & maxime, ſi res in contentionem veniat cum extraneo, vt quærendum ſit, qui in legato aui præferendi ſint, nepoteſne defuncti, an extraneus. In qua contentione ſemper vincet ratio, non videri auum alienos ſucceſſores ſuis liberis prætuliſſe, juxta rationem *d.l. acutiſſimi.* Extraneo ſi leget teſtator, & roget eum poſt mortem ſuam reſtituere Titio, nihil cauſæ dici poteſt, cur poſt mortem legatarij fideicommiſſum non debeatur, etiam ille deceſſerit relictis liberis; quia non minus hi liberi teſtatori extranei ſunt, quam Titius: vt nihil ſit in his, cur propter eos velit teſtator legatum ademtum Titio, & ad iſtos potius tranſire. Sed etſi filio legans pater, roget eum legatum reſtituere Titio ſtatim, aut poſt certum tempus; quamuis liberos ſuſcipiat poſtea, & habeat die fideicommiſſi cedente, Papiniani & Iuſtiniani ſententia eſt, eum cogi omni modo reſtituere, qui de eo filio tantum loquuntur, qui iuſſus eſt poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem. *d.l. cum auus. de cond. & dem. d.l. cum acutiſſimi. ſup. de fideicom.* Idq; ratione ipſa Iuſtiniani efficitur, nō enim dicendus eſt pater in ea reſtitutione videri alienum ſuo ſucceſſori ante poſuiſſe, eum filium in eo ſiue legato, ſiue hereditate perpetuo ſucceſſorem eſſe noluit, translata ad alium hereditate, aut legato per fideicommiſſum. Quod ſi illa concurrent, vt & filio legatum ſit datum, & idem rogatus reſtituere poſt mortem ſuam; tum recte defendemus idem probandum eſſe, quod ante diximus, id ipſum quod iuris eſſe dicitur in ſupra ſcriptis locis, cum filius heres inſtitutus eſt, & rogatus poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem.

29 Quo † exemplo idem ius & in donatione inter viuos admittere poſſumus, vt ſi pater inter viuos filio emancipato quid donauerit ea lege, vt id poſt mortem ſuam reſtitueret Titio, tum filio decedente ſine liberis, ſit Titio vtilis actio ad petendum donatum, vt eſſe in hac ſpecie placet *in l. quoties. ſup. de don. quæ ſub mod.* ſin decedat filius relictis liberis, nihil debeatur Titio; ſed donatum apud liberos filij donatarij maneat, eadem illa ratione videlicet, vt qui filium ſuum id donatum perpetuo habere, dum vixit, voluit, velit etiam eum habere in filiis ſuis, ſi quos poſt ſe relinquet, in quorum perſona, & ipſe viuere intelligitur, præſertim cum & hi filij ſint donatori liberi: charitas autem aui in nepotes ſuadeat ita exiſtimare, auum magis conſultum voluiſſe nepotib. ſuis, quam extraneo, confirmaturque coniectura ex eo, quod prius eodem iſto animo fuit in filium in hac ipſa donatione, neq; vero plus dilexit filium, quam nepotes. Sed recte hæc dicuntur in donatione futura, & pendente, quæ filio mortuo donatum adimens collata eſt in extraneum, qualis eſt ea, quam modo propoſuimus. Hæc quia nondum perfecta eſt, ſed pendet, donec filius viuit, voluntate donatoris impediri poteſt, ne impleatur, & ad hoc ſolius eius voluntas ſufficit, neq; conſenſum Titij exigimus. Quæ enim duorum conſenſu geruntur, nō perficiuntur, niſi conſenſus vtriuſq; concurrat. *l. in omnibus. ff. de obl. & act.* At vbi donator ipſe viuus donauit, & perfecit donationem, quæ ſpecies eſt, de qua agimus: ſciamus nihil prodeſſe donatori cogitationem & voluntatem de reuocanda donatione, ſi liberos poſtea ſuſceperit. Niſi hanc conditionem adiecerit, donatio perfecta eſt, perfecta non poteſt reuocari inuito aduerſario. *d.l. ſi repetendi. ſup. de cond. ob cauſ.* Hactenus ergo conſtat nihil adferri ex iure ciuili, quo vulgaris ſuperior ſententia, vel tenuiter defendi poſſit.

30 Sed † huius iuris defenſione erepta, moueri poſſunt piæ mentes ſaltem ſententia illa ſuperiore Auguſtini, de qua etiam quarto loco nonnihil dicendum eſt. Scribit ille, vt ſupra retulimus, liberis in ſpecie propoſita poſtea natis donatarium non cogi reddere donata iure fori, id eſt, iure publico & legibus, at cogi reddere iure poli. Opinor, polum dici id, quod ſcriptura ſacra vocat regnum cœlorum, quo verbo intelligitur nonnunquam aut Eccleſia, in qua Deus regnat, aut doctrina cœleſtis, per quam Deus regnat in Eccleſia, ſic accipitur aliquoties *Matth. 13.* Itaque hæc ſententia erit Auguſtini, re donata ab eo, qui liberos non habebat, ſi is poſtea ſuſceperit liberos cogi donatarium iure diuino & mandato Dei donata reddere. Omnes autem mandato Dei parere debent. Et quod Auguſtinus dicit, hæc in propoſito non neceſſe eſſe reddi iure publico, recte dicit: idque inde nobis liquet, quia probatur manifeſtis ſententiis iuris ciuilis, & in primis *l. ſi vnquam.* quæ beneficium ſingulare patrono tribuens ceteros donatores excludit. Quod autem dicit iure diuino cogi donatarium reddere, recte feciſſet, ſi addidiſſet probationem ex verbo Dei.

Sed † tamen defendi poteſt, Auguſtinum etiam in hac re recte dicere; ſed in perſona Eccleſiæ, de qua loquitur, vt conſtat ex toto illo *c. vlt. 17. quæſt. 4.* vbi refertur illius ſententia: & magis ex *ſermone 52. ad populum Hipponenſem,* vnde illud fragmentum tranſſumtum eſt. Longe alia eſt perſona Eccleſiæ, quæ donatum accipit, alia priuatorum. Licet priuatis etiam ex verbo Dei ſua tueri, & quod recte acceptum ſit, vbi nulla ſit conditio reddendi iure cognita, id retinere. Non idem licet Eccleſiæ in rebus ab eo acceptis, qui liberos non habens donauit, ac poſtea liberos ſuſcepit. Nam Eccleſia eſt mater omnium noſtrum; quæ etiam de ſuo debet egentes alere, vt eſt officium parentum. Multo magis igitur ſi quid donatum acceperit Eccleſia ab eo, qui liberos non habebat, cui nati ſunt poſtea liberi, id debebit reddere, vt inde filij alantur, ſed & eo magis, quod parentum bona quodammodo ſunt filiorum. *l. vlt. D. de bon. dam.* quibus proinde ea reddi æquum & honeſtum videtur. Loquitur igitur Auguſtinus de iure proprio Eccleſiæ, quod ad priuatos donatores non pertinet. Idque cum ex aliis pleriſq; eius ſententiis intelligi poteſt, quę ſunt in eo ſermone, quem dixi; tum maxime ex his duabus. Primum, ſi pater filio ſuo iuſtis de cauſis exheredato inſtituerit extraneum heredem, nemo, opinor, non fatebitur licere huic priuato etiam ex verbo Dei retinere eam hereditatē, quæ meritis de cauſis indigno filio ablata eſt. At ſi idem exheredato filio fecerit heredem Eccleſiam, negat eo loco Auguſtinus Eccleſiam ſuſcipere debere hereditatem, vt & refertur *in dict. c. vlt. 17. q. 4.* Idem in eodem ſermone ſcribit ad hanc ſententiam; ſi qui compilarint nauem, aut in cauſa fuerint, vt periret nauis, & naufragium faceret; eos magiſter nauis fluctibus eiectos traderet magiſtratui; vt de ſubmerſione nauis quæreretur, & torquerentur à iudice, qui eſſent de fluctibus liberati. *Sed non eos daremus,* inquit: *nullo enim pacto hoc facere deceret Eccleſiam.* Apparet igitur loqui Auguſtinum de eo, quod decet, valetque ad bonam famam, decet tamen Eccleſiam, non etiam conuenit perſonæ cuiuſque priuati. Quibus ita conſtitutis tam quæ ad confirmationem veræ ſententiæ valent, quam quæ pertinent ad confutationem contrariæ; non dubitabimus ſtatuere in ſumma id, quod ſupra diſſeruimus pluribus; nullo iure ciuili, aut Pontificio donationem inter viuos nulla addita cauſa donandi recte perfectam, reuocari ideo, quod donator, cum liberos non habens donaſſet, liberos poſtea ſuſceperit: præterquam in patrono donatore, cuius hoc proprium beneficium eſt illis conditionibus, quas dixi, ex *l. ſi vnquam. de reuoc. don.*

CLARISSIMIS VIRIS, RECTORI,
Senatuique Academiæ Heidelbergenſis
Hugo Donellus S.

Q[redacted]

ſatis

quere inchoatam, aut huius quoque partis, quæ illius propria est, explicationem adiungere debebunt; sic nos præsente temporis occasione ad hanc explicationem maturandam esse vsos; vt tamen eam non magis occasio & casus mihi obiecisse, quam coniunctionis rerum necessitas post illam tractationem priorem à me expressisse videatur. Habet hic locus controuersias aliquot subdifficiles, & parum explicatas, dignas, in quibus elaboretur. quod vel doctorum hominum de his accuratæ & discrepantes disputationes facile testari possunt. Res videbuntur fortasse ad morem veterum iudiciorum magis, quam ad vsum horum temporum pertinentes. & ita sunt omnino, si per se spectabuntur: sed pertinent tamen ad eos locos, quibus res ad vsum præsentem rerum vtilium necessariæ continentur: ac sine his loci illi, qui sunt innumeri, facile intelligi non possunt. De quibus quid nobis videatur, exposui diligentius, vt in re controuersa, in qua cum scirem fore, vt multis, noua dicere videar. non satis fuit id ponere, quod sentiebam, nisi etiam, quomodo confirmetur, & ab iis, quæ dicuntur contra ab illis, quomodo vindicetur, ostenderem.

. Tituli *de præscriptis verbis, & in factum actionibus*, hæc fere summa est. Cum conuenit, vt mihi des quid, aut facias, interdum sola est conuentio, siue hæc nullo proprio nomine appelletur, siue in aliud nomen contractus transeat: interdum præter conuentionem prius ipse dedi, aut feci quid ea lege, vt dares, aut faceres illud, de quo præstando conuenit, vt sic dicatur causa subesse præter conuentionem, vt loquitur Vlpianus *in l. iurisgentium, in prin. sup. de pact.* causa nimirum, propter quam mihi dare, aut facere debeas, id est, causa dandi, aut faciendi. præter conuentionem dicit, quia conuentio & ipsa vna est ad dandum aut faciendum causa: vt sic iam duplex obligandi tui causa fieri intelligatur, & quod dedi, aut feci, & quod te daturum, facturumue pactus es. De priore genere nihil hic dicimus: ex quo aut plane nulla actio nascitur, id genus est earum conuentionum, quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel lege confirmantur: ex quibus certæ sunt & propriæ actiones, non præscriptis verbis. ita totum hoc genus à titulo, *de præscriptis verbis*, est remotum. Posterius est, de quo sub eo titulo agitur. Quid autem hic quæratur, vide. Earum siue conuentionem, siue negoriorum, siue contractuum, quibus causa faciendi subest præter conuentionem, quatuor sunt genera. aut enim do, vt des: aut do, vt facias: aut facio, vt des: aut facio, vt facias. tot enim genera natura esse ostendit, neque plura eadem natura esse possunt: quæ Paulus posuit *in l. naturalis. in princ. eod. tit.* atque omnia vno generis nomine complexus est, ob rem datum appellans, quod ista lege datum, factumue est: nimirum dati nomine etiam factum intelligens. Quoties vnum aliquod ex his incidit, si, posteaquam dedi, aut feci, ipse cessas dare aut facere, quatuor sunt in vnoquoque, de quibus quæri solet. Nam cum interdum interfit mea nō dedisse, quod dedi, aut feci, interdum magis interfit id consequi, quod pactus es, vtrumque habet dubitationem, & eam duplicem: primum, si velim reuocare, quod datum, aut factum est, an possim, & si possum, qua actione id consequar: deinde, si putem magis è re esse id consequi, de quo conuenit, an petere liceat: si licet, quæ sit in eam rem actio. His vero in rebus & Paul. disputatio *in d. l. natural.* & totius tituli tractatio continetur. De quibus quid iuris sit, videamus.

TITVLI DIGESTORVM, DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTVM actionibus, hic tractandi ratio, eiusque argumentum & summa.

CAP. I.

MAgna ratio est, cur de præscriptis verbis & in factum actionibus scribam hoc tempore atq; hoc loco, sententiam maxime persecutus eius tituli, qui in Pandectis exstat hac ipsa inscriptione. Etsi enim occasio illa, de qua superiore epistola sum præfatus, ad hanc curam satis videri potuit: tamen vt sunt ea, quæ mihi antecesserunt, ipsa res me, vt facerem, multo magis debuit inuitare. Scripsi anno superiore in titulos Codicis, *de pactis, & de transactionibus*, nec tam in illos titulos, quam disputatio illa huc spectauit, vt vis pactorum à nobis explicaretur. Porro sic quæstio de actione præscriptis verbis, sic totius illius tituli tractatio ad quæstionem de pactis pertinet, vt nequeat separari. non enim ita pertinet, quasi quæ genere disiuncta; tamen ad partem aliquam de pactis melius intelligendam conducat: sed tanquam quæ sit ex media quæstione de pactis, atque adeo optimam eius quæstionis partem contineat. In titulo *de pactis*, de vi pactorum quæritur. atqui vis pacti, quod quidem ad agendum prosit, posita est pæne tota in ea actione, quæ *præscriptis verbis* nominatur. vnde tot locis sub titulis, *de pactis, & de transactionibus*, eius actionis fit mentio. Sed quod præcipue animaduertendum est, titulus ipse *de præscriptis verbis* totus hanc summam habere reperietur, vt, cum præter conuentionem quid datum à me, aut factum est, vt vicissim mihi dares, aut faceres; norimus, quæ hic conuentiones, & quatenus valeant, quæque sit ex his actio, cum ad petendum, quod conuenit, tum ad id, quod datum factumue est, reuocandum. in quo de vi pactorum agi perspicuum est. Neque vero alia quæstio est, quę est exposita breuius ab Vlpiano *in l. iurisgentium. §. 1. Dig. de pact.* Ita fit omnino, vt aut nusquam eius tituli tractatio locum habeat, aut ad quæstionem de pactis, cuius pars, vel appendix quædam est, debeat referri. Quamobrem cum, vt dixi, scripserim antea de pactis, in quo eius quæstionis explicationem susceperim: necesse est videri me aut institutæ disputationi non satisfacere. sed relin-

In iis contractibus, qui in proprium nomen transeunt, neq; condictioni dati ex pœnitentia locum esse, & certam in omnibus esse actionem, tum qua nota discernamus in omni conuentione, vtrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.

CAP. II.

SVMMARIA.

1 *In sequestrem actio depositi, & actio præscriptis verbis, sed quibus.*
2 *Præscriptis verbis actio, & actio ex vendito de eadem re in specie* leg. 2. Cod. de pact. int. emt. & vend. com. & l. si conuenit. Dig. de rescin. vend. *& cur.*
3 L. naturalis. Dig. de præsc. verb. *tractatio, & scopus.*
4 *Conditio dati ob causam causa non secuta, cur non sit in iis contractibus, qui transeunt in proprium nomen.*
5 *Conditionem esse pecuniæ datæ ob causam mandati, vt seruus emeretur*

retur & manumitteretur, quamuis nondum seruus emtus sit, & cur.

ET de his ex genere contractus statuendum est. Interest enim plurimum, vtrum contractus, de quo agitur, in proprium nomen contractus transeat, an non transeat, puta, sitne emtio & venditio, quæ contrahitur, locatio & conductio, aut similes contractus: an vero nihil horum dicatur, nullaque alia hic contrahatur obligatio, quam ob rem dati re non secuta, vt Celsus loquitur *in l. vlt. D. de cond. caus. dat caus. non sec.* Cum contractus incidit, qui proprio nomine appelletur, veluti cum dedi pecuniam, vt fundum à te accipiam, vbi emtio cõtrahitur; aut dedi pecuniam, vt mihi tabulam pingas, vbi locatio est: in his & similibus res breui, nec difficili definitione continetur, neque id, quod datum est, reuocari posse, vbi is, qui promisit, id, quod dare debet, offerat, & id, de quo præstando conuenit, ita peti posse, vt sit eo nomine certa actio ex contractu certo constituta; vt proinde alia, id est, aut præscriptis verbis, aut de dolo non requiratur. Imo vero ne locum quidem habet: nam actio quidem de dolo hac conditione proposita est edicto, si alia actio nulla erit, *l. 1. ff. de dol.* de actione autem præscriptis verbis ita traditur *in l. 1. & l. 2. ff. hoc tit.* tunc ad eam confugere nos, cum deficiunt prodita iudicia, & vulgares
1 actiones. Nam † quod de re apud sequestrem deposita & depositi actionem in sequestrem dari legimus, & item actionem præscriptis verbis, *l. ei apud. §. 1. D. depos. l. si gratuitam. §. vltim. hoc t.* nihil huic sententiæ aduersatur, datur enim depositi actio in sequestrem: sed ei, qui deposuit, de re ab ipso deposita, quam ad rem præscriptis verbis actio non competit. Rursum datur præscriptis verbis: sed victori de re, quæ ab ipso deposita non est, sed ab aduersario, cum quo certabatur, quam quidem ad rem certum est illi non magis depositi actionem competere posse, quam in superiore specie potest deponẽti competere actio præscriptis verbis. Vnde ergo hæc actio victori aduersus sequestrem, cum apud sequestrem eam non deposuerit? ex eo videlicet, quod in rebus sponsionis causa deponendis ab initio cõuenit inter sequestrem & eos, qui deponebatur, vt, vter certantium vicisset, ei sequester res depositas traderet, postquam conuentionem fecit victor, vt accideret id, de quo conuenerat, decertauit enim, & vicit. Neq; hoc aliter fieri reperiemus, quam vt ex contractu certo certa sit
2 actio, & ita certa, vt non sit præscriptis verbis. Quod † tamẽ contra propria quadã ratione in vna causa receptũ esse hoc loco monendi sumus, nimirum cum vendidi tibi fundum ea lege, vt mihi quandoque pretium offerenti eum reddas, in qua conuentione scriptum est *in l. 2. C. de pact. int. emt. & vend. com.* vt contractus fides seruetur, actionem præscriptis verbis, vel ex vendito mihi dari. Sed quo in hac specie præscriptis verbis, cum sit certa actio: aut cur hic à regula iuris discedimus, quæ tunc solum concedit venire ad actionem præscriptis verbis, cum certum nomen actionis inuenire non possumus? *d. l. 1. eod.* Puto eo factum, quia in hac specie ab initio nihil amplius de sententia veterum admissum fuerit, quam actio præscriptis verbis, vt indicat *l. si vir. hoc tit.* post tandem certa actione recepta, aut constituta (quod factum esse vetere quæstione decisa scribit Vlpianus *in l. si fundus. in princ. D. de leg. com.*) sic illa admissa sit, vt prior, quæ fuerat, etiam maneret. Nam illud quidem de superiore conuentione primo dubitatum videtur, an conuentio pars emtionis haberi deberet: nec abs re, neque enim prima ratione videtur ea conuentione ex emtione esse, quæ eo spectas, vt emtio rescindatur: vt necesse fuerit in hac dubitatione non ex vendito, sed aut nullam, aut præscriptis verbis actionem dare. Sed obtinuit tandem hanc conuentionem emtionis partem esse, & quodammodo pretij partem obtinere; quia si he ea emtio contracta non esset, cui sententiæ consequens fuit, vt de ea etiam actio ex vendito admitteretur. *arg. in l. sed Celsus §. 1. D. de cont. emt. l. si fisterilis. §. si tibi. ff. de act. emt.* Cur ergo hæc iam sola non datur, sed vtimur etiam actione præscriptis verbis? Nempe quia, quæ ex vetere dubitatione fuerat præscriptis verbis actio, ea semel inducta etiam nunc manserit. Eadem dicemus in specie *l. si conuenit. 6. D. de res. ven.* in qua vt superiori simili, nempe ad rescindendam venditionem pertinente, easdem actiones
3 dari legimus. Ceterum † in omnibus aliis generibus contractuum, quos certos esse constet, sic datur certa actio, vt alia actio non quæratur. Quæ causa fu... Paulo videlicet *in d. l. naturalis. §. 1. §. at cum do. & §. sed si facio.* cur, cum de superioribus differeret, ante omnia distinxerit, in illo quidem genere, cum do, vt des, contrahereturne emtio, an permutatio: in illo, cum do, vt facias, vtrum esset locatio, an non: in illo vero, cum facio, vt facias, vtrum contraheretur mandatum, an non, & simul quando esset emtio, locatio, mandatum, ostenderit. Id eo fecit, inquam, quia in hoc genere diuersa omnia cum de repetione, tum de promissi petitione ab illo altero, de quo dicemus postea, esse intellexit. At de eo nihil aperte pronuntiauit. Nimirum quia ex aduersatiua oratione, quam de altero genere subiiciebat, id satis intelligebatur, & ex genere ac natura eorum cõtractuum non poterat esse obscurum. Nam † primum quod ad id, quod in his contractibus 4
datum, aut factum est, attinet, id repeti non posse inde intelligimus, non solum quia traditur ab his contractibus, nisi vtroque consentiente, discedi non posse, *l. ab emtione. D. de pact.* sed etiam quia contractus eiusmodi sunt, vt quamuis mihi vltro nihil dedisses; tamen solo consensu tibi obligarer, tuque promissum iure à me exigeres. Porro tui actionem ad id petendum damus, multo magis eo dato ad id retinendum exceptionem esse oportet *l. mutuus. §. 1. D. de reg. iur.* Iam vero in his contractibus si quid dederim iam, aut fecerim, vt dares, aut faceres, peti posse id, de quo conuenit, vt dares, faceres, plusquam certum est. Primum non est hic nuda conuentio, vt quis dicat ex pacto actionem non nasci; sed rem dedi, vt dares, aut faceres: ex quo genere ciuilis actio oritur, quamuis in alium contractum res non transeat, *l. iure gentium. §. 1. D. de pact. l. solent. hoc tit.* Tum autem etsi nihil dedissem: tamen iam dixi ex eo genere contractuum, qui proprio nomine appellantur, etiam solo consensu obligationem iure gentium nasci. *d. l. iure gentium.* Ex quo intelligi debet loqui nos de iis contractibus, qui rebus quamuis adhuc integris ab vno ex contrahentibus inuito altero reuocari non possunt. Quod si qui sint, qui possint reuocari, qualis est societas, cui renuntiari potest à quouis ex socijs, aut mandatum, quod rebus integris à mandante reuocari potest: hæc eorum conditio est, vt reuocatione vnius non tamen desinant, quasi vt eorum nulli fuisse. Vnde peuenit, vt pecunia, quæ hoc nomine data erat à mandante, vt quid emeretur, rebus adhuc integris reuocari posset, & posset condictione ob causam dati causa non secuta. Quod Vlpianus in hac specie respondit, cum dedi tibi pecuniam, vt seruum emeres, & manumitteres. ait enim ante quam emeris, competere mihi cõdictionem ad pecuniam, quam dedi, repetendam. *l. si pecuniam. §. si seruum. vers. item si quis. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Atqui mandatum est, dixerit aliquis. Sed mandatum potest reuocari rebus integris, vt dixi: quo facto eo res deducitur, quasi nec fuerit. Dici tamen potest, & fortasse verius, in hac specie nullam omnino ne ab initio quidem mandati obligationem exstitisse, quia nihil interfit mandantis seruum extraneo emi, vt ab eo manumittatur, cum ex ea emtione, aut manumissione nihil ad mandantem rediturum sit. Nulla est autem mandati obligatio, seu actio, cum eius nihil interest, qui mandauit. *l. si procuratorem. §. mandati. Digest. mand.* Ita in his contractibus, qui proprio nomine appellantur, eo res redit, vt quamdiu ex his obligatio est, tamdiu ex iis non sit dati repetitio. Quamobrem, vt dixi, quod certum erat, quodque ex aduersatiua, quam subiiceret, intelligebatur, id Paulus prætermisit, solum hoc quæstionem habere potuit, cum dedi, aut feci ea lege, vt quid dares, aut faceres, exsistente is contractus, cuius sit proprium aliquod iure ciuili nomen, vt emtio & venditio, locatio, conductio, aut similes, an alius generis cotractus. Id ergo Paulus docuit in tribus illis, cum do, vt des, cum do, vt facias, cum facio, vt facias. Quam autem det in singulis huius rei explicandæ causa regulam, operæ pretium est cognoscere.

Cum do, vt des, quod certi contractus genus, & quando, ad *L. naturalis. in pr.*

CAP. III.

SVMMARIVM.

1 L. vlt. D. de cond. caus. dat. *exposita.*

ET in eo genere, cum do, vt des, tunc emtio est, inquit, cum pecuniam do, vt rem accipiam, quod hanc sententiam habet, cum do non rem quamlibet, sed pecuniam: neq; pecuniam, vt pecuniam accipiam, sed vt rem aliam; hac lege interposita, inquam, vt rem accipiam, cum scilicet ita conuenit, vt aliam mihi traderes, aut nominatim, vt aliam rem quampiã accipiam. Nam si rem do, vt aliam mihi des, permutatio est. *l. 1. ff. de cõtrah. emt. l. 1.*

D. de

D. de rer. perm. si pecuniam, vt pecuniam mihi reddas est mutuum,
1 Inst. quib. mod. re contra. obl. in pr. Si † pecuniam pro re quidem, sed hac lege nominatim interposita, vt eã mihi des, est & hic permutatio, contractus innominati genus, non emtio vlla ex parte, vt Celsus disputat in l. vlt. ff. de cond. caus. dat. caus. non sec. Est enim hic conuentio contraria emtioni: in qua non id agitur, vt necesse habeat venditor rẽ dare, id est, dominium rei transferre, sed solum rem tradere, vt sic ob euictionem obligetur emtori, l. ex emto. ff. de cont. emt. Itaq; illud, vt rem accipiam, sic accipimus, si nominatim ita conuenerit, vt rem accipiam: nam id cum factum est, perinde valet, quasi dictum esset, vt rem vel datam, vel traditam accipiam, & mihi euictionis nomine obligeris: non tantum quia verbum ad vtramq; speciem rei traditæ referri potest: sed etiam quia pecunia hinc interueniens, illinc res pro pecunia emtionem contrahi satis arguunt: cuius proprium est, vt ab vna parte pecunia sit, ab altera merx, quæ pecunia, id pretio æstimetur. l. 1. D. de contrah emt. l. 1. D. de rer. permut.

Cum do, vt facias, quando contrahatur locatio, aut non contrahatur, ad L. naturalis. §. 1. Cap. IV.

Summaria

1 *Facta quæ locari possint, aut non possint.*
2 *Operam non omnem locari posse: & quarum operarum sit locatio.*
3 *Locare quid.*

IN eo autem genere, cum do, vt facias, sic locationem & conductionem contrahi ait, si tibi pecuniã dem, vt facias, quod sit tale, vt factum soleat, & possit locari. Recte nã si eo nomine, quod facis, dẽ tibi non pecuniam, sed rem, locatio esse non potest: propterea quod nec sine mercede locatio est, nec consistit merces, nisi in pecunia numerata. Inst. de loc. & conduct. in prin. & §. 1. Sed etsi pecuniam dem, vt quid facias, non potest esse locatio, si id factum sit, quod locari non soleat.

1 Quæ † facta soleant locari, hoc exemplo demonstrat, veluti vt tabulam pingas, inquit, nẽpe meam. Nam si tibi pecuniam dem, vt tuam pingas, & pictam, mihi des, emtio erit, non locatio, l. Sabinus. ff. de contrah. emt. §. item quæritur. Institutio. de loc. & conduct. Quæ autem facta locari non possint, declarat hoc exemplo; puta vt seruum manumittas. Hæc ego exẽpla in vtrãq; partem pro definitione accipio, vt scilicet, si quid tale sit, ꝙ in re nostra exẽrceatur, collocetur, vt sic per rẽ nostram ad nos redeat, sit factum tale, quod locari possit: veluti vt me vehas, vt insulam in area mea ædifices, vt tabulam meam pingas, vt vestimẽta mea polias, sarcias, vt ex auro meo mihi annulum conficias, & quæ sunt eiusdem generis. Contra verò si id, quod fit, non fiat in re dantis, ac ne possit, sit factum eiusmodi, in quod locatio non cadat. Animaduerto enim non tantum placere tunc locationẽ non contrahi, cum pecuniam tibi do, vt Stichum manumittas in qua specie dici pōt, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit; quia momẽtarium sit, & nullum laborem nullamq; operam desideret: sed etiã tum, cum do pecuniã, vt Romam eas. Cum enim in l. ff. 5. de cond. caus. dat. dicitur in hac specie pecuniam reuocari posse rebus integris, si me pœniteat, satis declaratur locationem non esse contractam: alioqui ab ea inuito altero recedere non licere. Atqui vt Romam eas, sine opera & labore tuo non perficitur. Cur igitur non est id factum, quod recipiat locationem? Non video, quæ hic alia ratio reddi possit, quam quod vt manumissio serui in re dãtis non exercetur, ac nec potest: sic nec profectio, quæ Romam suscipitur, alia in re potest exerceri, quam in ijs locis, per quæ commeatur: quæ dantis non esse constat. Nam quod Bartolus ad l. 5. ff. de cond. caus. dat. tunc dicit locationem in hac specie posteriore non contrahi, cum is promittit se iturum esse, si dem cursori, qui soleat operas locare: facit contra Vlpiani manifestam sententiam, qui vt repetitionem det, non personæ accipientis, sed solius hu-
2 ius facti habet rationem. Legimus † quidem locari posse operas, vt in l. qui operas. ff. loc. sed hoc non significat, vbicumq; opera est, eã locari posse. Locare potest operas artifex, vt mihi domi pingat, vt ædificet, vt scribat: sed non erit locatio, si mihi operam prbęeat, vt Romam eat, vt iam diximus. Accedit ad huius sententiæ confirmationem quod in l. Sabinus. f. de contrah. emt. scriptũ est, sic locationem videri, si aream darem vt insulam ædificares; quoniam tũc à me substantia proficiscatur. Ex quo colligitur vbi substantia rei non proficiscatur ab eo, qui dat pecuniam, vt in ea labor loca-
3 tionis ponatur, locationem non contrahi. A † quo locationis nomen abhorrere non videtur. Sic enim dicitur locare à loco, vt nisi recepta, in qua tanquam constituto in loco operam suam locet & conductori impendat, non sit locatio.

Cum facio, vt des, quod contractus genus. Cap. V.

Summarium.

1 *Societatem contrahi, cum do tibi equum, aut pecus pascendum, vt si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur.*

IN illa specie, cum facio, vt des, nihil dicit Paulus quãdo locatio contrahi intelligatur; quia hoc ex superiore satis intelligitur. Nam si cum do decem, vt insulam mihi ædifices, à me conductio est: necesse est te, qui ædificas, vt tibi dem ea decem, locatorem videri, de quo paulo post plura. Interdum † in hac specie societas 1
contrahitur: vt si dem tibi pecus pascendum, aut equum nutriẽdum, vt si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur. hic trado rẽ, vt pretij partem mihi des. In eo placuit esse societatem, l. si tibi rem. §. 1. eo. Nisi quis dicat videri me tibi dare pecus, aut equum, cum permitto vibi vendere. quod non ita est. nominatim enim in d. l. si tibi rem. §. 1. scriptum est hic dominum manere, qui prius fuerat.

Cum facio, vt facias, nullum hic certum genus contractus exsistere, ad L. naturalis. §. sed si facio. Cap. VI.

IN ea specie, cum facio, vt facias, de qua in §. sed si facio. ostendit, si mutuum mandatum sit, non contrahi negotium, quod in proprium nomen contractus transeat. Nos generaliter definiemus nunquam in hac specie id negotium contrahi quod certo nomine appelletur. Aut enim mutuum mandatum est, vt si pacti simus, vt tu in meo, ego in tuo solo ædificẽ: quo exemplo Paulus vtitur in d. §. sed si facio. aut mutuum commodatum, vt si placuerit inter nos, vt ego tibi meum bouem in denos dies, tu tuum mihi cõmodares: quæ species est l. si gratuitam. §. si cum vnum. eo. Si mutuum mandatum est, neutrubi est mandatum; quia non est gratuitum. l. si tibi rem. §. 1. eo. si mutuum commodatum est, probandum est eadem ratione neutrubi esse commodatum. d. l. si gratuitum. §. si cum vnum. eo. Neque vero mutua facta in alias species cadere videntur.

Quod ob causam datum sit, causa non secuta reuocari posse condictione: & hoc quicumque casus accipienti obstiterit, quominus causa sequeretur. Cap. VII.

Summarium.

1 L. naturalis in principio. *illic.* Sed si scyphos. *explicatur.*

ATq; hoc ius est de his quatuor generib. negotiorum, cum res in aliud nomen contractus transit. Quod si negotium manebit in suo nomine, & nulla hic alia obligatio contrahetur, quam ob rẽ dati re non secuta: ius in vtramq; partẽ commutatur, siue de eo, quod datum, aut factum est, reuocando agetur: siue de eo consequendo, quod ex conuentione vice mutua dari, aut fieri debuit. Ac de eo, quod datum factumue est, reuocando prius dicemus. In quo genere alia facti ratio est. Neque enim vt fundum quẽ tibi dedi, vt mihi Stichum dares. repetere natura possum, cũ exstet: sic cum seruum manumisi, aut quid aliud feci, vt dares faceres, ego mutare factum possum, & efficere, vt res in suum locũ restituatur, id est, factum infectum reddere. Proinde & hęc nobis ordine distinguẽda sunt. Ergo si dedi tibi quid, vt aut vicissim dares, aut vicissim quid faceres, & de re, quæ data est, quæritur, certi iuris est, si hanc recipere velim, posse me datum repetere quasi ob rem datum re non secuta, constituta in eam rem propria condictione nimirum ob causam dati causa nõ secuta. neq; in eo refert, vtrum dederim vt des, vt in permutatione: an dederim, vt facias. veluti vt Stichum manumittas. Hæc Paulus in d. l. naturalis. in pr. §. at cum do. & §. quod si tale. Qua in quæstione cum res ad condictionem ob causam dati pertineat, nempe eo reuocanda est, & ex eius præceptis & ratione explicanda.

Illud notandum est, si causa non secuta esse dati condictionẽ, vt ad facultatem repetendi nihil intersit, vtrum ideo non des id, ꝙ te dare oportuit; quia nolis: an vero quia non possis: & quominus possis, vtrũ casu, an culpa impediare. Vtputa, si tibi scyphos

dedi, vt mihi Stichum dares, etiam mortuo sine culpa tua Sticho, scyphos à te condicere potero auctore Celso *in l. vlt. supra. de cond. caus. dat.* Et recte. dedi enim ob causam: quæ si secuta non est, condictioni locus factus est; quia conditio eius exsistit. & quamuis casus in re tua inciderit, tamen si alterutri nocere debet, æquius est eum domino nocere, quam mihi. *l. pignus. C. de pig. act.*

1 Non † aduersatur huic sententiæ, quod Paulus scribit in hac specie Stichum, quem pactus es te daturum, periculo meo esse, qui scyphos dedi. *d. l. naturalis. in princ. vers. sed si scyphos.* Est enim periculo meo eo sensu, quo res debitę dicuntur periculo esse creditoris. hoc autem periculum creditoris in rebus debitis peremtis intelligitur, vt debitor in his liberetur, nec illæ scilicet iam amplius ab eo peti possint. *l. si ex legati causa. ff. de verb. obl. l. quod te. ff. si cert. pet.* Ceterum si qua alia petitio fuit creditori, ea non tolletur. proinde non eo minus, quod dedi, condicere potero: vtpote ob causam datum, quæ causa secuta non fuerit. hæc enim alia obligatio & actio est, vt dixi. Nec quisquam mihi dicat hoc modo fieri, vt hic nihil mihi pereat, si quod dedi, recipiam. Satis enim perit. quod Stichi æstimationem petere non possum, si is forte duplo pluris fuerit, quam quod dedi, & tamen eo, quod dedi, iubeat esse contentus.

De reuocatione facti, cum Facio, vt des, aut facio, vt facias, in iis contractibus, qui in aliud nomen non transeunt, ad *L. naturalis.* in extremo.

Cap. VIII.

Summaria.

1 *Cum feci, vt dares, aut faceres, causa non secuta agi posse in id quod nostra interest, id factum esse.*

2 *Facti reuocandi causa actionē esse de dolo: & qua conditione. & nū. 3.* L. cum proponas. C. de dolo *exposita ibid.*

3 *Datum sit quid ob causam, an factum, quid interfit in iure eius reuocandi, cum causa secuta non est.*

4 *Facti reuocandi causa actionem esse intra duos annos de dolo: post id tempus in factum.*
Decerni actionem de dolo quam recte dicatur. ibid.

5 *Facti reuocandi causa esse condictionem ob causam, cum debitori meo acceptum tuli, vt quid daret, aut faceret: & cur in hac specie.*

ALia, vt dixi, facti conditio est. Nam aut in eo præter factum mihi nihil abest, vt cum pinxi tabulā, cum insulam ædificaui, in tuo, cum seruum furē tibi indicaui: & hic nihil est, q̃ reuocetur. auolauit enim statim opera, & indicium, vt nihil iam maneat, quod possit vel reuocari, vel mutari: aut eo facto abest aliquid, vt cum Stichum manumisi, vt dares, cum Titium liberaui tuo nomine, vt me quoq; liberares. & hic plerumq; ea res abest, quæ iā plane esse desierit, nec possit reuocari: vt, seruo manumisso abest seruitus, quæ reuocari nullo modo potest plerumque ita abest, vt ad eum, cum pacti sumus, non peruenerit, vt ne sic quidem ab eo repeti possit, ad quem non est profecta. Itaque sane de his condictio ob causam non competit.

1 Sed † nihilominus & de eo retractando vi ipsa agi potest, si quid forte eo facto nobis aberit, q̃ pluris sit, quā quod nobis vice mutua promissum est: non vt ipsum, quod nō dedimus, condicatur: sed vt in id agamus q̃ nostra interest, id factum non esse, quod fecimus. vt, si manumisi Stichum, vt Pāphilum manumittas, prius quam manumiseris, possum tecum agere quanti interest mea seruum habere, quem manumisi, vt Paulus scribit *in d. l. naturalis.* §. *vlt.* Quod si id tum fieri potest, quum manumisi, vt alium manumittas: etiam tum eodem modo agere licebit, cum manumisi Stichum, vt mihi decem dares, id est, non solum cum feci, vt faceres, sed etiam cum feci, vt dares; quia vtrobiq; idem factum est, & tu non dando, aut faciendo pariter fidem non præstas. Sed de actione Paulus nihil exprimit.

2 Verum † erit in eam rem de dolo actio, vt declaratur *in l. cum proponas. Cod. de dolo.* Manumisi ancillam meā, quæ apud te in contuberino erat, vt mihi Pāphilum dares. Pamphilū non das quærebā de ancilla, an eam in seruitutē reuocare possem. Rescriptum est, reuocandæ libertatis potestatem me non habere, sed solū desiderare posse de dolo mihi decerni actionem nēpe ad reuocandā ancillā, vt Bartol. recte accepit, & nos postea plurib. ostendemus. Recte vero de dolo in hanc speciem, vbi videlicet nulla est alia iuris ciuilis actio. Deest enim condictio, quæ de iis, quæ data non sunt; ac præsertim quæ in cōmercijs esse desierunt, nulla est. Atq; esse in hac specie de dolo actionē in id, quod mea interest, ancillam non manumissam, vbi libertas reuocari non potest, licet intelligere ex *l. verum. in princ. ff. de minor.* vbi & minori, qui deceptus ancillam manumisit, quia ancillam in seruitutem reuocare non potest, ideo datur de dolo actio, & datur in id, quod eius interest ancillam non manumissam.

Sed † cum hanc actionem in his dari dicimus, hoc ipsum primum nos admonet, eum, qui Pāphilum ex cōuentione non manumisit, sic teneri ea actione in id, quod mea interest ancillam à me non manumissam, si per eū stet, quominus Pamphilum manumittat. ceterum si paratus sit eum manumittere, aut etiā Pamphilus sine dolo malo eius perierit, hac actione nō tenebitur. Nō enim dolo facit, qui paratus est viuum manumittere, aut eum, qui non est, aut quē in potestate non habet, manumittere non potest. In quo quid datum à facto etiā in hac tractatione differat, potest animaduerti. Nā condictio ad datum repetendum datur, etiamsi aduersarius dare, aut facere paratus sit, quod promisit, tantum vt dantem pœniteat. *l. 5 ff. de cond. caus. dat.* non item datur de dolo actio in id, quod facientis interest, si per aduersarium non stet, quominus quod conuenit, impleat. 3

Iam † quoniā de dolo actio hic datur, consequens est intra cōstitutum tēpus dari, vt est comprehensum *d. l. cū proponas. C. de dol.* Id tēpus olim annus vtilis fuit, nunc bienniū continuum ex cōstitutione Constantini, *l. vlt. C. de dol.* Recte vero eodē rescripto dicitur decerni hæc actio, quæ datur causa cognita. *l. 1. ff. de dol.* nam decernere dicitur magistratus, cum aliquid causa cognita tribuit. *l. 3. §. si caus. ff. de bon. pos.* Quod post biennium, nulla ne erit actio? imo erit vtilis, seu in factum in id ipsum, mea interest, vt scriptū est *in d. l. verum. de minor.* Neq; enim hic actio pœnalis est, vt quis dicat eam post annum non competere: cum detur de eo, & quod nobis abest, & quod in rē aduersarij versum videtur, cum ex voluntate eius factum sit, *arg. l. 3. §. nec non illud. ff. de in rem vers.* Sane † accidit interdum, vt quis quid prima ratione videatur fecisse, vi autem ipsa eo facto aliquid in aduersarium contulerit, itaq; ei dederit, vt fit, cum creditor debitorem suum liberat acceptum ei ferendo ea lege, vt debitor vicissim quid det, aut faciat sic enim creditor liberationem rem incorporalem conferti n debitorem. Proinde mirum videri non debet, si eius liberationis nomine condictio datur. *l. 4. ff. de cond. caus. dat.* 4 5

De eo, quod conuenit, vt daretur, aut fieret, an sit, & quæ sit actio in quatuor generibus cōtractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. ac primum de his tribus, cum do, vt des; do, vt facias; facio, vt facias.

Cap. IX.

Summaria.

1 *Furti actionem & condictionem furtiuam esse, non actionem præscriptis verbis, vt fiat quod conuenit, cum dedi tibi rem meam inspiciendam, explorandam, vt postea reposcenti reddas.*
L. Si gratuitam, §. Papinianus. ff. de præs. ver. *explicatur. ibid.*

2 *Præscriptis verbis actionem ex contractu incerto esse, vt præstetur id, de quo conuenit, si maleficium aberit. atque hanc solam, excepto precario, cuius nomine & hæc actio est, & interdictum de precario.*

3 *Præscriptis verbis actio vbi erit, ibi actioni de dolo locum nunquam esse.*

4 L. permisisti. D. de præs. ver. *exposita.*

HÆc de eo, quod datum, aut factū est, reuocando dicta sunt. De eo, quod pacti sumus inter nos, vt dares, aut faceres, si forte id petere malim, videamus. In quo natura prima est quęstio, an sit actio ex eo genere conuentionum. Sed esse constat, de quo satis diximus *l. leg. C. de pactis.* Hoc constituto secunda quæstio introducitur, *quænam hic actio competat certane & vulgaris, an præscriptis verbis incerta, an de dolo.* Et interdum certa dabitur. quod si fit, cessabit præscriptis verbis. Quid ergo, ex contractu incerto certa actio esse potest, dixerit aliquis? Minime: sed potest in eam rem, quæ ex conuentione præstari debet, maleficium incidere, quod de eadem re nobis certam actionem subministret. quę cum exstiterit, ita dabitur, vt non sit alij actioni locus.

Maleficium † quod dico, non in quouis genere contractuū ex superioribus incidere potest: sed in eo solum, cum facio, vt facias: neque id in quauis specie eius generis, sed tunc solum, cum rem 1

meam

meam tibi trado, puta vtendam, inspiciendam, explorandam, vt postea reposcenti reddas. Hic.n. euenit, vt si recte reposcenti non reddas, & res apud te sit, tu eius rei furtum facias. quo fit, vt & tecum furti agere possim, & rem condicere à re, & de ea ad exhibendum agere: idque ita scriptum est *in l. si gratuitam. §. Papinianus. hoc tit.* Sed ibidem additum est de Papiniani sententia, ita me in proposito superioribus actionibus experiri posse, si nihil queat rem esse apud te: non quod si ignorem: eo minus re ipsa furtum facias: sed quia frustra furti agam, si ignorem, vtrum res apud te sit, atq; ita eam contrectes, vbi neq; de contrectatione tua, id est, furto affirmare possim, neq; id probare. Interim hoc constat, cũ liquebit rẽ apud te esse, hic mihi de re, quam ex conuẽtione reddere debeas, certam & vulgarem actionẽ esse propositam conditionem furtiuam, quæ in hanc speciẽ certo incidens etiam præscriptis verbis actionem excludet: ad quã solum tunc confugere possumus, cũ deficiunt vulgaria nomina & vsitata actionũ. *l. 1. & l. 2. eo.* Id vero ipsum est, quod *in d. l. si gratuitam. §. Papinianus,* scribitur, ita demum mihi præscriptis verbis actionem in proposito competere, si ignorem, vbi sit res, quã mihi nõ reddas. Iam enim effectum est hoc casu furti agi non posse. Sed hæc, inquã, certa actio ad petendum id, q̃ conuentione præstari debuit, ex maleficio
2 est, quod in rẽ, quæ restituenda erat, cadit. Quod † si nullum maleficium in eam rem incidens nullam extrinsecus certam actionẽ dabit, hic certum est, ex contractus incerto actionem certam & vulgarem esse non posse: cum vnaquæq; ex ipso contractu nomẽ habeat. *l. 3. & 1. 4. eo.* Quæ igitur hic erit actio? Et generaliter definitum est *in l. 2. & l. 3. eod.* esse præscriptis verbis. Sic.n. verba sunt: *nam cum deficiunt vulgaria atque vsitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est: ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure ciuili prodita sunt.* Sed an ita est in his generibus contractuum actio præscriptis verbis, vt sit sola: an vero etiam hac admissa alij remedio locus esse potest? Et interdum de eadem re non actio, sed interdictum locum habet. quod tamen in vna specie precarij receptum video quo sic interdictum propositum est, vt possit etiam eo nomine agi præscriptis verbis. *l. 1. §. 1. l. duo. § vlti. infra, de prec.* Ceterum neque alibi interdictum, neque in vllo genere omnino alia actio cum actione præscriptis verbis concurrere potest. ita fit, vt hæc sic in his generibus com-
3 petat, vt precario excepto sit sola. Illud † quidem certe extra controuersiã esse debet, vbi actionem præscriptis verbis dari statuerimus: ibi actioni de dolo locum esse non posse: vt quæ ex edicto nominatim tantum detur hac conditione, si de his reb. alia actio non erit. *l. 1. sup. de dolo.* Ac de tribus generibus minus dubitatur, cum do, vt des, cum do, vt facias, cum facio, vt facias. nam in vnoquoq; horũ nominatim præscriptis verbis actionem dat Paulus *in dicta leg. naturalis. in princ. §. at cum do. §. quod si tale. & §. sed si facio.* Quo admisso etsi de actione de dolo nihil adijciat tantum illo edicto posito, quod dixi, sua sponte satis intelligitur hanc nõ competere. Quominus tamen de his ipsis trib. generib. dubitetur, aut etiam ne istorum desiderentur exempla, ipsa capita alia, quæ tam multa sub hoc titulo leguntur, exẽpla & fidem huius sententiæ subministrabunt, quæ nũc breuiter indicabo. Ergo primi generis exẽpla hæc sunt: Do seruum æstimatum, vt mihi eum reddas, si de crimine, cuius eum insimulabas, non cõpereris. *l. si dominus. 8.* Vẽditum fundum tibi trado, vt si velim, eodem pretio mihi transcribas *l. si vir. 12.* Do tibi rem vendendam æstimatam, vt rem, aut pretium reddas. *l. si gratuitã. 17. §. 1.* Dedi tibi aream, vt insula in ea ædificata eius insulæ partem mihi redderes. Dedi puerum, vt eo vendito pretium inter nos communicetur. *l. si tibi reus. 13. §. Iulian.* Ad secundum genus hæc pertinent: Do insulam, vt mihi aliam ædifices. *l. insulam 6.* Do decem, vt Stichum manumittas. *l. si tibi decem. 7.* Accepto te liberaui, vt nomẽ Titij mihi delegares. *l. ob eam causam. 9.* Tertij generis hæc sunt exempla: Permisi tibi cretã eximere, vt eum locum, vnde exemisses, repleres. *l. permisisti. 16.* Concedo tibi inhabitare ædes meas. vt cũ mihi visum erit, reddas. *l. si gratuitam. 17. in pr.* Do rem inspiciẽdam, vt reddas. *d. l. si gratuitam. §. Papinian. & §. si cum mihi. l. duo. 23.* Commodo tibi bouem, vt mihi alternis tuum commodes. *d. l. si gratuitam. §. si cum vnum.* Certo cum aduersario, & vinco, vt mihi annulos spõsionis causa ab illo apud te depositos ex sponsione mihi victori restituas. *dicta leg. si gratuitam. §. vlt.* Prædium pro te obligaui, vt mihi fideiussorem præstares, *leg. rogasti. 19. §. vlt.* Reliqui argentum apud te, vt si displicuisset, redderes, *l. apud 20 §. vlt.* In quib. omnibus reperiemus suprascriptis in locis præscriptis verbis, seu quod idem est, in factum actionem ciuilem dari. Sed num etiam de dolo dabitur? Et iam dixi prohibere edictum de dolo, quo ita comparata est de dolo actio, si de his rebus alia actio non erit. In quo tamen nos impediunt *l. cum proponas. C. de dol. & l. permisisti. §. vlt. hoc. tit.* nam in priore respondetur eum, qui ancillã suam dedit, vt Pamphilum acciperet. nullã aliam actionẽ habere quã de dolo. In posteriore proponitur aliquis permisisse mihi, vt sererẽ in fundo suo, & fructus tollerẽ: cum seuissem; non pati me fructus tollere. respondetur in hanc rem nullam iuris ciuilis actionem esse: at esse de dolo. Sed in *l. cum proponas,* de reuccanda solũ ancilla, quæ data erat, agitur. cuius rei nomine recte dicitur solam actionẽ de dolo competere: cũ alia deficiat, vt paulo post, cum de quarto genere agemus, plurib. demõstrabimus. In † *l. permisisti.* nullum negotium ciuile gestum 4
est inter nos, cum permisisti mihi, vt sererem in fundo tuo, & fructus tollerẽ. apparet enim hic nihil me fecisse, vt vicissim mihi dares quid, aut faceres: sed solum me seuisse, vt mihi ipse consulerẽ. Quod si actio præscriptis verbis solum ex contractibus est, *l. 3. eod.* consequens est, eam ex hoc facto competere mihi aduersus te non posse. Restat igitur, vt sit de dolo, ne impune me deceperis.

Cum facio, vt des, neque locatio contrahitur, vnam hic quoque esse actionem præscriptis verbis, vt & in suprascriptis generibus: & quibus locis iuris id confirmetur. *Ad §. quod si faciam. l. naturalis.*

Cap. X.

ERgo, vt dixi, de tribus illis generib. minor est dubitatio, cum do, vt des: do, vt facias: facio, vt facias. De quarto genere, cum facio, vt des, nihilo magis dubitaremus, quam de superiorib. si nõ tantum quid superioribus locis generaliter definiatur, spectaremus: sed etiã quid de hac specie nominatim ab alijs iuris auctoribus traditum sit, & q̃ ad rem maxime pertinet, quam sit eadem ratio in hac specie, quæ aut in superioribus generib. hanc actionẽ denegare, aut illa admissa in hoc quoq; genere admittere debeat. Sed Paulus nobis dubitationem attulit: cuius *in l. naturalis. §. quod si faciam.* de eo ipso genere hæc verba sunt: *Quod si faciam, vt des, & postea quam feci, cessas dare. nulla erit ciuilis actio: & ideo de dolo dabitur.* Id quod si de eo dictum intelligimus, cum de re promissa agitur, vt omnes ante nos magno consensu facere animaduerto: incurrit ea sententia in eas difficultates, quas nulli ad huc iudicio meo expedire potuerunt. nec mirum; cum omnibus de hac re scriptis locis, & rationibus prope exploratis hæc sententia velut irretita teneatur. Ego autem, quod bona venia doctorum hominum, qui de hac re scripserunt, facere liceat, sic statuo, audentius fortassis. vere tamen, etiam in hoc genere, cum facio, vt des, & postea quam feci, cessas dare, siquidem de eo, quod dare debuisti, agatur, esse mihi aduersus te eo nomine præscriptis verbis actionẽ: idq; non tantum, si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur: addo sic esse in ea causa actionem præscriptis verbis, vt non sit de dolo. In quo quoniam obstant nobis Pauli verba, & me in his explicandis ab alijs omnibus etiam doctissimis interpretibus dissentire intelligo, putaui de eo mihi paulo pluribus & diligentius esse disserendum. Ac primum illud doceamus, esse in hac specie aduersus eum, qui non det, actionem præscriptis verbis. Sunt vero in hanc sententiam tam multi, & hi diserte scripti loci, tã multæ, neque hæ dubiẽ, aut obscurẽ rationes, vt his obiectis quid ceteris in hac quæstione accidat, nesciam: me quidem, cum illa expendi diligentius, pudeat, & valde quidem pudeat contra sentire. Et in locis huc pertinentib. non minimam vim habere debet illa definitio non infinite, sed vniuersali particula addita concepta, quæ legitur *in leg. 3. Dig. eod.* cum ita definitur, *ad præscriptis verbis actionem confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure ciuili prodita sunt.* Dixit Iulianus, *quoties contractus exsistunt.* ergo & tunc, *cum facio, vt des.* nam & hic exsistit contractus; cuius iure ciuili nullum est proditum nomen. Sed quia nihil aperte & nominatim de eo, quod quærimus, dicitur, eam definitionem omittamus: eos locos, qui de specie ipsa scripti sunt, consideremus. Ac præcipui loci, quibus de hac specie superior sententia statuitur, vel potius pene diserte expressa est, sunt tres *lex, iurisgentium. §. 1. supra. de pact. lex solent. lex si tibi polienda. hoc titulo.* ex quibus quia duo priores, quamquam dilucide scripti vocantur à nonnullis in quæstionem, melius erit, ne qua dubitatio relinquatur, eorum sententiam paucis expendere.

In ſpecie propoſita in *l.iuriſgentium.in prin.* illic, *& puto.ff.de pact.* eſſe id negotium, cum facio, vt des, non cum do, vt facias.

CAP. XI.

SVMMARIA.

1 *Valde errare eos, qui in ſpecie tractata* l. iuriſgentium. in pr. *illic*, & puto, *putant proponi negotium do, vt facias: cum perſpicue id ſit, in quo facio, vt des, cuius nomine ei, qui fecit, datur præſcriptis verbis actio.*

2 *Contractus Do, vt facias, aut facio, vt des, abſurdum eſſe ita dici ex conuentione ſola præcedente dandi, aut faciendi.*

3 *Contractus Do, vt facias, facio, vt des, ex implemento, id eſt, ex eo, quod vere datur, aut fit, non ex conuentione eſſe exiſtimandos.*

IN *leg.iuriſgentium.in pr.* proponitur hæc ſpecies. Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumitteres. manumiſiſti. Stichus, quem tradideram, euictus eſt. vnde apparuit eum datum nõ fuiſſe. non enim datur, cuius dominium nõ transfertur. §. *ſic itaq; Inſt. de act.* non fuiſſe autẽ translatum ex eo planum factum eſt, quod ſit ab alio euictus, qui dominus eſſet. itaq; petis, vt Stichum tibi dem, quẽ tibi ex conuentu dare debuit vt Pamphilũ manumitteres: & de actione quæſitũ eſt. Diſerte illic ſcriptum eſt, eſſe tibi in hanc rem ciuilẽ actionem, & eam præſcriptis verbis. Atqui nihil aliud hic reperietur, quam munumiſiſſe te Pamphilum, id eſt, fe-
1 ciſſe, vt Stichum darem. Immo, † inquit Accurſius, hic eſt, do, vt facias. ſic enim appellat negotium illud, cum do, vt facias. In quo ego, ne quid dicam grauius, Accurſii, & veterum illorum, quorum ille in hac re ſententiam ſecutus eſt, ſæpe iudicium requiro. Nam, vt verum quod eſt, dicere liceat, quis non videt hæc verba, do, vt facias, mihi in hac ſpecie conuenire non poſſe? quomodo enim ego dici poſſum dare, vt facias: cum conſtet me hic neque dare quidquam, neque dediſſe? Ergo profecto in hac re non recondita aliqua ratione, ſed ſenſu communi Accurſius refellitur. Quid ſi neuter noſtrum dedit alteri? poteſtne alteruter ita dicere; ego dedi, vt facias? atqui neutrum dediſſe perſpicuum eſt. nam tu quidem manumiſiſti Pamphilum, non dediſti quidquam: ego Stichum tibi tradidi: ſed tradidi dumtaxat, non dedi. non enim dominium tranſtuli, cum dederim alienum, & eum, qui poſtea ſit euictus. Abſit igitur, vt hic quiſquam dicat eſſe contractum, vt ille loquitur, do, vt facias vbi neutrubi datum quidquam proponatur. Sed quid verbis opus eſt? an non certum eſt te feciſſe, id eſt, manumiſiſſe? cur manumittebas? an non, vt Pamphilum, qui tibi à me traditus eſt, haberes, id eſt, vt traderem cum re, id eſt, darem? Quiſquamne igitur negare poſſit feciſſe te, vt darem: non me dediſſe, vt tu faceres? Immo, † inquit ille, eſt do, vt facias (liceat enim mihi ita nunc cum illo loqui) quia cõuenit, vt prius darem, etſi tu faciendo anteuertiſti. hi autem contractus ex eo, quod initio conuenit, non ex eo, quod ſecutum eſt, ſunt appellati, vt ſi conuenerit, vt darem, tu faceres, ſit id, quod appellat; do, vt facias, quamuis tu prior feceris, vt hic: ſit contra conuenerit, vt ego manumitterem, tu dares, ſit id, quod vocat facio; vt des, etſi tu prior mihi dederis. Iam mallem prius illud ſine vlla ratione pro ſua auctoritate ſibi credi Accurſius voluiſſet, quam ad id probandum tam abſurda ratione vteretur. Quid enim, quæſo, abſurdius, quam dicere hoc negotium, do, vt manumittas, ex eo, quod non eſt, eſſe appellatum? atqui hoc dicitur, qui ex conuentione de dando hæc negotia dicta eſſe volunt. Nam profecto cum paciſcimur ſolum, vt dem tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas, in hac conuentione non eſt id, quod dicitur, do. reuera enim nihil do neque dedi, &, quod præcipue animaduertẽdum eſt, nec dare volo. alioqui non nunc mecum ageretur, vt darem. Quomodo igitur ex conuentione dicatur hoc negotium, cũ id vnde negotium dicitur, non ſit in conuentione? Si conueniſſet, vt Stychum manumitterem, tu Pamphilum dares, nemo ferret, ſi dicerem eſſe negotium, do, vt facias: aut ſi cõueniſſet, vt ego facerem, vt tu faceres, nemo nõ rideret, ſi dicerem eſſe do, vt des: ſcilicet quia nõ eſſet in re, & conuentione, q̃ his verbis exprimo. Quis potius igitur me ferat, cum conuenit, vt dẽ poſtea, vt tu facias, vbi conſtat me plane nihil dare, ſi ego id factum dicã eſſe do vt facias? Niſi forte, quia conuẽtione id agitur, ideo ego dicendus ſum dare. At hoc multo dictu eſt abſurdius. quaſi vero ideo dem; quia conuenit, vt darẽ: aut quaſi hæc eadẽ ſint, dabo, vt facias, & do, vt facias. Atqui apparet, quantũuis conuenerit, vt darẽ, me tamen nõ dediſſe neq; nunc ob aliã cauſam mecum agitur, quã quia non dedi ſed cur laboramus? hoc ipſo, quod conuenit, vt dem, natura ipſa intelligitur me non dare. Sunt enim hæc duo, dabo & do, ita non diuerſa tantum, ſed etiam contraria, vt ſint ex genere eorum, quæ aientia & negantia appellantur. Qui dat, iam nunc rẽ repræſentat, & in poſterum negat ſe daturum, quia iam impleuit, quod debuit; qui ſe dicit daturum, is dicit ſe nunc non dare, at poſtea daturum eſſe. hæc qui eadẽ eſſe putat, fateatur ſe hoc dicere, aientia & negantia eſſe eadem. Vt † paucis rem omnem definiã, 3
hęc negotia, do, vt des, do, vt facias, & reliqua ſimilia, dicta ſunt ex eo q̃ eſt, non ex eo, quod nõ eſt. cum autem conuenit, vt dem Stichum, vt Pamphilum manumittas, in conuetione non do, vt manumittas: ſed tunc ſolum, cũ impleo re, quod verbis promiſi. Nõ ſunt igitur hæc verba conuentionis, ſed implementi: & quod idẽ eſt. non ſunt hæc verba, ſeu negotia ex cõuentione, ſed ex implemento æſtimanda. Hoc neq; verius quidquam, neq; certius. Itaque ſententia Accurſii omnib. cordatis interpretibus merito ſemper diſplicuit: Bartolo inprimis, qui ad hoc veterum commẽtum refellendum rationes (ſi quis forte plures deſideret) non ineptas multas attulit. *ad l.naturalis.§.ſed ſi facio.* vt profecto, qui hac etiam ætate eamdem ſententiã renouant, hi, vt dicam leuiſſime, magnã mihi exiſtimationi ſuæ iniuriam facere videantur. Eſt igitur, vt ad id, quod probare inſtitui, redeam, in ſuperiore ſpecie id negotij genus, cum feciſti, vt darem neq; do. Iam vero in eo genere diſerte ſcribit Vlpianus, eſſe præſcriptis verbis actionem, neque id defunctorie, & velut obiter, ſed ex profeſſo, idque de veterum ſententia, reprehenſo etiam nominatim in ea re Iuliano, qui diuerſum ſentiret. & vt intelligeremus in hoc exemplo conſiſtendum non eſſe; addita eſt præterea nominatim ratio, quæ ad omnes contractus, in quibus facio, vt des, vel quod idem eſt, facit, vt dem, ſine vlla dubitatione pertineret. Quare ex eo loco, quid illi in hac ſpecie placeat, tenendum eſſe de actione præſcriptis verbis, dubitari non debet.

In *l.ſolent.XV.D.de præſc. verb.* proponi id negotium, in quo facio, vt des, & tamen ſi non des dari mihi præſcriptis verbis actionem, quamuis dolo facias, ne des.

CAPVT XII.

SVMMARIVM.

1 Niſi quis dicat, *verba eſſe Latina, vt plurimum non excipientis ſed repudiantis, quod ſubiicitur.*

IN ſpecie *l.ſolent. hoc tit.* nemo negat proponi id negotium, de quo quærimus, cum facio, vt des. Indicaui enim tibi ſeruũ tuum furem, vt mihi decem dares. & ne Accurſius exẽplum repudiet, quaſi ab initio ita conuenerit, vt tu prius dares, ego indicarem, vt ſic fiat illud, quod appellat ex conuentione, do, vt facias: nominatim ita rem proponit Vlpianus, vt pactio intercederit ob indiciũ, & hoc qui ſit, interpretatur. hoc eſt, inquit, vt ſi indicaſſem apprehenſuſq, eſſet fugitiuus, tum certum aliquid daretur: vt vel ipſo iudice Accurſio fatẽdum ſit, ſiue ex conuentione, ſiue ex implemento res æſtimetur, eſſe id negotium, quod vocat, facio, vt des. Quid autem Vlpianus in hac ſpecie, quã dat actionem? & hic illius verba ſunt, *habere hanc conuentionem in ſe negotium aliquod.* ergo ciuilem oriri poſſe, id eſt, præſcriptis verbis. In quo plane dixit, quod quærimus, & ita dixit, vt adiuncta etiam ratione confirmaret, ne forte de eo dubitaremus. Sed enim Vlpianus ſubijcit continenter hæc verba, *niſi quis & in hac ſpecie de dolo actionẽ competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* Quibus verbis exiſtimet fortaſſe aliquis Vlpianũ mutare, quod prius dixerat. Sed tantum abeſt, vt mutent hæc verba priorem ſententiã, vt ſtatuant & confirmẽt potius. Iam † primum non ſunt hæc verba, ne quis erret, excipi- 1
entis, aut approbantis, quod ab alijs ita dici poſſit, vt ſubijcitur: ſed repudiantis potius, ſeu indicantis neminem id eſſe dicturum; quia ineptum ſit, & minime recipiẽdum, quaſi dolo tuo remoto præſcriptis verbis actio mihi aduerſus te dari debeat: dolo autem tuo interueniente, vbi idẽ factum tuum ſit eadem actio dari non debeat. Scio hæc verba, *niſi quis dicat, niſi ſi quis dubitet.* interdũ habere correctionem præcedentium: ſed hoc tunc fieri obſeruabimus, cum is, qui ſcribit, & his verbis vtitur, nominatim adſcribit ſe hanc correctionem probare, vt fit *in l.ſi mihi pure.59.ff. de leg.2.* At vbi nihil tale adſcriptũ eſt, animaduerti veteres his verbis vti ſolitos, cum ſententiam alienam recitant, quã tamen vel improbent, vel etiam cõtemnendam putent: ad quam ideo non reſpõdeant

deant pluribus; quia non existiment magna refutatione indigere. Notæ sunt illæ formulæ orationis Ciceroni familiares, *nisi forte quis dicat, nisi vero quis putet*: quib. nunquam fere ille videtur, nisi eum id, quod subijcit, significare vult aut neminē esse dicturū, aut nō esse tale, quod nos mouere debeat. Sed ne quis cauilletur nos ista ad normam loquendi Ciceronis importune exigere, nostrorum testimonijs, atq; adeo eiusdē auctoris Vlpiani, de cuius verbis nunc agitur contentus ero. Isto vero sensu, quē dixi, his verbis duob. in locis ille ita vsus est, vt nemo lectis locis possit dubitare, *l. 2. §. tractari*; illic, *nisi forte quis putet. ff. ad senat. Tert. l. & eleganter. §. seruus pactionis*. illic, *nisi forte qs. ff. de dol.* Aliter nostri aliquando, sed rarius, vt *in l. Luc. 31. in fi. ff. de adm. tut. l. 2. §. si quid in loco. ff. ne quid in loc. pub.* Quæ vt ita non esse quis concedat; tamen vide, quā nihil superiorum verborum vlla interpretatio nos de priore sententia. Vlpiani dimouere debeat. In illis verbis postremis, *nisi quis* in hac specie, ineſt, inquis exceptio & correctio præcedentis sententiæ. Sit sane ita: attamen, quod ex verbis apparet, hactenus exceptio est, vt mihi, qui indicaui tibi furem, tunc solū detur de dolo actio aduersus te, si aliquis tuus dolus arguatur. Ita auctore Vlpiano relinquitur actio præscriptis verbis, si nullus tuus dolus arguatur. quod nunc nobis concedi satis est, vt efficiatur etiam tunc hanc actionem dari, cum dolus aliquis tuus arguetur. quod cum venerimus ad eum locum, in quo de eo agemus, qui dolum adhibuit, pluribus ostendemus.

In *l. si tibi polienda. XXII. D de præs. ver.* agi id negotium, in quo & conuentione & implemento prius facio, vt des, hic tamen dari mihi aduersus te omnimodo actionem præscriptis verbis.

Caput XIII.

Sed vt de superiorib. duob. locis queat dubitari: attamen *in l. si tibi polienda hoc tit.* est omnino ea species, atq; id responsum, q omnem tergiuersationem præcidat. Dedi tibi vestimēta sarcienda, aut polienda, vt cum sarsisses, aut poliuisses, ego tibi tantū darem quantum inter nos postea statutum esset. fecisti quod cōuenerat, neq; do quidquam, aut do quidem, sed non æquum. Placet in eam rem esse tibi aduersus me actionem præscriptis verbis. Atqui non solum tu fecisti prior, vt darem, atq; ita prior implesti id, de quo conuenerat: sed etiam in ipsa conuentione, quæ de toto negotio futuro antecessit, id actum est, vt prior faceres, deinde ego darem: vt siue implementum spectes, siue conuentionem de facendo, omnia huc spectent, vt negotium à faciendo cœperit, vt sic deinde ego tibi darem. Et ne cum Bartolo hic mihi quis dicat, ideo cum facio, vt des, esse de dolo actionem; quia aut facienti mihi nihil absit, aut in dantem nihil transferatur: obseruetur eiusmodi esse superiorem speciem, qua tota hæc distinctio euidenter refellatur. Nam & tibi sarcienti, aut polienti abest opera, quam alijs in rebus, & alijs hominibus locare potuisses, quo facto mercedem operæ esses consecutus: & præterea in me, cuius vestimenta sarsisti, aut poliuisti fructum operæ confers, vt qui iam vestimenta sarta & polita habere incipiam, quæ prius lacera erant, ruptaue, aut rudia, & infecta.

Argumenta non dubia, quibus euincitur, actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, vt des, quam in aliis tribus generibus.

Caput XIV.

Summaria.

1 *Negotium omne inter aliquos gestum, quod in aliud nomen non transit, parere actionem ciuilem præscriptis verbis.*

2 *Negotium geri inter aliquos dici in vsu iuris, non solum cum do, vt des, vel facias, sed etiam cum facio, vt des, vel facias.*

3 *Cum facio, vt des, negotium vt plurimum simile esse emtioni & venditioni, similiter vt cum do, vt des: ideo & in vtroque recte pariter admitti præscriptis verbis actionem.*

4 *Siue facio, vt des, siue Do, vt facias, vtrobique geri negotium idem, & id simile locationi: ideo vt in hoc sic illo pariter admittendam actionem præscriptis verbis.*

5 *Cum Facio, vt des, & cum Facio, vt facias, vnā & eamdem in vtroque negotio esse causam obligationis & actionis ideo cum in posteriore fit actio præscriptis verbis, necesse esse & in priore admitti.*

HI fere loci sunt, quibus maxime superior sententia demonstratur, vt si auctoritas statuentiū quæritur, nō sit de ea sententia dubitandum. Age, argumenta huius sententiæ non minus certa cognoscamus. Principio † hoc pro certo statuerūt veteres, 1
quoties negotiū inter aliquos gestum est, siue contractum id, q Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter consentientes iure ciuili actionē, si quidem res in aliud nomen contractus trāseat, certam: sin aliter, ciuilē quidem, sed in factum, seu præscriptis verbis. Indicat hanc sententiam duob. locis Vlpianus, nimirum *in d. l. solent. hoc tit. & l. iurisgentium. in princ. ff. de pact.* At † idem ijsdem illis 2
locis huius generis negotium esse declarat, nō solum cum do aliquid certa lege, puta vt des quid vicissim, aut facias: sed etiam cum facio hac ipsa lege, vt des, vel facias: & nominatim id confirmat in hac specie, cum facio, vt des. Quid restat igitur, nisi vt ex hoc genere tanquā negotio ciuili gesto sit ciuilis actio præsciptis verbis? Sed mittamus Vlpianū, ne quis forte causetur eum à nobis citari, à quo fortasse Paulus, de cuius sententia nunc quæritur, in hac quæstione dissenserit. Ipso auctore Paulo vtamur. Et in ceteris omnib. generib. nominatim Paulum dedisse actionē præscriptis verbis constat. Id si sine ratione facit, & tantū eo dicit, quia eo iure vtamur, quanquā id in iure, ac præsertim in Iurisscon. ferendum non est: tamen si id ita est, si leamus, & vt sine ratione dicitur, ita & sine ratione constitutum, si libet, sequamur. Sin id non sine ratione dicitur, & ratio etiam, cur ab eo dicatur, certa est, necesse est, si par aut eadem ratio in hac specie reperitur, cum facio, vt des, idem ius in ea statui debere. Accedit hæc actio in ea specie, cum do, vt des, ratio ab illo exposita est *in l. naturalis. §. vlt.* quia sit videlicet species similis emtionis, cui sane hāc speciem, cum facio, vt des, per omnia comparare non possumus, sed quid refert, si cū facio, vt des, in eo negotio illa interueniunt, propter quæ ex superiore genere tanquam ex emtione & venditione hæc actio danda est? Cur † ergo cum do, vt des, negotium emtioni simile habetur? 3
quia permutatio est, vbi vni res abest, quā confert in alterum, vt vicissim rē aliā ab eo accipiat. At vt plurimum ita fit in hac specie, cum facio, vt des. Quid enim interest, vtrum dē ancillam, an eam, quæ apud te in cōtuberino est, manumittam, vt mihi Pamphilum des? Cum dedi ancillam, in te confero aliquid: & cum manumisi eam, quæ in cōtuberino tuo erat, hoc confero, vt liberam apud te habeas, & vt apud te eam non habeas. tamen vel hoc confero, vt voluntati tuæ mos geratur; vel certe confero libertatem in illam, quam manumitto: quod cum tua voluntate facio, perinde haberi debet, ac si in te cōtulissem. *arg. l. solutam. ff. de sol.* Quid, cum sarcio, aut polio vestimenta tua, vt mihi Stichum des, an minus mihi abest, aut in te confero, quam si aliquid darē, vt mihi dares? Iam dixi & mihi hic abesse operam, ac mercedē operæ, & per vestimenta sarta, aut polita fructum operæ in te transferri. Sed quoniam in plerisq; tantum causis huius generis ista eueniunt, non autem in omnibus, neq; per omnia vnum negotium alteri simile est, dici potuit nō effici hoc argumento, vt in omnib. causis, in quibus facio, vt des, actio præscriptis verbis dari debeat. Immo cetera duo negotia, illa dico, cum do, vt facias, & cum facio, vt facias, ita conueniunt, aut certe ita conuenit ratio, propter quam in illis datur actio præscriptis verbis, vt aut ob eam causam in illis hæc actio danda non sit, aut si recipitur, sit quoq; & in ea specie, de qua quæritur, pariter admittenda. Nam † vt ab eo genere ordiar, cum do, 4
vt facias, quid est, cur si posteaquam dedi, cesses facere, & velim consequi, vt facias, aut præstes, quanti interest mea placeat esse mihi eo nomine actionē præscriptis verbis? Dubitaremus, nisi Paulus ipse expressisset *in d. l. naturalis. §. vlt.* Id eo fieri ostēdit, quia sit hoc negotium simile locationi. Atqui in hoc negotio, cum facio, vt des, eadē omnino locatio est: aut si de similitudine locationis quæritur est locationis similitudo plane eadē. Cur enim locationi simile est, cum do vt facias? nēpe quia, vt in locatione facti vnus dat pecuniā pro opera, alter pro pecunia operā prebet: sic in hac specie vnus est, à quo res pro opera: alter, à quo opera pro re proficiscatur, itaq; ego cōductori similis, quasi qui operam tuam re conducam; tu similis locatori, qui pro re tanquā pro pecunia operam tuam mihi impendas. At eædem personæ dantis & accipientis, eademq; facta versantur in eo genere, cum facio, vt des, Perspicuum est enim & hic vnum esse, qui operam suam præbeat pro re, alterum, qui rem det pro opera, quam accipit. Est igitur vtrobiq; aut eadem locatio, aut negotium, quod pariter referat locationem & conductionem. Si quid interest, solum hoc interest, quod in priore ego quasi cōductor sum, tu locator operæ: in posteriore ego quasi locator operæ, tu conductor. Sed hoc ad con-

trahendam,aut impediendam conductionem quid pertinet? Siue ego locator sim,tu conductor:siue ego conductor,tu locator, semper locatio & conductio est: aut si quod negotium simile incidit,id simile est locationi & conductioni. Et sane audire cupio, qui fateatur,cum do tibi decem,vt tabulam mihi pingas,locationē & conductionem esse:idem negat locationem contrahi, cum ego pingo tibi tabulā,vt mihi decē des. nam qui prius in persona dantis conditionē esse dixit,idem dixit in persona pingentis esse locationem: quod nunc negat,cum eum,qui prius pinxit, vt acciperet,negat esse locatorem. Postremo ab vtro initium dandi,aut faciendi nascatur,in cōductione nihil interest. Ordire ab eo,qui dat;erit quidem cōductio,quæ in locationem desinet:sit initium ab eo,qui facit;erit locatio,quæ desinet in cōductionem:interim idem cōtractus vtrobiq; locationis & cōductionis. Quod si verba Pauli vrgere volemus, facile obtinebimus magis locationi similem esse contractū,cum facio, vt des, quam cum do,vt facias. Nam cum facio,vt des,quasi loco operam,tu cōducis, sic fit,vt si à me initium contractus æstimetur, dicendum sit esse contractum similem locationi& cōductioni.Sed verba non cauillabor, vt qui sciam veteres locationis & cōductionis verbo, itidem vt emtionis & venditionis promiscue vsos esse, vt vno vtrumq; significarent.*l.vetere.& l.seq. D.de act.emt.* hoc dico, si res spectabitur,in omni operæ locatione esse vnum, qui det,alterum,qui faciat,& in quo cōtractu horum vtrumq; sit, eum aut locationem, aut similem locationi haberi debere, ridiculum autē esse, si quis ab eo ordiens, qui dat,dicat esse locationē: ordiens autem ab eo, qui facit,neget eandem esse locationē:cum si ille,qui dat,conductor est,necesse sit eum,qui cōtra facere debet,locatorē intelligi, quod si is locator tunc intelligitur,cum nondum fecit,sed facere debet: quanto magis pro locatore tunc habendus est, cum iam fecit,vt acciperet? neque vero pro locatore haberi debet,quin ex aduerso is,qui debuit dare,pro conductore intelligatur.Quāobrem res dubitationem nō habet,quin, vt proposui, negotiū non minus locationi & cōductioni simile sit,cum facio, vt des, quam cum do,vt facias.Porro iam dixi Paulum ipsum id docere,ideo ex negotio,do,vt facias,actionem præscriptis verbis nasci; quia cōtractus sit similis locationi,nec vero iure fieri aliter potest,quam vt quib. in causis eadem ratio sit, in his ius idem statuatur.*l.illud. D.ad leg.Aquil.l.à.Titio.D.de verb.obl.*Ex quo efficitur,& in eo negotio,cum facio,vt des,ei,qui fecit, eandem actionem dari debere.

5 Sed † esto, distet aliquid in hac quæstione, vtrum dem,vt facias, an vero è cōuerso faciam,vt des, vt quæ in vno genere actio in factū ciuilis prodita est,non continuo in altero esse debeat.At certe omnib.bonis & æquis iudicibus vincam, necesse est, in causis obligationis, hanc esse conditionem & coniunctionem horum duorum cōtractuum,cum facio,vt facias,& cum facio, vt des,vt si in priore genere detur actio præscriptis verbis, nō possit, quin sit & in altero.Propone hoc modo: manumisi seruum meum,vt tuum manumitteres, quo exemplo Paulus vtitur *in d.l.naturalis*, obligari te mihi ex conuentione constat, vt tuum manumittas. Cur:quia prius manumisi meum, & præterea pactus es te tuum manumissurum:neque præterea alia obligandi tui causa est, nihil enim ad rem pertinet,quod promisisti te facturum,nō daturum. Nō res,quæ in obligationem deducitur, obligationem facit,sed conuentio:quæ siue in dando,siue in faciēdo sit, pariter promissor obligatur,qui se daturum, aut facturum promisit *l.2. in pr.l.5. §.stipulatio.D.de verb.obl.§.vlt.Inst.eo.* Imo vero, si quid res promissæ ad obligationē contrahendam pertinerent, citius obligaretur is,qui promisit se quid daturum,quam qui se facturum promisit; quia certius est,quod dari promittitur,*d.§.vlt.Inst.de verb.obl.*vt dicendum sit,si obligatur is,qui promisit se facturum, multo magis eum,qui se daturum promisit,obligari. Ergo cum manumisi,vt manumitteres,& generaliter cum feci,vt faceres, duæ sunt tantum causæ, cur mihi iure ciuili obligeris, manumissio mea, seu factum meum,& tua conuentio,qua te in hoc obligasti,vt vicissim quid præstares. Atqui cum manumisi seruum,vt tuum mihi dares,id est,cum feci,vt dares,totidem sunt obligandi tui causæ,vt mihi des,nō dico pares,aut similes, sed plane eædem omni ex parte.nam & manumisi seruum meum, vt prius, & tu te quid præstaturū pactus es,& parui refert,quod promisisti te daturum. nam,vt iam dixi, tāto magis obligari te oportet ex hac cōuentione,quia certum promisisti. Ex quo quis nō videt in vtroq; negotio in eodem facto,eademq; conuentione,& iisdem obligationis causis aduersus eum,qui se daturum,aut facturum promisit eandem actionem pariter esse oportere? At constat, Paulum in ea specie,cum facio, vt facias, dare præscriptis verbis actionem,sit igitur eodem auctore & tunc,cum feci,vt dares.

Cum facio,vt des,non tantum esse actionem præscriptis verbis,cum nullus tuus dolus arguetur,sed etiamsi arguatur.

CAP. XV.

SVMMARIA.

1 *In §.quod si faciam. l. naturalis. Pauli verba nullam admittere distinctionem,vt de dolo detur,si postquam feci,cesses dare.*

2 *Si cum feci, vt dares, est mihi actio præscriptis verbis aduersus te, vbi nullus tuus dolus arguitur,quominus des: necesse esse,& tum dari, cum dolo non das.*

3 *Ex quo facto aliqua mihi aduersus te actio constituta est, cum nihil dolo fecisti,ex eodem generaliter eandem esse actionem, cum dolus tuus accesserit.*

4 *Errare eos,qui putant, cum quis promisit se daturum rem alienam sciens,& dolo malo,& quid facerem, ideo conuentionem non valere,quasi dolo malo factam.*

5 *Pacta dolo facta seruanda non esse aduersus eum,qui deceptus est: aduersus eum,qui decepit,contra.*

HIs rebus victi eruditi interpretes pleriq; admiserunt etiam in hac specie,cum facio, vt des, & posteaquam feci, cessas dare,esse præscriptis verbis actionem:sed tunc,cum nullus dolus tuus arguetur:sin arguatur,hoc tuētur de dolo dari.Ideo faciunt; quia de dolo dari negare nō audent,cum tam aperte dicat Paulus eam in hac specie competere: sed quod verbum concedere videtur,id accipiunt,vt dicant Paulum de eo sentire, qui me deceperit sciens.nam quomodo esset de dolo aduersus eum, qui dolum nō adhibuisset? Ita aduersus eum,qui dolo nihil fecit, relinquitur præscriptis verbis actio ex suprascriptis locis. Ne quis autē eam distinctionem repudiet, videtur expressa esse *in l.solent. hoc t.* vbi Vlpianus in extremo ita scribit, nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur, sed præcipue *in l. naturalis. §. sed si dedi. eod.* vbi Pauli ipsius ita verba sunt: *si dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres,& manumisisti,& is, quem dedi,euictus est: si sciens dedi,de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum ciuilem.* Sed dum hoc incommodum vitare volunt, ne contra Pauli verba faciant, in eos locos, easque ipsas rationes, quibus supra vsi sumus, incurrunt. Nam primum quale est illud exemplum facti, cum das mihi vestimenta tua polienda,vt postea des,quantum inter nos statutum sit?an si polio,nec pateris quidquam statui,sed mihi illudis,abs te decipi non videor?nusquam magis, & tamen nihil amplius datur in hac specie,quam præscriptis verbis *in d.l.si tibi polienda.h.t.* Quod, cum do, vt facias, & posteaquam dedi, cessas facere,an si sciens prudens non facias,quod possis, aut etiam dolo feceris, quominus præstare posses,quod te oportuit, mihi actio de dolo aduersus te dabitur,non etiam præscriptis verbis?finge me tibi dedisse ancillam, vt Pamphilū manumitteres: ancillam acceptā à te manumissam,Pamphilū dolo alienatum, ne eum manumitteres, & ita me abs te decipi. Sed nihil amplius in hac specie dat Paulus,q̄ præscriptis verbis actionem. *d.l.naturalis.§. cum do.& seq. h.t.* neq; quisquam hic distinguendum putat, vtrum ideo non manumittas,quia non possis,an ideo,quia nolis,& data opera me decipias. Idemque fieri dicimus, cum feci,vt faceres, & posteaquam feci, fidem fallis.*d.l.naturalis.§. vlt.* Atqui quibus de causis datur præscriptis verbis actio in superioribus generibus duobus,iisdem de causis,& in hac specie,cum facio,vt des,eam actionem dari diximus,& probasse satis videmur. Quibus efficitur,& in hac specie sic eandem actionem dari, vt quamuis dolo facias, ne mihi des, nihilominus tamen eadem illa actione mihi tenearis.

Quod † si locus Pauli eos mouet, vt hac distinctione vtantur,videant etiam atque etiam, ne quamuis hanc distinctionem admiserimus, tamen non expediant. Paulus enim nihil distinguens, vtrum dolo non des, an sine dolo, simpliciter definit in hac specie, cum facio, vt des, nullam esse actionem ciuilem. Si hoc sic accipiendum est, si dolus tuus arguatur, cur non dixi,vt ipse supra in ead. *l. naturalis.§. sed si dedi.* & Vlpianus *in d. l solent.in fin.*quod si id intelligendum est,cur nō & in superioribus generibus,& in eo,quod sequitur,ex dolo aduersarij eandem distinctionem introducemus? quod si admittenda est,cur hoc genus,cum facio,